



12 1773, 4 21
DISSERTATIO IURIDICA INAUGURALIS

DE

HYPOTHECARVM
LEGALIVM
PRAEROGATIVA

QVAM

AVCTORITATE

MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS
IN ACADEMIA ALTORFINA

PRO LICENTIA

SVM MOS IN VTROQVE IVRE HONORES
AC DOCTORIS PRIVILEGIA
RITE OBTINENDI

DISCEPTATIONI PVBLICAE

DIE xxx. MART. A. S. R. c1919cclxxiii

PROPOSVIT

M. FRANCISCVS XAVERIVS SCHMID

RAITTENBVCHENSIS FRANCO,

ALTORFII


TYPIS IOANNIS PAVLI MEYERI.





DISSERTATIO IURIDICA INAUGURALIS)
DE
HYPOTHECARVM LEGALIVM
PRAEROGATIVA.

§. I.

 Extant commentationes eruditissimae de iure pignoris et hypothecae cum Romano, tum Germanico, uiro- rum utriusque iuris peritissimorum, consummatissimi inprimis Iuris Consulti, illustris olim IUSTI HENNINGI BOEHMERI *), cui, tanquam recentioris aetatis Papiniano, tantum non omnes, qui ueram, non simulatam, iuris philosophiam profitentur, assurgere solent. Interea nec operam et oleum ii perdere uidentur, qui uariorum hac de re sententias uarias uel ad concordiam reuocare student, uel ad id animum aduertunt, ut ad ius Romanum in Germania commune in foris patriae rite ac prudenter applicandum studium suum conferant. Nos, publicum doctrinae ac diligentiae qualiscunque specimen inaugurale edere iussi, *de hypothecae legalis praerogatiua,*

tiua, cuius existentiam pro iurium in Germania usitatorum diuersitate uel scimus uel credimus, dispicere atque adeo quaestionem a uiris maximi nominis in utramque partem agitari solitam tractare constituimus: qua in re ita uerfabimur, ut non solum iuris peregrini et domestici placita inter se comparemus, sed et ex iis non nihil addamus, quae cum instituto nostro aliquam similitudinem aut connexitatem habere uideantur. Quem iuuenilem laborem qualemcumque lectoris iudicio benigniori etiam atque etiam commendamus.

*) In duabus dissertationibus, quarum altera *de diuerso pignoris et hypothecae iure*, Hal, 1718. altera *de praerogatiua hypothecarum publicarum*, ib. 1744. proliit, utraque uero in exerc. ad Pand. T. III. prior p. 802. sqq. posterior autem p. 938. inserta est.

§. II.

In pignorationibus, ut cum uiro suae aetatis summo, N. H. GUNDLINGIO loquamur¹⁾); non solum credimus personae, sed fundis, agris, arboribus, colliculis, aedificiis, secundum elegans illud MARTIALIS²⁾);

Quum rogo te nummos sine pignore, non habeo, inquis;

Idem, si pro me spondet agellus, habes.

Quod mihi non credis, ueteri, Thelesine, sodali,

Credis colliculis arboribusque meis.

Nec attendimus, sitne res mobilis, nec ne, frugifera, an sterilis, corporalis, an incorporalis? Quod si rem ipsam pugno quasi seruamus atque tenemus, nomen *pignoris* (eines Faust-Pfands uel eines handhabenden Pfands) adhibemus; sin uero res eadem in debitoris possessione remanet, eam hypothecam appellamus, (ein Unterpfang, item eine Pfandsoder Unterpfangs-Verschreibung.) Pignus autem aequae ac hypo-

hypotheca ex principiis iuris ciuilibus uniuersalis, quod uulgo pro iure naturali, diuino atque immutabili uenditari solet, praeuiam aliquam obligationem ponit, cuius in securitatem uel pignus accedit, uel hypotheca constituitur. Sed iure antiquo Germanico, aiunt nonnulli³⁾, in pignore dominium, donec creditum exsolueretur, translatum fuit, quoniam, compilatore iuris prouincialis Saxonici teste⁴⁾, ille, qui res suas oppignerat, eas aequae saltem ad aliquod temporis spatium alienasse uidetur, ac si easdem uendidisset. Hinc olim creditor saepius dicebatur ein Pfandherr, isque ex pignore fructus percipiebat, nullis redditibus rationibus. Hinc etiam magistratus olim in oppignorationibus rerum immobilium pariter ac in alienatione suam interponebant consensum atque auctoritatem. Nihil tamen minus nostra iam aetate iuris Romani hac in re placita maiorum nostrorum mores uincere putamus, et quamuis nonnullae forte conclusiones in negotiis, ad principes et ordines imperii spectantibus, ex antiqua pignoris definitione Germanica supersint, quam quidam enchiridiorum artifices fati temere in libellis suis repetunt⁵⁾; dominium tamen in negotio pignoris formaliter transferri aut umquam per solum pignoris contractum translatum fuisse negamus atque pernegamus.

1) In iure naturae et gentium Cap. XXIII. §. 69.

2) L. XII. epigr. 25.

3) cf. Viri de iuris scientia elegantiori non minus, quam de rebus moribusque patriis iisque legitimis immortaliter meriti, I. G. HEINECCI *element. I. Germ. lib. II. tit. XI.*

4) Lib. II. art. 24.: ein jeglich man mag seines guts vvol mit recht anig oder los vverden, ob er es verkauft, verlezet, oder aufället, oder verjähret es gegen seinen Lehensherrn, oder ob es ihm vertheilet vviird zu Landrechte oder zu vvelcher Weise es obstehet, unbezvvungen.

5) Vid. Io. RVDOLPH, ENGAV *in element. I. G. cui pignus est conuentio, qua debitor in creditorem transfert rei alicuius dominium, soluto debito reuocantur*

uocandum, lib. III, tit. 14, §. 160. cf. IOACH. POTGIESER *de indole et nat. pign.* Marb. 1722, 4. et BOEHMERVS in *diff. de diuerso pignoris et hypothecae iure* cap. II, §. 6.

§. III.

Iam in iis non occupamur, quae in institutionibus iuris communis doceri solent. Instituti nostri memores tantummodo obseruamus, hypothecam, formae ratione habita, diuidi in *expressam*, quae pacto legitimo expresso nititur, et *tacitam*, (melius *legalem*) quae a legibus sine hominum conuentionibus indulgetur. Illam iterum triplicem esse tradunt iuris communis interpretes, *publicam* nempe, quae coram magistratu uel iudice aut alia persona publica constituitur; *quasi publicam*, quae in instrumento a tribus testibus subscripto conceditur, et *priuatum* denique, quam quis in instrumento priuato alteri relinquit. Adduntur regulae sequentes ¹⁾. I) Hypothecis quidem uariis, eiusdem autem qualitatis concurrentibus, rem omnem ex ordine temporis ita diiudicandam esse, ut hypotheca tempore prior censenda sit quoque iure potior. II) Variis autem hypothecis diuersae qualitatis una existentibus, *hypothecam publicam*, *quasi publicam*, nec non *tacitam* siue *legalem*, praefendam esse *hypothecae priuatae* ²⁾. *Hypothecae* igitur *legales* a nonnullis ad classem *hypothecarum publicarum* referuntur. Sed hac in re magnus apparet dissensus inter legum interpretes, quorum maior pars omni tempore huic sententiae obloquuta est.

1) His aliisque regulis, quibus in concursu creditorum totum inter eos negotium gubernatur, non opus haberemus, si aequitate niteretur legibusque approbaretur consilium BERGERI in *elect. discept. forens.* p. 1254. quod eo spectat, ut posthabita in concursu creditorum *prioritate* intricata, omnes ac singuli copias et facultates, quantum earum superest, pro rata participant.

2) Loco ceterorum omnium allegamus Virum cl. IO. CONRAD. SIGISMUND. TOPP in *explicatione iuris ciuiliis priuati* ad tab. VI, §. 22. pag. 207. seq.

§. IV.

§. IV.

Inter recentiores legum interpretes, qui *hypothecam tacitam*, siue legalem, speciem *hypothecae publicae* esse aiunt, agmen ducunt VLRICVS HVBERVS ¹⁾ et AVGVSTINVS A LEYSER ²⁾, ex quibus hic, ut pignus tacitum aequipollere pignori iudiciali conderet, rationes suas ita colligens: *nam ius, inquit, quod lex ipsa et auctor eius, princeps, tribuit, non minus publicum est quam id, quod magistratus, minister legis et principis, concedit. Et fides publica magis forsan periclitaretur, si hi, qui legum auctoritate subnixi, se suaque debitori crediderunt, ab his, quibus iudex fauit, excluderentur. Denique lex II. Cod. qui pot. in pign. in qua privilegium hypothecarum iudicialium (publicarum) fundatum est, eas non omnibus, sed iis saltem hypothecis, quas quis sibi ex priuatis instrumentis vindicare contendit, praefert.*

1) In praeelectionibus iur. civil. lib. XX. tit. IV. §. 18. ubi quoque §. 26. quaestionem ceu notabilem et perplexam tractat: *quid iuris sit in concursu hypothecae conventionalis tempore primae, non registratae et legalis tempore sequentis, denique alterius conventionalis posterioris, sed registratae?* In hoc pignorum conspectu idem Vir summus rem ita decidit, ut ostendat, regulam: *qui vincit vincens te; multo magis te vincit, locum quidem inuenire in aequabili successorio, non autem ubi diuersi ordinis creditores, ut hic, inter se consurgunt. Quare in eiusmodi causae figura legali hypothecae idem locus assignandus esset, quem extra concursum hypothecae posterioris registratae habuisset, neque per eam collisionem legali hypothecae praedictum fieri oporteret, adeoque publicam hypothecam auferre pecuniam priuatae hypothecae debitam, et si plus restet, hoc postea legali hypothecae cedere.*

2) in *meditat. ad Dig. sp. 226. m. I.* In partes LEYSERI praeter alios discessit illustris et consultissimus CAROL. FRID. WALCH in *introductione in controuersias iuris civilis recentiores inter iurisconsultos agitatae*, (Ien. et Lips. 1771. 8.) Sect. IV. Cap. III. m. 2. §. 13.

§. V.

Scimus, apud Romanos ante tempora Imperatoris LEONIS nullum fuisse discrimen inter hypothecas publicas et priua-

priuatas, sed hypothecas qualescunque ex sola aetatis ratione aestimatas fuisse, nisi forte ex peculiari priuilegio hypotheca legalis prioritatem accepisset. Est igitur uerosimillimum, ante Imperatoris LEONIS tempora distinctionis inter publicam et priuatam hypothecam uel nulla uel rariora uectigia occurrere, cum hisce temporibus sine ulla distinctione hypotheca tempore prior iure quoque potior fuerit ¹⁾. At enim uero aduersus scripturas priuatas, in quibus alteri ius pignoris constituitur, fraudis exceptio (id quod lubenter concedimus) saepius forte proposita fuit, quae in concursu creditorum contra tertium non tam facile eliditur, quam contra debitorem ipsum, manum suam agnoscentem ²⁾. Quae rationes absque omni dubitatione mouerunt Imperatorem Leonem, ut is circa annum 469. hypothecis in publico instrumento confectis uel trium uirorum subscriptione munitis temporis praerogatiuam prae hypothecis in priuatis scripturis constitutis indulgeret simulque (en legis rationem!) hominibus astutis omnem clandestinae fraudis occasionem praescinderet ³⁾.

1) Lex 4. Cod. qui pot. in pign. hab.

2) L. 32. pr. Dig. de pact. l. 7. Cod. de prob. cf. laudatus BOEHMER in diss. de praerogatiua hypothecarum publicarum Cap. 1. §. 10.

3) in leg. 11. Cod. qui pot. in pign. cuius uerba ita se habent: *scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secreta fieri, interuenientibus amicis, nec ne, transgredi, uel paciscendi, seu fornerandi uel societatis coemdae gratia, seu de aliis quibuscumque causis, uel contractibus conficiuntur (quae in uerbo graece appellantur) siue tota series earum manu contrahentium, uel notarii uel alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, siue testibus adhibitis, siue non: licet conditionales sint (quos uulgo tabularios appellant) siue non, quasi publice conscriptas: si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris uel hypothecae ex huiusmodi instrumentis uindicare quis sibi contenderit: eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integre opinionionis trium, uel amplius uirorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.*

§. VI.

Hæc Leonina constitutio secundum nonnullos nihil ualet aduersus hypothecas legales, quarum ne mentio quidem in lege facta fuit, quæ uero eodem cum hypothecis publicis et judicialibus iure aestimari atque adeo in creditorum concursu ex sola ætatis ratione una cum hypothecis publicis et quasi publicis collocari debent. Eorum autem, qui ita sentiunt, argumenta uerbis illustris FRIDERICI ESAIÆ PVFENDORFII*), quam nostris, referre malumus, qui: *plane ratio, inquit, cur Leo imperator publicas hypothecas prae priuatis scripturis fauore dignas duceret, in eo collocatur, quod priuatis instrumentis præsuntio fraudis et clandestinitatis insit. Legalis autem hypotheca ex lege, non ex priuato quodam instrumento uenit, ad eoque ius pignoris suspitione falsitatis omnino caret. Sed etsi a ratione legis discesseris, tamen illud constare uidetur, Leonem Imperatorem hypothecis publicis prae legalibus prærogatiuam nullam dedisse, adeoque legales eodem, quo antea, ordine constituisse, ut publica eam non præcedat, sed utraque ex temporis prioritate aestimetur. Quam in rem accedit, si lex alicui prospiciat, plenissime et cum effectu prospectum intelligi. Hypothecis autem iunioribus publicis constitutis et præpositis omnis securitas, quam leges ex causa publice utili dant, facile interuertitur. Præterea in hypothecis legalibus causa publice utilis intelligitur, inciditque, ut creditores, quibus hæc hypotheca datur, sibi ipsi prospicere nequeant. Quam ob rem eundem fauorem legalis, quam publica hypotheca mereri uidetur, neque plerumque imputari creditori potest, quod de publica expressa hypotheca sibi non consuluerit.*

*) In observationibus iuris uniuersi, Tom. I. obs. 211. §. 3.

§. VII.

Quibus autem argumentis nullo modo mouentur permulti alii maximæ auctoritatis iurisconsulti, qui, quoad uim
B
prioritatis

prioritatis, distinctionem inter hypothecas tacitas et expressas otiosam existimant ac propterea hypothecas legales inter species hypothecarum publicarum referendas esse constantissime negant. Obloquuntur iidem acutissimi alias LEYSERI argumentationi hunc in modum. Nimirum deesse, contendunt, consequentiae rationem, quia non omne id, quod legibus constituitur legumque publicarum habet fauorem ac propterea in significatione latiori *publicum* dicitur, statim efficit, ut rerum inter se dissimilium iura aequalia statuenda sint. Quoties enim leges disponentes unam dant efficaciam, plures non esse addendas, praesertim si agatur de iniuria et praeiudicio tertii. Satis esse, quod leges quibusdam creditoribus de iure reali adipiscendo prospexerint; eiusmodi autem leges recedere a regula, hincque iisdem plures effectus non esse iudicandos¹⁾. Alii alio modo dissentientes, eos inprimis, quorum argumenta in commate proxime antecedenti recensuimus, prementes affirmant²⁾: Imperatorem Leonem hypothecas publicas, quum eas scripturis priuatis praeposuerit, ex ordine suo sustulisse, altiusque leuasse; legales autem hypothecas eo, quo antea fuerint, loco constitutas reliquisse; quare in constitutione Leonina publicis hypothecis prae legalibus praerogatiuam aliquam omnino datam fuisse. Addunt, hypothecas legales, hypothecis conuentionalibus priuatis aequales, tanquam *minus*, superari ab hypothecis publicis, tanquam a *maiori*, quoniam hypothecae publicae non tantum hypothecae conuentionales priuatas, sed et legales eisdem aequales superant.

1) Supra laudatus WALCHIVS c. l. et §. in not. inter dissentientes nominat B. CARPZOV. P. I. const. XXVIII. def. 110., G. A. STRVV. exerc. XLIV. th. 54.; FRID. GERDES *disp. de pignore expresso*, §. 21.; I. BRVNEMANN *de concursu creditorum*, cap. V. §. 48.; I. F. LVDOVICI *im Concurs-Process*, cap. X. §. 49.; addimus: G. FRANZKIVM ad tit. D. qui pot. in pign. n. 10. IOACH. MYSINGER cent. I. obs. 59.; G. F. HARRPRECHT. Vol. nou. Conf. 69. n. 39. ac denique I. I. BECKIVM in *diff. de concursu hypothecarum simplicium*, §. 14.

2) Ex

- 2) Ex hisce rationibus LEYSERI sententiam impugnavit ERN. IO. FRID. MANZEL in *diss. de duobus uel tribus iuris honestis in hypothecis, intimationibus et appellationibus subsidiariis adhibendis*, Sect. I. §. 14. p. 12.
- 3) Eam in rem, teste illustri PUFFENDORF, c. I. §. 4. in concursu hypothecae legalis et conuentionalis utriusque tempore prioris, et hypothecae publicae tempore posterioris iudicavit summum tribunal Cellense.

§. VIII.

Consultissimus BOEHMERVS*), ad cuius auctoritatem iam saepius prouocauimus, inter LEYSERVM affirmantem et HARRPRECHTYM negantem arbitrum quasi acturus hac de re ita iudicauit, ut neutri sententiae simpliciter se suffragari posse affirmaret. Videlicet distinguendum esse censuit optimus hic sui temporis in Germania iuris Romani interpret in hypotheca legali, utrum ea accedat contractui et negotio, publico instrumento seu apud acta aut coram Notario uel subscriptione trium uirorum probatae fidei munito, an priuato tantum instrumento confecto. Non in posteriori euentu, sed in priori, ubi tempus certum est, hypothecae legali eandem ac hypothecae publicae praerogatiuam attribuit et distinctionem hanc exemplis uariis legibusque illustrauit.

*) In saepius allegata *diss. de praerogatiua hypothecarum publicarum*, cap. I. §. 14. sq.

§. IX.

En igitur, amice Lector diuersas diuersorum sententias! Elige ex iis, quaeso, eam, cui dicas: tu mihi sola places. Nos, ut iuuenes decet, non iudicamus, eoque minus (licet hoc a multis factum fuisse recordemur) temeritatis fingendi eos accusamus, qui nostra in primis aetate hypothecis legalibus locum inter hypothecas publicas assignant, sicque thesin aliquam defendunt, quam passim ipsae Germanorum leges roborant. Nam I) iure ONOLDINO clare sancitum legimus¹⁾: *wenn by-*
B 2
pothe-

potestates legales oder tacitae und conuentionales publicae concurreren,
so gebet allezeit die ältere an der Zeit der jüngern vor. Euoluamus,
quantum temporis ratio scriptionisque academicae conditio patitur,
alia quoque Germanorum statuta, nobiscum a fauore quodam beneuole communicata, ex quibus quidem nonnulla
II) hypothecas tacitas, quae iure Romano continentur, discretis uerbis confirmant, eas uero hypothecis expressis postponunt,
u. c. REFORM. FRANCOF. ubi caueum²⁾: das altwegen die ausdrückliche Verpfändungen den stillschweigenden sollen vorgezogen werden. Neque etiam LEGES MELIBOCENSES PROVINCIALES²⁾
non assentiuntur. In compluribus autem aliis statutis III) distinctio haec inter hypothecas tacitas et expressas quoad ius prioritatis penitus sublata est, adeo, ut cuiusuis generis hypothecae sine ullo discrimine ex solo aetatis ordine locandae sint. Hunc in modum CODEX MAXIMILIANEVS BAVARICVS CIVILIS sancit⁴⁾: das Prioritäts-Recht, kraft dessen ein älterer Pfandgläubiger dem jüngern in Concursu vorgeht, kommt nicht nur auf Jahr, Monat und Tag, sondern auch, so weit solches nur erwiesen werden kann, auf Stund und Augenblick an, und zwar ohne Unterschied der Pfänder, sofern nicht eines von dem andern nach Ausweis des Cod. iud. ein besonderes Ius praelationis hat. Clarius rem exprimit, praeter Ordinationem iudicalem Gothanam⁵⁾, ordinatio processus Sax. electoralis, in qua sic constitutum est⁶⁾: Alle diese Gläubiger, welche ein dinglich Recht absque privilegio haben, sollen der Zeit und Ordnung nach, wie sie solch ihr Recht angefangen, vor denen andern bezahlt und hierbey des Vorzugs halben kein Unterschied gehalten werden, ob einer solch ius pignoris aus Verordnung der Rechte stillschweigend oder durch einen Contract ausdrücklich oder durch Hilfe oder durch Arrest erlangt habe, sondern wie einer vor dem andern dasselbe überkommen, also werden sie auch nacheinander bezahlt. Nec ab his differunt quaedam Circuli Franconici statuta, iis exceptis, quae in iuribus Saxonice uel de pignore practorio uel

uel de arresto fanciuntur. Speciminis gratia afferamus uerba cuiusdam CONSTITUTIONIS CULMBACENSIS⁷⁾, quae ita se habent: *das ius in re, es rübre her aus einem stillschweigenden oder ausdrücklichen insgemein oder insonderheit verschriebenen Pfand, oder auch aus wirklich erfolgter gerichtlicher Hülfe und Einweisung, worunter aber die bloße Arrest- Anweisung nicht zu verstehen, hat den Vorzug nach der Zeit also, daß, wer dem andern mit dergleichen Mittel zuvorgekommen, sich der Praeferenz vor dem andern in dieser dritten Classe zu erfreuen hat, obsehon die nachfolgenden hypothecarii vor den Aeltern den Besitz eines Guts ergriffen hätten.* Concordat REFORMATIO NORICA⁸⁾ uerbis: *also behält auch der den Vorgang, wenn ausdrückliche oder stillschweigende Verpfändungen vorgewendet würden, des Verpfändung älter ist, ausgenommen etlicher Fell, die hernach in folgenden Gesetzen erzehlet werden.*

1) iud. Instruction und Ordnung, wornach man sich bey denen Aemtern und Gerichten des Fürstenthums Brandenburg - Onolzbach bey sich ereigneten Conens-Fällen zu achten etc. 11te Clais, n. 10. p. 25.

2) P. H. tit. XIX. cf. tit. XX. §. 3. Eadem Ref. Francofurtana cit. P. II. tit. XIX. §. 9. ita sancire pergit: *doch ist zwischen den austrücklichen und diesen stillschweigenden Pfandschaften der Unterscheid, daß die austrückliche Pfand anderst nicht, dann mit ihrer darauf stehenden Bescheuerung (das ist, der Pfandschaft) mögen veräußert werden; die stillschweigende aber mögen (wovon sonst kein betriegliche Gefährde getraucht wirdt) wol veräußert werden, wofern kein Verbot oder Arrest darauf geschehen. Dann dieselben einer General- und gemeinsamen Verpfändung, so auf alle Güter, keines aber insonderheit, sich erstreckt, und derwegen die Veräußerung nicht hindert, verglichen werden.* Dieweil dann nun solchs alles die Recht dermassen verordnet: *so wollen wir es auch in dieser Statt also gehalten haben.* Hunc in modum rogari legem potuisse lubenter quidem concedimus: negamus autem, alienationem rerum immobilium pignoris iuri legalis obnoxiarum secundum leges Romanas licitam esse. Nam Imperatores Diocletianus et Maxim. in re pignoris obligatam, se non consentiente, si debitor rem tibi in causa transfudit ad emtorem. cf. simile horum Imperatorum placitum in l. 15. Cod. de pign. et hypeth.

3) P. I. cap. 14. §. 20.

- 4) P. II. cap. 6. §. 4. et 13.
 5) P. I. cap. 18. §. 9.
 6) tit. XLIV. §. 2.
 7) in corp. Const. Brandenburg, Culmb. Tom. II. P. I, cap. 5, Sect. I. p. 216.
 8) tit. XXII, leg. 1. §. 3.

§. X.

Haud pauci autem legum Germanicarum conditores, rebus praesertim immobilibus ¹⁾ oppigneratis, nullos alios inter se concurrentes creditores, nisi quibus publice, id est, coram proprio, non alieno, iudice aut magistratu ius pignoris rite constitutum fuerit, praerogativa aliqua dignos esse censent, quo quidem iure prouido Romanorum placitis aperte derogatur, creditorum autem securitati sapientissime prospicitur. Hoc iure uiuitur in terris Saxoniacis ²⁾. His quoque legibus gubernantur homines, qui potentissimo pariter ac sapientissimo Borussiae regi sunt subditi. Rebus uero ita comparatis facillimum est intellectu, tacitas, quae iure Romano indulgentur, hypothecas in eiusmodi terris nihil habere momenti aut praerogativae, nisi eadem publicos in commentarios, *Hypotheken - Bücher* ³⁾ dictos, relatae fuerint. Etenim: *zur dritten Classe, clarissimis uerbis ius antiquum correcturus sancit legislator summus* ⁴⁾, *gehören diejenigen Creditores, welche ihre Schuld-Forderung und Recht in das Hypotheken-Buch eintragen lassen, und geben diese allen Creditoren, welche nicht zu denen beyden vorigen Classen gehören, sie mögen nebst der Hypothec ein Priuilegium personale haben, und iudicialia seyn oder nicht, vor: Allermassen in so weit die vorige Hypotheken - Ordnung hierdurch geändert wird. Denn da die Hypotheken - Bücher dieserwegen eingeführet worden, damit ein jeder*

jeder, welcher Geld auf ein Guth leyben, oder seine Sicherheit wegen einer Ebestiftung, Vormundschaft etc. haben will, vorge-
 wiffert seyn möge, ob und was vor Schulden auf den Güthern haf-
 ten; so würde die Haupt-Intention derer Hypotheken - Bücher
 wegfallen, wenn die stillschweigende Hypotheken, *dominia refer-
 uata, iura separationis, fideicommissa familiae, dos, pia caussa*
et. worvon in dem Schuld - Buch keine Nachricht vorhanden,
 vorgehen sollten; in mehrerer Erwägung, da dergleichen Credi-
 tores sich selber imputiren müssen, daß sie ihre Iura nicht gleich-
 falls eintragen lassen, und ihre Sicherheit dadurch gesucht haben.
 Quae igitur pignora uel coram Notario et testibus, uel in
 instrumentis a tribus integrae fidei uiris subscriptis constituuntur,
 atque ex mente iuris communis hypothecae publicae
 uel quasi publicae nominantur, ea ipsa in terris Saxonis et
 Marchicis ac ubique locorum ⁵⁾, in quibus similes de re
 pignoratitia constitutiones adsunt, ad classem hypothecarum
 priuatarum referre debemus ⁶⁾. Cuidam igitur ex me
 subtiliter quaerenti: qualem his in locis uim habeant hypo-
 thecae tacitae uel quasi publicae? Nullam aliam, respon-
 deo, quam uim hypothecae priuatae, nisi eadem haec hypo-
 theca legalis uel quasi publica in publicos praefecturae
 libros relata fuerit. Equidem lubentissimi quibusdam conce-
 dimus, iis in locis, ubi placita iuris Romani sine ulla restri-
 ctione in usu sint, hypothecas legales publica iudicis uel
 magistratus confirmatione opus non habere; alibi uero se-
 cundum iuris domestici analogiam ius prioritatis inde repe-
 ti posse haud existimamus, nisi iudicialis annotatio hypothecae
 legali accedat. Etenim tales hypothecae actis publicis non
 insertae haud raro non solum creditorem sed et iudicem
 ipsum latent, atque adeo fidei publicae tuendae causa (en
 praecipuum huius rei argumentum!) in praefecturae ad-
 uersariis adnotandae sunt.

- 1) Res immobiles, quarum possessio domino insignia affert commoda, iam maiores nostri nix aliter oppignerarunt, quam in iudicio et accedente magistratus consensu, quemadmodum praeter HEINKECIUM supra laudatum recte obseruauit Vir illustris BENEDICTVS SCHMIDT, iurium Professor in Academia Ingolstadtensi fama celeberrimus, Patronus, Praeceptor et Cognatus aeternum deuenandus in *principiis* I. G. Tit. LX. §. I. p. 673. Hinc mirum non est, recentiori aetate ex iurisprudentiae legislatoriae principiis sanioribus plurimos in Germania legum conditores constituisse, ut rerum immobilium oppignatio perinde ac earum rerum alienatio iudiciali auctoritate perageretur. Qua de re consulendus est omnino iuris Germanici genuini scriptor princeps, illustris de SELCHOW in elem. I. G. edit. nouiss. §. 551.
- 2) *Sächs. Land Recht* lib. I, art. 8, et 52. *Sächs. Weichbild*, art. 20. *Const. Sax. Elect.* XXIII, p. II, et decim LX. *Fürstlich-Sächs. Lands-Ordnung* 1589, tit. 30. *Sächs. Eisenach. Verordn.* 14. Apr. 1642. *S. Gothaische P. Ord.* p. I. cap. XVIII. §. 9. *S. Altenburg. Proc. Ord.* p. I. tit. 37. §. 15. *S. Coburg-Saalfeld. Const.* de 16. Jul. 1735.
- 3) De huiusmodi diariis publicis omnino legi merentur, quae in medium protulit Cl. I. A. HELFFELD, Ictorum Ienensium decus, in *repertorio reali practico iuris priuati* I. R. G. sub rubro: *Hypotheken-Bücher*, pag. 1500. 199.
- 4) In dem *Project des Ced. Frid. March.* p. IV, tit. IX, apud HELFFELD in *repertor.* p. 1894.
- 5) Consentientem habemus BOEHMERVM in cit. *diff. de praerog. hyp. publ.* cap. II. §. 5. Quodsi hanc rem in uniuersum consideraturi eandem ex primis iuris ciuilibus principiis diiudicamus, non possumus non assensum praebere summo olim LEYSERO, qui sp. 230. m. l. auctor est forsorque, ut legislatores, abrogato iure Romano, hypothecis testimonialibus uel uim pignoris publici plane adimant, uel saltem hypothecas iudiciales iisdem anteponan. Illud etiam passim iam factum fuisse scimus ex Saxonum aliorumque uiciorum populorum legibus, quarum LEYSERVS meminit, quasque allegat Cl. Io. FRID. KOEVS in *commentatione de pecunia mutuatia tuto collocanda*, Goett. 1761. 4. p. 99. seq.
- 6) Sic iure Norico cautum reperimus, ut orto in municipiis agrisque creditorum concursu hypothecae priuatae, tempore licet priores, hypothecis publicis tempore posterioribus cedere debeant. Vid. *decretum additio-nale* d. 2. Aprilis, 1677. apud I. I. BEERVM in cit. *diff.* §. VII.

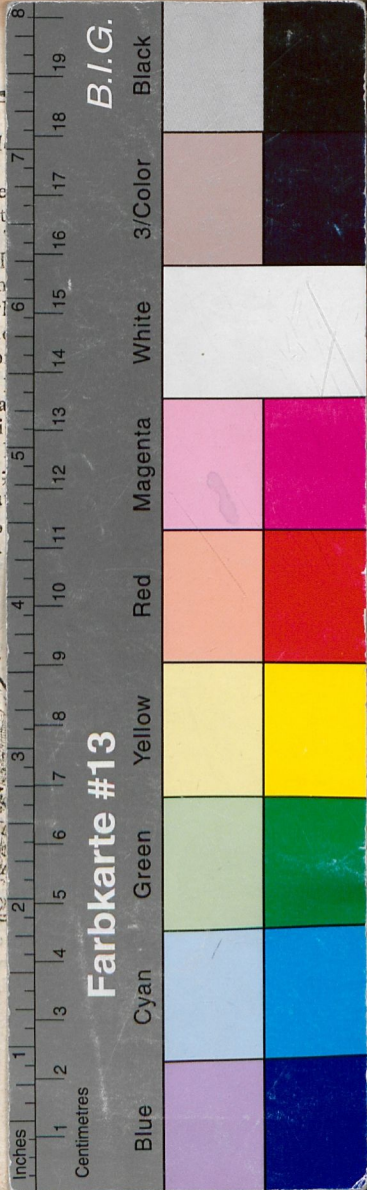
T A N T V M.

Lot 100

ULB Halle 3
002 408 120







12

1773, 4

2A

DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS

DE

HYPOTHECARVM
LEGALIVM
PRAEROGATIVA



QVAM

AVCTORITATE

MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS
IN ACADEMIA ALTORFINA

PRO LICENTIA

SVM MOS IN VTROQVE IVRE HONORES
AC DOCTORIS PRIVILEGIA
RITE OBTINENDI

DISCEPTATIONI PVBLICAE

DIE XXX. MART. A. S. R. C1030CCLXXIII

PROPOSVIT

M. FRANCISCVS XAVERIVS SCHMID

RAITTENBVCHENSIS FRANCO,



ALTORFII

TYPIS IOANNIS PAVLI MEYERI.

