



178
1. H.
2. H.
3. H.
4. H.
5. H.
6. H.
7. H.



DISSERTATIO IVRIDICA INAUGVRALIS

DE

PRAEROGATIVA PIGNORVM
PVBLICORVM



QVAM

SVB AVSPICIIS DIVINIS

RECTORE VNIVERSITATIS EBERHARDINO - CAROLINAE
MAGNIFICENTISSIMO

SERENISSIMO AC POTENTISSIMO DVCE ET DOMINO
DOMINO

CAROLO

DVCE WIRTEMBERGIAE ET TECCIAE REGNANTE
REL. REL.

CONSENTIENTE ILLVSTRI IVRISCONSVLTORVM ORDINE

PRAESIDE

CAROLO CHRIST. HOFACKER

IVRIS VTRIVSQVE DOCTORE ET PROFESSORE PVBLICO ORDINARIO,

PRO GRADV DOCTORIS RITE OBTINENDO

DIE NOV. MDCCLXXX.

PVBLICE DEFENDET

AVCTOR ET RESPONDENS

LVDOVICVS SECRETAN
LAUSANNENSIS.

TVBINGÆ, TYPIS SCHRAMMIANIS.



DISERTATIO IURIDICA IN AUCTORITATE

PRÆROGATIVA PIGNORVM



PUBLICORVM

SUB AUSTRIÆ DIVINIS

REGIBUS PUBLICE AUCTORITATE CAROLINO - CAROLINA
MAGNIFICENTISSIMO

SE. BRITANICO AC POTENTISSIMO DUCI ET DOMINO
DOMINO

CAROLO

DUCI SACCINGORVM ET TECHE REGNANTE

CONSISTENTE IN VBIUS IUR. CONSULTORVM ORDINE

PRÆSIDE

CAROLO CHRISTO HOFACKER

PRO GRADU DOCTORIS RITE OBTINENDO

AVCTORE ET RESPONDENTE

FRANCOFURTI S. S. RHEI

ANNO 1773



ARGVMENTVM DISSERTATIONIS.

- I.) Introitus. §. 1.
- II.) Notiones Generales,
- a) Pignoris & Hypothecæ. §. 2.
- b) Specierum pignoris
- 1) *Necessarii & Voluntarii* §. 3.
- 2) *publici & privati*, *cujus notiones, præmissa doctrina de instrumentis publicis & privatis, §. 4. constituuntur §. 5.*
- III.) Principia juris *de præerogativa pignorum publicorum præ privatis, & quidem,*
- A.) *Ex Jure Romano, ubi*
- 1) *de Sensu & ratione L. 11. C. qui pot. in pig. tum*
- a) *quoad primum ejus Caput, si sc. personalis actio exerceatur, §. 6. tum*
- b) *quoad secundum Caput, si jus pignoris potius contra concreditorum asseritur. §. 7. 8. 9. 10.*

- 2) de effectibus Confit. Leoninae in ordinandis diversis pignorum speciebus;
- a) in concursu Lege *expresso* pignor. conventionalium publicorum cum privatis, §. 11.
 - b) in concursu pignorum, quae in ratione Legis *tacite* continentur cum publicis, (§. 12.) scilicet
 - 1) pignoris *Testamentarii*. §. 13.
 - 2) ejus quod per *testes* v. *alio modo* legitime probatur. §. 14.
 - 3) *Praetorii & Judicialis*; §. 15. demum
 - 4) *Legalis*. §. 16. 17. 18. 19. 20. 21.
- 3.) *Recensio* haecenus dictorum. §. 22.
- B.) Ex principiis *Juris Statutarii* de pignore *publico* Magistratus auctoritate constituto, vel libro publico inserto; §. 23. ubi exponuntur
- 1) *natura* istius pignoris, §. 24. 25. 26. 27. &
 - 2) *principia juris* de *concursu* ejus cum diversis pignorum Romanorum speciebus. §. 28. 29. 30.

DE PRÆROGATIVA PIGNORVM PVBLICORVM.

S. I.

De *Praerogativa pignorum publicorum* tam frequens inter recentiores præcipue Legum interpretes est dubitatio, ut in hoc argumento tot fere habeantur sensus, quot capita. Antequam autem variorum varias sententias exponamus & ad arduam illam intricatamque quaestionem, pro themate hujus inauguralis speciminis à nobis electam, deveniamus, operæ pretium nos facturos esse duximus, si paucis de pignoribus in genere præmissis, inter eorum diversas species, quarum in subsequenti tractatione mentio fiet frequentior, certos posuerimus limites. Etenim haud infecundus in hac pignorum materia errorum fons fuit, quod inter illos, qui operam in distinguendas varias pignorum Classes contulerunt, alii uni eorum Classi idem nomen, quod alteri ad aliam insigniendam antea adhibuerant, imposuerint: quod non sine periculosa notionum confusione principiorumque permixtione accidisse, nemo non videt.

S. II.

Pignus in latiori sensu acceptum, & quatenus *jus creditoris* isto nomine delignatur (*rem enim ipsam oppigneratam*, nec non *contractum pignoris causa inter creditorem & debitorem initum*,

pigno-

A 3

pignoris nomine in Legibus romanis aliquando venire, neminem latet) ita definitur, quod sit *jus reale creditori in securitatem crediti concessum*. Duæ autem hic comprehenduntur species. *Pignus strictè sic dictum*, in quo possessio rei oppignoratæ mobilis vel immobilis ad creditorem transit; & *Hypotheca*, cujus hoc proprium est, quod possessio rei apud debitorem remaneat. Hac vero insuper habita differentia, quippe a nostro instituto plane aliena, utrumque vocabulum in sensu generali in sequentibus pagellis indistinctè adhibebimus.

§. III.

Respectu ad *causam efficientem* habito, pignus est v. *necessarium* v. *voluntarium*. (a) Illud sine debitoris consensu & illo quoque invito, hoc non nisi debitoris voluntate constituitur. Descendit id v. ex ipsa Legis dispositione, v. ex Magistratus auctoritate. Unde Pignus *Legale* v. *Tacitum* (b) et *Praetorium*. Hoc in *Praetorium in specie* & in *Judiciale* iterum subdividitur. Illud concedit Prætor, creditore in possessionem bonorum debitoris, coercendæ contumaciæ causa, nullo (c); hoc vero in bonis debitoris condemnati, judicati exequendi causa, victori competit. (d) *Voluntarium*, prout ex Testamento, v. Conventione oritur, est v. *Testamentarium* v. *Conventionale*. Conventione expresse

(a) Probat. hanc distinctionem doctrinæ causa inventam BALDVINVS de pign. & hypoth. c. 3.

(b) Justinianus in L. 1. C. Commun. de Leg. Tacitum definit, quod nullo verbo præcedente ab ipsa Lege inducitur.

(c) L. 12. ff. pro empt. L. 3. §. 1. ff. de reb. cor. qui sub tut. L. 1. c. C. de prat. pign.

(d) L. 15. §. 2. ff. de re judic.

expresse inita, pignus *Expressum* dicitur. Si vero ex factis concludentibus res suas obligare voluisse quis praesumitur, pignus *Tacitum* audit. (e) Ita v. c. pignus tacitum constituit, qui instrumento, in quo bona sua obligantur, subscribit, vel qui fideiubet, cum sciat res suas à debitore pignori datas esse. (f)

§. IV.

Sequitur jam illa pignorum distinctio, quæ potissimum ad instituti nostri rationem pertinet & in qua recte stabilienda præcipuus ejus cardo vertitur, sc. in *publica & privata*. Fundus distinctionis est in celebratissima Constitutione Imp. Leo- nis seu *Leg. XI. Cod. qui potiores in pignore*, quam, ut plenissime in fronte statim tractationis nostræ de ea re omni constet, integram oculis lectorum subjicimus.

Imp. Leo Erythrio (al. Antiolo) praefecto praetorio.

„Scripturae, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, interveni-
 „entibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi, seu foenerandi
 „vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis
 „vel contractibus conscribuntur, quae *ιδιοχειρα* graece appellantur;
 „sive tota series earum manu contrahentium vel notarii vel alte-
 „rius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscrip-
 „tiones: sive testibus adhibitis, sive non, licet conditionales sint,
 „quos

(e) Cave, ne quorundam errore deceptus hoc pignus tacitum conventio- nale cum *Legali*, quod *taciti* quoque nomine venit, confundas. Illud enim e consensu quodam praesumpto seu potius tacito, eruitur; hoc vero niritur jure quodam singulari, in casu speciali a Legibus concessio, ut consensu debitoris nulla plane ratio habeatur.

(f) Plura exempla habet HERTIVS in *Diss. de pignore conventionali tacito*.

„quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice con-
 „scriptas (al. subscriptas) si personalis actio exerceatur, suum
 „robore habere decernimus. Sin autem jus pignoris vel hypo-
 „thecæ ex ejusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit:
 „eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi (decer-
 „nimus) etiamsi posterior is contineatur: nisi forte probatae at-
 „que integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones
 „eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta
 „accipiuntur, (al. aperiuntur.) Dat. Kal. Jul. Constantino
 „Martiano & Zenone Coss., (A. C. 469.)

Nemo non videt, Imperatorem Leonem in hac lege to-
 tum in eo esse, ut definiat causam eorum, qui, dum actio-
 nem vel personalem vel realem ad vindicandum jus pignoris sive
 hypothecæ comparatam instituunt, assertioni suæ fidem, scrip-
 turis vel instrumentis aut *secrete* s. privatim, aut *publice* vel
quasi publice confectis, conciliare nituntur. Postulat itaque
 instituti ratio, ut, quid Romani his denominationibus signifi-
 caverint, videamus.

I.) Quænam autem instrumenta *publice confectorum* appel-
 latione contineantur, nonnisi sollicita temporum distinctione
 explicari potest. Etenim 1) solemne erat Romanis, instru-
 menta s. scripturas, quibus judici fides fit de intentione ali-
 qua, a contrahentibus et testibus non subscribi tantum, sed
 et signari, (g) eaque signa deprehendendæ veritatis causa inqui-
 rebantur. Ubi vero contrahentes scribere nesciebant, virorum
 negotiorum peritorum utebantur opera. Dicti illi sunt *ἀγο-
 ρασταί*

(g) Testimonia ejus rei habentur apud Guid. PANGIROLVM in *Theaur.*
variar. lectio. L. 1. c. 26.

ρεῖσι vel συμβολαιογράφοι, i. e. forensium rerum periti, vel
 tabularii seu contractuum scriptores: (h) atque in foro stationes
 habebant, in quibus contrahentibus instrumenta dictabant,
 sique ob negotiorum multitudinem ipsis vacare non poterant,
 vicariam aliorum operam in scribendis instrumentis adhibebant.
 (i) Scribebantur quoque talia instrumenta a servis reipublicae,
 ad hoc ipsum comparatis, qui tabularii *conditionales* vocaban-
 tur. (k) Quae itaque contrahentium ac testium cum subscriptio-
 nes, tum signa, atque a tabulario confecta hujus quoque sub-
 scriptionem haberent, instrumenta *publice confecta* et ἀγοραία
 seu forensia appellabantur. 2) Cum vero mortuo tabulario &
 testibus, a quibus rei veritas exquiri posset, omni fide desti-
 tueretur instrumentum ita confectum, adeo ut necesse tunc
 esset ad comparationem litterarum tabularii, contrahentium &
 testium recurrere, (l) eo devenit, ut *publicaretur* instru-
 mentum, sc. consensu contrahentium, vocatis antea testibus,
 qui subscriptiones & signa agnoscerent, actis insinaretur,
 apud quos & quibus auctoribus res in acta publica referuntur,
 veluti apud magistratum census vel magistratus municipales
 vel defensores plebis, (m) quo facto perpetua illi, tanquam

monu-

(h) Nov. 73. §. si vero.

(i) Nov. 44.

(k) Varias conjecturas, unde hi tabularii nomen *conditionalium* accepe-
 rint, vid. ap. PRATEIVM in *Lex. Jur.* & ap. BRISSON. de *V. S.* Pro-
 babilis est HEINECCI in *not. ad Briff.* conjectura, cui ita videntur dicti,
 qui vel certis tantum conditionibus serviebant, vel ea lege & condi-
 tione manumissi fuerant, ut adhuc certas operas & servitia praestarent.

(l) Nov. 73. alleg. PSELLVS in *leg. Synops. vers 1209 sqq.*

(m) PANCIROLVVS cit. loc. CVIAC. in *Exposit. Novell. 73.*

monumento *publico*, conciliabatur fides. 3) Denique vero, cum auctoritate Principis aut Praefecti praetorio, quidam eligerentur *Tabularii*, qui acta publica scriberent, instrumentis quoque ab his confectis vis & efficacia instrumentorum *publicorum* dari coepit, (n) modo forma a legibus praescripta servata & testium, instrumento a Tabellione adscribendorum, legitimus numerus adhibitus fuerit.

II.) Quae autem inter ipsos contrahentes sine testibus & lignis, nec non sine fide auctoritateve publica, confectae erant scripturae, *ιδιόχειρα* seu *αυτόχειρα*, (o) instrumenta seu scripturae *privatae*, quaeque *secrete* fiunt, dicebantur: sive manu contrahentium vel Notarii, (p) vel cujuslibet alterius, scripta fuerint, ipsorum tamen habeant subscriptiones; sive testes adhibiti sint sive non. (q) Tale instrumentum cum ex descriptione vel subscriptione rei fidem acciperet, facile apparet, si is negaret a se illud scriptum esse vel subscriptum, probatione opus fuisse, illius esse manum; quod, cum aut testibus fieri deberet aut literarum comparatione, Iustinianus numerum testium, qui ad finem istum obtinendum instrumenti confectio adhiberi deberent, nova constitutione definivit. (r) Sed et, quod maxime ad institutum nostrum pertinet, Imp. Leo in alleg. Constitu-

(n) L. 3. C. de tabul.

(o) Nov. 49.

(p) *Notarii*, de quibus in hac lege mentio occurrit, nihil aliud erant quam servi, quos Romani ad domesticas suas scripturas conficiendas adhibebant; ideo cum nostris hodiernis ac publicis Notariis nullatenus sunt confundendi. Vid. BRISSON, de V. S. Voc. *Notarius*.

(q) L. 11. C. q. por. in pig.

(r) Nov. 73.

stitutione quasdam instrumentorum privatorum species denomi-
nat, quas *quasi publice* confectas robur suum habere decernit,
hac servata distinctione, ut 1) si *personalis* actio exerceretur,
instrumentum privatum, sive manu contrahentium v. notarii
vel alterius cujuslibet scriptum fuerit, modo eorum habeat sub-
scriptiones, isto nomine quasi publice confecti veniret; quan-
do vero 2) aliquis jus *pignoris* vel *hypothecae* ex eiusmodi in-
strumento (sc. privato, quod supra *ιδιόχειρον* appellaverat)
vindicare contenderet, illud tantum instrumentum, quod proba-
tae atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscrip-
tiones contineret, pro quasi publice confecto haberi deberet.
En tabulam, quæ plures instrumentorum species, quibus Roma-
nis utebantur, uno obtuitu referret:

Instrumenta negotia
privatorum concernentia

publice confecta, secreta s. privatim

confecta.

a contrahentibus
& testibus subscripta
& signata.

actis judi-
cialibus in-
sinuata,

a tabula-
rio publico
confecta.

quasi publice confecta. privatim tantum
confecta.

q. action. personalem:
subscripta a contrahen-
tibus v. notario.

q. act. hypothecar.
a tribus testibus
subscripta.

B 2

S. V.

§. V.
 Ex constitutione hac Leonina cum omnis ratio prerogativa inter pignora publica et privata derivetur, nulla sane difficultas obtinet in efformanda notione apud Interpretes juris, vulgo recepta, *Pignoris publici, quasi publici & privati. Publicum* est, cujus constitutio ex instrumento publice confecto; *Quasi publicum*, cujus constitutio ex instrumento quasi publice confecto; *privatum* denique, cujus constitutio non nisi ex instrumento privatim confecto, probari potest. Intelligitur ex his, omnes istas notiones non nisi a *forma instrumenti*, qua probatur pignoris vel hypothecae constitutio, recte deduci. Qui secus faciunt, diversa confundunt, ac Imperatori Leoni, prerogativam pignoris publici praeter privato definiendi, notiones substituant, quas nunquam cogitavit ille. Praesto est LEYSERVS (a) qui que enim sequitur V. C. HELLFELD. (b) qui argumento quodam, ex affinitate quadam cerebrina verbis potius quam rebus constante, ducto, hypothecas tacitas publicas esse ait, quia „*jus*“, „*quod lex ipsa & auctor ejus, Princeps, constituit, non minus publicum sit, quam id, quod magistratus inferior, minister Legis & Principis, condit.*“ Rem rectius declaravit I. H. BOEHMERVS (c) cujus verba sic se habent. „*Publicae (hypothecae) sunt 1) ratione causae efficientis, quae non factio debitoris ejusque*“

(a) in Spec. ad Pand. 226.

(b) in Diss. de prerogativa hypothecae publicae tacitae aequae ac expressae competente. §. 9.

(c) in Diss. de prerogativa hypothecarum publicarum, quae inserta est Lex. Exerc. ad Pand. Tom. 3. Ed. 60.

consensu, sed vel per legis dispositionem, quod in legalibus s. tacitis hypothecis contingit, vel factio iudicis solo, ceu in pignore praetorio et iudiciali deprehendimus, constituuntur, neque adeo ab aliis privatis hypothecis, a debitore per conventionem privatam confectis, ratione praedationis differunt, sed ex praerogativa temporis collocantur: Deinde 2) publicae sunt hypothecae conventionales, a modo constituendi ita dictae, quod ipsius debitoris consensu, publica auctoritate & fide constituuntur, instrumentisque publice confectis nitantur, ut dicitur in L. 11. C. qui pot. in pign. & a privatis conventionalibus in eo differunt, quod hae secrete fiant inter contrahentes per privatam scripturam., Periculosa sane res est, rebus diversis nomen idem imponere, idque saepissime mentes non satis providas confundit: ideoque nos hypothecas, quas BOEHMERVS publicas ratione causae efficientis appellat, necessarias: et eas tantum, quas ratione modi constituendi tales esse ait, publicas ex mente Leoninae constitutionis vocabimus.

§. VI.

Exposita ex mente Romanorum pignoris publici privataeque notione, jam in ipsa principia, quibus secundum Leoninam constitutionem definitur pignoris publici praeter privato praerogativa, tutius inquirere licet. Primum istius Constitutionis caput, quod inde a verbo: *Scripturas* procedit & verbo: *decernimus* finitur, de concursu creditorum pignoratitiorum jus hypothecae actione reali vindicantium, nihil plane definit, adeoque summum tantum illud recensere propositum nobis est. Edicit scilicet Imperator, scripturas privatas inter contrahentes confectas,

suum robur habere, si personalis actio exerceatur, siue à partibus ipsiis, vel a Notario, vel a tercio quocunque scriptæ fuerint; siue testes, etiam *Talularii* adhibiti fuerint siue non, veluti ac si publice conscriptæ fuissent, modo contrahentium muniantur subscriptionibus. Hæc autem dispositio non nisi e principiis universalibus emanat. E sola enim debitoris subscriptione elicitur ejus confessio, validissima contra eum probatio; modo tamen agnoscat debitor se subscripsisse; alioquin ipso negante, ad testes comparisonemque litterarum creditori recurrendum erit. Etenim Leo Imperator (ut id obiter notemus) omnem fidem tali privatæ subscriptioni contra debitorem adhiberi, minime statuit, sed id tantum, quod tale instrumentum *robur suum* habeat, id est, robur, quod per Leges, suamque propriam naturam obtinet. Ubi vero suam manum agnoscat debitor, ex confessione propria ita convictus, nihil habet, quod creditori, actione personali contra eum agenti, opponat. Nec ullum porro discrimen inesse videtur, si actione *reali*, hypothecaria forte, contra ipsum debitorem experiatur creditor, cum in utroque casu eadem adsit Legis ratio. (a)

§. VII.

Sequitur *alterum* Constitutionis Leoninæ caput, quo prerogativa pignoris publici & quasi publici præ privato hoc modo definitur: ut creditores, qui in vindicando jure pignoris seu hypothecæ, nituntur 1) instrumentis publice confectis & 2) Idio-

(a) Idem statuunt Doctores citati apud GABRIEL, in *Concluf. jur. L. 1. Concl. 9. §. 2.*

Idiochiris trium vel amplius virorum probatæ atque integræ opinionis subscriptionibus munitis, quæ quasi publice confecta accipiuntur, præponi debeant creditoribus, qui Idiochiris tantum fundantur, etiam si illi posteriores, sc. tempore, continentur. Quantumcunque in aprico sit, derogari hac constitutione regulæ generali de prærogativa pignorum ex temporis prioritate constitutæ, ita sc. ut pignus publicum tempore posteriorius, pignori privato, tempore anteriori, debeat præferri: de rationibus tamen hujus dispositionis non omnibus res æque expedita videtur, unde in has sollicitiori studio inquirere operæ pretium est.

§. VIII.

Primum quidem in eo dissentiunt juris interpretes, unde in Constitutione Leonina prærogativa pignoribus publicis & quasi publicis præ privatis concessa debeat derivari. Alii enim & quidem plerique Doctores privilegium quoddam vel jus singulare publicis pignoribus præ privatis ab Imperatore impertitum fuisse contendunt, atque Constitutionem Leoninam pro antiqui juris correctoria reputant. Aliis vero nequaquam nova & correctoria, quin potius veteris juris confirmatoria, si a forma instrumentis quasi publice confectis præscripta discesseris, esse videtur. Neque vero ista lis componi facile potest, nisi inspecto jure antiquiori, quod se. ante tempus Leoninæ Constitutionis in definienda pignorum relatione & prærogativa obtinuisse, ex ipsis Legibus vel saltém argumentis earum demonstrari potest.

§. IX.



Est vero regula juris prisca & evidentissimi, pignorum inter se praerogativam, excepta causa privilegii, ex temporis prioritatem debere aestimari, ita ut prius tempore potius quoque sit jure; sive necessarium sit sive voluntarium. Ita pignus legale cum conventionali pari passu ambulare, argumento est, quod is, cui fundus expresse est obligatus, reipublicae, hypothecam posteriorem sive expressam sive tacitam, habenti praefertur; (a) imo quoque ex eadem ratione jure constitutum est, „si & jure judicatum & pignus in causa judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potest, (sc. judiciale.) captum est, privilegium temporis fore potiorem heredem ejus, in cujus persona pignus constitutum est.“ (b) Quodsi vero certum omnino est, creditorum de praerogativa juris pignoratitii inter se contententium, causam potiorem regulariter ex temporis, quo pignus aliquod constitutum est, privilegio definiri; illud quoque omni dubitatione expeditum est, quod is creditor, qui cum altero creditore de praerogativa juris pignoratitii contendit, non tantum de eo, quod sibi jus pignoris legitime constitutum sit, sed & de tempore, quo id contigit atque ex cujus prioritatem is alteri vult praeferi, fidem, per media probandi legitima, testes sc. vel instrumenta, facere teneatur. Unde v. g. qui pignore aliquo legali nititur, non tantum existentiam illius debiti, in cujus securitatem pignus a legibus constituitur, instrumentis vel testibus probare necesse habebit, sed etiam tale debitum hoc illo tempore contractum fuisse: idem & obtinebit

(a) L. 4. C. qui por. in pign.

(b) L. 10. D. qui por. in pign.

bit in eo, qui in actione hypothecaria contra creditorem posteriorem instituenda, conventionem ea de re cum debitore initam pro se adducit. Quid, quantumque in probatione ita suscipienda testibus efficiatur, nihil attinet dicere, cum ex principiis juris generalibus id facile queat dijudicari: videamus de instrumentis. Quod si fides de constituto pignore adversus debitorem negantem tantum facienda foret, id productione instrumenti quod is scripsit vel subscripsit, quodque plenam ideo adversus debitorem probationem præbet, facile obtineretur. Sed adversus creditorem, quem ex temporis prærogativa vincere vult alter creditor, ista debitoris confessione, quæ in scriptura inter contrahentes secreta & privatim confecta continetur, nihil omnino efficitur. Quid itaque? opus esse videtur tali instrumento, cujus forma omnem fraudis atque collusionis inter debitorem & creditorem factæ suspicionem everteret, atque ideo plenam adversus creditorem posteriorem probationem suppeditaret. In eo cum constet instrumenti publice confecti vis & auctoritas, falli nos non putamus, si ex hisce juris principiis, pignoris quod ex instrumento publice confecto vindicatur, prærogativam præ eo, quod privati tantum instrumenti fide nititur, derivari legitime posse, existimemus. Iure itaque contenditur, omnem istam pignoris publici præ privato prærogativam proprie loquendo, neque regulæ communi de prioritatem temporis proficua derogare, neque singulari aliquo privilegio inanti, sed ex communibus, de probatione adversus creditores concurrentes facienda, ita pendere principiis, ut, modo quis in concursu cum alio concreditor, plenam de jure ipso pignoris et præsertim de tempore ejus constitutionis, fidem facere queat, nihil referat, an pignus legale aut prætorium, vel voluntarium, testamentarium

tarium, seu tandem conventionale habeat, nullusque hac in specie, an conventioni accesserit scriptura nec ne, respectus habeatur. (c)

§. X.

Ex his sane principiis adornasse videtur Constitutionem suam Leo Imperator. Oppido is non tam ad internam pignoris constituti qualitatem, quam potius ad diversam instrumentorum publicorum & privatorum, quibus demonstrari queat pignoris constitutio, fidem respexit, ita ut magis jus antiquum de instrumentorum fide confirmasse & quodammodo determinasse, quam jus plane novum introduxisse nobis videatur. Statuit enim Imperator, idiochiris sive instrumentis privatim & secrete inter creditorem & debitorem confectis, nihil plane probari posse de potiori jure adversus creditorem posteriorem, qui jus pignoris sibi concessum instrumentis publice vel quasi publice confectis probare queat. Cum vero illud instrumentorum genus præsumtionem fraudis præ se ferat, sicque vix ullam mereatur fidem (quam facile enim ad incitas redactus vel bonis lapsus debitor, a creditore damni vitandi cupido, etiam vilissimo

(c) L. 4. D. de pign. „Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscitur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae, nec ad rem pertinet, quibus sit verbiis. sicut est (&) in his obligationibus, quae consensu contrahuntur. et ideo sine scriptura si convenit, ut hypotheca sit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt. sunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: & sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem, sicut & nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.”

lissimo pretio ad id, ut prælato die hypothecam dolose ei constituat, allici potest?) hæc vero publice conscripta vel trino teste classico corroborata veritatis & imprimis certitudinis apodicticæ argumentum per se præbeant: vestigiis sane juris antiqui instituisse dici potest Imperator, qui, ut furtivis nequitii & collusionibus debitorum cum creditoribus in necem aliorum factis viam penitus occluderet, pignora instrumentis publice vel quasi publice consecratis munita, illis, quæ privatorum tantum instrumentorum fide confisterent, voluit præferri.

S. XI.

Tantum de ratione legis hujus *Scripturas*. Jam de ejus *effectibus* in ordinandis diversarum pignorum Classium inter se collidentium, prerogativis solliciti, ad caput ipsum questionis progredimur. Et primum quidem, si de concursu Pignorum *conventionalium publicarum* cum *privatis* quæritur, hæc procul dubio ex verbis plus quam difertillimis hujus Legis tenenda venit regula; quod scilicet hypothecæ privatæ publicis & quasi publicis indistincte postponantur. Quæ regula cum ita generaliter in Lege tradatur, nulla omnino ratio adparet, cur idem obtinere non debeat, sive *simplex* sit illa privata hypotheca, sive inter illas, quæ a Legibus *privilegium* quoddam singulare acceperunt, referatur. Nam tantum abest, ut creditor, privilegio prælationis præ aliis hypothecariis gaudens, de jure suo hypothecæ docere non teneatur, quin potius eo plenius & evidentius de illo fidem facere debet, quod tale privilegium, respectu aliorum creditorum subsequenrium, pro odioso merito habeatur. Ita nimirum is, qui eo, quod pecuniam in prædium

emendum credit, privilegio prælationis utitur, ideoque creditori alicui publicum pignus habenti præferri vult, scripturam privatam pro se allegare nequit, sed aliis indubitatis mediis probare tenetur, quod illud sibi obligari caverit. Eodem modo fidem facere debet creditor, qui pecuniam ad emendam militiam mutuo dans, nedum hypothecam, sed & prioritatem ante omnes alios, in illam sibi reservat, propter Nov. 97. C. 4. In hac vero constitutione illud occurrit admodum singulare, quod, ut illa creditoris propter causam militiæ summe privilegiata hypotheca, contra mulierem, pignus legale ratione dotis in bonis mariti obtinentem, valeat, scriptura publica vel quasi publica, seu testibus subscripta, præcise requiratur, ita ut non tantum privata hic reprobetur scriptura, sed etiam hujus hypothecæ constitutio per testes probari nequeat.

S. XII.

Quodsi vero res quoad concursum pignorum publicorum & privatorum inter se, ab omni dubitatione expedita videtur, longe aliud dicendum erit de illorum collisione cum aliis pignorum speciebus. Etenim cum hic altum sit in Lege nostra silentium, per multas exinde difficiles ac apud primi subselli Doctores diversimode decisas, enasci quæstiones, nemo facile negabit. Quid enim juris erit de prioritare *publicarum* hypothecarum præ *testamentariis* vel *conventionalibus*, *testibus* seu *aliunde proatis*, vel *judicialibus* vel *prætoris* vel tandem *legalibus*? Deficientibus textibus expressis, nonnisi ad rationia ex analogia Legum subducenda nobis est confugiendum, operaque in hoc præsertim navanda, ut cum antiquis juris principiis

Leo-

Leoninam conciliemus constitutionem; hic enim rei cardo omnino verlatur.

§. XIII.

Ut vero a *Testamentario* pignore, creditori scilicet a Testatore constituto, initium faciamus, quæritur de loco ei, in concursu cum conventionalibus, assignando? & an publicis vel privatis illud sit æquiparandum? Siquidem ad tempora ante Leonina respiciamus, Testamentarium pignus, cum aliis quibuscunque non privilegiatis, ex sola temporis prærogativa æstimatum fuisse, ex supra dictis fatentium erit. Cum autem *L. scripturas* de tali pignore nihil præorsus edixerit, & prærogativam, publicis præ solis privatis concessam, in præjudicium aliorum & nominatim Testamentarii, minime extendit; inde ex rectiori sententia colligi potest, testamentaria pignora, sicuti ante, ita & post Leonis constitutionem, cum publicis concurrere. Huic accedit alia ratio. Quodsi quidem prærogativa pignoris publici, fidei majori, quæ instrumento publico habetur, tribui debeat, in proclivi est, eandem & hic valere rationem, cum testamentum ipsum, quo pignoris voluntate testatoris constituti probatio continetur, pro instrumento publico a legibus habeatur. Argumento est *L. 2. pr. D. testam. quem. aper.* ubi: „*Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est hæredis, sed universorum, quibus quid illuc adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.*” Vix autem necellum habemus monere, hoc de testamento tantum perfecto, ac sua forma, in quavis specie legis necessitate requisita, instructo, intelligi. Nam, absque illa forma testa-

mentum non subsistit: ea vero observata, in dubium revocari non potest, quin ut & alia testamenti capita longe majoris momenti, ita & pignoris datio, consistat, plenissimumque fortietur effectum, ita ut illud testamentarium pignus, cum omnibus aliis quæ, Leges expressa dispositione ei non antetulerunt, ex temporis ordine concurrat. Ut ergo Viro Celeberr. F. Chr. HAREPRECHT (a) assentiamur, a nobis impetrare non possumus, qui in prærogativas pignoris in Testamento Principi oblato, vel apud acta iudicii condito, constituti, inquirens, illud publicis postponi & cum privatis concurrere, adfirmat; hoc scilicet subnixus fundamento, quod „neque Princeps cui illud offertur, neque Iudex apud quem hoc alterum conficitur, de huiusmodi pignore, si testamentum, vel in scriptis confectum vel nuncupativum implicitum sit, regulariter notitiam, ante talis Testatoris mortem, consequitur, sicque nec illud adprobat, nec de eo cognoscit, sed huiusmodi elogio simpliciter recipit &c. „ Nam, si tanti viri sententiæ aliquid objicere liceat, hæc principia magis ex doctrina Iuris Germanici de pignoribus iudicis auctoritate & consensu constitutis, de quibus infra plura adducentur, quam ex Romano jure derivare videntur. Dum enim publicorum instrumentorum prioritatem præ privatis, in L. 11. C. qui potior. adornavit Imperator, minime securitati creditoris, hypothecam sibi constitui curantis, ne scilicet talem, quæ alteri jam sit devincta, accipiat, prospexisse creditur; cum hæc cautio, ceteroquin sapientissima, ad Germanicæ instituta potius pertineat. Quæ imo ad solam probationis certitudinem, ne in concursu iverus aliquis

(a) In Diss. d. pig. publ. §. 3.

quis creditor, fraudibus alterius concreditoris, cum debitore colludentis, deciperetur, respectum habuit Legislator. Hujus veritatis argumento sunt quasi publica instrumenta, quæ a tribus testibus tantum subscripta, ab omnibus aliis facile ignorari possunt. Probationis vero certitudinem omnino in Testamentario pignore occurrere, nemo non videt; cum ab ipsa Lege formam ad probandum necessariam obtinuerint Testamenta. Exinde sua sponte consequitur, quod etsi instrumentum publicum aliquandiu creditorem posteriorem latuerit, nullatenus ideo cesset esse publicum, nec hypotheca, quam tale locuitur instrumentum, eo ipso qualitatem publicæ amittat. Quamobrem de Jure civili, Testamentum nihilominus publicum est instrumentum, etiamsi, ut in specie a *Dn. HARPPRECHT* proposita, statim ab initio publici juris haud factum fuerit, adeoque pignus quod isto testamento constitutum est, pro publico ex mente quidem Romanorum reputandum est.

S. XIV.

Quid porro de illo pignore tenendum, cujus constitutio, per *Testes* Clarissimos, vel *quocumque alio modo*, plene legitimeque probatur? Hic vero omnis de instrumentis quæstio removetur; nam si ex ipso instrumento pignus sibi vindicat creditor, juris est plus quam evidentissimi, quod nisi publico vel quasi publico muniatur instrumento, nullam præ privatis sperare possit prærogativam. Nec cum *V. C. HELLFELD* (a) querendum est, an hypotheca coram tribus testibus masculis, integræ fidei, nulla interveniente scriptura, concessa, sit *quasi publica*;

(a) *Diff. alleg. §. 23.*

publica; quod is equidem contra BOEHMERVM negantem (b) adfirmat. Etenim tres testes integræ fidei, ad formam instrumenti quasi publici ab Imperatore requisiti, nullum ad conventionem de pignore, sine scriptura initam, habere videtur respectum. Inde, etiamsi ab omni dubitatione expeditum esset, hypothecas tali conventionem constitutas, eodem jure gaudere ac publicas vel quasi, minime ideo *quasi publicæ* dici mererentur, cum illa denominatio, illis solis hypothecis trium testium & partium subscriptione munitis, ex verbis *L. scripturas* tantum conveniat. Melius itaque generatim quæritur, quænam sit prærogativa hypothecarum, aliunde quam ex instrumento plene probatarum, sive per testes vel quocunque alio modo; quin enim talia valeant pignora, per textus legum disertissimos, dubitare haud licet. (c) Tales quidem hypothecas, ante Legem Leoninam, cum quibuscunque aliis non privilegiatis, etiam concurrisse, nihil suppetit dubii. An vero ea constitutione earum mutatus fuerit status, nunc superest examinandum. Legem *scripturas* ad instrumenta & pignora instrumentis probanda unice respicere, minime vero ad illa, quæ sine scriptis conceduntur, jam supra tetigimus. Huic consequens est, horum ratione juri veteri nullatenus derogatum esse, hoc effectu, ut publicis postponantur. Minus itaque valere videtur *J. H. BOEHMERI* argumentum, qui dum hypothecis, testibus probatis, prioritatem præ privatis denegat, hanc sententiæ suæ reddit rationem:

(b) *Diff. alleg. Cap. I. §. 8.*

(c) *L. 4. D. de fide instr. L. 4. D. de pign. et hyp.*

nem: quod Imperator, trium testium, integræ opinionis sub-
 scriptiones, ad formam, & ut probationis per testes circuitus
 & ambages vitarentur, requisiverit. (d) Neque enim ex ista
 Constitutione constat, eam brevitatis in probatione studio la-
 tam esse ab Imperatore, cum potius ex verbis ipsius Legis
 aliam ejus rationem colligere liceat; eam scilicet, ut infinitæ
 fraudes, quæ instrumentorum privatorum confectione *secrete*
 fiunt, ita coërcerentur. Sed ponamus jam, quod formam
 quamdam instrumentis quasi publicis præscripserit Imperator,
 vix inde concludere licebit, hypothecas sine instrumentis con-
 cessas, vel nullius prorsus momenti, vel saltim infirmioris ju-
 ris, factas fuisse. Pro illorum sententia, qui has hypothecas
 publicis æquiparari debere contendunt, militare quoque vide-
 tur argumentum a Novella 97. c. 4. desumptum. Etenim cum
 Iustinianus, privilegium admodum singulare, illis, qui ad mi-
 litiam emendam crediderint, tribuere vellet, ita ut non so-
 lum omnibus aliis creditoribus hypothecariis, ideo & publicis,
 sed etiam mulieri ipsi, hypothecam privilegiatam in bonis
 meriti ad repetitionem dotis habenti, preferrentur, nec jus
 adeo singulare, nisi illi, qui nedum plene, sed etiam quodam-
 modo solemniter probasset, concedendum putaret, exceptione
 quadam speciali, probationem talis hypothecæ constitutionis
 per testes fieri expresse vetuit. Hoc autem minime necessum
 habuisset Imperator, si hypothecæ per nudos testes probatæ
 privatis regulariter æquiparandæ fuissent. Sicuti enim hæ, vel
 privilegio adornatæ, publicis præire non poterant (§. XI) ita
 &

(d) loco citæ

& illæ hujusmodi privilegii jam antea incapaces fuissent. Justiniani igitur ordinatio, qua hac lege creditori propter militiam, privilegium prælationis præ aliis omnibus concedit, ut publicum edat instrumentum, profus inutilis ac supervacanea fuisset, si etiam ante illam non aliter privilegii capax fuisset creditor. Ast, si verum amamus, liquet per dictam constitutionem, quod, cum hypotheca per testes vel aliunde sine instrumento probata, æque capax esset privilegii ac publica, Justinianus, qui, ut jam advertimus, quandam solemnitatem in probatione hujus summe privilegiatæ hypothecæ inducere decreverat, nonnisi singulari a jure communi exceptione uti debuit, dum probationem per testes faciendam in hoc argumento reprobavit. (e) Ne vero nobis ita disputantibus auctoritas desit aliorum ita calculos subducentium, id tantum allegare sufficit, antiquiorum Jctorum tere totam cohortem non dubitasse jura publicarum hypothecarum illi hypothecæ, quam scriptura quidem privata loquitur, sed a duobus testibus tamen confirmatur, qui deponant de *veritate* in scriptura contentorum, concedere; cum minus hic ad scripturam ipsam, quam ad probationem plenam, e testimonio duorum virorum, de ipsius negotii existentia deponentium, emergentem, attendatur. Inter ita sentientes, imprimis numerandi veniunt BALDVS, (f)

PVR.

(e) Cf. RITTERSHVIVS *ad Nov. 97. In Jur. Justinian. Parr. 3. Cap. 8. §. 8.* *cujus hæc sunt verba: „Sed addit (Imperator) tunc demum hoc valeret, nisi negotium gestum fuerit scripto, cui testes subscripserint: nam antea præferebatur creditor, quamvis scriptura non accessisset: dummodo aliter probare posset veritatem rei gestæ sive jus suum.“*

(f) BALDVS *in Codic. ad L. Scripturas n. 6. et in Consil. Lib. 1. Cons. 498. n. 5.*

PVRPVRA TVS, (g) Vinc. de FRANCHIS, (h) & plures adhuc allegati apud Ant. GABRIELI, (i) & De PASSERIBVS, (k) quibus jungendi præcipue MARESCOTVS, (l) qui in Rota romana ita iudicatum fuisse refert, nec non viri magnæ hodiernum in foro auctoritatis GAILIVS, (m) et MEVIVS (n). Imo quoque hic non subsistunt alii Doctores, sed et permulta et fere innumera afferunt hypothecarum conventionalium exempla, quas, propter evidentiam probationis, privatis accenseri, pernegant. Si, v. g. debitor confessus esset in iudicio, se ante hypothecasse, prout in scriptura privata continetur, quam ipse contraheret per publicum instrumentum; vel, si confessio probaretur emissa, tribus tantum testibus presentibus, licet non in scriptis; si duo testes essent subscripti et adessent alia adminicula majoris ponderis et auctoritatis, quam unus testis. Si per tres testes litteratos & intelligentes, recognosceretur scriptura privata subscripta manu partium, quia assererent se vidisse dictam scripturam,

D 2

(g) PVRPVRA TVS in *L. admonendi D. d. iureiur.* n. 170.

(h) Vinc. de FRANCHIS in *Decis.* 95. n. 7.

(i) *Concl. Lib. X. §. 9.*

(k) De PASSERIBVS *d. script. priv. Lib. 1. Quæst. 8. Concl. 2. §. 11.*

(l) Herc. MARESCOTVS *Resolut. L. 1. c. 79. n. 13.*

(m) GAILIVS *observ. pract. L. II. obs. 25. n. 10.* „Imo, etsi nulla privata scriptura confecta sit; tamen si constitutio hypothecæ et quo tempore facta sit, testibus probari possit, creditor tempore prior præferri debet creditori posteriori habenti hypothecam publicam; quia non minorem fidem facit testens, quam instrumentum publicum. *L. in exercendis C. de fid. instr.*”

(n) MEVIVS *Decis. P. VIII. Dec. 362.*

ruram, antequam conficeretur publicum instrumentum. (o) Plura hujusmodi exempla videat cui volupe est. Unumquemque vero casum referre, in specialemque disquisitionem vocare, nec vacat nec opus est. Ast consultius faciemus, si hæc omnia ad generaliora reducentes principia, inde communem quamdam regulam, omnibus casibus singularibus applicandam, efformemus. Hæc autem ita fere concipi potest. Si nonnisi ex instrumento prerogativam rogat creditor, tum ut illud formam habeat a *L. xi. C. qui pot.* præscriptam, necesse est. Ubi vero hypothecam sine instrumento constitutam allegat creditor, illamque plenissimis argumentis probat, nulla sufficiens adparet ratio, cur aliis publicis vel quasi postponendus sit; nec creditori etiam illud nocere videtur, quod scriptura negotio intervenerit, modo ex illa sola minus probante charta suas non hauriat probationes; sed aliunde de tempore ejus constitutionis legitime fidem faciat.

§. XV.

Nec aliud statuendum videtur in causa pignoris *judicialis* & *Prætorii* in specie sic dicti, quæ etiam cum publicis in pari gradu locanda veniunt. Nam, ut id prætereamus, quod publica quoque quoad causam efficientem dici possint illa pignora; (res enim diversæ naturæ inter se ad hunc effectum non sunt componendæ, ut consequentiæ de una ad alteram deducantur) alia validiora argumenta illam nobis suadent sententiam. Non solum enim & hic valet idem ratiocinium de aliis speciebus jam habitum,

(o) GABRIEL *c. l. §. 10. 11. 15. 17. De PASSERIBVS c. l. §. 14. 16. 26.*
27.

bitum, quod per *L. scripturas* a gradu, quo olim ante distinctionem inter publicas et privatas hypothecas gaudebant, minime remotæ fuerint judiciales hypothecæ; sed & hoc etiam accedit, quod earum fides, nedum æque certa, quin imo certior sit, ac publicorum pignorum, cum vel ex actis iudicis, vel decreto prætoris, de illarum origine indubie constet, & ita ratio legis hic manifesto cesset. Hoc autem obiter monere nos non pigebit, quod in pignore Prætorio in specie sic dicto, omnes creditores in bona debitoris missi & ita jus æquale habentes, inter se pari jure gaudeant, sine respectu temporis; (a) at contra omnes alios creditores, diversi generis pignora habentes, prioritas temporis etiam hic observetur. (b)

§. XVI.

Jam vero de loco hypothecarum *Legalium*, in collisione cum publicis & privatis, inquirere nobis superest. Quo autem paritatem juris inter legalia & publica pignora demonstremus, illa, quæ iterata vice occasione testamentarii, prætorii, aliorumque pignorum, de objecto Legis Leoninæ, supra posuimus, ne tædium Lectoribus moveamus, repetere opus non est. Sed tamen & ista optimo jure hic applicationem inveniunt. Legales enim hypothecas, antequam Imperator inter publicas & privatas differentiam quandam posuisset, cum publicis pari passu ambulasse, modo is, qui ad pignus legale provocat, de veritate facti, cui beneficium a lege concessum innititur, fidem

D 3

legi-

(a) *L. 15. §. 15. D. d. damno infecti.*

(b) *L. 2. C. qui prior in pign.*

legitime fecerit, juris est constantissimi; an vero, cum mere priyatis illæ revera concurrerint, non est adeo expeditum, ut potiores quidem negantium partes adpareant, sicuti supra fat prolixè deduximus. Legem vero *Scripturas* ad legales pertinere, nemo facile adfirmabit, quæ scilicet sine instrumentis sua sponte subsistunt, existentiamque ac indolem suam nonnisi a Legibus ipsis accipiunt. Nullibi ergo reperitur Imperator, jure veteri abrogato, directè vel indirectè privilegium protopraxiæ conventionalibus hypothecis, quas publica loquuntur instrumenta, præ legalibus innuisse. De tali tamen constitutione ut manifesto constaret, opus esset, cum jura nova in præjudicium eorum, qui ista Lege non comprehenduntur, introducuntur. Enimvero creditores hypothecarii legales tertii cujusdam partes revera agunt in hac lite, inter hypothecarios publicos & privatos mota, & ab Imperatore in L. II. C. *qui potior*. decisa. Quæ sententia cum Legalibus nocere nequeat, nihil est cur adfirmemus, eas gradu suo, quo antea cum publicis gaudebant, smisso, in Classem privatarum remotas & rejectas fuisse. (a)

§. XVII.

Neque ad talem propugnandam sententiam arma LEYSERI (a) induere necessum habemus. Mancam enim esse illam hypothecarum legalium cum publicis comparisonem, nec illum effectum fortiri valere, quod illi Classi, privilegia huic tantum

(a) Idem sentit *Celeberrim. Fr. Es. PUFFENDORFIUS in Observat. Jur. Univers. Tom. I. obs. 211. §. 3.*

(a) *Mediat. ad Dig. Spec. 226. m. 1.*

tum propria tribuat, ac in pignus necessarium, seu Lege ipsa, etiam invito debitore, constitutum, prerogativam, non nisi formæ publicæ instrumentorum in conventionalibus conscriptorum, a *L. Scripturas*, concessam, transferat, jam antea monuimus. Huic tamen LEYSERI sententiæ applausit HVBERS qui sequens exemplum hoc in argumento posuit. (b) Concursum fingit hypothecæ conventionalis privatae tempore prima; porro Legalis tempore sequentis, & tandem conventionalis posterioris publico instrumento firmatae. Ita vero diversarum earum hypothecarum ordinat prerogativas, ut primum locum obtineat publica, secundum legalis, postremum denique privata; non obstante regula: vinco vincentem te ergo & te, quæ nempe tantum ad æquabile successorium, non ad diversos creditorum ordines, adplicari dicitur. Ast, si secundum ipsius HVBERI principia, legales hypothecæ etiam sunt publicæ, harumque jure utuntur, non facile perspicitur, cur in exemplo proposito legalis publicæ cedere debeat. Nec refert, quod hic etiam in collisione veniat hypotheca privata; cum enim utrique & Legali & publicæ ex HVBERI sententia postponatur, nullatenus illarum æquilibrium turbare potest. Si ergo in specie data legalis tempore prior etiam ordine prior remaneat, tum sequatur publica & deinceps veniat privata, principia paritatem jurium inter Legales & publicas stabilientia melius observarentur, ipsaque Legis ordinatio intacta subsisteret.

§. XVIII.

(b) *In prælect. jur. civ. Lib. XX. tit. IV. §. 36.*

Temperamento quodam litem inter Doctores prærogativam pignorum legalium præ privatis affirmantes, aliosque illam negantes, componere voluit *J. H. BOEHMERVS* (a), mediam scilicet aperiens viam, & adferens, hypothecam legalem tunc tantum publicæ jure gaudere, *si instrumento publico, quod super negotio & contractu principali confectum est, accesserit*; alioquin in ordinem privatarum eam reponendam esse arbitratur. Hanc autem opinionem absolute & sine ulla restrictione recipere, minus tutum nobis videtur. Nullibi enim in Legibus reperitur, ad constitutionem hypothecarum legalium ita pertinere publica instrumenta, ut his deficientibus prærogativam ordinis debeant amittere. Legem porro *II. C. qui pot.* ad conventionales instrumento probatas, potius quam ad alias pignorum species respectum habere antea observavimus, ita ut, sicuti pignora conventionalia per testes demonstrari Leges non vetant, ita nec legalia. Hæc vero, cum majori quidem favore ac illa gaudeant, quippe a Legislatore ipso immediate data, meliori etiam jure ac illa publicis æquiparantur; modo tamen, mediis probandi legitimis, extra omne dubium positum sit & factum ipsum & præcipue tempus quo contractum est negotium, cui Leges securitatem ex pignore accedere voluerunt. Difficilius tamen negaretur, quod, ubi factum, cui Leges beneficium hypothecæ indulserunt, non aliter quam scriptura privata demonstrari potest, tunc propter minus certæ probationis

(a) *BOEHMERVS Exerc. ad Exerc. 60. Cap. I. §. 15. in fine, quem sequitur WESTPHAL. in Lib. vom Pfandrechr. §. 167.*

tionis vitium, illæ dubiæ hypothecæ præ aliis certioribus nullam obtineant prioritatem, quod certe ex principiis juris generalibus pronò alveo fluere videtur. Ideo non sine ratione pronunciasse videtur BOEHMERVS, hypothecas legales, solo privato innitentes instrumento, conventionalibus publicis postponi debere. Neque tamen id concedere possumus, illas solas, quas publica loquuntur instrumenta, publicis æquiparari, cum & alias plenas probationes hac in specie Leges neutiquam reproberent.

§. XIX.

Nec illorum etiam Doctorum, maximi sane nominis, qui pignora legalia ad Classem privatorum indistinctè referunt, numero & auctoritate deterriti (a), a nostra dimovèmur sententia; hujusque tritæ veritatis memores, opiniones potius ponderandas esse quam numerandas, ad examen ipsius controversiæ progredimur instituendum. Dissidentium argumenta non nisi a forma, quibus proponuntur, inter se distantia, deducuntur vel 1) a paritate jurium inter legales & privatas hypothecas antiquis Legibus constituta, nec a Leonina dispositione sublata, vel 2) a forma a dicta Lege, securitatis fidei publicæ gratia præscripta; quæ fides periclitari dicitur in Legalibus hypothecis, propter incertitudinem temporis earum constitutionis.

§. XX.

(a) LAVTERBACH *de tacit. pign. rb. 48.* HARPPRECHT *Resp. 92.* *Idem in D. de pign. publ. §. 5, 6.* SCHOEFFE *in Conf. Tubing. Vol. IX. Conf. 28. n. 45.*

Primum rationes ita fere subducunt hypothecarum legalium detractores. Hypothecas legales, ante *L. scripturas*, etiam ex sola prioritate, privatis potiores æstimatas fuisse, juris est plus quam evidentissimi. At Leo Imperator privilegium quoddam singulare publicis concedens, easque præ aliis alicui extollens, legalium nullam habuit rationem; unde patet eas in pristino remansisse ordine; eo magis, quod privilegium tali Lege correctoria uni speciei indultum, ad alteram minime sit extendendum; ut hæc juxta antiqui Juris principia hodiernum veniat æstimanda. Sed facilis videtur ad hæc responsio. Jam supra enim de illo principio, quod Lex Leonis sit vere correctoria, merito dubitatum est. Nam creditorem, nullo alio medio, nisi scriptura privata inter se et debitorem secrete confecta, probantem, aliis creditoribus de hypotheca legali rite docentibus, sub specie suspectæ cujusdam prioritatis, unquam præjudicasse, ex nullo juris textu defendi potest. Inde merum videtur esse figmentum, legales olim cum privatis, quorum admodum suspecta ex instrumento privatim seu secrete confecto est probatio, pari passu ambulasse; quin potius, cum omnibus conventionalibus, quomodocunque plene probatis, etiam sine publico instrumento, pari loco habitas fuisse, rationi juris evidentissime convenit. Evanescit ergo et hoc assertum, quod Leo Imperator jus vetus hic correxerit; nec melius dicunt, illum privilegium singulare publicis præ omnibus aliis tribuisse, cum in hac constitutione regula potius quædam juris antiqui, scripturis privatis in genere adversantis confirmata, ac pignoribus discrete applicata, reperiatur. Sed et si ponamus, privilegium quod-

quoddam publicas hypothecas accepisse, quo pacto valebit contra legales tale privilegium, quarum plane nulla mentio in ista Lege fit? Quod si certe dissentientium prævaleret opinio, legales hypothecas non recte a privilegio prælationis Lege Leonina constitutæ amotas dixeris, quin potius eas e priori suo ordine detrusas, ac e possessione loci, ex antiqua juris dispositione eis competentis, sine Lege, nulloque accedente legitimo fundamento, dejectas fuisse, necessario inde consequeretur.

S. XXI.

Similia fere opponi possunt huic argumento, e forma, quam ad securitatem fidei publicæ in publicis proposuisse hypothecis prædicant Imperatorem, desumpto, quæ cum in legalibus locum non habeat, eadem fraudes hic necesse possent, quas in privatis coerceri, legislatoris prudentia postulavit. Colligunt inde, quod sicuti Legis ratio, ita & ejus dispositio hoc in argumento valere debeat. Sed forma ab Imperatore publicis præscripta neque ad legales spectat, neque eorum naturæ convenit; in quibus scilicet instrumentum publicum sæpius est incognitum. Habes exempla. Hypothecæ *pupilli* in rebus pecunia sua emtis, qui publico instrumento minime probare potest, pecuniam fuisse suam, cum, illam etiam sine mutatione ad eumentem pervenisse, ad essentiam hujus hypothecæ pertineat; *uxoris* in bonis mariti ratione paraphernalium; *Liberorum* in bonis patris respectu honorum maternorum; in quibus omnibus speciebus, aliisque similibus, nullum confici solet instrumentum, nec ulla quidem culpa creditoribus, quod talem neglexerint cautelam, jure obici potest. Præterea

quamvis publicum instrumentum in legalibus hypothecis necessarium non sit, haud prorsus inde colligere licet, fraudibus eo ipso in his negotiis viam parari. Nullatenus enim ab obligatione, jus suum per testes vel aliunde plene probandi, immunitas censendus est creditor; cum hunc effectum plane non habeat beneficium pignoris a Lege tributum, ut de negotio ipso, ex quo pendet tale jus, docere non teneatur ille, qui eo uti adpetit. Deficiente autem tali probatione, merito in classem privatarum rejicienda videtur hæc dubia hypotheca; sive privilegium a Legibus acceperit, nec ne, ut supra (§. XI, XIV) de pignore, coram testibus constituto monuimus.

§. XXII.

Si vero paucis verbis hæc omnia concludere licet, sequens regula, in ordinando diversorum pignorum concursu, juri & rationi dissona haud videtur. Quod, cum Leonis constitutio, inter publicas & privatas hypothecas, unice jus dicat, omnia alia pignora (modo nullo speciali utantur privilegio) sive voluntaria, testamentaria & conventionalia per testes vel aliunde sufficienter probata, sive necessaria, veluti prætoriana, judicialia & tandem legalia, etiam aliter quam per publicum instrumentum sufficienter demonstrata, cum publicis non privilegiatis indistincte hodiernum concurrant; ad classem vero privatorum referantur illa omnia, quæ privatam tantum scripturam, aliamve minus certam probationem pro se habent; sub quocumque veniant nomine & quocumque munita sint privilegio.

§. XXIII.

§. XXIII.

Exposuimus hactenus Romanorum de pignore publico ejusque prerogativis principia: superest, ut quid hodie apud nos obtineat, videamus; ubi scilicet jure quidem Romano vivitur, sed ita, ut præcipuus locus patriis institutis & moribus habeatur; quo scilicet concursu Romanarum legum & patriorum institutorum de illarum applicatione ad negotia forensia anceps sæpe quæstio fieri solet.

§. XXIV.

Quodsi Leges Romanorum de oppignorationibus percurramus, facile a quocunque observatur, in illis & alienationem & oppignorationem rerum suarum civibus justæ ætatis integræque mentis liberrimam relinqui: eamque facultatem liberrimam alienandi & oppignorandi adeo inesse videbatur naturæ pleni dominii, ut in his magistratus neque consensu neque auctoritate opus esset. At non Germani tantum, germanicæque originis gentes, sed & aliæ plures in alia omnia ibant. Etiam si enim illi in *mobilibus* liberrimam civibus suis dispositionem permetterent, in *immobilium* tamen longe alia ratio habebatur. Etenim, cum nobiliorem partem substantiæ constituere soleant res soli expeditæque reipublicæ, ne quis re sua male utatur, factum inde est, ut multæ sane gentes alienari eas res non aliter paterentur, quam magistratus auctoritate interveniente & dominio

apud acta sollempniter abdicato. (a) Uti vero oppignatio via erat ad alienationem, imo vero quorundam populorum moribus jus pignoris proxime accedebat ad dominium utile ejusque naturam fere induebat (b); ita non magis jus pignoris, quam dominium alicui constitui posse videbatur absque magistratus auctoritate, cujus rei non solum in Germania (c) frequentia supersunt vestigia, verum etiam in Gallia ita observari, restatur CHOPPINVS (d), in Hollandia *van LEEVWEN*, (e) ut alios prætereamus.

§. XXV.

Ubicunque itaque ex peculiari patriæ instituto detractum est facultati civium, res suas immobiles privatim oppignorandi, hoc quoque in necessitatem juris abiit, ut vel auctore magistratu constitueretur hypotheca, vel saltim rogatu debitoris infereretur in librum publicum, quem *des Hypotheckenbuch* apud nos appellare solent. Illud sane rationibus juris antiqui de prohibita bonorum immobilium, absque magistratus auctoritate oppig-

(a) Cf. *Lex Ripuar.* tit. 59. §. 1. *Iur. prov. Sax.* L. 1. art. 34. & 52. *Lib. 2. art. 30.* & *Weichb.* art. 20. Plura dixerunt *Ge. BEYER in Spec. Iur. Germ.* L. 1. c. 19. & *HEINECC.* in *Elem. Iur. Germ.* Lib. 2. §. 24. 15. sqq.

(b) Vid. *THOMAS* in *D. de usu pract. distinctionis inter em. vend. cum pact. de retrovendendo* & *contract. pignoris cum pacto anticretico.*

(c) Cf. *SCHILTER* in *Exerc. ad Pand. Ex. 33. §. 7.*

(d) *d. morib. Paris. Lib. 3. tit. 2. §. 20.*

(e) in *Censura forens.* L. 4. c. 7. n. 2. 19.

oppigneratione convenientius videtur, ita, ut non tam ad publicam fidem eorum, quæ apud judicem geruntur, sed potius ad ejus consensum, quo opus omnino est in alienatione rerum immobilium, respectus habitus fuerit: necessitas vero insertio- nis in librum publicum ex noviori instituto derivare videtur, quo scilicet eo magis creditorum securitati ne fraudibus debitorum circumvenirentur, prospectum esset. Etenim cum homines prodigi, dummodo bona immobilia possideant, facile inveniant, qui fidem suam sequantur & pecuniam credant, ac inde sæpius contingat, ut aliquis ignarus hypothecarum antea constitutarum, quibus fundi debitoris jam pridem afficiuntur, se satis putet securum, cum tamen fundi illi solutioni anterioribus creditoribus faciendæ non sufficient: proficuo sane reipublicæ consilio hæc insertio hypothecarum in librum publicum, cujus facilis est inspectio ejus, a quo mutua petitur pecunia constituta est. Ilque finis etiam commodissime obtinetur, ubi hypothecarum in bonis immobilibus constitutio ex antiquiori instituto fit consensu magistratus, cum saltem in acta publica inseribi soleant ea, quæ apud magistratum geruntur, quorum facile notitiam acquirere potest creditor securitati suæ bene prospecturus.

§. XXVI.

Illud vero maxime observatione dignum est, quod, si quis omiserit, hypothecam aliquam libro publico inferere, vel magistratus auctoritatem requirere, varii inde effectus sequantur, quos Lex ista specialis expressos contineat necesse est. *Aut enim plane nulla et invalida est istiusmodi hypothecarum constitutio,*

stitutio, adeo ut creditor, qui contentus illa esse maluit, pro simplici tantum habeatur; aut valida quidem est, sed illicita, ut scilicet creditori jus quidem hypothecæ competat, sed debitor, qui privatim illud constituit, pœnæ subiaceat; aut denique valida illa est æque ac licita, ita tamen, ut creditor, qui privatim pignus sibi in re immobili constitui curavit, illi tantum postponi debeat, qui securitati suæ constitutione hypothecæ iudicis consensu firmatæ vel saltem libro publico insertæ prospexit.

S. XXVII.

Ex principiis hætenus expositis æstimari omnino debet illud Pignoris hypothecæve genus, quod Doctõribus nostris quandoque *publici* nomine venire solet, ideo quod ejus constitutioni, statutario jure exigente, auctoritas magistratus accedere debet, quando de validitate hypothecæ vel saltem prerogativa ejusdem præ alia qualicunque quæstio incidit. Sed & quantum differat hoc publicorum pignorum genus, quod ex statutario jure originem traxit, ab eo, quod ex Romanorum jure descendit ac ideo publicum appellatur, quod constitutio ejus ex instrumentis publice confectis demonstrari potest, utrumque comparanti in oculos facile incurrit. Neque enim posterius auctoritate iudicis præcise opus habet, cum & scriptura a tabellione confecta, vel a tribus testibus subscripta publicum pignus efficiat: Qualitas pignoris publici, sensu Romanorum talis, in probatione ex instrumentis publice vel quasi publice confectis facienda; publici vero, sensu juris statutarii talis, in constitutione pignoris, quæ nonnisi iudicis ejusdemque

que competentis auctoritate legitime fit, versatur. Plura non addimus, cum differentia ex ipsa utriusque pignoris inspectione adpareant. Progredimur potius ad id, propter quod pignorum publicorum, juris romani & statutarii significatione tantum, notiones & differentias hactenus exposuimus. (a)

§. XXVIII.

Scilicet in iis regionibus, quæ hodiernum iure Romano, tanquam subsidiario, utuntur, anceps sæpius fit disputatio, quo loco haberi debeant eæ pignorum species, quas subsidiarium Romanum introduxit, quando cum statutario isto pignore, quod publicum appellamus, concurrunt.

§. XXIX.

Primum quidem illud expeditum esse videtur, quod, si iure statutario definiatur, aliud quodcumque pignus, præter illud, quod publica magistratus auctoritate constitutum vel & libro publico insertum est, invalidum esse debere, de concursu pignoris tum privati, tum publici sensu Romanorum talis, cui scilicet requisita istius pignoris statutarii desunt, questionem non superesse. Superest verò concursus pignorum legalium eorumque omnium, quæ non a debitore, sed v. c. ab ipsa lege vel magistratu constituuntur, quæque Romanis judicialium nomine venire supra dictum est. Hæc autem dispositione aliqua statutaria de pignoribus non nisi consensu magistratus constitu-

(a) Cf. HELLFELD in D. supra cit. §. 38. seqq.

stituendis, non contineri, firmiter nobis persuasum est. Quamcunque enim rationem juris illius statuarii proponas, de eo certe nunquam dubitari potest, quod necessitatem legalem contineat, qua facultas civis cujuscunque, de re sua pro lubitu disponendi, ex ratione utilitatis publicæ circumscribatur: quo fundamento inspecto oppido non perspicimus, quo pacto istiusmodi dispositio ad pignus ipsius legis vel et ipsius magistratus auctoritate constituendum pertinere queat.

§. XXX.

Quod si vero, admissa pignorum quoruncunque privatim constitutorum efficacia, Lege statutaria constituta saltem est pignorum publicorum præ istis prerogativa, alia rursus inspectio est, quam brevissimis ita definimus. L.) Inter ea pignora, quæ a *debitore volente* creditoribus constituuntur, prima causa est eorum, quæ *consensu & auctoritate magistratus* constituta, vel & jure statutario id admittente, *libro publico inscripta* sunt. Quæ requisitis hisce qualitatibus sunt destituta pignora, illis omnino postponuntur, non admissa distinctione, siue instrumentis publicis siue privatis demonstrari queat pignus creditori a debitori constitutum fuisse, i. e. siue sensu juris Romani publicum sit pignus siue privatum. Quæ enim jure statutario vel in jure magistratus alienationibus & oppignorationibus rerum potestati suæ subjectarum consentiendi, vel in utilitate publica posita est ratio prerogativæ pignoris publici, ad effectum perducere non potest observatione eorum, quæ jus Romanum de pignoribus ex instrumentis publicis vel quasi publice confectis, probandis, quibusque de eo saltim cavetur, ne cre-

creditoris pignoratitii temporis prerogativa præ altero potioris, secreta debitoris cum creditore posteriore collusionem, falso in instrumento tempore expresso, evertatur, statuit.

II.) Cum verò Lege hac statutaria nonnisi pignorum publica auctoritate constitutorum prerogativa statuatur; quod mutatum non est, stare non prohibetur. Neque vero mutata est *pignorum publicorum sensu juris Romani talium* præ *privatis* prerogativa quæ & ipsa, uti nos supra observavimus ratione quadam naturali nititur. Jure ideo, ut videtur, nos contendimus, inter pignora voluntate debitoris constituta, primum locum obtinere ea, quæ publica juris statutarii sensu appellavimus, secundum pignora sensu juris Romani publica vel quasi publica, tertium denique privata.

III.) Superest, ut de loco, quem in isto concursu, quæ invito quoque debitore constituuntur, pignora *legalia* & *judicialia* obtineant, dispiciamus. Leges istas statutarias, quæ præter illa pignora magistratus auctoritate constituta librisve publicis inscripta, alias quascunque pignorum species non admittunt, ad illud pignorum genus, quod a lege vel iudice constituitur, nullatenus pertinere, supra (§. XXX.) a nobis observatum fuit. Jam vero ex iisdem rationibus æque expeditum videtur, nec prerogativam pignorum publicorum sensu juris statutarii talium præ aliis, ad pignora legalia vel judicialia recte produci. Quodsi enim ratio illius prerogativæ in consensu magistratus oppignorationi accedente posita est, facile adparet, in pignore ipsius legis auctoritate constituto eandem, imo quoque fortiosem omnino prerogativæ rationem adesse, adeoque, nisi imperans legalis quoque pignoris constitutioni solemnitatem

F 2

quamdam

quandam judicialem adjici voluerit, istas constitutiones de pignorum publicorum prerogativa non nisi strictam interpretationem admittere, quæ scilicet alias pignorum species, quæ narratione quidem istiusmodi Legis correctoriæ continentur, in deteriorem conditionem non detrudat. Ita vero nihil omnino impedire videtur, quo minus pignora legalia eodem cum publicis passu ambulare contendamus. Ita sane in Hollandia, ubi registrarum s. libro publico inscriptarum hypothecarum eadem prerogativa obtinet, qualis apud nos hypothecarum magistratus auctoritate constitutarum, judicari, testes sunt *Ulr. HYBRVS* (a) *Jo. SANDE* (b) & *Sim. van. LERYWEN* (c) qui in Brabantia hypothecam judicialem posteriorem specialem legali priori anteferri tanquam rem plane singularem annotavit; imo quoque in Germania ejus rei ad stipulatores habemus viros longe gravissimos & auctoritate forensi conspicuos, quorum posterior hanc sententiam in ipsis rerum argumentis obtinuisse testatur, *Frid. Es. de PVEFENDORF* (d) nec non *Dav. Ge. STRVBEN.* (e)

(a) in *Praelect. ad Pand. tit. qui pot. in pig. S. 26.*

(b) in *Decis. Fris. L. 3. tit. 22. Dec. 15.*

(c) in *Censura forens. P. 3. C. 4. §. 6.*

(d) in *Obs. jur. univ. Tom. I. Obs. 24. & Tom. III. Obs. 18e.*

(e) in *rechtl. Bedenk. Tom. I. Bed. 19. Tom. V. Bed. 96.*

ULB Halle

3

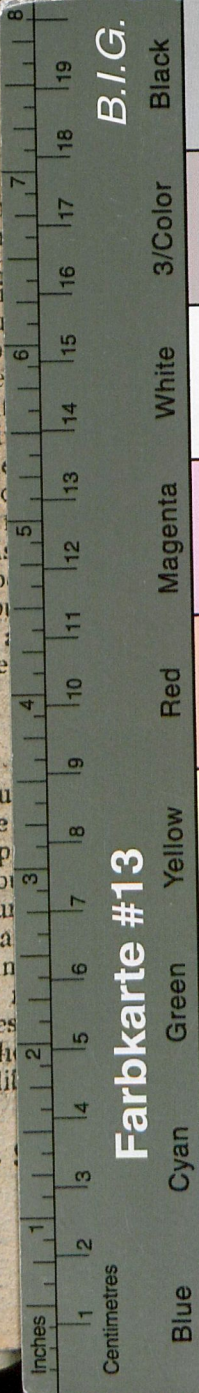
007 474 644



VD18







B.I.G.

Farbkarte #13

1780, 1.

TIO IVRIDICA INAVGVRALIS
DE
GATIVA PIGNORVM
BPLICORVM



QVAM
B AVSPICIIS DIVINIS
SITATIS EBERHARDINO - CAROLINAE
MAGNIFICENTISSIMO
POTENTISSIMO DVCE ET DOMINO
DOMINO
ROLO
BERGÆ ET TECCIÆ REGNANTE
REL REL.

LLVSTRI IVRISCONSVLTORVM ORDINE
PRAESIDE
CHRIST. HOFACKER
DOCTORE ET PROFESSORE PVBLICO ORDINARIO,
DOCTORIS RITE OBTINENDO
NOV. MDCCLXXX.
PVBLICE DEFENDET
R ET RESPONDENS
CVS SECRETAN
LAVSANNENSIS.

GÆ, TYPIS SCHRAMMIANIS.

