



1785, 2
~~1798~~
12

DISSERTATIO INAUGURALIS
DE
HYPOTHECIS TACITIS
IUDICIALIBVS SEV REGISTRATIS
HAVD POSTPONENDIS

QVAM
AVCTORITATE
ILLVSTRIS ORDINIS
IVRECONSVLTORVM HELMSTADIENSIVM
PRO
SVMNIS IN VTROQVE IVRE
CAPESSENDIS HONORIBVS
AD DIEM & AVGVSTI CIOIOCCCLXXXV
IN IVLEO MAIORI
HORIS ANTE ET POST MERIDIEM CONSVETIS
PVBLICE DEFENDET
ERNESTVS LVDOVICVS SOELDNER
OSTERODA-GRVBENHAGENSIS
CAVSSARVM PATRONVS HANNOVERANVS.

HELMSTADII
LITERIS VIDVAE B. PAVL, DIET. SCHNORRII ACAD. TYPOGR.

ILLVSTRISSIMO
EXCELLENTISSIMO ATQVE
GENEROSISSIMO
DOMINO DOMINO
ERNESTO AVGVSTO WILHELMO
VON DEM BVSSCHE

AVGVSTISSIMO AC POTENTISSIMO
MAGNAE BRITANNIAE REGI PRINCIPI
ELECTORI BRVNSVICO-LVNEBVRGICO
A CONSILIIIS INTIMIS
ET PROTOPRAEFECTO
CELLENSI

MAGNO ET SVMME VENERANDO
FAVTORI ATQVE PATRONO

S V O

MERITIS NON MINVS QVAM DIGNITATE
AC HVMANITATE CONSPICVO
GRATI ANIMI SVI TESTANDI
CAVSSA



EA QVA PAR EST
ATQVE DECET REVERENTIA
HANCCE
DISSERTATIONEM INAUGVRALEM
D. D. D.
TANTOQVE NOMINI SACRAM
ESSE CVPIT
ILLVSTRISSIMI HVIVS NOMINIS

CVLTOR DEVOTISSIMVS
ERNESTVS LVDOVICVS SOELDNER.

VIR ILLVSTRISIME,
EXCELLENTISIME,
DOMINE GRATIOSISIME.

Mos saeculi quum ita sit, vt **FAVTO-**
BVS et **VIRIS** bene de nobis me-
ritis scripta nostra dicare soleamus, ego quo-
que hance dissertationem, vt dicunt, inaugura-
lem, **ILLVSTRI TVO NOMINI** in grati at-
que deuoti erga **TE** animi mei tesseram, sacram
esse volui.

* 3

Tan-

Tanta enim TVA de me exstant merita, vt
iam dudum meditatus fim atque deliberauerim,
qua digna ratione, grati et deuoti erga TE animi
mei publicum aliquod perhibere possem testimo-
nium.

Iam itaque mihi verendum non erit, ne ILLV-
STRI TVO NOMINE abuti TIBI videar, quod te-
nui huic scripto illud praeponere audeam.

TV quidem, VIR ILLVSTRIS-
SIME! IPSE forsan ignoras, aut, vt TVA TE agere
iubet verecundia, fcire noles, quantum de me pro-
meritus fis. At me non fugit, quae quantaque
TIBI debeam, quantaque TVA de me exstent
merita.

Quorum licet femper memor fim, licetque ea
nulla vmquam in animo meo deletura fit obliuio, ta-
men



men, nisi luculentam deuotae mentis traderem tef-
feram, nondum fatis meo me fecisse officio mihi
viderer.

Mihi igitur est propositum, non solum im-
mortales sollempnesque TIBI publice agere grati-
as, sed etiam grati erga TE animi mei publicum
aliquod statuere monumentum.

Iam itaque, TIBI, VIR ILLVSTRIS-
SIME, te-
nue hoc munusculum, si ita appellare licet, ea, qua
par est, atque decet, obseruantia offero, non ita
quidem comparatum, adornatumque, vt eruditos
TVOS oculos subire sustineat, attamen ex sincero,
quo TE prosequor, affectu animoque gratissimo
profectum, quod vt placida atque serena fronte
accipere, meque TIBI porro habere velis com-
mendatissimum, est, quod deuotissime a TE peto
taque

atque contendo. Deus T. O. M. TE iustitiae, dex-
teritatis, ac non fucatae virtutis amicum, TVIS;
PATRIAE ac mihi semper saluum et incolu-
mem seruet.

Scribebam Hannouerae, mensē Augusto,
Anni c i d i c c l x x v.



DISSER-

DISSERTATIO INAGVRALIS
DE
HYPOTHECIS TACITIS
IUDICIALIBVS SEV REGISTRATIS
HAVD POSTPONENDIS.

BENEVOLO LECTORI
S. P. D.
ERNESTVS LVDOVICVS
SOELDNER.

Quotiescumque de praeferentia creditorum incidit quaestio, qua, teste BENED. CARPZOVIO, nulla-ferre et vere difficilior in foro ventilatur materia: toties mihi persuadere non potui, hypothecas legales seu tacitas, si cum publicis ratione formae talibus, vel tempore paribus, vel etiam posterioribus concurrunt, his recte postponi. Hoc itaque hac de materia hic agendi ansam mihi praebuit.

Me quidem non fugit, maximae in foro auctoritatis viris, iisque doctissimis, illam sententiam sedere, eam.

A

eamque adeo docte ac strenue ab illis defendi, ut mihi verendum sit, ne temeritatis me arguas, quod contra illos dicere, eosque refutare audeam, attamen fore, nullus dubito, ut sententiam, quae hac de re mihi sedet, talibus saltem rationibus atque argumentis defendere possim, quae, si dissentientes iis convincere mihi non contingat, tamen refutatu erunt difficillima.

Maximi illa momenti quaestio: an hypotheca tacita iudiciali, seu, ut vocant, registratae, an haec illi sit praesferenda, et quid in concursu earum statuendum sit, expressa legum dispositione deficiente, vnice ex analogia iuris et praesertim ex analogia et ratione L. II. C. Qui P. in P. diiudicanda, et, ut haec luce meridiana clarior, haud quidem difficilis, at, ut in tali casu assolet, diuersis Doctorum opinionibus atque erroribus magis magisque difficilior ac intricatior, redita est.

Etsi autem mihi non contingat, ut argumentis, quae proponam, quemlibet in sententiam meam adducam, difficile enim est, ut quis a praedilectis suis opinionibus, saepe licet falsissimae sint, recedat, Tamen, B. L., argumentis meis rite ponderatis iudica, in quam partem TIBI eundem, cuiusque sententiae calculus tuum adiiciendum putes. Vale ac mihi faue.



§. I.

RATIO PRAEMISSORVM.

A sine huius tractationis haud alienum fore puto, si, priusquam ad ipsam thematis discussionem accedam, non solum materiae connexionis, verum etiam maioris, vt credo, eiusdem illustrationis causa, diuersarum pignoris et hypothecae notionum, nec non quarumdam vtriusque differentiarum breuiter hic mentionem faciam.

§. II.

DIVERSAE PIGNORIS SIGNIFICATIONES.

Pignoris et hypothecae diuersas in iure nostro esse significationes, quis est, qui nesciat? Pignus videlicet sumitur, 1) in sensu obiectiuo, pro ipsa re in securitatem crediti oppignorata a), et tunc vel omnes omnino res quouis modo obligatas, tam traditas, quam non traditas, adeoque ipsam hypothecam, sub se comprehendit b), vel tantum res actu traditas. Illo casu in sensu obiectiuo lato et improprio c), hoc stricto et proprio sumitur, ac hypothecae opponitur d), §. III, et tunc iterum vel res tantum mobiles pignori traditae sunt, vel non. Priori casu accipitur in sensu obiectiuo strictissimo e). 2) in sensu subiectiuo, pro iure pignoris f), quo ius in re, alteri

A 2

- a) L. 1. §. 6. D. de O. et A., §. ult. I. *Quibus mod. re contrah. oblig.*
 b) L. 1. pr. D. de pignor. act.
 c) §. 7. I. de action., L. 5. §. 1. D. de pignor. et hypoth. L. 17. §. 2. D. de pact.
 d) Cit. §. 7. I. de action., L. 9. §. 2. D. de pignor. action.
 e) Cit. §. 7. I. de action., l. 238. §. 2. D. de V. S.
 f) L. fin. C. Si aliena res pignori, L. 26. D. de pignor. act., L. 3. pr. D. *Quibus mod. pign. solui.*

IV

teri in securitatem crediti constitutum g), denotat; et 3) pro contractu pignoris h), ubi contractus realis, quo res creditori in securitatem crediti obligatur, audit.

§. III.

HYPOTHECAE DIVERSAE SIGNIFICATIONES.

Hypothecae, graecae originis vox, et ἵποθηκα, a supponendo, sic dicta, aequae ac pignus sumitur, 1) in sensu obiectiuo pro ipsa re in securitatem crediti obligata, et tunc vel omnes omnino res, quouis modo obligationi suppositas, tam traditas, quam non traditas comprehendit, vel tantum res non traditas. Priori casu in sensu obiectiuo lato, posteriori vero in sensu proprio et stricto i), sumitur; 2) in sensu subiectiuo, pro iure hypothecae, quo est ius in re, creditori in securitatem crediti constitutum k); et 3) pro contractu, seu conventionione, qua creditori in securitatem crediti, ius in re constituitur.

§. IV.

PIGNUS ET HYPOTHECA IN SENSV OBIECTIVO LATO VNVM IDEMQVE DENOTANT.

Pignus itaque et hypotheca in sensu obiectiuo lato (§. II. et III.) vnum idemque denotant, et inter vtrumque sonus tantum nominis differt l). Praesertim quod ad actionem hypothecariam atinet, nihil inter vtrumque interest

- g) L. 30. D. de noxal. act., §. ult. I. Quib. mod. re contrab. obl. L. 12. C. de distr. pign. L. 19. D. de damno infect.
- h) L. 1. D. de rebus credit., L. 1. in f. de pactis, L. 5. §. 2. D. Commodat., L. 23. D. de R. I.
- i) §. 7. in f. I. de action., L. 9. §. 2. D. de pign. act.
- k) L. 8. pr. D. Quibus modis pignus vel hypoth.
- l) L. 5. §. 1. D. de pignor. et hypoth.

est m), quippe quae tam de pignore stricte et proprie dicto, quam de hypotheca datur n). Hinc hypotheca legalis et pignus legale promiscue a quibusdam usurpatur.

§. V.

PIGNUS ET HYPOTHECA DIFFERUNT.

Quamuis autem pignus et hypotheca ita promiscue et vt synonyma accipiantur, quippe pignus modo hypotheca o), et hypotheca modo pignus p), in iure nostro vocatur, magnum tamen inter vtrumque deprehendimus discrimen. Differunt enim non solum ratione obiecti, sed etiam ratione constitutionis.

§. VI.

QUARVMDAM DIFFERENTIARVM RECENSIO.

Pignus videlicet in sensu obiectiuo strictissimo acceptum, non nisi in re mobili q), et non sola conuentione, sed accedente rei oppignoratae traditione r), constituitur.

A 3

Hinc

m) §. 7 I. de actiō. Conferas ARN. VINNII *Comm. ad Inst., tit. de act.* §. 7.

n) Verba, quae eapropter attulit IUL. ABEYMA, *Comment. ad tit. 1. D. de pignor. et hypoth.* p. 2, digna sunt, vt adiciam. Ita sonant: *Quoad actionem hypothecariam non differunt, (pignus scilicet et hypotheca,) quia, vt hypothecaria competit ad consequendam possessionem rei, quae nunquam tradita fuit; ita datur ad repetendam possessionem rei oppignoratae, si creditor possessionem amiserit.* Jungas VLR. HVBKI *Praelect. Iur. Ciu., lib. 20 tit. 1. §. 1.*

o) L. 5. §. ult. D. de pignor. et hypoth.

p) L. 17. §. 2. D. de pactis.

q) L. 238. §. 2. D. de V. S. §. 7 I. de actiō. §. 4. I. Quibus modis re contrah. obl.

r) Cit. §. 7. de act. et §. 4. I. Quibus mod. re contrah. obl. L. 9. §. 2. D. de pignor. act.

VI

Hinc pignus, a pugno sic dictum, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur s), Germanis dicitur ein Faust- oder handhabend Pfand. Hypotheca contra non solum in rebus mobilibus, sed etiam in immobilibus constitui potest, solo pacto t), quod Germanis vocari solet die Verschreibung, contrahitur, rei que possessionem debitori relinquit u), quod praesertim ratione remedium posteriorum pignus inter et hypothecam discrimen constituit v). In eo insuper differunt, quod lex sola hypothecam, quae dicitur tacita, non autem pignus constituat w). Conventio porro, qua pignus contrahitur, a Doctoribus accurate saltem loquentibus, contractus pignoris, seu pignoratitius, qua vero hypotheca, pactum hypothecae vocatur. Ipso denique nomine pignus ac hypothecam differre, ex eo iam satis apparet, quod in ipsa inscriptione tam tit II quam C. de pignoribus et hypothecis, sibi inuicem opponantur x).

§. VII.

- s) *Cir. L. 238. §. 2. D. de V. S.* Alii autem deriuant ab antiquato verba pago, i. e., iungo, figo. Vide IOACH. POTTGIES-SERI Comm. de indole et natura pignoris, Sect. I. cap. I. §. 9.
- t) §. 7. in f. I. de action.
- u) L. 9. §. 2. D. de pignor. act.
- v) L. 3. §. 3. D. Vti possidetis, L. 9. de R. V., L. 3. in f., L. 10. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. Addas DAV. MEVIUM, P. 5. D. 93. REINHARTI Diss. de nonnullis pragmaticorum erroribus circa doctrinam de hypotheca tacita, §. 1.
- w) Hoc iam monuit IVST. HENN. BORHMERS, Diss. de diverso pignoris et hypothecae iure, cap. II.
- x) Praecipuas utriusque differentias IUL. ABEYMA, c. 1. pag. 1. exhibet. „Differunt, inquit, pignus et hypotheca primum nominibus, deinde obiecto, quia pignus versatur proprie circa res mobiles, hypothecae vero dari possunt res mobiles et immobiles, tertio forma, quia pignus proprie constituitur, non sola conventionione, sed traditione; hypotheca vero sola conventionione, ita ut possessio eius ad creditorem non transeat.

§. VII.

PRÆTER RELATAS, PLURES ADHUC PIGNORIS ET
HYPOTHECAE SVNT DIVERSITATES.

Plures y) quidem, quam quas recensui, supersunt
pignoris ac hypothecae diuersitates. At omnes vt hic
perhibeam, nec locus, nec tempus, nec instituti meo ra-
tio permittit.

§. VIII.

DEFINITIO HYPOTHECAE TACITAE
SIVE LEGALIS.

Quibus de pignoris et hypothecae diuersis significa-
tionibus et differentiis inter vtrumque praemissis, de ipsa
nunc thematis mei tractatione mihi erit differendum. Hypo-
theca z) tacita seu legalis, ea vocatur, quae citra de-
bitoris voluntatem immediate ex lege, competit, siue
quam ipsa lex constituit aa). Quemadmodum enim in
conventionali ipsa conuentio, ita in legali sola lex hypo-
thecam constituit. Tacita ideo vocatur, quod nullo
praecedente verbo, nulloque concurrente facto hominis,
quod alias ad tale negotium constituendum requiritur;
et ita tacite, ab ipsa lege inducitur bb). Legalis autem,
VE

y) Conf. IVST. HENN. BOEHMERI *Diff. cit. cap. II.*

z) Hypothecam in sensu subiectiuo pro iure hypothecae hic ac-
cipi, notatu vix opus est, *Conf. §. III. n. 2.*

aa) *L. 1. C. Comm. de legat., L. 6. §. fin. C. de bonis, quae lib. L.
vn. C. de R. V. A.*

bb) *Cit. L. 1. C. Comm. de Legat.* Lex tamen quae hypothecam
constituit, tam vniuersalis, quam particularis, tam scripta,
quam non scripta esse potest. Expediti enim iuris est, statu-
torum et iurium prouincialium eandem esse efficaciam,
quam iuris communis, et consuetudinem eandem habere
vim atque auctoritatem, quam lex scripta. *L. 32. sqq. D. de
legi-*

vt arbitrātū haud difficile est, ratione causae efficientis, legis videlicet eam constituentis, appellatur. Hinc hypotheca tacita et legalis synonyma sunt.

§. IX.

AB HAC HYPOTHECA TACITA DIFFERT TACITA
VOLUNTARIA.

Cum hac hypotheca tacita minime autem est confundenda illa, quae tacita debitoris voluntate constituitur, et aequae ac haec, tacita vocatur (cc), vt plures conventiones tacitae in iure nostro occurrant (dd). Possimus enim factis concludentibus aequae voluntatem nostram declarare, ac ipsis verbis expressis. Et ipse Imperator talibus hypothecis fauet, ac validas esse decedit (ce). Quanta autem hanc inter hypothecam tacitam, et illam, quae et legalis audit, interfit differentia, ex vtriusque definitione statim in oculos incurret. Illa enim tantum conventionalis voluntaria et plerumque priuata, haec autem legalis necessaria (§. VIII.), et semper publica est.

§. X.

DIVISIO HYPOTHECAE TACITAE SIVE LEGALIS
IN PURAM ET MIXTAM.

Aliquando ad hanc hypothecam tacitam seu legalem adhuc factum aliquod debitoris accedere debet, prius-

legibus. Ratione probationis tamen differt, an quis hypothecam tacitam lege scripta, an vero lege non scripta constitutam alleget.

- (cc) Exempla talis hypothecae tacitae exhibet NIC. HERTIVS *Diff. de pignore conventionali tacito.* Inserta legitur BIVSD. *Comm. et Opusc.*, Vol. II. Tom. III. n. 16. Addas, si placet, FRANC. MANTICAE *Comm. de tacitis et ambig. conventionibus*, atque MEVII *Decis.*, P. 7. D. 49.
- (dd) *L. 2. et 4. pr. D. de pactis.*

vsquam cum effectu competere et creditori securitatem praestare possit, v. c. in hypotheca locatori praedii urbani in rebus a conductore in praedium illatis et inuectis ff), competente, illatio. Hinc nonnulli Antecessores hypothecam, de qua sermo, in puram, seu legalem in specie, et in mixtam seu tacitam in specie diuidunt gg). Illam dicunt, quae nullo accedente debitoris facto ex mera legis dispositione competit; hanc vero, quae praeter legem simul factum debitoris requirit.

§. XI.

DIVISIO HYPOTHECAE TACITAE IN PURAM ET MIXTAM
NEC FVNDAMENTVM NEC VTLITATEM HABET.

At haec diuisio vt mere cerebrina, parum aut nihil in foro vtilitatis praestat hh). Factum enim, v. c. illationis in conductore praedii urbani plane non requiritur ad hypothecam demum constituendam, nam haec, certe quod ad actum primum, iam per solam legis dispositionem existit atque adest (§. VIII.); et tantummodo creditor, siue, hoc casu, locator, ab hoc demum facto actualem securitatem ex hypotheca lege sibi iam constituta consequitur, ita vt haec, antea tamquam inanis et effectu huc vsque destituta, ab hoc demum facto cum effectu, et in actu secundo ii) competere, et actualem securitatem praestare incipit. Quum enim haec hypotheca tacita ab ipsa lege pure, et facto vlllo, haud requisito, inducta atque constituta sit; plane non opus est facto, quo demum

B.

con-

ff) L. 11. et 32. D. de pignor. et hypoth.

gg) WOLF. AD. LAVTERBACHIVS, Coll., Th. Pract. lib., 20. tit. 2 §. 3. HENR. HAHNIUS ad W., Lib. 20 tit. 2. N. 1.

hh) Vide IAC. FRID. LVDOVICI Vsum pract. distinct. iuridic., lib. 20. tit. 1. dist. 2.

ii) Id est, si hypotheca, iuris inde competentis exercitium trahit.

X

constituatur (§. VIII.). Probe itaque in hypotheca tacita seu legali inter ipsam eius constitutionem et factum, a quo demum, quod ad actualem securitatem competere incipit, distinguendum est. Illa fit a sola lege, absque ullo debitoris facto; hoc vero tantum continet actum, quo res debitoris, hypotheca lege iam constituta, actualiter afficiuntur, et a quo demum hæc hypotheca actualiter et cum effectu creditori competere incipit. Hoc itaque debitoris factum nullo modo concernit talis hypothecæ constitutionem; sed tantum terminum, a quo demum actualiter in rebus debitoris competere incipit, seu quasi, si ita dicere licet, implementum eius.

§. XII.

HYPOTHECA TACITA IN GENERALEM ET SPECIALEM, IN PRIVILEGIARIAM ET SIMPLICEM DIVIDITVR.

Prout autem hypotheca tacita seu legalis, vel omnia debitoris bona kk), vel tantum res singulares ll) afficit, et prout vel privilegio quodam gaudet mm), vel non nn),
in

kk) *L. 1. C. in quibus causis pignus, L. 6. §. 2. C. de secund. nupt.*

ll) *L. 1. sq., L. 4. pr., L. 6., L. 7. §. 1. D. in quibus causis pignus.* Nonnulli etiam hypothecam tam tacitam, quam expressam ab obiecto dividere solent, in uniuersalem, generalem et specialem, et mea quidem sententia haud incongrue. *L. 1. et 6. D. et L. 2. C. de pignor.*

mm) *Vt hypotheca fisci in casu L. 1. C. Si propter publ. pensitat. et L. 3. C. de primipilo, nec non mulieris in casu L. ult. §. 1. C. Qui potiores in pign.* Illud hic notatu haud indignum videtur, hypothecas tacitas privilegias iure demum Codicis a Constantino esse introductas. Errant igitur, et valde errant, qui privilegia hypothecarum tacitarum iam legibus Pandectarum, vt Codicis prioribus, euincere sibi videntur.

nn) *Vt*

in generalem, et specialem, in priuilegiariam et simplicem inde diuiditur.

§. XIII.

HYPOTHECAE TACITAE GENERALIS DIVISIO IN SIMPLICITER, ET SECVNDVM QVID TALEM.

Generalis illa, prout vel omnia debitoris bona cuiuscumque generis, vel certi tantum generis bona afficit, in generalem simpliciter talem, et generalem secundum quid talem iterum dispescitur. Huius generis v. c. est illa, quae legatariis et fideicommissariis pro consequendo legato, seu fideicommissio in illis bonis competit, quae haeres a testatore consequutus est oo). Sed haec de diuisione hypothecae tacitae haecenus.

§. XIII.

ERRONEA DOCTORVM OPINIO CIRCA COLLOCATIONEM HYPOTHECAE TACITAE.

Inter errores, quibus quasi caligine Doctores materiam de hypothecis tacitis obdlexerunt pp), ille in primis referendus videtur, quod non parui nominis Iurium-consulti non solum hypothecam publicam ratione formae talem, tam tempore parem, quam posteriorem, sed etiam ipsam priuatam, vel tempore priorem, vel etiam

B 2

parem

nn) Vt v. c. hypotheca mulieris ratione bonorum paraphernalium L. i. C. de pact. conuent, et hypotheca legatariorum et fideicommissariorum L. i. C. Communia de legat. Nou.

97. c. 3.

oo) L. i. C. Communia de legat.

pp) Has quasi in tabella lectori sistebat FERD. CHRIST. HARTFRECHTIVS in Diss. duabus de 1) *Trutina XX. pignorum tacitor. vel indubie spurior. vel summe dubiorum*; 2) *de scrutinio XVIII. eiusmodi hypothecarum.* Inueniuntur in EIVSD. Dissert., Vol. I. n. 28 et 29.

parem qq) tacitae indistincte praeponendam esse contendunt.

§. XV.

HYPOTHECA TACITA MALE POSTPONITVR

I.) HYPOTHECAE PRIVATAE.

Nihil quidem tam facili negotio refutare posse mihi viderer, quam praesertim sententiam eorum, qui hypothecam tacitam seu legalem ipsi privatae hoc modo postponendam existimant. Nulla enim prorsus apparet probabilis, nedum vera et genuina ratio, cur hypotheca privata potior et maioris efficaciae esse debeat, quam tacita, quum non minus potenter in legali hypotheca operetur lex, quam in expressa conventio. Quum autem iam ipsos illos, qui ratione hypothecae iudicialis, privatae absque dubio maioris, illud asserunt, haud difficili negotio refutare posse mihi videar: sane opus non erit, ut simul hos, qui ratione privatae illud asserunt, sigillatim erroris conuincam, quippe qui iam per conclusionem a maiori ad minus refutabuntur, et ab aliis r) iam satis refutati sunt.

§. XVI.

II.) HYPOTHECAE PUBLICAE RATIONE FORMAE
TALI, TAM TEMPORE POSTERIORI,
QVAM PARI.

B 3

Hoc

qq) Inter eos nomen proferebatur IOH. SICHARDVS *Comm. ad Cod. ad rubr. tit. in quibus caus. pign. tac. n. 3. sq.* Junge ANT. HERINGII *Tract. de Fideiussoribus, cap. 26. n. 118.* et quos allegat. REINH. BACHOVIVS, *Tr. de pignoribus et hypothecis, lib. IV. c. 7. n. 1.*

rr) Conf. HERTII cit. *Diss. de pignore convention. tacito, §. fin.*, CHRIST. FERD. HARPPRECHTII *Diss. de Pignore publ., §. 5.*, WOLFF. AD. LAUTERBACH. *Coll. Th. P., lib. 20. tit. 4. §. 10. n. 2.*

Hoc itaque pacto cum illis vnice res mihi erit, qui praefertentiam hypothecae publicae, ratione formae talis ss), prae legali, eaque non solum tempore pari, sed etiam priori defendunt. Nego enim ac pernego, hypothecas iudiciales, seu vt vocant, registratas, legalibus, tempore paribus, esse praefertendas. Legibus saltem praerogatiua quaedam inter iudiciales et tacitas non est determinata. At, quod non solum ex analogia iuris, et praesertim ex analogia et ratione *E. n. C. Qui P. in P.*, secundum quam tota haec quaestio decidenda erit, verum quod insuper etiam ex ipsa ratione constitutionis hypothecarum tacitarum, luculentissimisque sanae rationis argumentis colligi potest, id tanquam verum statuendum mihi videtur, hypothecas nempe legales, iudicialibus nisi praefertendas, attamen his omnino pares esse habendas. Dum hanc sententiam tueor, vestigiis *AVG. A LEYSER* et), aliorumque non incelebrium iuris Antecessorum insisto.

B 3

§. XVII.

ss) Aio, ratione formae. Nam hypotheca legalis ratione causae efficientis, quippe ab ipso legislatore concessa, verissime magis publica appellari meretur, quam illa, quae coram magistratu constituitur. Iam id animaduvertebat *CHRIST. NIC. A LYNCKER* in *Resolut. Ievensib., resol. 262.* Dicit: Alldieweil aber die Hypotheca tacita, seu legalis, auffer Zweifel nicht priuata, sondern a lege, und mehr publica, als diejenige ist, quae a magistratu confirmata reperitur. Adde *HARPPRECHT II* cit. *Diff., §. 2. n. 7.* Quia autem dissentientes praerogatiuam illam, quam hypothecae publicae, ob robur publicae auctoritatis, inesse statuunt, non cuilibet publicae ratione formae tant, sed illi tantum tribuunt, quae in iudicio apud astra constituitur, publicoque hypothecarum catalogo infertur; hanc, vt eo meliori ratione discerni possit, ab aliis publicis, iudicialis seu registratae nomine designabo.

tt) *A. A LEYSER Meditat. ad Pand., sp. 226. m. 1. IO. VOELIUS Comm. ad Pand., lib. 20. tit. 1. n. 11. VLR. HVBERVS, in pracl. iur. civil.*

AVCTORITAS ET OPINIONES DOCTORVM IN QVAE-
STIONIBVS IVRIS DVBIIS NON SEQVENDAE.

Multum quidem contraria sententia inde consequitur auctoritatis atque ponderis, quod clarissimus quidam, isque eruditissimus nostri saeculi Iureconsultus, puta, ESASIAS a PVFENDORF (uu), eam adoptauerit, adeoque argute, more consueto, defenderit, vt ipsum summum Promocionum Tribunal Cellense, cuius ille decus, quamquam non absque dubitationibus, vt Ipse fatetur, desuper commotis, ac non vnanimi consensu, eam receperit, et secundum eam huc vsque pronunciet vv); at, quod pace illustris huius Viri dixerim, haud vera mihi videtur. Quum autem in quaestionibus iuris dubiis ad tradita et opiniones Doctorum, vt vt celeberrimorum, minime respiciendum sit, et auctoritas huius vel illius Iureconsulti veritati rei obesse non debet, rationes et argumenta illa, quibus sententiam meam defendere posse mihi videor, pronam, et tunc quilibet iudicer, quid sibi videatur.

§. XVIII.

ciuil. lib. 20. tit. 4 n. 36. IVST. MENN. BOEHMERVS Exercit. ad Pand. LX. cap. 11. §. 13. et ERN. CHRIST. WESTPHALIVS, Tr. vom Pfandrecht, §. 166. sq.

uu) E. a PVFENDORF O. I. V., tom. 1. Obseru. 211. et *Animadvers. iuris, tom. 1. animadu. 97.*

vv) Sententiam ab ill. de PVFENDORF defensam tuentur plures. Inter eos nomen suum profitentur MERC. MERLINVS, *Comm. de Pign. et Hypoth., lib. IV. t. 1. q. 2. n. 8. et q. 7.* HENR. a BERGER *Elect. disc. for. tit. 43. obs. 2.*, FERD. CHRIST. HARPPRECHTIVS, *Resp. 92.* WOLFFG. AD. SCHOEFFFIUS *Consil. Tubing. Vol. IX. cons. 28 n. 45.* CHE. GOTTL. GMELIN *Ordn. der Glaubiger, Cap. IV. §. 1.*

§. XVIII.

ARGUMENTVM I. a RATIONE ET ANALOGIA L. XI. C.

QVI P. IN P.

Cuiuscumque legis dispositionem ex ratione et mente, ut anima eius, interpretandam esse, neminem fore, spero, qui dubitet. Quam vero ut rite intelligamus perspiciamusque, ante omnia historiam et occasionem legis nosse oportet. Vera autem ratio, ob quam LEO Imperator, in L. XI. C. Qui P. in P., hypothecis publicis, seu, quae instrumentis publice confectis nituntur, praerogativam prae priuatis tribuit, sola fuit euitatio fraudis ex instrumentis priuatis metuendae ww). Quum enim antea cuiuscumque generis hypothecae, tam publicae, quam priuatae, tam necessariae, quam voluntariae, absque, vlllo discrimine ex sola temporis prioritate aestimarentur, et ita saepe accideret, ut ipsae hypothecae publicae, publica auctoritate ac fide licet munitae, priuatis tamen, ut prius clam et secreta a debitoribus constitutis, omni saepe effectu destitutae, prorsus inanes redderentur, iustissime aequissimeque LEO Imperator, inde motus, hypothecis publicis praerogativam prae priuatis, tempore licet prioribus, in dicta lege tribuit. Quum itaque LEO Imperator hypothecas publicas, omni prorsus fraudis suspicione carentes, nulla habita ratione, an iudiciales, an vero legales sint xx), generaliter et haud vlla

ww) Quia nempe debitor priuatum instrumentum facile eudere possit in fraudem creditoris et diem praeferre. Vide IAC. BRUNNEMANNVM ad L. u. C. Qui P. in P. ibique citat. Auctores. Romani insuper, prout iam annotauit ill. PUFENDORFFIUS, l.c., Obs. 65., ex FRANC. BALDVINI lib. I. de Iure nouo, priuatis litteris, syngraphis, chirographis parum fidei tribuebant, ut earum literarum vix vlla vis fuerit.

xx) Hypothecae enim legales non minus, sed potius veriusque

XVI

vlla excepta, hacce praerogatiua dignas duxerit, iam inde satis luculenter apparet, ac colligi potest, LEONEM hypothecae publicas, hancce praerogatiuam eis imperiando, tantum hypothecis priuatis praeponere, neuriquam vero praerogatiuam inter ipsas publicas introducere, et ita pristinum inter semet ipsas ordinem prorsus immutatum manere voluisse (§. XXVI).

§. XVIII.

ARGUMENTVM II. ITIDEM A RATIONE LEGIS.

Quum porro ratio, od quam LEO Imper. hypothecae publicae priuatis praeponi sanxit, in euitanda fraude ac clandestinitate consistat, et non solum hypothecis priuatis, peraeque legalibus (§. XXII). ac iudicialibus fraus ferri posset, sed etiam ab illis, aequae ac his fraus ac clandestinitas prorsus absit, ideoque in vtraque par ratio dispositionis locum habeat, iam inde hypothecis iudicialibus praerogatiua prae legalibus, ex ipsa legis mente merito est deneganda.

§. XX.

ARGUMENTVM III. A PVBLICO FAVORE, QVEM HYPOTHECAE LEGALES, VT EX CAVSSA PVBLICAE VUTILITATIS INTRODVCTAE, HABENT.

Hypothecae porro legales, vt ex causa publicae utilitatis introductae publicum habent fauorem yy), qui iis praesertim inest, quibus lex talibus prospexit, qui sibi ipsi vel plane non, vel saltem non commode prospicere pos-

que magis publicae sunt, quam iudiciales. Cfr. §. praec. n. ss) et aequae ac hae hypothecarum publicarum species, ac membra.

yy) Illustr. a PVFENDORF, tom. 1. Obs. 21. §. 2. LAVTERBACHIVS C. Th. P., lib. 20. tit. 2. §. 7.

possunt, quales v. c. sunt, liberi, ratione bonorum a praedefuncto parente relictorum, si superstes ad secunda vota transit, pupilli et minores, ratione tutorum et curatorum, fiscus ratione administratorum, vxores respectu dotis et paraphernorum etc. Hypothecae contra iudiciales seu registratae, odio licet careant, publico tamen, vt legales, fauore non gaudent. Et si autem ipse ille fauor hypothecis legalibus privilegium et praerogatiuam praee iudicialibus tribuere non valet, tamen eo minus a contrario recte concludi poterit, has illis, vt fauorabilioribus, esse praepoendas. Potius vero inde consequitur, vt hypothecae legales, iudicialibus nisi praepoendae, at tamen minime sint postpoendae, ita vt paria vtriusque esse iura statuendum sit *).

§. XXI.

ARGUMENTVM IV. A RATIONE CONSTITVTIONIS HYPOTHECARVM LEGALIVM.

Ipsa etiam ratio tam constitutionis hypothecarum tacitarum, quam ipsius *L. XI. C. Qui P. in P.* plane non permittit, vt hypothecarum iudicialium praerogatiuam quamdam praee legalibus statuamus. Quae enim si statuenda esset, tunc hypothecae tacitae, quippe quae hypothecis satis forsitan fraudulenter postea constituendis iudicialibus seu registratis prorsus subuerti et ita inanes reddi possent, nullam fere securitatem ad-

C

e-

* Quid si hypotheca legalis cum iudiciali ita concurrat, vt plane non constet, an haec vel illa prior sit, et binae tempore prorsus sunt pares? Ab analogia iuris tunc non abhorreere mihi videtur, illam vt fauorabiliorem, huic in dubio praeferrere. *Argum. L. 125. D. de R. l. a. a LEYSER, Sp. 61. m. 8.* Quod si vero fauoris, quem habet legalis, hoc in casu ratio non erit habenda, tunc saltem eodem loco vtraque collocanda mihi videtur, ita, vt binae pro rata concurrant; *S. A. M. STRYCK in V. M., lib. 20. tit. 4. §. 2.*

XVIII

eoque vtilitatem praestarent; et ita non solum illa ratio, qua lex ex causa publicae vtilitatis certis personis, quas publico fauore dignas duxit, hypotheca prospexit, sed etiam haec, qua LEO Imperator fraudes euitare ac coërcere voluit, prorsus elusa, inanis atque inuersa existeret.

§. XXII.

ARGVMENTVM V. A FINE CONSTITVTIONIS HYPOTHECARVM LEGALIVM.

Quodsi porro hypotheca iudicialis, legali tempore licet priori praeferenda esset, tunc plane intelligi non posset, quare lex, quae tamen, si cui prospicit, plenissime et cum effectu prospicit zz) illis personis, quibus ex causa publicae vtilitatis consultum voluit, non melius tutiusque prospexerit. Quaeuis enim hoc pacto hypotheca legalis, quae singulari praelationis priuilegio non gaudet, quacumque ex post demum et satis forsitan in huius fraudem dolose constituta iudiciali prorsus inanis reddi posset, et ita parum aut nihil securitatis, adeoque vtilitatis praestaret, quod tamen rationi eius constitutionis nequam responderet. Cui accedit, quod ratio citatae *L. XI. C. Qui P. in P. solum coërcitionem ac refraenationem fraudis respiciat*. Quod si enim, quod dissentientes asserunt (*conf. §. seq.*), statuendum esset, hypothecae iudiciali praerogatiuam prae legali in hac lege a LEONE datam esse, hoc non solum ipsi rationi huius legis quam maxime repugnaret, sed etiam, ipsa hac lege, fraudi, vt ita dicam, fores ac cardines demum aperirentur. Quilibet enim, cui ille, in cuius bonis alteri hypotheca ex lege competit, forsitan deberet, primae sibi curae duceret, vt sibi ab illo in securitatem crediti et vel maxime in illius hypothecae praeiudicium hypotheca iudicialis

zz) Ill. a FVFFENDORF, *O. I. V., tom. I. Obs. 211. §. 3.*

is constituatur †); quo pacto non modo ille, cui lex hypotheca prospectum voluit, plane circumveniretur, verum etiam ipsa lex eluderetur, et ita hac LEONIS dispositione maior, quam quae illa evitari debuit, fraudi daretur occasio.

§. XXIII.

ARGUMENTUM VI. AB EXCEPTIONE RATIONE HYPOTHECARUM QVASI PUBLICARUM IN
DICTA LEGE FACTA.

Hisc argumentis a ratione ac mente Legis nostrae potissimum desumptis illud maximi momenti ac ponderis ad-

C 2

†) Huic quidem opponi potest, quod in plerisque terris cautum sit, ut hypothecae, maxime rerum immobilium, vel coram iudice competente constitui, vel saltem ab eo confirmari debeant, et hic ita, explorando, an debitoris bona hypotheca quadam legali iam sint affecta, nec ne, impedire possit, quo minus priori in casu in fraudem hypothecae legalis adhuc iudicialis constituatur; at responderi poterit 1.), quod competentia iudicis ad confirmationem hypothecae tantum requiratur de iure particulari provinciali. De iure enim communi confirmatio hypothecae, ut actus iurisdictionis voluntariae merae, competentiam iudicis minime desiderat, sed cuique liberum est, a quo eam petere velit. *L. ii. C. Qui P. in P., c. 2. X. de fide instrum.* Etsi autem competentia iudicis ad confirmationem hypothecae de iure communi requireretur, tamen 2) ad officium iudicis nequam pertinet, ut exploret atque cognoscat, an bona debitoris hypotheca legali iam forsan affecta sint, nec ne, sed confirmationi sufficit, si modo ex publico hypothecarum indice constet, fundum, cuius obligandi causa confirmatio petita est, nemini iam obligatum esse. *Arg. L. 9. §. 1. D. Quibus modis pignus.* Confirmatio enim hypothecae, ut actus iurisdictionis voluntariae merae, qui solius auctoritatis vel fidei publicae interponendae causa ad meram instantiam partium suscipitur, causae cognitionem nequam requirit.

adhuc accedit, quod, quum LEO Imp. hypothecas publicas ne hypothecis quidem quasi publicis praeposuerit, sed iam haec a dispositione illius Legis diserte exceperit, inde iam per conclusionem a minori ad maius consequens sit, ut LEO hypothecis iudicialibus praerogatiuam prae legalibus, ut vere et ratione causae efficientis maxime publicis (§. XVIII. et XXXI.), multo minus dederit, nec dare voluerit. Quum enim, ut nemo inficias ire poterit, ratio, ob quam LEO Imp. hypothecas quasi publicas in dicta Lege exceperit, ea sola fuerit, quod fraudis suspicionem iam in eas non cadere putauerit, ipsa haec exceptio non modo probat, illam praerogatiuam, hypothecis publicis tantum ratione priuatarum, ob suspicionem fraudis, quae his inesse putabatur, concessam, verum etiam omnibus omnino publicis, tam ratione formae, quam ratione causae efficientis talibus, quippe in utraque omnis prorsus fraudis ac clandestinitatis suspicio cessat atque exulat, pariter a LEONE datam esse, demonstrat.

§. XXIII.

ARGUMENTVM, QVO DISSIDENTIEN TES PRAEROGATI-
VAM HYPOTHECAE IUDICIALIS PRAE LEGA-
LI ASSERVNT.

Praerogatiuam hypothecae iudicialis prae legali qui statuunt, eam quidem iam in ipsa nostra Lege fundatam esse contendunt; at plane non intelligo, qua ratione illa praerogatiua ex hac lege deriuari vel potius extorqueri possit. Statuunt nempe, LEONEM Imperatorem hypothecis publicis aaa) per consequentiam quamdam, prae legalibus quoque praerogatiuam dedisse bbb), et argu-
men-

aaa) Scil. rat. formae talibus seu voluntariis.

bbb) Antea enim omnes hypothecae, tam publicae, quam priuatae, ex sola temporis praerogatiua aestimabantur.

mentum, ex quo hoc euincere sibi videntur, satis quidem argute, attamen nimis erronee ita formant, asserentes nempe, LEONEM Imper. hypothecas publicas, quum priuatis scripturis in dicta lege eas praeposuerit, re vera ex ordine fustulisse, paulloque altius leuasse, legalem autem eodem, quo antea fuerit ordine, constitutam mansisse ecc). Hinc concludunt, non tantum hypothecam priuatam conuentionalem, sed et legalem eadem aequalem, publica, vt maiori, superari ddd).

§. XXV.

REFUTATIO HVIVS ARGUMENTI.

At si modo ad rationem illius Legis respicimus, hocce argumentum iam inde refutari poterit, quod LEO Imper. hypothecas publicas, priuatis, quibus fide publica destitutis, fraudis suspicionem inesse putabar, praeposendo, illarum relationem tantum ratione priuatarum, neutiquam vero inter semet ipsas, indeque nec ratione legalium, quippe quae nec priuatae, nec fraudis suspectae erant, mutare voluerit. Ex eo ipso enim, quod LEO Imper. hypothecas publicas priuatis praeposuerit, et legales, aequae ac iudiciales publicae sint (§. XVI. n. ss) consequitur, vt LEO etiam legales per consequentiam priuatis praeposuerit, id quod non solum ratio legalis, sed etiam, quod LEO Imper. hypothecas legales, vt species publicarum, et aequae ac iudiciales, publico instrumento, ipsa etenim legis auctoritate nixas, in dicta lege diserte non exceperit, firmissime concludere iubet. (§. XVIII et XXVI). Quodsi enim illius legis dispositio ad hypothecas legales, ratione causae efficientis magis publicas, quam iudiciales, pertinere non debuisset, diserte ab ea vt

C 3

essent

ecc) Illustr. a FVENDORF, e. l. §. 4.

ddd) Illustr. a FVENDORF cod.

essent exceptae, omnino opus fuisset, et hoc eo magis, quum omne illud, quod praedicatur de genere, etiam valeat de specie. Quum itaque hypothecae legales, publicis ut species earum iam comprehenderentur, plane non opus erat, ut LEO Imper. hypothecarum legalium in hac constitutione discrete mentionem faceret, et neutiquam ex hac omissa legalium mentione, praesertim quum unius positio non sit alterius exclusio, sequitur, ut LEO Imper. a praerogativa illa, quam publicis prae privatis in dicta lege tribuit, eas exemerit, sed eo ipso, quod ab hac praerogativa non sint exceptae, sine dubio potius sequitur, ut LEO iis etiam hanc praerogativam dare voluerit, et re vera dederit. Quemadmodum quoque nemo dubitabit, quin LEO Imper. hypothecas publicas omnibus omnino privatis, licet specierum, quas comprehendunt, non discrete meminerit eae), generaliter, praeposuerit, ita etiam omnes omnino publicas cum omnibus earum speciebus, adeoque et legales, privatis praeposuit.

§. XXVI.

ULTERIOR REFUTATIO ILLIUS ARGUMENTI.

Quod si etiam contra rationem dictae Legis concedere velimus, hypothecas legales non simul cum publicis seu iudicialibus privatis esse praepositas, ut ill. a PFENDORFF) visum est, tamen inde nequaquam consequeretur publicas eo ipso etiam legalibus esse praepositas, quippe a diverso ad diversum non valet consequentia, et ratio, ob quam LEO Imper. hypothecas publicas privatis praeposuit, in legalibus plane exfulat. Cui quum accedat, quod LEO Imper. hypothecas publicas ex supra addu-

cta

eee) An v. c. conventionales, an testamentariae sint,

fff) Tom. I. Obs. 211. §. 4.

Ita ratione (§. XVIII.) solis tantum priuatis praeposuerit, ne utriquam vero legalibus, quippe quae nec privatae nec fraudis suspectae sunt, verissime tunc statuendum esset, hypothecas tam publicas, quam legales, priorem erga se inuicem prorsus retinuisse relationem, et utramque eodem, quo antea fuit, ordine, constitutam mansisse, adeoque nec publicam legali, nec legalem publicae esse praeposendam, sed utramque, ut antea, ex sola temporis praerogatiua esse aestimandam. Quibus quidem iterum opponi poterit, quod citata *L. XI. de hypothecis* tantum de publicis ratione formae talibus, seu voluntariis disponat, non vero de hypothecis publicis ratione causae efficientis talibus, seu necessariis, quod et quodammodo verum esse videtur per *L. X. D. Qui P. in P.*, quippe in qua de pignore iudiciali, a causa efficiente tali, separatim dispositum est; at 1) haec lex solummodo de hypothecis iudicialibus necessariis, de hypothecis vero legalibus ab illis valde diuersis plane nihil disponit; et, si quoque concedere velimus, citatam *L. XI.* exclusis prorsus legalibus, de solis iudicialibus voluntariis disponere, tamen 2) hoc ipsum iam esset argumentum, *LEONEM* de hypothecis legalibus nihil prorsus hac lege disposuisse, neque posituue, neque negatiue, adeoque et illam hypothecarum prae legalibus praerogatiuam minime in hac Lege esse fundatam. Intuitu relationis hypothecarum iudicialium et legalium inter se, perinde itaque esset, an illam praerogatiuam solis iudicialibus, an vero utriusque, tam iudiciali, quam legali, datam esse affirmaremus, quippe utroque casu par utriusque erga se inuicem esset ratio (§. XXV.) Si enim legem illam de hypothecis legalibus plane non disponere contenditur, tunc etiam simul ex eadem ratione asseri nequit, hypothecas iudiciales iisdem in citata Lege esse praepositas, et hoc eo minus, quum ex ipsa hac lege, eiusque occasione, quam apertissime pateat, *LEONEM* 1) omnibus omnino hypothecis publicis, et quidem 2) tantum

tum ratione priuatarum ggg), siue, vt ipsis verbis legis vtar, quas quis ex priuatis instrumentis sibi vindicare contendit, praerogatiuam tribuere voluisse, neuiquam vero, vt dissentientes volunt, solis hypothecis iudicialibus, nec ita, vt his, prae reliquis publicis praerogatiuam quamdam tribuere voluisse, appareat.

§. XXVII.

REPUTATIO EORVM, QUI HYPOTHECAE IUDICIALI
PRAEROGATIVAM PRAE LEGALI IN MODO,
QVO PVBELICE INNOTESCIT, PONVNT.

Non etiam desunt, qui hypothecam publicam a modo, quo publice innotescit, definiendam, et in eo consistere putant, vt cuius ex populo in prapitulo sit. Quod quum fieri vix aliter posse statuunt, quam vt vel ex publico programme innotescat, vel gesta existat, quae vnicuique pateant, veluti si in codicem vel librum publicum hypothecae constitutae referantur, vel in tabulariis publicis ordine dispositae asseruentur, hypothecarum inde iudicialium prae legalibus praerogatiuam statuere sibi videntur hhh). Et si autem hypothecam publicam ita cum his definire velimus iii), tamen hypothecae iudicialis praerogatiua prae legali, minime inde consequitur. Quid enim tunc vnicuique magis innotescere et cuius ex populo magis in prapitulo esse potest, quam ipsa hypotheca legalis, quippe quam ipsa lex constituit? Quod si enim lex, quod necessario requiritur kkk), in eum

hhh) Conf. ill. a PVFENDORF *Animadu. iur.*, tom. I. *animadu.* 98. §. 1.

iii) Proprie enim et secundum definitionem legitimam hypotheca publica ea vocanda, quae publica auctoritate constituta est.

kkk) *L. 9. C. de Legibus.*

cum statum redacta est, ut ab omnibus cognosci possit, tunc nihil magis patere et innotescere potest, quam quod ipsa lex constituit, adeoque hypotheca legalis. Ipsa igitur iuris Romani, peregrino licet idiomate conscripti, ignorantia nocet III).

§. XXVIII.

REFUTATIO OBJECTIONIS, QUOD CITATA L. XI. C. QVI P. IN P. CONSTITUTIONEM TANTVM SPECIALEM CONTINEAT, IDEOQUE INTERPRETATIONEM EXTENSIVAM NON ADMITTAT.

Porro quoque adhuc obiici poterit et a quibusdam vere obiicitur (mmm), *citatam L. XI.*, quam constitutionem tantum specialem, qua intuitu hypothecarum publicarum facta est a lege exceptio, adeoque ius tantum singulare contineat, vitra limites verborum non esse producendam, adeoque interpretationem extensivam neutquam admittere. Quod vero si aliquandiu concedamus, tamen ex eo ipso simul consequens esset, ut illa Lex, si non positivè ad hypothecas legales, adeoque in earum favorem extendenda sit, tunc etiam nec negativè, seu in odium earum extendi debeat (§. XXVIII.), quod tamen fieret, si ita interpretandam existimarem, ut exclusis prorsus hypothecis legalibus, de solis iudicialibus intelligendam esse statueremus. At, quum interpretatio extensiva ea sit, qua lex ad casus sub verbis legis non comprehensos ideo producitur, quoniam ratio legis ad eodem quadrat, hypothecæ vero legales, instrumento maxime publice confecto, ipsa videlicet lege nixæ, absque omni dubio maxime publicæ (§. XVI. n. ss. et XXXI), non modo sub ipsis iam verbis legis comprehendantur,

D

verum

III) L. 9. §. 3. D. de iuris et facti ignorantia.
mmm) Cfr. BERGERI *Oecon. Iur.*, lib. 2. tit. 5. §. 8. n. 5.

verum etiam ipsa ratio legis ex ipsa legislatoris mente quam maxime ad easdem quadret, hinc interpretatione extensiva, et vt lex illa vltra limites verborum producat, ne quidem opus est, sed tantum plenissime, vt et ipsae constitutiones speciales, interpretanda est non). Quum enim citata *L. XI. hypothecis publicis* exceptionem a regula tribuit, hinc quidem dubitari non potest, quin constitutionem specialem, adeoque ius singulare contineat; at, quum haec constitutio specialis non simpliciter (ooo), sed tantum secundum quid talis (ppp) sit, et toti generi hypothecarum publicarum exceptionem a regula tribuat, hinc etiam ex ipsis eius verbis, ratione hypothecarum publicarum generalibus de toto hoc genere, adeoque et de legalibus, absque vlla eius extensione intelligenda ac interpretanda est (qqq). Verum enim vero ita est rationandum: *LEO Imper. hypothecis*, quae instrumentis publice confectis nituntur, praerogatiuam prae priuatis in dicta Lege tribuit; Hypothecae legales, instrumento maxime publice confecto, ipsa videlicet lege, nituntur; *E. LEO Imper.* etiam his praerogatiuam prae priuatis in dicta lege tribuit. Quae quum ita sint, plane non opus est, vt huius constitutionis dispositio per interpretationem demum extensiuam ad ea, quae iam vt species sub illo genere, de quo lex disponit, adeoque sub ipsis iam verbis legis, nisi directe, attramen per consequentiam comprehenduntur, producat.

§. XXVIII.

non) *L. 1. §. 2. D. Ad municipal.*

ooo) *i. e.* ratione certi cuiusdam individui.

ppp) *i. e.* ratione certi generis hypothecarum.

qqq) Imo priuilegia, licet stricte interpretanda sint, nihilo minus tamen omnia comprehendunt, quae sub generali locutione et proprietate verborum continentur. *DECIUS, Consilii 13. 2. 6.*

§. XXVIII.

HYPOTHECAE LEGALES NISI SVB IPSIS IAM VERBIS
CITATAE L. XI. COMPREHENSAE, ATTAMEN
RATIO EIVSQUE DISPOSITIO AD EAS
PERTINET.

Sit tamen, vt hypothecae legales sub verbis illius legis non iam re vera sint comprehensae, licet ipsa lex, qua proxime et immediate nituntur, primario et magis instrumentum publice confectum appellanda sit, quam registratio iudicis, seu ministri legis; attamen tota illa lex eiusque ratio ita comparata est, vt cuique rite eam inspicienti dubium esse non possit, quin eius ratio, adeoque eius dispositio quam maxime ad eas pertineat, easque comprehendat (§. XVIII. XVIII. et XXI.) Quod si enim, vt in cuiuslibet legis, eiusque dispositionis interpretatione ante omnia fieri debet rrr), mentem atque rationem, vt animam eius sss) rite ingrediamur inspiciamusque, haec vero, quum solam euitationem fraudis respiciat (§. XVIII. et XVIII.), non modo non minor, sed certo respectu maior sit in hypothecis legalibus (§. XX.), quam in iudicialibus, ipsa iam paritas rationis praerogatiuam quamdam iudicialium prae legalibus non modo prorsus negari, sed contra statui iubet, praerogatiuam illam, quam LEO hypothecis publicis prae priuatis tribuit, non solis iudicialibus priuatiue datam, sed omnibus omnino publicis, adeoque et legalibus esse communem. Hoc ipso vero illam legem minime vltra limites verborum, quibus ipsis hypothecae legales iam comprehendi haud sine ratione statuendum,

D 2

dum,

rrr) L. 19. §. 7. D. Ad Sct. Trebell.

sss) Est enim in lege ratio, anima spiritus, mens, atque medulla, imo ipsa lex et illius sententia, iuxta illud BALDI dictum, cuius meminit ROLANDVS 2 VALLE, *Consil. 14. n. 24. Vol. III.*

XXVIII

dum, producimus, sed tantum plenissime, ut et ipsae constitutiones speciales interpretandae sunt ttt), interpretamur.

§. XXX.

L. XI. C. QUI P. IN PIGN. INTERPRETATIONEM
EXTENSIVAM ADMITTIT.

Esto denique, ut ipsa legis verba ita sint comparata, ut ipsius interpretationem extensivam non admittere videantur, attamen nec verborum, nec, an illa lex ius quoddam singulare contineat, nec ne, ratio est habenda, sed sola mens ac ratio legis inspicienda venit. Virtus enim legis consistit in ratione et mente uuu), tamquam anima et medulla ipsius legis, et verba tantum dicuntur eius superficies. Quemadmodum vero anima dominatur corpori, ita ipsa ratio legis, vel canonis dominatur verbis vvv). Hinc nec ipsa privilegii verba contra mentem concedentis sunt restringenda aut limitanda www); indeque a ratione vitam accipere dicitur lex vel statutum, sicut corpus per animam xxx). Quemadmodum itaque cuiuscunque legis dispositio secundum illius rationem vel restringenda, vel extendenda est yyy); ita etiam dispositio citatae L. XI non secun-

ttt) Citata L. 1. §. 2 D. Ad municipal.

uuu) Ratio legis est omne illud, ex quo intelligitur, legem ita esse constitutam. Ex quo quum simul mens legis colligatur, L. 55. D. Solutio matrimon. L. 6. §. 1. D. de P. S., ratio et mens legis unum idemque fere denotant.

vvv) L. 47. D. Solutio matrimon. NIC. EVERHARD, *Topica iur. loc. a rat. leg.*, *Strict.* 28. n. 2

www) HIER. TREVTLER, in *Consl. et Resp.*, *Cons.* 59. n. 72. et *Cons.* 116. n. 43.

xxx) ROLANDVS a Valle, *Consl.* 62 n. 24. vol. III.

yyy) L. 55. D. Solut. matrimon. HARTM. PISTORIUS *Quaest. iur.*, *Quaest.*

secundum eius verba, sed hisce plane posthabitis zzz), secundum solam eius rationem ac mentem interpretanda, haec vero, quum solam fraudis euitationem respiciat (§. XVIII. et XVIIII.), et non modo non minor, sed certo respectu maior sit in hypothecis legalibus, quam in iudicialibus (§. XXVIII.), minime restringenda, sed vel maxime ex ipsa legis mente ad hypothecas legales extendenda est; et hoc eo magis statuendum puto, quum ratio legis apertissime generalior ac amplior ipsis eius verbis existat, adeoque latius, quam haec pateant, quo casu interpretatio extensiva semper locum habet. Quousque enim patet ratio ac sensus legis, eo usque etiam patet eius dispositio, id quod in ipsis constitutionibus specialibus omnino locum habet.

§. XXXI.

REFUTATIO EORVM, QUI HYPOTHECAE IUDICIALI
PRAEFERENTIAM PRAE LEGALI, IN VIRTUTE
PVBlicae AVCTORITATIS PONVNT.

Hypothecae iudicialis seu registratae praerogativam prae legali, qui afferunt, eam denique in virtute publicae auctoritatis ponere sibi videntur. At plane non video, et intellectu vere difficile est, quomodo hypothecae iudiciali, quae coram iudice, ministro legis ac Principis, constituitur, plus roboris atque auctoritatis tribui possit, quam legali, quae ab ipso Legislatore, princi-

D 3

Quaest. 48 n. 17. Ratio nimirum moderatur dispositiones, sicut gubernacula naues, et fraena equos. CAMILL. BORELVS, Tract. de edictis magistrat., Lib. 2. cap. 3 n. 22.

zzz) Hinc verba legis vel alterius dispositionis inproprianda sunt, ut mens et ratio obseruetur, et verba statuti licet offendere, ut mens seruetur. BALDV in L. 29. D. de legibus, et L. 1. D. Si certum petat.

pe atque auctore legis, et ita quidem constituta est, vt debitoris voluntate ne quidem egeat aaaa). Quo etiam exploratius expeditiusque est, legem in hypotheca tacita tantundem operari, quantum in iudiciali auctoritatem magistratus bbbb), et hypothecam legalem omnes illos aequaliter parere effectus, quos parit expressa cccc), eo minus praerogatiua illa hypothecae iudicialis recte inde asseri poterit.

§. XXXII.

PRAEROGATIVA HYPOTHECARVM TACITARVM ET
IUDICIALIVM, VT AEQUALIS VIRTVTIS, EX
SOLA TEMPORIS PRIORITATE AE-
STIMANDA EST.

Ex haecenus igitur propositis argumentis adductisque rationibus nihil verius, nihilque tam analogiae iuris, quam ipsi analogiae et rationi *L. XI. C. Qui P. in P.* conuenientius asserere mihi videor, quam quod hypothecis iudicialibus seu registratis nulla prorsus a LEONE Imper. in dicta Lege data sit praerogatiua prae legalibus seu tacitis, et vtraque, vt aequalis virtutis et priuatis pariter a LEONE in dicta Lege praeposita ex sola temporis prioritate sit aestimanda, id quod et cl. LEYSERO dddd) iure meritoque visum est.

§. XXXIII.

VSVS FORI.

Vsum fori denique quod attinet, omnia harum terrarum

aaaa) Conf. LEYSERI *Sp.* 226. m. 1.

bbbb) BERGER, *Oecon. iur.*, L. 2. tit. 5. §. 8. n. 5. in f.

cccc) HARPPRECHTIUS, *dicta Lege.*

dddd) *In cit. Sp.* 226. m. 1.

rarum iudicia, tam superiora, quam inferiora, supremo, quod Cellis est, prouocationum Tribunali excepto (§. XVII), secundum sententiam a me defensam, et vt mihi videtur, iure legeque pronunciant. Reperiuntur insuper Statuta in Germania non pauca, quibus, ni creditor speciali priuilegio gaudet, inter iudicalem et tacitam hypothecam valet regula: prior tempore, prior iure eeee).

eeee) Eorum meminit IO. AVG. HELLFELDIUS, *Diff. de Praerogatiua Hypothecae publ. tacitae aequae ac expressae competente, Sect. III. §. 45.*



1774
[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page]

[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page]





Helmskdt, Diss., 1778-85

X 229 87 86

ULB Halle

3

005 356 695







1785, 2
~~1798~~
12

DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE
HYPOTHECIS TACITIS
IUDICIALIBVS SEV REGISTRATIS
HAVD POSTPONENDIS

QVAM
AVCTORITATE
ILLVSTRIS ORDINIS
IVRECONSVLTORVM HELMSTADIENSIVM
PRO
SVMMIS IN VTROQVE IVRE
CAPESSENDIS HONORIBVS
AD DIEM & AVGVSTI CIOIOCCCLXXXV
IN IVLEO MAIORI
HORIS ANTE ET POST MERIDIEM CONSVETIS
PVBLICE DEFENDET
ERNESTVS LVDOVICVS SOELDNER
OSTERODA-GRVBENHAGENSIS
CAVSSARVM PATRONVS HANNOVERANVS.

HELMSTADII
LITERIS VIDVAE B. PAVL, DIET. SCHNORRII ACAD. TYPOGR.