





42

DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA
 DE
INTERPRETATIONE
LEGIS DVBIAE,
 QVA VALOR HYPOTHECARVM TACITARVM
 ANNO HVIVS SECVLI TRIGESIMO QVARTO
 RESTITVTVS EST.

QVAM
 ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS
 AVCTORITATE
 IN PERANTIQVA ELECTORALI VNIVERSITATE
 ERFORDIENSI
 PRAESIDE

1798
 1

DN. IO. IVSTINO WEISSMANTEL, ICTO,
 FACVLT. IVRID. ASSESSORE, PANDECTARVM PROF. PVBL.
 ORDIN. ET CIVITATIS CONSVLE SENIORE
PRO GRADV DOCTORIS
 IN VTROQVE IVRE LEGITIME
 CONSEQVENDO

H. L. Q. C.
 DIE II. MARTII MDCCXCVIII.
 PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTIT
 AVTOR

AVGVSTVS CAROLVS APTER,
 ZISGENRVGENSIS.
 ADVOCATVS IMMATICVLEATVS.

ERFORDIAE,
 TYP. IOAN. CHRIST. GOERLING, ACAD. TYPÖGR.



PRESENTED BY THE DIRECTOR
OF THE
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF
CAMBRIDGE
AND
BY THE
LIBRARY OF THE
MUSEUM OF
COMPARATIVE ZOOLOGY
AND ANATOMY
OF THE
UNIVERSITY OF
CAMBRIDGE

HARVARD UNIVERSITY LIBRARY
VICTORIA
1880

THE HARVARD-YENCHING INSTITUTE
OF SCIENCE AND TECHNOLOGY
LIBRARY
IN THE
UNIVERSITY OF
CAMBRIDGE

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE LIBRARY



Quanquam plurima sunt ciuitatibus, vt earum fini satisfiat, expetenda, haud tamen scio, an vllum aliud bonum, quod arte ciuili inter homines comparari potest, iuris certi beneficio anteferendum sit. Etenim in maximo, quo philosophi agitantur, de summo societatum ciuilium sine opinionum dissensu ^{a)}, hoc saltem in confesso est, ob eam maxime causam, vt iura ipsorum salua atque integra seruentur, homines in ciuitates congregari. Hic enim ciuilis coniunctionis finis rationis praeceptis sine dubio conuenit, eiusque assequendi studium tantum non semper homines in regna compulisse, historia testis est. Neque tamen iste perfici poterit, nisi, quid iuris cuius competat, quid quisque ab altero postulare possit, extra omnem dubitationis aleam positum sit. Itaque historia atque experientia testante maxima mala in ciuitatibus oriuntur, si legibus ad causas ciuium decidendas minus sufficientibus vtantur. Nonne enim arbitrium iudicum, quo nulla grauior pestis iudiciorum administrationem ihscere potest, in litibus dirimendis regnare necesse est, si legum aut obscuritas, aut defectus, aut nimia

a) cfr. WILLHELM praes. KOHLSCHÜTTER *de fine societatis ciuilis*. Viteb. 1793.

mia forte, ut animo comprehendi non possint, copia legitimam causae decisionem impediatur: quod ipsum apud Romanos olim ante iustinianeam legum emendationem iuris statum miserrimum reddidit, ideoque, ex ipsius IUSTINIANI in constitutione de confirmatione digestorum testimonio, in causis fuit, quae, ut romanam sanctionem ab urbe condita usque ad sui imperii tempora, intestinis proeliis vacillantem, in unam consonantiam reducere ^{b)} studeret, eum commorerunt. Nonne litium multitudo, qua et publica civitatis salus et privatae singulorum fortunae multis modis conturbantur, infinitum crescet, si iura civilia ita comparata sint, ut, quod Academicorum inuentum a Iureconsultorum severitate alienissimum est, in utramque partem de ipsis disputare, adeoque, quacunque lite alteram lacescere velis, legem, qua intentionem tuam firmes, facile reperire possis.

§. 2.

Pessimi huius effectus, necessaria quasi consecutione ex incerto iuris statu profluentis, luculentissimum exemplum iidem romana civitas praebet, quo tempore Iureconsultorum scripta mirum in modum a se invicem discrepantia nullo discrimine habito legalem auctoritatem in foris obtinebant ^{c)}: idque celebratissimam VALENTINIANI III. orationem

^{b)} Haec sunt legitima ipsius verba in principio Constitutionis allatae.

^{c)} AMMIANI MARCELLINI testimonium denunciatur, L. XXX. cap. 4.

tionem d) tum protulit, quam, etiamsi, ut IUSTINIANVS agnouit e), a summa iuris atque aequitatis regula mirum in modum deflecteret, lubricam tamen, quae isto tempore erat, iuris administrandi viam aliquantum emendasse concedendum est.

§. 3.

Porro, iure ciuitatis incerto existente, Iureconsultorum oracula non possunt non in sententiis ferendis in diuersas plane partes discedere. Sic vero litigia, quod minime omnium optandum est, immortalia fiunt. Quis enim, nisi plane sit vecors, dum remedium superest, quod aduersus pronunciationem iudicis adhiberi possit, in iudicato acquiescet, cum alia iudicium collegia, certa iuris regula deficiente, diuersam sententiam amplecti aut certo sciat, aut probabiliter saltem sperare possit. Ob hanc vero causam quotidie

A 2 fieri,

d) Fragmentum, quod huius loci est, (nam plura legis ad diuersa capita spectantis fragmenta in vitroque codice superfunt, quae collegit BACH in *historia iurisprud. rom. L. 3. cap. 4. sect. 2. §. 3. nor. f.*) reperitur in titulo Codicis Theodosiani *de responsis prudentium.*

e) nam in constitutione, *Deo auctore etc. §. 6.* hanc profert sententiam: *neque ex multitudinis auctoritate, quod melius et aequius est, iudicatore, cum possit vnus forsitan et deterioris sententia et multas et maiores in aliqua parte superare.* cfr. HAVBOLD de emendatione iurisprudentiali ab Imperatore, *Valentiniano III. instituta, L. 1796.*

fieri, vt controuersiae iudiciales maximo cum litigantium damno protrahantur, nemo negabit, nisi qui in foris nostris plane sit hospes. Et nonne verendum est, vt homines vehementioris animi et viribus confidentes, dum dubios litium exitus extimescunt, ea, quae sibi ab aliis deberi existimant, vi atque manibus extorquere, quam iudiciali ordine persequi malint: qua re ob incertum, qui tum erat, iuris patrii statum medii aetui temporibus, saepe profecto effectum est, vt locum haberet ENNIANVM illud:

*pellitur e medio sapientia, vi geritur res,
spernitur orator bonus, horridus miles amatur,
haud doctis dictis certantes, sed maledictis,
miserent inter sese inimicitias agitantes,
non ex iure manum consertum, sed magis ferro
rem repetunt — — vadunt solida vi f).*

§. 4.

Quo vero maiora sunt detrimenta, quae ciuitati immingere vidimus, si iure parum certo viatur, eo diligentius rerumpublicarum antistites curare conuenit, vt leges, quas subditis praescribunt, partim ita clarae atque perspicuae sint, vt de ipsarum sensu nulla dubitatio moueri possit, partim vero etiam, omni iudicis arbitrio remoto, explosis

prae-

f) GELLIVS Noct. attic. l. 20. c. 10.

praeterea consuetudinum tricis ^g), ad causas ciuium decidendas plene sufficient: quibus duabus rebus ius certum in ciuitate efficitur.

§. 5.

Quantam in hoc genere curam Principes Saxoniae omni tempore adhibuerint, quam plurima legum ab ipsis in patria nostra latarum monumenta docent. Quid enim, vt illustrioribus quibusdam exemplis utar, *Constitutiones* AVGVSTI protulit, quae ad hoc vsque tempus praecipuum iuris priuati domestici fontem constituunt, nisi dissensionum, quae seculo decimo sexto Iureconsultorum in Saxonia collegia agitabant, tollendarum studium ^h)? *Decisiones*,

A 3

tum

g) consuetudinaria enim iura praecipuum iuris incerti speciem esse existimo. Aptissime in hanc rem POMPARIVS scribit in l. 2. §. 3. *π. de O. I. exactis regibus iterum coepisse P. R. incerto magis iure et consuetudine agi, quam per latam legem.* Admiremur itaque eorum, qui nostra aetate nouas Borussiae leges iglere, sapientiam: vtramque enim, quam textus assert, iuris incerti causam, procul a ciuitate sua abesse voluere. Vid. *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, Einleitung*, in primis: §§. 3. 8. 50. seqq. 64.

h) cfr. Acta comitor. Torgaens. de anno 1570. vbi dicitur: *haben die Landstände angefücht wegen der ungleichen Urtheil in peinlichen und bürgerlichen Sachen die vornehmsten Juristen aus denen Universtitäten förderlichst zusammen zu fordern, und Rath halten zu lassen, wie hinfüro einstimmig in denen Hofgerichten und Schöffenstühlen zu sprechen seyn möchte.* Electorem vero his precibus obsecu-

tum a IOANNE GEORGIO II. anno seculi insequentis sexagesimo primoⁱ⁾, tum a FRIDERICO AVGVSTO II. anno huius, in quo vivimus, seculi quadagesimo septimo editae^{k)}, non aliam habuere causam. Singulas vero leges afferre infinitum foret, quae de singulis modo iuris capitibus disponentes idem consilium sequuntur.

§. 6.

At enimvero mirandum est, in tanto principum nostrorum, ut iura civitatis certa redderentur, studio, plurima tamen, quae incertissima sunt, in iure nostro reperiri.

Quan-

obsecutum esse, ipsisque adeo Constitutionum originem deberi, omnis de earum ortu historia docet, ipseque Augustus in lege praemissa fatetur. cfr. HOMMEL *de electore Augusto, Saxoniae legislatore*. Lips. 1765.

i) ita enim legislator in confirmatione Decisionum: *als unsere getreue Landschaft, inquit: bey vorigen und nächsten Landtagen ingemein sich beklaget, melchergestalt die Facultäten, Schöppenstühle, und andere iudicia, bishero in vielen Fällen die Landes-Constitutiones nicht auf einerley Meinung ausgeleget, sondern von einander dissentiret, und ungleich gesprochen: so haben wir etc.* cfr. *Stockmanni Prol. Joannes Georgius II. Saxoniae et Lusatiae legislator*. Lips. 1789.

k) vid. *Mandats wegen der neuen Decisionen vom 2ten Jul. 1746.* in *Codice Aug. cont.* T. II. pag. 349. quam datum esse dicuntur zur Vermeidung derer in einigen Rechtspuncten von den Dicasteriis und sonstn sich geäußerten differenten Meinungen.

Quantam, quaeso, opinionum discordiam deprehendimus, si Iureconsultorum de iure patrio disserentium praecepta aut legimus aut audimus? noti sunt dicasteriorum in pronunciando dissensus; quam saepe, prohi dolor! certa iuris scripti norma deficiente ad doctorum praeiudicia et ad fallacem iuris consuetudinarii fontem in causis decidendis confugiendum est; haud raro etiam ipsa legis scriptae verba ita comparata sunt, ut multiplicem interpretationem admittant, adeoque novarum de ea ipsa re, quam decidere debebant, dissensionum causam contineant. Possem equidem ea, quae dixi, multis atque luculentis exemplis ex iure domestico repetitis illustrare, quae mihi, dum causas civiles in foris tractarem, subinde se obtulerunt: sed hac quidem vice vno tantum asserendo defungar, de quo hanc totam descriptionem componere in animo est.

§. 7.

Qua enim lege anno huius seculi tricesimo quarto hypothecarum tacitarum valor, quem Ordinatio processus recognita antea sustulerat, in Saxonia electorali restitutus est ¹⁾, ea inter omnes, quae unquam latae sunt, incertissima mihi videtur, ut eius latori, cum ipsius verba conciperet, humani aliquid accidisse fatendum sit. Cum vero de dubia huiusce legis explicatione, scribendi occasione data, verba facere constituerim, omnem, quam institui, tractationem

¹⁾ exstat lex ista in *Codice Aug. contin.* T. II, p. 297.

tionem *tribus* partibus absoluere posse mihi videor. Nam frustra quis laborabit de legis nostrae sententia inuenienda, nisi hypothecarum tacitarum naturam variasque ipsarum formas ex iure romano cognitatas habeat atque perspectas: quare huic argumento exponendo *primo* loco vacabimus. *Deinde*, ut origines istius, de qua quaerimus, legis, quod praecipuum interpretationis adiumentum est, recte intelligamus, qualia hypothecarum tacitarum fata in Saxonia electorali fuerint, enarrandum est. Quibus praemissis *denique* vtrum ex lege proposita certam sententiam elicere possimus, periculum facere licebit.

§. 8.

Quam primum igitur de hypothecarum tacitarum natura, origine, atque speciebus ex iure romano verba facturus, nolo omnem de isto argumento doctrinam plene exponere: quippe nimis longum id foret, et multi sunt, iique haud contemnendi scriptores ^{m)}, ad quos lectores plura cupientes ablegare possum. Ea modo de ista materia summam attingere lubet, quae ad intellectum legis saxonicae in rubro com-

m) Omnem de pignore ex iure romano doctrinam exposuit imprimis WESTPHAL in der *systematischen Erläuterung der römischen Gesetze vom Pfandrechte*. Leipz. 1770. De historia pignorum tacitarum autem scriptores praecipui sunt LISCHKE, de *origine et acquiratōe tacitarum hypothecarum apud Romanos*, Lips. 1732. et SCHNORR, praef. SEGERO in *historia iuris ciuiliis de pignoribus tacite contractis*. Lips. 1772.

9

commemoratae necessaria esse existimo. Cum vero, quae-
libet, quae ex regulis artis suscipitur, de re aliqua disputa-
tio, CICERONE recte praecipiente, debeat a definitione
proficisci, a notionibus quibusdam explicandis nobis etiam
egrediendum est. Vniuersali igitur *pignoris* appellatione,
qui hypothecae speciem subiectam esse statim videbimus,
apud Romanos ius in re aliena designari consuevit, in secu-
ritatem crediti creditori constitutum, vi cuius, vt ex rei
substantia ipsi satisfiat, postulare potest.

§. 9.

Vtrum quidem Romani hunc pignoris nexum, vt multa
alia instituta a Graecis acceperint, an forte iste domesticum
ipsorum inuentum sit, non satis certo definiiri potest, nec
ad causam nostram multum refert: Graecos tamen pigno-
rum iura non ignorasse, multis veterum testimoniis com-
probatur n). Antiquissimo vero tempore Romani non alium
huius securitatis praestandae modum cognouerant, praeter
eum, quo creditor rei oppignoratae possessor efficitur, at-
que ex hac ipsa *pignorum* vetustissima indole vocis originem
explicandam esse haud inepte multi coniiciunt o).

§ 10.

n) noti sunt Graecorum *ἕσος*, h. e. signa, quae fundis aedibusque
oppignoratis fraudis euitandae causa apponere solebant, cfr.
PETITI *leges atticae*, L. V. tit. 4. lege 2da. et L. VI. tit. 2.
lege 2da.

o) sic CAIUS l. 238. §. 2. *π. de V. S. Pignus*, scribit, *appella-
tum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur:*

B

vnde

§. 10.

At enimvero sola possessionis rei oppignoratae in creditorem translatio parum securum ipsum poterat praestare: quippe, re forte amissa, cum conventio inter duos inita aduersus tertium inefficax sit, neque possessio, quod ipsa eius notio docet, iuribus in rem competentibus accenseri possit, omni effectu, destituebatur. Quamobrem haec oppignorationis instituendae ratio a Iureconsultis reperta est, ut ipsum rei obligandae dominium per solemnem mancipationem vel in iure cessionem in creditorem transferretur, adiecto tamen, unde huic toti negotio *fiduciae* nomen inditum est, pacto fiduciae, quo ad eandem soluto debito debitori remancipandam se obligabat P). Sic itaque actionis realis aduersus quemcunque possessorem instituendae beneficio creditor potitus est, cum ex mera pignoris obligatione non nisi personale remedium, quo aduersus ipsum debitorem uti posset, oriretur.

§. 11.

Procedente tempore actio Seruiana proposita est, quae primum Romanis rei absque vlla possessionis translatione credi-

unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Vid. tamen MENAGII Amoenitates iuris civilis, cap. 39. s. v. pignus.

P) Hanc pignoris apud Romanos speciem inprimis exposuit SCHVLTING in *inrisprudentia veteri anteiustinianca ad IULII PAULI sentent. recept. L. II. tit. 13.*

creditori obligatae praebuit exemplum. Aut enim, nam incertum hoc est ^{q)}, auctoritate SERVII Sulpicii, celeberrimi olim in libera Romanorum republica Iureconsulti, aut edicto Praetoris cuiusdam, cui SERVII nomen fuit ^{r)}, inductum est, ut locatori fundi rustici res coloni in fundum inuectas et in securitatem mercedis praestandae conventionne inita suppositas adversus quemcunque possessorem persequi liceret ^{s)}, Quod cum ad alias obligationes mox transferretur, atque in assiduam iurisdictionem vergeret, nona rerum oppignorandarum forma exorta est, quam et a pignoris, quod proprie ita dicebatur, simplicitate et a fiducia ambagibus haud paulo diuersam graeco *hypothecae* nomi-

B 2

q) IUSTINIANVS quidem §. 7. *I. de act. eam ex ipsius Praetoris iurisdictione substantiam capere dicit*: sed saepe, quod auctoritate prudentum introductum erat, postea demum in Praetorum edicta receptum est. Hinc SEGERVS, in epistola SCHNORRII dissertationi, quam supra attulimus, subiecta, adversus plurimorum, qui ad ius honorarium istam referunt, sententiam, SERVII Sulpicii responsis actionis Servianae originem vindicat. Cuius tamen reliquam de ista actione orationem valde improbo: etenim non de fructibus fundi, sed de rebus a colono in fundum illatis concepta fuit.

r) SERVIUS enim Sulpicius, Ictus, Praetoram urbanam nunquam administrasse videtur. cfr. EVER. OTTONIS *vitam Servii Sulpicii*, *ICti. cap. 10. sect. 2.*

s) sic actionis Servianae naturam explicat §. 7. *I. de act. ad quem locum conferantur Interpretes*, inprimis EVERHARD OTTO et IANVS A COSTA.

nomine t) insigniebant. Atque haec ipsa, ut fiduciarum scrupulosa solemnitas sensim in desuetudinem abiret, effecit: nam pignoratitius etiam creditor exinde, possessione pignoris forte amissa, actionem in rem instituere poterat, quam, ad exemplum actionis Seruianae, quasi Seruianae actionis nomine appellabant u). Sic plane triplicem, quam descripsimus, pignoris speciem ISIDORVS v) distinxit, quem locum, cum in hac causa praecipuus sit, totum describam: *inter pignus*, inquit, *et fiduciam et hypothecam hoc interest. PIGNVS est enim, quod propter rem creditam obligatur; cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, caeterum dominium penes debitorem est. Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur, vel in iure ceditur. Hypotheca est, cum res aliqua commodatur, seu, uti NOODTIVS w) legendum esse monet,*

t) quod MARCIANVS l. 5. §. 1. π. de pignor. et hypoth. dicit: *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*, id de grammatica utriusque vocis significatione accipiendum esse censeo; in sensu iuris enim pignus et hypothecam re ipsa valde differre, ex iis, quae in textu dicta sunt, satis apparet.

u) vid. §. 7. l. de act. ita quoque, nempe de actione quasi Seruiana in rem ipsam instituenda, interpretor l. 17. §. 2. π. de pactis, *de pignore iure honorario nascitur pacto actio*. Quis enim dubitet, actionem in personam propter pignoris traditionem iure ciuili competiisse.

v) Orig. l. V. c. 25.

w) in Observationibus, l. II. c. 7.

monet, *obligatus*, vel, si mauis, *comodatus*, *sine depositio-*
ne pignoris, *pacto vel cautione sola interueniente*.

§. 12.

De pignore atque fiducia hoc quidem in loco amplius dicere non est necesse: ad hypothecas vero quod attinet, quae vberius tractandae sunt, plures, quae explicari merentur, earum differentiae in iurisscientia occurrunt, sed earum duas tradidisse ad nostrum consilium sufficiens erit. Nam primum quidem illae aut vniuersitatem honorum afficiunt, aut rem singularem, vnde hypothecae *generalis* atque *specialis* notabile discrimen enascitur. Deinde aut in libera debitoris voluntate, aut in necessitate iuris ipsarum acquisitio fundatus, quare pignoris *voluntarii* atque *necessarii* species distinguere solent.

§. 13.

Postremum huius inprimis loci est: quamuis enim nonnunquam iudicis ex praescriptis legum istud constituentis decretum requirat, quo in casu *iudicialis* pignoris nomine nuncupatur, praecipua tamen ipsius forma haec est, quae sola lege iubente bonis debitoris adhaerescit; quibus verbis *hypothecae legalis*, quae etiam *tacita* audit, notionem explicasse mihi videor. Male quidem faciunt, vti SCHNORRIVS *) praeclare demonstrauit, qui hypothecarum *tacitarum*

B 3

rum

*) in dissert. laud. §. 7.

rum apud Romanos originem ab actione Serviana accensendam esse existimant: haec enim ad hypothecam expresso pacto constitutam solummodo spectavit. Sed hoc profecto verissimum est, ante huiusce actionis introductionem taciti pignoris formam apud Romanos non adfuisse, eamque ipsam demum, ut locum habere posset, effecisse. Cum enim ex recepta SERVII sententia sola de pignore conventio, etsi nulla rei obligatae traditio accesserat, actionis in rem adversus quosvis possessores instituendae facultatem praerebet, conventiones autem non expresso solum, sed tacito etiam consensu iniri possent; mox ulterius aut Iureconsultorum auctoritas, aut, quod verius videtur, Praetorum iurisdictio progressa est. Nam tacitae conventionis speciem praetendentes ^{v)} pignoris nexum in certis quibusdam causis, quas infra enumerabimus, inter eos etiam adesse voluerunt, inter quos hypothecae constituendae nulla unquam mentio iniecta erat, atque hoc modo tacitarum hypothecarum et species et nomen in ius romanum intrauit.

§. 14.

v) huic commento tacitas hypothecas originem debere, dilucide comprobant ipsa legum verba. *L. 4. π. de pactis, quia conventiones, ait, tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis iniecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim contenerit. L. 4. pr. π. in quib. caus. pign. tac. contrab. haec verba habet: eo iure vimur, ut, quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite conuenierit. add. l. 3. l. 7. pr. π. eod.*

§. 14.

Neque diu illae intra hos, quos tacitae conventionis angustiae determinant, fines substitere. Imperatores certe romani nulla amplius iuris commenticii z), cui Praetores in hac causa insistebant, ratione habita, solam legis dispositionem ad fundanda taciti pignoris iura sufficere rati sunt, unde hypothecas, quas statuere, legales potius, quam tacitas appellaueris. Ex utroque vero fonte, quae species deinceps exortae sint, temporis, quantum fieri potest, ratione habita, strictim iam explicabimus.

§. 15.

Et antiquissimas quidem tacitae hypothecae apud Romanos formas eas fuisse, quae praediorum locatoribus et mercedis causa et ob damuorum forte datorum reparationem, si praedium urbanum erat, in inuectis illatis inquilini, sin rusticum, in fructibus fundi competebat a), omnes concedunt. Nam tanta est earum cum hypotheca expressa, de qua actio Seruiana proposita est, conuenientia, ut huic actioni tempore aequales fere fuisse, haud temere statuatur: saepe enim apud Romanos factum esse animaduertimus, vt

si

z) de iure commenticio vid. PÜTTMANN *Probabil. iur.* II. 1

a) praedia *rustica* in hac quidem iuris romani materia eadeci, quae *fructuum* percipiendorum causa, *urbana* vero, huius *uendi* gratia conducta sunt, egregie demonstrauit Adolph Dietrich WEBER in den *Beiträgen zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrecht.* (Schwerin 1783.) I. §. 1. Anm.

si quid eiusmodi esset, quod legi contractus ex vulgari hominum consuetudine inseri solet, id tacite partibus placuisse statuerent, etiamsi nominatim non esset expressum ^{b)}, Vtra tamen altera prior fuerit, quamvis multi docere studuerint ^{c)}, non facile definiiri posse existimo.

§. 16.

Posthaec M. ANTONINVS PHILOSOPHVS primus pignora tacita ampliauit. Nam creditoribus in restitutionem aedificiorum pecuniam mutuam dantibus aedes reflectas ipso imperante, Senatusconsulto facto, suppositas esse, ex certo legum romanarum testimonio elucet ^{d)}: quam tacitae hypothecae speciem ad solas aedes aliena pecunia restitutas, neitiquam vero ad aedes nouiter exstructas, aut ad aliarum rerum reparationem pertinuisse, SCHNORRIYS in libello saepius

b) Sic, cum seruitus oneris ferendi aedibus imponeretur, in lege contractus ita fere scribebatur: *paries oneri ferundo vti nunc est, ita sit.* Sed etiamsi haec verba ommissa essent, tamen ius erat cogendi aduersarium, vt reficeret parietem ad onera sustinenda. Vid. l. 33. ff. de seruitut. praed. vrb. coll. l. 6. §. 2. ff. si seruit. vindic.

c) legat, qui talia cupit, LISCHKII dissert. laud. §. 6. seq.

d) l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac. contr. Senatusconsulto, quod sub MARCO Imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuum dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, domino mandante, nummos ministravit.

saepius adducto ^{e)}) ita demonstravit, vt Aethiopem lauare velle viderer; si vel verbulum de isto argumento adicerem. Sed induci etiam me patior, vt priuilegium, quod impuberibus atque minoribus in bonis tutorum et curatorum concessum est, aduersus plerorumque sententiam, ad eundem Imperatorem referam. Etenim CONSTANTINVM M. istud introduxisse, cum in ea, ad quam prouocare solent, lege de iure dudum constituto aperte rescripserit ^{f)}), nunquam mihi persuadebitur.

§. 17.

Porro Iureconsulti, quorum fragmenta Pandectae nobis seruarunt, quosque CONSTANTINO maximam partem anteriores fuisse nulla dubitatio est, eius iuris mentionem nonnunquam iniiciunt; qua enim alia ratione MODESTINI, MARCIANI, IULII PAULI denique verba in locis infra commemoratis ^{g)}) accipi possint, nullo modo intelligo: ipsum

e) §. 10.

f) *l. 20. C. de administrat. tut. ex genere rescriptorum esse, ex inscriptione intelligitur. Ipsa constitutio autem in haec verba concepta est: pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibi met vindicare minime prohibentur.*

g) vidd. *l. 49. π. locati. l. 1. §. 9. π. de l. Cornelia de falsis*, quibus tutores et curatores a contractibus cum fisco ineundis sine dubio ob tacitam obligationem ipsorum bonis ex tutelae vel curae administratione inhaerentem arcentur. *l. 44. §. 1. π. de ad-*

C

mini-

ipsum etiam QV. CERVIDII SCAEVOLAE, qui MARCI tempore floruit, responsum, quod in *lege postrema Digestorum, in quibus causis pignus tacite contrahitur*, continetur, ad eandem speciem videtur pertinere ^{h)}). Accedit, ex constitutionibus quibusdam SEPTIMII SEVERI et ANTONINI CARACALLAE ⁱ⁾); quod ipsis regnantibus tutorum et curatorum bona impuberibus atque minoribus supposita fuerint, nisi quis in re aperta caecutire velit, luculenter intelligi.

§. 18.

Tam vero quamvis certa argumenta, quibus M. ANTONINO PHILOSOPHO potius, quam alii ante hos Imperatori hanc tacitae hypothecae formam vindicare possim, deficiant, eius tamen introductionem personae, quam per omne imperium gessit, apprime convenire perspicio. Nonne enim, dum imperio praefuit, praecipua cura id egit, ut infirmae hominum aetati consuleret? Sic CAPITOLINVS ^{k)} narrat, eum praetorem tutelarem primum fecisse,

VI

ministrat. et peric. tut. privilegium, ait, pupillo post pubertatem competere in bonis tutoris venditis. add. l. ult. τ. de tut. et ration. distrab. quae tamen HERMOGENIANI est, qui CONSTANTINO aequalis fuit.

^{h)} sed videtur saltem ex nonnullorum sententia ob tituli, cui insertum est, inscriptionem: cfr. SCHNORR et LISCHKE in *Dissert. laud.* nam ipsa legis verba ad taciti pignoris obligationem spectare non putaverim.

ⁱ⁾ *l. vii. Cod. de tut. v. cur. vectigal. cond.* quae istud ipsum ANTONINI

vt diligentius de tutoribus tractaretur: praeterea controuersis interpretum celebratissima est ea ipsius constitutio, quae, eodem scriptore testante ^{l)}, legis Laetoriae quinauicennariae curam minorum introducentis vsum adauxit: Senatus-consulta, quibus partim, ne tutor pupillam vel filio suo vel sibi nuptum collocaret ^{m)}, partim, vt edictum Praetoris de satisfactione tutorum testamentariorum ad tutores etiam cum inquisitione datos transferretur ⁿ⁾, constitutum est, ad MARCI nostri Orationes composita sunt: de tutelis denique libertorum eum constituisse, idem CAPITOLINVS refert ^{o)}. Quibus omnibus coniecturam a nobis propositam firmari

C 2

aper-

TONINI rescriptum continere videtur, ad quod a ICTIS supra commemoratis prouocatur. *l. vn. Cod. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. administr.*

k) in *vira* M. ANTONINI PHIL. c. 10.

l) *ibid. de curatoribus*, inquit, *cum ante non nisi ex lege Laetoria vel propter lasciuiam vel propter dementiae darentur, ita statuis, vt omnes adulti curatores acciperent non redditis cauis.* Equidem vt meam de controuersa huius loci interpretatione sententiam afferam, legem Laetoriam, qua curae aduultorum susceptio ad munera publica relata est, ne nimio onere ciues grauarentur, statuisset, vt minor curatorem sibi expetens grauem atque iustam sui desiderii causam afferre deberet. Sed pleniorum huius rei licentiam ANTONINI constitutio, CAPITOLINO narrante, inuexit. Vidd. tamen RITTER ad HEINECCII *historiam iuris romani*, §. 99. et SEGÉRI *breuis curarum historia* in *Ej. Opusculis* a KLÜBERO editis. *Vol. I.* add. HETZER ad *l. Laetoriam*. §. 8.

m) *vid. l. 59. et l. 67. §. 3. π. de ritu nuptr.*

n) *vid. l. 19. §. 1. π. de testamēt. tut.* o) *l. l. c. II.*

apertissimum est. Caeterum ius singulare pupillis atque minoribus tributum ad reliquos etiam, qui ipsi rebus suis superesse nequeunt, ideoque sub cura degunt, procedente tempore extenderunt p).

§. 19.

Proximi post MARCVM hypothecarum tacitarum auctores SEPTIMIUS SEVERVS et CARACALLA fuerunt. Et enim ab his imperatoribus pignus tacitum pupillo in re pecunia ipsius emta competens initium cepisse, vnico VLPIANI q) testimonio conficitur. At enimvero difficiliter dictum est, an fisci etiam priuilegium, quod partim ob residua tributa, partim ob obligationes contractu susceptas in vniuersis debitorum bonis locum habet r), iisdem auctoribus, quod multi putant, vindicandum sit: quam equidem quaestionem nec affirmare, nec refellere aüssim. Nam ei quidem legi s), ad quam, qui ANTONINVM PIVM huiusce iuris conditorem asserunt, prouocare solent, nullum tacitae hypothecae fisco competentis vestigium inesse, facile intelligitur. Exinde vero, quod in ANTONINI CARACALLAE rescriptis t), quem

p) de furiosis saltem expressa legis dispositio adest in l. 7. §. 5. 6. *Cod. de curat. furiosi v. prod.* cfr. WESTPHAL. l. l. §. 76. seqq.

q) in l. 3. pr. π . de rebus eor. qui sub tut. v. cura sunt etc. Verba legis clariora mihi videntur, quam quae, quod *Westphal l. l. §. 100. Ann.* fecit, interpretatione perueriti possent.

r) l. 1. 2. *Cod. in quib. caus. pign. tac. contrab.* cfr. WESTPHAL, l. l. §. 74. 75. s) l. 10. π . de pactis.

t) quae, vt vidimus, exstant in *tir. Cod. in quib. caus. pign. tac. contrab.*

quem tamen cum patre suo de iuribus fisci saepe rescripsisse verissimum est, prima huius pignoris mentio iniicitur, eundem istud constituisse haud magis tuto colligimus. Nec hoc sufficit, quod SEGERVS ^{u)} opinatur, CARACALLAE ingenio, qui vectigalium pecuniarumque cupidissimus fuerit, istud conuenire. Quare huius hypothecae origo incerto relinquenda est.

§. 20.

Sequitur aliud pignoris taciti genus, quod in pupillorum fauorem introductum est. Cum enim THEODOSIVS IVNIOR lege generali proposita ^{v)} matribus facultatem concederet liberorum impuberum tutelam, si vellent, administrandi, inter alias plures hanc etiam conditionem adiunxit, vt, si ad secundas nuptias rationibus tutelae nondum redditus transirent, vitrici quoque bona *rationibus paruulorum*, ne forte isti ob vitricale ^{w)} odium periclitarentur, *essent obnoxia*. Consimilis fere ea est pignoris taciti forma, quam a LEONE I. repertam IUSTINIANVS vltius valere iussit ^{x)}. Odio

C 3

nempe

trab. Aliud vero argumentum huius sententiae auctores, quantum scio, non afferunt. ^{u)} in epistola supra laudata.

^{v)} vid. l. 4. *Cod. Theod. de tutor. et curat. creand.* vnde desumpta est l. 2. *Cod. Inst. quando mulier officio tut. add. Nov. Theod. V. l. 6. C. in quib. caus. pign. tac. contrab.*

^{w)} novum vocabulum esse confiteor: sed quidni istud eodem iure usurpare liceat. quo TACITVS *Annal. l. 6. nouercae odia dixit.*

^{x)} cum enim LEO et ANTHEMIVS l. 6. §. 1. 2. *C. de sec. nuptt.* de solis matris bonis constituissent, idem IUSTINIANVS ex l. 8. §. 4. *C. h. t.* in paternis bonis voluit obtinere.

namque secundarum nuptiarum in legibus Principum romanorum saepius conspicuo, quod ex peruersa Christianorum, quae tum temporis fuit, disciplina originem trahebat y), hi Imperatores inducti, non modo ut parentes ad secundam vota transeuntes proprietatem bonorum ex hereditate defuncti coniugis acceptorum in commodum liberorum prioris matrimonii solo usufructu retento amitterent, statuerunt, sed etiam vniuersa ipsorum bona liberis ob hanc causam tacite supposita esse voluerunt.

§. 21.

Tandem IUSTINIANI aetas, quam nouis iuribus producendis foecundissimam fuisse scimus, tacitarum etiam hypothecarum praecipue ferax fuit. Ipso enim iubente filiis familias, quorum bona a patribus administrantur, horum substantia maternae hereditatis causa supposita est z). Idem legatariis ac fideicommissariis, quos ad ipsius usque tempora aut cautione petita aut missione in bona heredis impetrata securitati suae ipsos prospicere oportuerat, tacitam in hereditate hypothecam, quo plenius iis consuleretur, concessit a).

Eidem

y) nam spuria sine dubio est ratio, quam ex Iambis graecis a DINDORO SICVLO, *l. XII.* relatis nonnulli repetunt, vid. potius SATTLER *de causis constitutionum principum in corrupta Christianorum disciplina quaerendis.* (L. 1789.) in introitu.

z) *l. 8. §. 5. C. de sec. nupt.* neque enim vniuersi peculii aduentitii gratia illam hypothecam competiisse, patet ex *l. 6. C. de bonis, quae lib.* Eam quoque, quae in priori lege statuitur, modo in casu secundarum nuptiarum obtinuisse censeo.

a) *l. 1. Cod. commun. de legat.*

Eidem denique Imperatori, seu THEODORAE potius, famosae eius vxori, (nam vxorium hominem in legibus etiam ferendis e coniugis arbitrio saepe pependisse, notum est ^{b)}) triplicis pignoris taciti origo debetur, quod in foeminarum fauorem tendit. Primum enim marito, cui in nuptiis contrahendis dos promissa necdum numerata erat, omnia pollicentis bona dotis promissae nomine obligari voluit ^{c)}: deinde ipsius vxoris securitati pignore tacito dotis nomine et paraphernorum etiam, quatenus quidem administrationi mariti concessa erant, causa constituendo prospectum est ^{d)}: eidem tandem res propter nuptias donatas et in mariti possessione constitutas tacito pignoris nexu subesse iussit ^{e)}. Atque sic quidem tacitarum hypothecarum, quae in iure romano obueniunt, recensionem ad finem perduxisse mihi videor ^{f)}.

§. 22.

- b) ipse *Nov. VIII. cap. 1.* fatetur, se in hac lege ferenda *participem consilii sumsisse eam, quae a Deo ipsi data sit reuerendissima coniux.*
 cfr. STRUVII *historiam iuris romani, cap. 3. §. 1.* in notis subjectis, et SILBERRAD *ad HEINECCII historiam iuris romani, §. 383. not. α.*
- c) *L. vn. §. 1. Cod. de rei vxor. act.*
- d) videatur lex eadem, iuncta *l. 11. C. de pact. coment. tam super dote etc.*
- e) *Nov. 61. cap. 1. Nov. 109. cap. 1.*
- f) nam, quas WESTPHAL, *L. L. §. 100.* ei, qui coniugi suo pecuniam donauit, in rebus ista pecunia comparatis, item militi in re pecunia ipsius emta, tribuit, eae sine dubio spuriae sunt, iisque, quae attulit, locis non comprobantur.

§. 22.

Caeterum si plures earum species in eiusdem bonis forte concurrerent, temporis quidem inter eas ratio vt plurimum obseruata est: at vero ea pignora, quae, vt adhuc vidimus, in aedibus pecunia creditoris reffectis, et in re nummis pupillaribus emta specialiter locum habebant g), iure praelationis gauisa sunt; fiscus etiam in fundo tributario et in bonis post contractum cum ipso initum a debitore acquisitis h); et vxor vna cum liberis, quatenus dotis nomine mariti et patris bona obligata habebant i), debitores pignoratitios tempore anteriores praecesserunt. Praeterea pignora tacita publica, qualia ea voco, quae negotio publice gesto innitebantur, prae priuatis praerogatiuam habuisse, nulla dubitatio est k). Sed hactenus de iure romano dixisse sufficiat.

§. 23.

Itaque peregrinatione finita in patriam nostram nos recipiamus, et hypothecarum tacitarum in Saxonia eleciorali fata paulisper persequamur. Priscam autem, vt Germanorum in vniuersum, ita Saxonum etiam simplicitatem illarum subtilitates plane ignorasse certissimum est. Pignoris quidem vsum antiquissimo iam tempore habuere l): quid enim
magis

g) v. l. 5. 6. 7. π. qui potior. in pign.

h) l. 1. Cod. si propter publ. pensil. l. 28. π. de iure fisci.

i) l. 12. Cod. qui potior. in pign. coll. Auth. si quid etc.

k) cfr. WESTPHAL, l. l. §. 167.

l) Pignoris mentionem facit *Lex Wisigothorum*, l. V. tit. 6. §. 3. *lex Alemannorum*, tit. 86. §. 2. *Ius prouinc. saxon.* l. 2. art. 24. art. 60. aliaque iuris Germanorum antiqui monumenta.

magis naturale est, quam creditori de securitate nominis forte dubitanti rem aliquam obsidis loco tradi, unde, si fides promittentis fallat, satisfactionem possit exigere. Neque vero pignoris datio, siue res mobilis, siue immobilis esset, aliter apud veteres Germanos procedebat, nisi ipsa rei oppignoratae, quid? quod iuris^{m)} etiam praedio obligato fruendi in creditorem translatione. Fiduciarum autem difficultatesⁿ⁾, hypothecarum etiam inuentum nullo modo cognouerant.

§. 24.

Sed inde a seculo duodecimo ac decimo tertio magnae iuris legumque mutatio sensim in Germania facta est, et ex eo inde tempore vna cum iure iustiniano vniuerso ex Italia in patriam nostram immigrante pignorum etiam legalium vsum accepimus. Et in Saxonia quidem singulas, quas ex iure romano commemorauimus, species, si ab ea, quam odio secundarum nuptiarum originem debuisse supra diximus, recesseris^{o)}, valuisse, exinde colligo, quod IOAN-

NES

m) cfr. RYNDÉ in den *Grundsätzen des gemeinen teutschen Priuatrechtes*, §. 221.

n) dominium pignoris apud veteres Germanos in creditorem non transiisse in primis docuit RICCIVS *de dominio pignoris germanici*. Gorb. 1747. add. v. SELCHOW *elementa iuris germanici priuarii hodierni*. §. 455. seqq.

o) eam hypothecae tacitae speciem in Saxonia penitus exulasse equidem non dixerim: at ad ea saltem bona quae coniux super-

D

stes

NES GEORGIVS I. in *Ordinatione iudiciaria* anno seculi superioris vicesimo secundo edita, ne in eo titulo, cui inscribitur: *von dem stillschweigenden Pfande*, huius iuris species in Saxonia obuientes recensere necesse haberet, ad solos ICTorum libros, in quibus illae deinceps enumerarentur, pro-uocauit P): istius vero aetatis ICTos in iure romano explicando vnice occupatos fuisse, ex historia iurisscientiae literaria notissimum est

§. 25.

Neque tamen legumlatores Saxoniae, intra ea, quae romanae leges de hypothecis tacitis tradunt, subsistendum esse putarunt. Immo vero Romanorum de pignore legali doctrina constitutionibus Principum nostrorum partim aucta, partim accuratius constituta, partim etiam correctata est. Sic, vt potiora asseram, piis causis, quae apud Romanos taciti pignoris priuilegium non habuerant, cuncta debitorum bona tacito nexu obligari voluerunt q): filius familias porro non mater-

stes non ex liberalitate defuncti coniugis, sed ex necessitate legis vel statuti apud Saxones de hereditate praedefuncti accipit, illa pertinere non potuit; quippe haec instar legitimaee sunt, nec secundis nuptiis initis amittuntur.

P) tit. 45. §. 1. verbis: *die Fälle, in welchen die Rechte denen Gläubigern ein stillschweigend Pfand ohne ein Personal Privilegium geben, werden von denen Rechtslehrern an denen Orten, da sie hiervon zu handeln pflegen, nach der Länge erzählt, derowegen dieselben alle auhero zu wiederholen ohne Noth ist.*

q) vid. *Ord. Proc. sax. tit. 45. §. 3. 4.* notentur vero verba: *es soll aber*

maternorum solum bonorum sed totius peculii aduentitii causa parentis bona subiecere r): fisci etiam pignus, quod apud Romanos ob residua tributa et propter obligationes contractu quaesitas locum habebat, ad ea, quae poenae causa ipsi deberentur, extenderunt s). Sic ciuitatibus atque collegiis, quod ex iure ciuili dubio non vacabat, tacitum in bonis administratorum pignus expresse concessere t): praeterea, quod ad eam imprimis hypothecam attinet, quae vxoribus ratione dotium in bonis maritorum competit, partim, inde a quoniam tempore illam initium capere conueniat u), partim, de qua re legum romanarum interpretes vehementer inter se disputant v), quod tacitas quidem, non vero expressas anteriores hypothecas praecedere debeat w), diligenter praescripserunt. Sic denique cum pignus tacitum, quod in rebus propter nuptias donatis IVSTINIANVS foeminis tribuerat, ei, propter quam legalibus hypothecis constituendis mulierum commodis prospectum est, rationi parum conuenire

D 2

uenire

aber solches Recht allein auf Kirchen, Schulen und Hospitalien gemeinet seyn — jedoch unter denen Schulen auch derer Universitäten und Stipendiaten-Gelder verstanden werden.

r) *ibid.* §. 2.s) *ibid. tit. 43. §. 5.*t) *ibid. tit. 45. §. 3.* inris ciuilis tamen interpretes vniuersitates in hac etiam causa iure minorum censi volunt.u) *v. Constitt. Augusti, P. II. c. 24. Ord. Proc. sax. tit. 43. §. 1.*v) *vtiusquae sententiae rationes atulit WESTPHAL, I. I. §. 164. Ann.*w) *Ord. Proc. sax. tit. 43. §. 1.*

nenire videretur, istud in foris Saxoniae non amplius attendendum esse praeceptum est x).

§. 26.

Hic vero cum diuturno tempore fuisset hypothecarum tacitarum in Saxonia status, ecce grauis earum aduersarius subito inter nostrates exortus est. GRIEBNERVS enim, eximius seculi huius ineuntis Iureconsultus, cuius opera FRIDERICVS AVGVSTVS I. in ordine iudiciario emendando inprimis vsus est y), istas iniquissimas esse atque saluti communi vehementer aduersari, vt varia eius de ea re scripta docent z), plane sibi persuaserat. Censebat enim, vt ipse profitetur a), eas *coniunctas esse cum magno periculo et incommodo ciuium, per eas multos sine sua culpa fortunarum fecisse iacturam, imminutam esse auctoritatem iudicium, infirmatam*

x) *ibid.* §. 3. Quod vero in feudis hypothecas tacitas locum non inuenire, tum in *Consr. Aug. P. II. c. 25.* tum in *Ord. Proc. tir. 45.* statutum est, id ideo praetereo, quoniam ex natura feudi et ex iis principiis, ex quibus iuris romani in Germania vsus aestimandus est, spontanea consecutione fluere mihi videtur. cfr. WEBERS *Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des römischen Rechtes.* Schwerin 1782.

y) vid. HOMMELII *Literatura iuris.* edit. I. pag. 165. seqq.

z) vidd. Ei. Programmata: *de incommodis hypothecarum tacitarum.* Lips. 1731. *de argumentis, quae pro hypothecis tacitis afferuntur.* Lips. 1732. *de incommodis hypothecarum tacitarum in re pupillari.* L. 1733.

a) in priori Programme, pag. 2.

matam fidem, auctas lites et disceptationes fori, fraudibus datam et oblatam occasionem. Ipsius igitur opera praesertim effectum esse videtur, vt hypothecae tacitae in vniuersum omnes per *Ordinationem Processus saxonicæ recognitam*, quae anno huius seculi vicesimo quarto emissa est, abolerentur ^{b)}.

§. 27.

Ne tamen subita ista rerum conuersio iis, qui tacitorum pignorum iure adhuc muniti fuerant, vehementer damnosa esset, sapienti sane consilio sexennii vacatio conuersa est, intra quod expressis hypothecis constituendis aut sibi ipsi creditores consulere, aut a iudice iis prospiceretur ^{c)}. Sed multis magnisque difficultatibus tacitarum hypothecarum cum expressis commutatio tum impedita est; quare vacationem ab initio concessam ulterius proferre necessarium fuit. Atque sic duplici constitutione edita ^{d)} legis abrogationae, cuius modo mentionem fecimus, vim ad diem Michaelis anni tricesimi quarti vsque suspenderunt. Cum vero ab hoc inde tempore legalis pignoris vsus in Saxonía procul dubio cessare deberet, repente diuersam sententiam legislator

D 3

am-

b) *tit. 45. §. 1.* Damnationis formula haec est: *die hypothecae tacitae, weil dadurch öfters große Gefährde, und besonders bey Concursibus creditorum vieler Aufenthalts verursacht worden, wollen wir hiermit gänzlich aufgehoben haben.*

c) *ibid. §. 5.*

d) *quas vide, in Codice Aug. contin. T. II. pag. 283. et 295.*

amplectitur. Nam ante diem statutum *) istud de conseruando tacitarum hypothecarum valore *Mandatum* perlatum est, cuius causa hunc omnem sermonem instituihur, et de cuius interpretatione iam tertio loco dicemus.

§. 28.

Neque tamen hoc nisi lege cognita fieri potest; quare cum limites paginae non permittant, eius integra verba repetere, eam ex Codice Augustaeo contin. Tom. II. pag. 299. seqq. allegasse sufficiat.

Quo vero attentius hanc legem considero, eo luculentius intelligere mihi videor, duplicem istam interpretationem admittere, quarum neutra iustis rationibus destituitur. Nam primum multis argumentis defendi potest, omnes omnino tacitas hypothecas, quae ante ordinis iudiciarii emendationem in Saxonia valuerant, vniço legatariorum pignore excepto, per legem nostram restitutas fuisse. Quid enim? nonne ipsa eius inscriptio hancce sententiam firmat? quae cum his verbis: *wegen noch fernerer Beybehaltung der hypothecarum tacitarum, bis zu anderweiter Verordnung*, composita sit, ius antiquum, quod ad *Ordinationis Processus recognitae* confectionem usque obtinuerat, hoc Mandato conseruari debuisse, aperte docemur. Deinde dispositiua legis verba ita sunt comparata, vt in alium sensum vix possint torqueri. Nonne enim cunctis, quibus pignora tacita in
alienis

e) nempe d. 24. Sept. 1734.

alienis bonis ante ipsorum damnationem iam competierant, statim ab initio ea conseruantur? — nonne expressis verbis tacitas hypothecas *in genere* in Saxonia locum habere debere constituitur? — quid? vnica exceptio, quae ad legatarios et fideicommissarios spectat, adiecta, nonne regulam antea positam magis confirmat? — Quae vero amentia est, cum illud ipsum, de quo agitur, verbis expressis ac apertis est definitum, interpretatione id contorquere ad eum sensum, qui a verborum significatione alienus est. Quod enim in legis introitu talis eius ferendae ratio afferitur, quae quibusdam modo hypothecarum tacitarum speciebus propria est, nonne saepe factum esse videmus, vt ex singulari aliqua ratione lex de vniuerso genere disponens promulgaretur: nec magis eo nos moueri conuenit, quod nonnullas modo pignorum legalium formas nominatim legislator expresserit, quas in futurum inter ciues suos valere vellet; etenim, quod saepe fit, exempli modo causa adductae sunt. Quis vero neget, gravissimas esse rationes, quibus haec legis propositae explicatio inuititur, et parum, fateor, abest, quin ipse in hanc sententiam discedam.

§. 29.

Neque tamen argumenta deerunt, si quis forte ea modo pignora, quae expressis verbis in lege afferuntur, restituta esse contendere velit. Quis enim sine causa factum esse existimet, quod, cum triplici vice tacitarum hypothecarum formae quaedam in lege nostra commemoratae sint, easdem in singulis locis species legislator adduxerit. In introitu

troitu enim tacitarum hypothecarum, quas legis praeceptum fisco, piis causis, vxoribus, impuberibus, iisque, qui sub curatoribus degunt, omnibus, filiisfamilias denique adhuc tribuerit, duplici in loco mentio iniicitur: atque eaedem plane species in dispositione legali ipsa, quae futuro tempore obtineant, recensentur. Qua quidem re reliquas ex mente legislatoris exclusas esse debere, aperte significari videtur: eamque interpretationem duae, quae in legis introitu occurrunt, vocolae: *zum wenigsten*, egregie confirmant. Praeterea impari iure tum eas hypothecas, quae *Ordinatione Processus Recognita* prodeunte iam creditoribus competierant, quippe quae per legem nostram ulterius valere iubentur, tum eas, quae postea forte oriturae sint, aestimandas esse, haud obscure innuitur f).

§. 30.

Accedit, cum in quavis lege interpretanda ad eius rationes imprimis respicere necessarium sit, eas, quae in proemio afferuntur, huius legis nostrae ferendae causas in has solum, quas expressit, pignorum legalium formas convenire. Nomen enim locatorum securitati ea, quae in *Ordinatione Processus Recognita* reperitur, sanctione aequae ac taciti pignoris iure prouisum est g)? Quid impedit, quo minus
cre-

f) verbis: *nicht allein bey denjenigen, so — bey seinen Kräften noch verbleiben, sondern auch — etc.*

g) vid. *Ord. Proc. recogn. ad tit. 45. §. 4. add. KINÖ. Quaest. for. T. II. cap. 9.*

creditor, qui ad refectionem aedium pecuniam mutuam dedit, expressum in aedibus restitutis pignus sibi constitui curret? quo facto eandem plane, quam pignus tacitum ei praestaret, securitatem habebit. Aequalis mariti causa est, qui ob dotem promissam tacitae hypothecae iure olim fruebatur. Sive enim promittens pecuniam in praediis aut nominibus positam habeat, pignore expresso exigendo facile maritus sibi consulere poterit: sive talia fidei pignora in bonis pollicentis non reperiantur, quid proderit stipulanti friuola ipsius tacito nexu ei obligari. Hac duplici vero ratione, et, quod iis, quibus tacita pignora adhuc competiissent, expressa difficulter saepe subiicerentur, et, quod iisdem tribuendis eorum tamen securitati multo minus prospiceretur, ad tacitas hypothecas quasi postliminio in ciuitatem reducendas legis nostrae auctorem commotum esse, in eius introitu fuse narratur.

§. 37.

Neque tandem istud magnopere aduersatur, quod tacitas hypothecas *in genere* reuocari in lege exprimitur: quidni enim eas in genere restitutas esse contendere possimus, quae omnes restitutae sunt, paucis exceptis. Atque haec etiam legis, de qua quaeritur, exponendae ratio, vnde notum huic opinioni pondus accedit, Pragmaticis testantibus in foro recepta est ^{h)}.

Quid

h) vid. WINKLERVS ad BERGERI *Oeconomiam iuris*, pag. 382.
KIOD *Quaest. forens.* T. II. c. 9. SCHOTT in *Instit. iur. sa-*
xon. ex edit. HAVBOLDI. Pag. 348.

E

Quid multa: ea, quae hactenus disseruimus, apertissime docent, legis propositae sensum incertissimum esse, et magnus nae! mihi erit Apollo, qui, regulis interpretationis doctrinalis adhibitis, certam exinde sententiam elicuerit. Quo magis optandum est, ut Iureconsultorum de eius explicatione dubitationes ipsa Principis decisione tollantur!

Tantum.







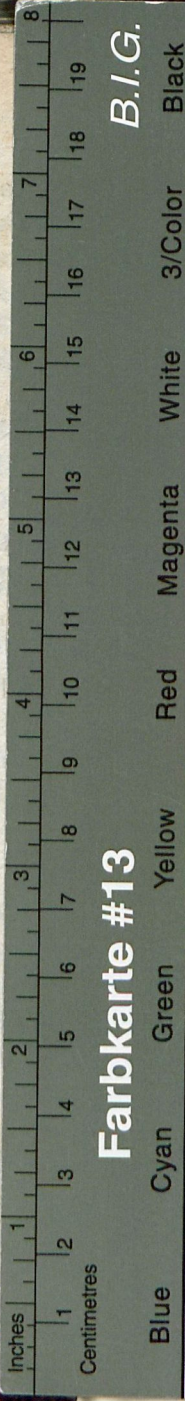
VD 10

ULB Halle
005 364 396

3







B.I.G.

Farbkarte #13

12

IO INAVGVRALIS IVRIDICA
DE
PRETATIONE
GIS DVBIAE,
HYPOTHECARVM TACITARVM
SECVLI TRIGESIMO QVARTO
RESTITVTVS EST.

1798

QVAM
RISCONSVLTORVM ORDINIS
AVCTORITATE
VA ELECTORALI VNIVERSITATE
RFORDIENSI
PRAESIDE

NO WEISSMANTEL, ICTO,
ESSORE, PANDECTARVM PROF. PVBL.
CIVITATIS CONSVLE SENIORE
RADV DOCTORIS
VE IVRE LEGITIME
NSEQVENDO

H. L. Q. C.
MARTII MDCCVCVIII. *W. Weiskopf?*
ITORVM EXAMINI SVBMITTIT
AVTOR
S CAROLVS ASTER,
GGENAVGENSS.
TVS IMMATICVLATVS.

REFORDIAE,
IST. GOERLING, ACAD. TYPOGR.

