



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Tractatus Exegeticus Ad Librum III. Decretalium Gregorii
IX. Contractus in specie secundum rubricarum ordinem
exponens**

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

§. IV. Quis sit effectus Pignoris, vel hypothecæ?

[urn:nbn:de:hbz:466:1-63816](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-63816)

45 Vitium quoque illud pactum habet, quod vocatur pactum *juris non reluendi*, quo creditor sibi stipulatur, ut debitor pignus nunquam reluere possit. Hoc pactum cum in fraudem *l. fin. C. de Pact. pign.* prohibentis *legem commissoria* tendat, ac insuper debitorem ege-

state, & necessitate circumventum multo gravius premat, atque ulla usura, ideo merito proscribi meretur. Alia pacta *licita*, quae pignoribus adjiciuntur, exhibet Eckoldt *ad tit. de Pignorib. §. 5.* & Clarissim. P. Böckhn *b. t. num. 11.*

§. IV.

Quis sit effectus Pignoris, vel hypothecae?

SUMMARI A.

46. 47. Pignoris effectus, in quantum spectatur ut contractus, tam ex parte creditoris, quam debitoris recensentur. 48. Effectus remotus est actio pigneratitia, directa datur debitori, contraria creditori, utraque explanatur. 49. An juri luendi pignoris praescribatur. 50. 51. 52. Aliorum opiniones referuntur. 53. Nos hanc questionem medio distinctionis resolvimus, 54. oppositioni occurritur. 55. Quando nascatur actio pigneratitia? 56. 57. Non nasci ex contractu proxime ostenditur. 58. Instantia ab emptione enervatur. 59. Actio pigneratitia semel nata praescribitur. 60. Effectus pignoris, si consideretur ut species juris in re, enumerantur. 61. Quid circa distractionem pignoris judicialis jure cautum? 62. Quid juris, si pignus creditori evincatur? 63. Actio serviana, & quasi serviana ad persequendum pignus introducta est, 64. cujus loco etiam interdicto Salviano agere licet. 65. Quo quandoque utilius est experiri, quandoque non.

46 **E**ffectus pignoris, in quantum spectatur, ut contractus, consistit principaliter in obligatione, qua sibi mutuo adstricti sunt creditor, & debitor. Ille principaliter teneri dicitur, & quidem ad rem pignori traditam factam, & salvam conservandam, eamque, soluto debito, & quidem integro, *per l. 9. §. 3. ff. de Pignerat. act.* cum omnibus accessionibus, & fructibus restituendam, quo pertinet, quidquid per *alluvionem*, vel *accretionem* fundo oppignorato accessit. *l. 18. §. 1. ff. d. t.* Item thesaurus ibidem inventus, qui tamen pro dimidia parte creditoris compendio cedit jure inventio-

nis *l. 63. §. fin. ff. de A. R. D.* culpam juxta regularem naturam contractuum, qui utriusque utilitatem respiciunt, *levem* praestat creditor, *§. fin. ff. quib. mod. re contrah. oblig. levissimam* etiam tunc, cum sua unius vertitur utilitas. *l. 13. §. fin. ff. §. l. 19. C. de Pignerat. act.*

Debitor vicissim devinctus est creditori, sed minus principaliter, ad eum indemnem servandum, si forte rem alienam, vel vitiosam (etiam ignorans) pignori dedit. *l. 1. fin. l. 9. princ. l. 32. ff. de Pignerat. act. l. 16. §. 1. ff. eod.* Si impensas in conservationem pignoris necessarias, aut utiles fecit. *l. 8. princ. l. 25.*

l. 25. ff. d. t. Aut, si rem jam alteri obligatam dedit, nisi res utrique creditori sufficiat. *l. 36. §. 1. ff. d. t.* In his casibus agit ad interesse creditor *l. 54. ff. de Fidejuss.* non tamen inepta erit ejus petitio, si aliud sibi petat pignus substitui, ut debitor solvendo sit. *l. 32. ff. eod.* Si damnum per culpam debitoris passus sit ex re oppignorata *l. 22. §. seq. ff. d. t.* aut si fraudulenter pignus receperit, non soluto pretio, vel creditor ei precario concessit. *l. 3. l. 22. ff. eod.* Bœhmer. *Tract. de Action. Sect. 2. cap. 8. §. 36.*

48 Datur in hunc finem actio *pigneratitia*, & quidem *directa* debitori, ejusque hæredibus contra creditorem, & ejus hæredes ad rem oppignoratam cum omni causa (ut supra dictum) restituendam. Non prius autem illam movere poterit, quam debitum omne fuerit solutum, aut eo nomine satisfactum. *l. 9. §. 3. l. 40. §. fin. ff. de Pigner. act.* quod tamen fallit in tribus casibus I. si pecuniam debitor in judicio offerat. *l. 9. §. 5. ff. d. t.* II. Si per creditorem flet, quominus solvatur. *l. 20. §. 2. ff. l. fin. C. d. t.* III. Si creditor pignore abutatur, tunc enim ad id, quod interest, debitor agere potest. *l. fin. princ. ff. d. t.* Knipschildt *Exercit. 5. de Pignor. n. 40.* Datur inquam hæc actio debitori, quantum dominus is non sit. *l. 9. §. 4. ff. d. t.* Cum nec prædoni denegetur *l. 22. §. 2. ff. d. t.* & quidem contra creditorem eo casu *utilis*, quo is *tacitum* pignus habet, vel *prætorium* ex immiffione. *l. 5. §. 11. ff. d. t.* & *l. 5. §. 21. ff. ut in possess. legat.* Bœhmer. *cit. loc. §. 32.* Contra tertium non datur, quia *personalis* est, sed is *rei vindicatione*, aut *publiciana* conveniendus est. Con-

dictio ex cap. 6. de Pignorib. merito à Bœhmero *d. l.* repudiatur, quia Pontifex quidem actionem contra tertium possessorem indulget, eam tamen non determinat, unde illa accipienda est, quæ regulariter contra tertium dari solet, scilicet *rei vindicatio*, aut *Publiciana*. Quid ad *l. 40. ff. de Pignerat. act.* ex qua aliqui volunt, hanc actionem *in rem scriptam* esse, adeoque contra tertium dari, respondendum sit, vide Schilter. *Exercit. 26. §. 11.* Bœhmer. *ad tit. de Constit. §. 72.* Actio *pigneratitia contraria* datur creditori, & ejus hæredibus ad indemnitatem consequendam.

Vexatissima jam exoritur questio: 49 An scilicet *juri luendi pignoris*, sive, ut alii (sed malè) efferunt, actioni *pigneratitiæ directæ* à creditore præscribi possit? Affirmativam propugnant primi subsellii authores, inter quos (ut alios recensere omittam) sunt Clarissimi, & respectivè Magnifici Facultatis nostræ trium viri P. Franc. Schmier *l. 1. tract. 2. cap. 4. num. 265.* D. D. Franz *ad h. t. §. num. 10.* D. D. Peregrini *ibidem num. 12.* quorum præcipuè fundamentum est, quod omnes actiones *jugi silentio* 30. vel 40. annorum permantur, *l. 3. C. de Prescript. 30. vel 40. ann.* à qua lege actio *pigneratitia* immunis non reperitur.

Sententia negans Doctorum *Meta-physicas subtilitates* non attendentium receptissima est, ut scribit Brunneman. *ad l. 9. §. 3. ff. de Pignerat. act. num. 8.* ubi DD. tam practicum, tum theoreticorum catalogum exhibet, eamque non modo praxi Camerae teste Gallio *lib. 2. observ. 18.* & Mynfingero *cent. 1. observ. 16.* sed passim etiam in tribuna-

libus Germaniæ receptam, multisque præjudiciis confirmatam asserit.

52 Alii cum Hubero, ad tit. ff. *Quib. mod. pign. n. ult.* & Clariss. P. Böckhn ad h. t. num. 46. ita distinguunt, an nimirum creditor semper sciverit, se rem jure pignoris possidere, num ignoraverit, vel negaverit esse rem pignoris nexu affectam, sed bona fide judicaverit esse suam (id quod in hærede creditoris facile fieri potest) primo casu actionem pigneratitiam nullius temporis præscriptione perimi posse, bene verò altero casu. Fundamenta hujus sententiæ vide apud laudatum Clariss. P. Böckhn num. cit.

53 Mihi hæc lis sic componi posse videtur, ut jus luendi pignoris nunquam, actio verò pigneratitia, ut debitum solutum est, præscriptionis exceptione elidi posse dicatur. Hæc assertio est bimembris. Probatum quoad I. membrum argumento solido, quod suggerit Illustr. D. D. Neumann de Puchholz in *Annot. ad Zoef. ad tit. de Pignerat. act. num. 18.* Jus luendi pignoris ex parte debitoris non est jus activum, sed passivum; est enim reapse nihil aliud, quam obligatio solvendi debitum, ob quod pignus est contractum. In creditore econtra existit jus activum, correspondens huic juri passivo, scilicet jus petendi, & recipiendi pignoris lutionem, sive debiti solutionem. Jam sic: juri luendi pignoris vel deberet præscribere debitor, vel creditor: non debitor, quia ille non vult pignus suum amittere, ad quod luendum passivè obligatus est: non etiam creditor, quia implicat, ut creditor juri activo sibi ad petendum, & recipiendum debitum præscribat; nemo enim ad annihilanda

jura activa, quæ ipsi competunt, præscriptione opus habet, sed potest libera declaratione iisdem renunciare.

Dices fortassis: Creditor non præscribit juri activo petendi, lutionem pignoris, sed passivo, quod est penes debitorem, ne scilicet is ultrò pignus reluere possit. Quid est hoc? Jus passivum reluendi pignus penes debitorem existens est obligatio solvendi debitum. Quodsi igitur hanc obligationem extinguere intendit creditor, quid indiget præscriptione, cum hanc obligationem, si velit, debitori ultrò remittere possit. Si dixeris, id saltem commodi ex hac præscriptione creditori accedere, quod pignus amplius restituere non teneatur, falleris, nam ex tunc inciperet pignus apud ipsum esse sine causa, ergo hoc ipso restituere obligaretur. Igitur admittit præscriptione creditor haberet jus retinendi pignus, & simul obligationem illud restituendi, quod evidenter absurdum est.

Antequam II. membrum probem, prius quæstio illa præjudicialis excutienda est, quandonam nascatur actio pigneratitia? dico igitur, actionem pigneratitiam tunc primum nasci, cum debitum solutum est, ita, ut solutio sit causa proxima hujus actionis, non verò contractus pignoris. Ita enim Ulpianus in l. 9. §. 3. ff. de Pignerat. act. *Omnis pecunia soluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut NASCATUR PIGNERATITIA ACTIO.*

Scio, quid reponas: Actio hæc, inquis, mox, ut contractus pignoris perfectus est, quoad substantiam jam nata est, efficaciter tamen moveri nequit, donec debitum ex integro solutum fuerit, & ideo actioni pigneratitiæ aut nul-

30 temporé, aut tēte decurso 30. annorum spatio (facta computatione temporis à die celebrati contractus) præscribi potest.

57 Verùm contrà est: actionis *pignoratitia* ea est natura, & indoles, ut soluto demum debito moveri possit per l. 11. C. de Pignerat. act. ubi dicitur: *pignoris causa res obligatas, soluto debito, restitui debere pignoratitia actionis natura declarat.* Si autem hæc est natura actionis *pignoratitia*, non perspicio, quomodo nata dici possit, mox ut Contractus celebratus fuit. Non enim causa remota, ut aliquid natura esse dicatur, sed proxima attendenda est. Quæ respectu actionis *pignoratitia* est solutio, non verò ipse Contractus pignoris.

58 Insuper: Actio empti à tempore Contractus initi mox nascitur, quanquam illam efficaciter intentare nequeat emptor pretio non soluto l. 13. §. 8. ff. de A. E. V. ergo idem dicendum de actione *pignoratitia*. Puto hoc argumentum claudo pede incedere. Quod enim actio empti statim à principio celebrati Contractus, & ante solutum pretium jam quoad substantiam nata sit, ratio specialis est, quia scilicet ante pretium solutum omne commodum, & periculum rei venditæ in emptorem transit, adeoque etiam jus agendi ex empto, & consequenter actio empti quoad substantiam statim nascitur. Hæc ratio non obtinet in pignore, cujus nec commodum, nec periculum sustinet debitor, si pignus in ratione pignoris spectetur, sed commodum illud, quod ex pignore redundat, scilicet *crediti securitas* solum creditorem spectat, qui ideò etiam periculum commune, hoc

est, damna ex culpa lata vel levi causata solus ferre debet. Ne quid dicam, quod hæc sit natura Contractus *consensualis*, qualis est *emptio venditio*, ut solo consensu perficiatur, adeoque mirum non sit, quod ante solutum pretium emptori actio jam sit nata: e contra in Contractu pignoris, cum sine traditione non constituatur in esse, benè inferimus, debito non soluto actionem *pignoratitiam* non nasci: ergo etiam eadem non obtinebit dispositio, & sic actio *pigneratitia* non dicitur nata factò Contractu, sed debito soluto.

Probatum jam II. membrum. Quando debitum est ex integro solutum, actio *pigneratitia* est nata: ergo si debitor eandem intra 30. annos non intenter, præscriptione perimitur. Hæc enim meta omnibus actionibus personalibus, ex quo jure competere ceperunt, posita est in l. 3. princ. C. de Præscript. 30. vel 40. Annor. Vid. Treutl. vol. 2. disp. 1. thes. ult. Interim premissa hac actione pignoris dominium à debitore non abit, sed poterit rei vindicatione pignus à creditore repetere. Si reponas: tali modo creditor in effectu nihil præscripsit. Replicabit tibi Clariss. D. D. Peregrini ad tit. Inst. de Usucap. num. 12. in fin. præscriptionem talem non esse sine commodo creditoris præscribentis, nam rei vindicatione amplius conveniri nequit, si res non extet, posse verò conveniri actione *pigneratitia*, in qua etiam alia multa veniunt, quæ exigi non possunt in rei vindicatione V. l. 6. §. un. l. 42. ff. de Pignerat. act. ne quid dicam, quod dominium difficilioris sit probationis, maxime si negotium sit debitori cum hæredibus creditoris. Et hæc quidem de effe-

effectibus Pignoris in ratione *Contractus* spectati.

60 Si Pignus consideretur, ut est species *juris in re*, multiplices itidem parit effectus, & quidem I. dominium rei oppignoratae debitori conservat, nec impedit, quominus eam debitor, si velit, alteri rursus oppignorare, aut alio modo alienare valeat, modò creditoris, & pignoris jus illæsum maneat. *l. 9. C. de Pignor. l. 12. C. de distract. pign.* hoc si quoquo modo debitor violet, furtum committere dicitur in *l. 66. princ. ff. de furt.* II. Qualitas pignoris rei oppignoratae tam tenaciter inhæret, ut, quamdiu debitum ex integro non fuerit solutum, se ab ea neutiquam avelli patitur *l. 6. §. 16. C. de distract. pign.* Vid. *l. 11. §. 4. ff. de Pignorat. act. l. 1. C. de luit. pign. l. 1. C. si unus ex plurib. l. 7. §. ult. ff. quib. mod. pign.* III. Potest creditor debito in diem constitutam non soluto, pignus distrahere, & sibi de pretio satisfacere, debet tamen expectari lapsus totius diei, post quem ulteriori interpellatione opus non est, quia dies interpellat pro homine *l. 12. C. de contrab. §. committend. stipul.* ubi elegans hæc redditur ratio, quod debitor *ea, quæ promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.* Si autem dies solutioni præfixa non esset, interpellatione opus foret. *Arg. l. 23. ff. de V. O.* Quodsi expressè conventum fuisset de non distrahendo pignore, vendi nihilominus poterit, præcedente tamen trina denuntiatione (interpolatim facta) cujus interpolationis tempus judici determinandum relinquitur, *l. 4. ff. de Pignorat. act.* Quodsi nullum pactum de vendendo pignore intervénit, Jure Co-

dicis una requiritur denuntiatio, qua facta in ordine ad acquirendum dominium expectandum est per biennium à denuntiatione facta, si debitum est liquidum, aut à tempore latæ sententiæ, si illiquidum est, quo elapso creditor pignus venum exponere, & si pignus emptorem non reperiat, tunc creditor iterum denuntiat debitori, ut solvat, vel si absit, Magistratum adit, petens, ut absenti tempus constituatur, intra quod adsit & pecuniam offerat. Si tempore statuto debitor inventus non fuerit, aut creditam pecuniam totam offerre noluerit, potest creditor per preces Principi oblatas petere, ut pignus sibi jure domini possidere liceat, quod etiam impetrabit, hoc tamen cum temperamento, ut intra biennium à tempore rescripti computandum debitor adhuc habeat facultatem pignus recuperandi, offerendo pecuniam debitam cum usuris & omni damno, quod creditor accepit, ex frustratione debitoris, ratione cujus juramento creditoris statur. Hoc vero biennio elapso plenissimo demum, & irrevocabili jure rem habet creditor. Quodsi verò minus in pignore, & plus in debito, vel viceversa fuerit, utrique tam debitori, quam creditori jus suum integrum manet, ut vel debitor creditori, quod minus est, supplere, vel creditor debitori, quod plus est, restituere teneatur. Si denique creditor acquisito dominio pignoris illud vendere velit, illud quidem ei interdictum non est, juramento tamen firmare necesse habebit, quod nulla fraude usus rem tanti vendiderit, nec qui plus offerret, reperire potuerit, & si quid ultra debitum in pretio recepit, id debitori restituere; sin minus, in

(G g)

re-

residuum ex *l. 3. C. de jure domin. impetr.* agere poterit prout hæc omnia clare & prolixè in *d. l.* constituta sunt, de qua tamen aliqui dubitant, an etiam in casu, quo creditor pignus tantum distrahere, non verò sibi ejus dominium acquirere vult, procedat, ita, ut denuntiatione juxta dicta facta integrum adhuc biennium expectare debeat, nobis probabilius videtur eam in simplici distractione necessariam non esse, sed Justinianum tantum de ea loqui, quæ ad impetrationem dominii instituitur, quia nimis durum videtur, ut creditor post moram debitoris integrum biennium expectare, & interim pignus sine fructibus retinere cogere. Et ita sentiunt cum Donello, Bocero & aliis Brunnem. ad *d. l. 3.* & Stryck. ad *tit. de distract. pign. §. 7.* qui etiam testantur, hodiernis moribus eam non frequentari: hæc quoad extrajudicalem, sive conventionalem pignoris distractionem.

61 Aliter obtinet in pignore judiciali, in cujus distractione ita proceditur: condemnato ad solvendum debitum quadrimestre spatium indulgetur *l. 2. C. de Usur. rei jud.* quod aliquando coarctari, vel prorogari potest *l. 2. ff. de re jud.* elapso hoc termino capiuntur pignora secundum modum *l. 15. ff. de re jud.* post immisionem adhuc duo menses expectantur, intra quos debitori adhuc integrum est, oblato pretio, & refusis expensis pignus reluere, *l. 37. ff. de re jud.* His verò elapsis sub hasta pignus venditur, aut emptore non comparente creditor admittitur. *l. 2. C. si in caus. judic.*

62 Quæres: Quid Juris, si pignus explicato modo creditori appropriatum

evincatur? Distinguo inter pignus *judiciale*, & *conventionale*. Circa illud finita quidem erit pignoris obligatio, & à contractu recessum, *utilis* tamen actio ex empto ipsi accommodabitur, quia perinde habetur, ac si rem illam oppignoratam pro pecunia sibi debita emisset *l. 24. ff. de Pignorat. act.* & ideò dans in solutum etiam ad evictionem præstandam tenetur. Brunnem. ad *d. l. 24.* In pignore *conventionali* creditor vendens de evictione non tenetur, sed emptori actionem suam pigneratitiam *contrariam*, quam habet contra debitorem, cedit emptori, nam reviviscit quasi pignus creditori hypotheca evicta, Carpov. *part. 2. cap. 23. def. ult.* nisi creditor evictionem promiserit, aut in dolo fuerit, & sciens rem debitoris non esse, vendiderit *l. 1. §. 2. C. credit. evict. pign. non deber.*

IV. Ex pignore pro jure *in re sum-*pto nascitur actio *Serviana*, & quasi *Serviana*. Illa est *in rem Prætoria* à Prætorè Servio introducta, & datur locatori fundi pro rebus coloni, quæ pro mercede fundi expressa conventionè oppignoratae sunt. *§. 7. Inst. de action. Quasi Serviana*, quæ etiam *hypothecaria* subinde vocatur, *d. §. 7.* quandoque etiam *Pigneratitia* *l. 22. ff. de Pignorat. l. 41. ff. de Pignorat. act.* quatenus nempe *pignus* & *hypotheca* in ratione *juris in re* promiscuè sumuntur, est similiter actio *realis*, quæ non à Servio Prætorè, sed à Juris-Consultis ad similitudinem *Serviane* introducta, datur creditori cuilibet ad res pignori *tacitè*, vel *expressè* obligatas persequendas, earumque possessionem consequendam. *d. §. 7.* Neutra tamen adversus extraneum possessorem agere creditor potest, antequam

quam principalem debitorem actione personali convenerit. *Auth. hoc si debitor C. de Pign. Nov. 4. cap. 2.* nisi possessor esset unus de hæredibus debitoris vel fidejussoris. In utraque duo probanda sunt actori I. quod res, quam persequitur, fuerit sibi à debitore oppignorata. II. Quod tempore Contractus fuerit in bonis debitoris. Plura de utraque hac actione tradunt Interpretes ad *d. §. 7. Inst. de Action.*

64. Cum actione Serviana concurrat, etiam interdictum *Salvianum*, quod datur ad adipiscendam possessionem pignoris, estque locatori multo utilius quam ipsa actio *Serviana* ob facilitatem probationem; in actione enim *Serviana*, utpote *petitorio* iudicio, non sufficit probare, rem fuisse oppignoratam, sed eandem extitisse tempore obligationis factæ in bonis debitoris, pignus enim rei alienæ non valet *l. 5. C. si alien. res pign.* In *Salviano* vero interdicto, utpote in quo non de jure, seu validi-

tate pignoris agitur, sed de sola possessione, sufficit, rem illatam tempore illationis à debitore fuisse possessam, & actorem esse creditorem ex causa locationis.

Quamquam verò interdictum *Salvianum* quoad probationis facilitatem utilius sit actione *Serviana*, in hac tamen rursus ab ista vincitur; quod actio *Serviana*, excusso prius debitore etiam contra tertium rei oppignoratæ possessorem detur, non etiam interdictum *Salvianum*. *l. 1. C. de Precar. §. Salvian. interd.* Putant quidem aliqui *b. l.* loqui duntaxat de interdicto *directo*, adeoque *utile* non excludere. Sed malè hi, nam, si actor utili interdicto experiri posset, actionis *Serviane* ibi insinuatæ nulla foret necessitas, imò actio *Serviana* omnino inutilis evaderet, nemo enim relicto interdicto ad difficilem probandi modum actionis *Serviane* descenderet.

§. V.

De Prioritate Creditorum.

SUMMARI A.

66. In concursu creditorum ad prioritatem attenditur quæ secundum 5. Classes ordinatur. 67. Omnibus creditoribus præferuntur rerum domini. 68. In prima Classe ponuntur creditores specialiter privilegiati, & qui illi? 69. In secunda hypothecarii speciali prærogativa muniti, qui similiter enumerantur. 70. Mulier præfertur omnibus creditoribus etiam hypothecam anteriorem expressam habentibus. 71. Contrarie Sententiæ fundamenta referuntur. 72. Quibus suo ordine satisfit. 73. Qui ulterius in hanc Classem privilegiatam referantur? 74. In tertia Classe sunt hypothecarii simplices, potiori tamen jure præ chirographariis gaudentes. 75. Quid de Usuris? 76. Quarto loco veniunt chirographarii personali privilegio muniti. 77. Ultimo demum loco reliqui creditores non privilegiati.