



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Universitätsbibliothek Paderborn

Dissertationes Juridico-Theologicæ De Jure, & Justitia

Karchne, Simon

Augustæ Vindelicorum ; [Graz], 1714

§. VII. Dissertationis II. Articuli V. Cujus pignus, aut hypotheca in concursu plurium creditorum prævaleat.

urn:nbn:de:hbz:466:1-40013

Quares quibus modis servitutes præfata constituentur, aut amittantur. Resp. constitui primò per contractus emptionis, donationis &c. §. *fin. Instit. præd. rust.* at sicut rerum dominia regulariter non acquiruntur sine traditione, ita præfata jura realia, seu servitutes traditione perficiuntur, quæ in hæc materia consistit in patientia Domini possidentis fundum servientem, & usu alterius, cui servitus est vendita, aut donata.

Secundò per ultimam voluntatem, ut si hæres jubeatur non attollere ædes.

Tertiò per ipsam rei naturam, sic locus inferior ipso situ facit servire superiori, ut defluentem aquam recipiat per

L. 1. fin. ff. de aqua, & aq. pluvi. ar. cend. & L. 2. ff. eod.

Quartò statuto, aut consuetudine cit. *L. 1. §. fin.* aut præscriptione. *L. fin. Cod. de præscript.*

Servitus constitui potest à solo proprietario liberam habente administrationem, secùs ab usufructuario, hic enim nequit facere fundum deteriozem. Non constituitur nisi illi, qui proximum prædium habet. *L. 1. ff. communia prædior.* Habens jus servitutis in fundo vicini potest facere omnia sine quibus commodè servitute frui nequit, Zöchl. *ff. de servitut. n. 18.*

§. VII. Dissertationis II. Articuli V.

Cujus pignus, aut hypotheca in concursu plurium creditorum prævaleat.

415. **S**æpe eadem res pluribus separatim, ac tempore diverso datur in pignus, aut hypothecam, quis eorum potior sit, seu alteri præferendus in persecutione hypothecæ inquiritur. Universalis Regula juri utrique consona & ab omnibus recepta est ista, qui prior est tempore, est potior jure. Est *R. J. Can. 54.* concordat *R. J. civ. 99.* quoties in utriusque lucri ratio vertitur, is præferendus est, cujus in lucro causa tempore præcedit. Vide casum figurat. à Gloss. *c. fin. dist. 17. juncto c. 1. de major. & obedient.* Apud Püttner in maximis

juris maxima: qui prior, &c. ubi quaerit, quis inter Canonicos alicujus Ecclesiæ prior? Respondet quod antiquior per allatam Reg.

Similiter ergo hic quaestio est inter plures pignoratios, aut hypothecarios quis prior in consequendo debito, si res debitoris jis obligata venditur.

Ad hanc quaestionem Respondetur solam diuturnitatem seu antiquitatem temporis non sufficere, nisi cætera sint inter eos paria, tunc enim, ut evitetur contentio, & sit remuneratio vigilantix Creditorum sibi providentium jus in rem acquirendo jvat prioritas temporis
Fff 3 tam

ram in agendo, ut sibi hypothecam vindicet eam præ alijs auferendo, aut si possideat, & contra eum agatur excipiendo, & retinendo sit tutus *per text. in L. creditor, qui prior 12. ff. de pignoribus & hypothec.*

Si autem in cæteris creditores sint impares, non juvat sola antiquitas, ut si huic non accessit revera causa crediti, id est, non fuit numerata pecunia sed data hypotheca spe futuræ numerationis, huic enim etsi priori tempore præfertur tempore posterior numerans pecuniam de præsentī, ita clara est *L. potior 11. ff. eodem. Potior, inquit, est in pignore, qui prius credidit pecuniam & accepit hypothecam, &c.* Nilominus sicut constitutio hypothecæ, si nondum creditum sit subsecutum, non sufficit, ut locus sit allatæ Regulæ, ita non sufficit prioritas temporis crediti, seu mutuatæ pecuniæ, sed computanda est prioritas à tempore constitutæ simul hypothecæ, unde Titius mutuans Cajo prima Januarij providens sibi de hypotheca primùm idibus Maij non præfertur Lucio idibus Februarij mutuanti, ac simul de hypotheca convenienti *L. diversis 8. ff. de pignoribus, &c.* Amplia ad hypothecam etiam conditam, dummodo conditoris eventus non dependeat unicè à voluntate debitoris, ut si mihi lacaveris domum à me occupandam primâ Januarij, dō tibi in pignus servum meum stychum. Hic hypotheca constituitur sub conditione inhabitandi domum à prima Januarij, quæ non est merè potestativa, seu dependens ab arbitrio solius debitoris, sed etiam à voluntate locatoris. Hoc casu purificatâ conditione retrahitur ad tempus constitu-

tæ hypothecæ, *L. Balneum 9. ff. cod.* Secus si conditio sit merè potestativa, id est, dependens à sola voluntate debitoris, ut si accepero à te mutuum, volo ut mea domus cedat in pignus. Hic non constituta est hypotheca à die conventionis, sed purificatæ conditionis potestativæ consistentis in acceptione pecuniæ mutux, *Berous lib. 1. Consl. 46. num. 15.*

416. Contra stabilitam Regulam pugnant sequentia. Primò posterius testamentum legitimum præfertur primo, idque annullat *§. posteriore 2. Institur, quibus modis testament. infr.* Idem est de lege posteriore contraria priori, huic derogat *cap. 1. de conslit. in 6.*

Secundò dum successivè res eadem duobus venditur, præfertur posterior, si huic res sit tradita *L. quoties 15. cod. de R. V.*

Tertiò in judicijs non attenditur utrum alter præcedat tempore, nempe an actor, aut reus, sed habetur ratio possessionis per Regulam: *in pari 65. in 6.* & ideo est potior causa rei, quam possessoris.

Quartò in privilegijs non attenditur prioritas temporis, sed majoritas causæ privilegiatæ, pro quo hæc stat, etsi sit posterius tempore, est favorabilius, ergo etiam inter creditores antiquitas non est attendenda.

Resp. Ad primum quod tam testamentum, quam lex ab unius nempe testatoris, & legislatoris voluntate pendet, à qua semel facta, cum recedere possit, ideo in testamento suprema, & in legislatore posterior prævalet priori *L. si mihi 12. §. 3. ff. de legat. Et Leg. non est novum 26. de legibus.* Regula præ-

praesens afficit actus pendentes à pluribus voluntatibus.

Ad secundum, quod secundus Emptor mediâ traditione fiat rei Dominus per *num. 12.* contra pignus, & hypotheca nullum conferat Dominium, sed jus reale purae retentionis, seu Custodiae pro securitate crediti per *num. 141.* si res pluribus vendita, & successivè eisdem esset tradita, ex Regula tradita praevaleret, cui priùs fuissent consignata, etsi eam possideret is, qui tardius accepisset illam, hujus enim possessionem absorbet Dominium alterius inquit Wiest. ad *Regulam juris 54. n. 5.*

Ad tertium *Resp.* Quod actor quaerit lucrum cum rei damno, veniatque ad iudicium, & quidem paratus, ac sponte, quando illi placet, contra imparatus, ac invitus veniat Reus, necque pro eo possessio, quae ceteris paribus praeponderat.

Ad quartum Regula procedit ceteris paribus, at si unum privilegium habeat magis causam privilegiatam, ut pupillus, fiscus, &c. etsi istud sit posterius, est favorabilius, consequenter praevalens.

417. Quæritur ulterius primò an Regulae traditæ *num. 415.* sit locus, etsi inter duos hypothecarios posterior habeat specialem hypothecam, anterior verò generalem, *Resp.* Anteriorem praeferi posteriori, etsi hujus hypotheca sit specialis, anterioris verò generalis, *L. qui generalem 2. pr. ff. de pignoribus.* Et *L. si generaliter 6. cod. eodem.* Huic doctrinae non resistit *c. generi de R. I. in 6.* quod per speciem derogetur generi. Quia hæc non procedit, quando per conventionem generalem est jus jam quaesitum tertio, uti in

casu nostro per hypothecam generalem, tunc enim conventio specialis nihil præ, judicare potest.

Amplia Responsum etsi res hypotheca sit posteriori tradita, *L. creditor 15. §. fin. ff. eodem:* tunc per traditionem res transfertur cum onere suo *L. alienatio 67 ff. de contrahend. empt. quod enim nostrum est, nobis invitis, auferri non potest.*

Nihilominus ex data resolutione non sequitur, quod si anterior habeat specialem hypothecam E. g. in prædio A. simul cum generali adjecta in subsidium eventus, si prædium A. specialiter obligatum non sufficeret, non inquam sequitur, quod sit praferendus posteriori in re alia specialiter huic obligata, quando priori creditori potest integre satisfieri ex prædio A. quia in dato casu adjecta hypotheca generalis est conditionata, nempe si prædium A. non satisfecerit, oppignoro tibi etiam omnia bona mea, ita Augustin. Michel *part. 2. Theolog. Canonico-Moral. tract 3 §. 6 p. 2. num. 5.* cum alijs.

Amplia secundò responsum ad quaestionem primam, quod Regula *n. 415.* valeat, etsi posterior hypothecarius sit fiscus, aut Respublica per expressum in *L. si pignus 8. & L. fin. in fin. ff. de pignor Leg. si fundum c. eod. si inquit fundum pignori accepisti, antequam Respublica obligaretur: sicut prior res tempore ita potior jure.*

Limita ut fiscus in dicto casu sit potior anterioribus creditoribus generaliter hypothecarijs quoad bona, quae debitor post contractam cum fisco obligationem acquisivit *L. 28. ff. de jure fisci,*

ibi:

ibi: *sciendum est, in re postea acquisita fiscum potius esse debere.*

418. Quæritur tertio, an, & qui sint casus excepti, in quibus temporis prærogativa etiam in pignoribus & hypothecis non attenditur. *Resp.* affirmativè eo quod certæ personæ, etsi erga has obligatio debitoris sit posterior, preferantur anterioribus hypothecarijs ex causa specialiter privilegiata, & idcirco cætera inter anteriores, & posteriores creditores non sunt paria, in quibus quoad cætera paritate juxta Regulam memoratam prævalet prioritas temporis. Citatus Augustin. Michel à num. 12. casus II. numerat.

Primo funerales sumptus præferuntur omni alteri debito (pro jis tacitè hypothecantur bona defuncti *L. etsi quis 14. §. 1 ff. de Religiosis & sumptibus fun.*) *L. penultima ff. eod. impensa,* inquit, *funeris semper ex hereditate deducitur: qua etiam omnè creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint: etiam præferuntur doti Gloss. in L. 3. V. satisfactum & in L. assiduis 12. V. habeant eod. de pignorib. & textus apertus etiam L. 18. ff. de Religiosis & fun.* Unde non censetur dos ante funeralia tanquam ære alieno deducto. Quapropter cum dos vincat hypothecam anteriorem etiam expressam, etiam huic præponuntur funeralia, *quoniam si vinco vincentem te, multò magis vinco te.* Ita receptum juris Procordicum.

Prælatio hæc funeralium debet intelligi de expensis, quæ habitâ ratione tum dignitatis, tum facultatum defuncti sunt moderatæ, secùs de immodicis: ad immodicos plerique revocant convivia

funebria, vestes lugubres puta fascias sericeas & pepla pro cognatis defunctorum utriusque sexûs funus comitantibus, pro famulatio, nisi consuetudo sit opposita, sed tunc moderatio in his habenda est. Funeralibus accensentur sumptus in Medicos, Medicinas usurpatis in morbo ultimo, *L. 4. c. de petis hered.*

419. Secundo post funeralia femina ratione dotis præfertur cæteris creditoribus anterioribus. Excipe debitum primipili, seu centurionis primæ cohortis, olim stipendia dividendis, & annonam Legionis in officio habentis *L. 3. c. de primipilo. L. assiduis 12. c. de pignor.* & quidem ut habet communior opinio Haunoldi & aliorum apud cit. Michel num. 13. etsi anteriores creditores habeant hypothecam expressam.

Tertio ex favore singulari pupillus præcedit priores creditores hypothecarios in re, quæ ejus pecunia est comparata per textum *L. idèmq. 7. ff. de pignor.*

Quarto cæteris præponitur creditor in re ejus pecuniâ restaurata, quia totius pignoris cum causam egerit, ne periret cæteris hypothecarijs, merito mutuans æs eisdem præponitur *L. 5. & 6. ff. eod.* Dixi in ejus conservationem, nam si mutuata sit indefinite ad reficiendum, inde res determinata E. g. domus refecta non gaudet præcedentia ita Bruneman. ad cit. LL. à num. 5.

Quinto is, qui mutuat pecuniam pro emenda certa re E. g. vinea eâ conditione, ut sibi maneat obligata, in eadem est potior cæteris anterioribus hypothecarijs *L. licet 7. c. de pignor.* Zoëf. de pignor. n. 2. quia mutuando ex dicto sine omnium hypothecariorum

me.

melioſiorem conditionem fecit, videlicet emendo, ut vinea ſit in Dominio debitoris. Nihilominus ut obſervat Zoëſ. num. 9. iſte mutuans non eſt ita privilegiatus, ſicut pupillus, ut proximè præmiſſum eſt, nam pupillo ipſum jus conſtituit hypothecam tacitam in re ejus ære empta, in caſu autem præſenti caret hypothecâ in re empta, niſi pactus ſit expreſſè hypothecam *lib. quamvis 17. c. de pignor.*

Sextò hypotheca poſterior publico inſtrumento roborata anteponitur antiquioribus firmatis ſcripturâ privatâ *L. 11. c. de pignor.* niſi privata ſit munita trium probatorum teſtium ſubſcriptione, tunc enim fraudis præſumptio ceſſat per *cit. L. 11. in fin.*

Septimò dum concurrunt repetitio dotis maternæ ex parte liberorum prioris matrimonij cum repetitione Novercæ repetentis dotem ſuam ex bonis mariti præferuntur liberi utpote antiquiores textu *cit. L. affiduis 12. §. exceptis.* Limita niſi res aliquæ ſecundæ dotis allatæ à Novercæ extent, in his enim Novercæ eſt præponenda *text. in Authent. ſi quid ſu. de pignorib.* hæc enim illi dat rei extantis vindicationem, uti & *L. in rebus c. de jure dotium.*

Octavò quando ex pluribus creditoribus hypothecarijs poſterior ſolvit priori, prout ſolvere poteſt, aut ſi prior nolit accipere ſolutionem, poteſt pecuniam deponere in judicio, hoc caſu poſterior ſubintrat locum prioris in prælatione per clarum textum *L. 1. c. de pignorib. qui pignus ſecundo loco accipit, ita jus ſuum confirmare poteſt, ſi prior creditori debitam pecuniam ſolverit, aut cum obtuliſſet, iſque*

eam accipere noluiſſet, eam obſignatam depoſuit. Hæc ſequitur ſi ſint tres E. g. creditores hypothecarij; ſi tertius ſolvat primum, in locum hujus ſuccedit, quia dimiſſio pignoris hujus non intereſt oblatâ ſolutione, *L. Paulus 12. §. 1. ff. quibus modis pignus ſolv.*

Dixi creditores hypothecarij, quia ſi poſterior creditor non ſit hypothecarius, ſed Chirographarius, hic ſolvens primum non ſubintrat vicem hujus, niſi fuerit expreſſè pactus cum eo, ut ſuccedat, *L. 1. & Gloſſ. ibid. c. de his, qui in prior. cred. loc.*

Dicitur nihil obſtat eſſi prior creditor ſit fiſcus, aut Reſpub. aliavè perſona privilegiata *L. 2. & 4. c. eodem* eſt enim par ratio, nam etiam iſtius nihil intereſt dum ejus creditum eſt in ſalvo per ſolutionem.

420. Quæritur quartò an, dum debitor fundum hypothecatam una cum fructibus natiſtis vendidit tertio fide bona fructus colligenti, & conſumentis, an inquam creditor perſequi poſſit actione hypothecariâ non ſolum fundum, ſed etiam fructus bonâ fide abſumptos. *Reſp.* primò de fundo affirmative, quia jus reale hypothecæ non perimitur alienatione in tertium, ſed tranſit unacum re onus hypothecæ in illum, niſi creditor conſenſerit in alienationem pignoris aut hypothecæ, tunc enim conſenſus eſt etiam remiſſio juris pignoratitij, *lib. 12. & 4. c. de remiſſ. pignor. lib. 7. & ſequent. ff. quibus modis pign. ſolv.* Ratio quod debitor ſine conſenſu creditoris, imò etiam eo reluſtante poſſit fundum hypothecatam alienare ſalvo hypothecæ jure, ergo, dum cum conſenſu creditoris alienatione

natione consensus sit inutiliter requisitus, hic operatur remissionem juris, ita cit. August. Michel *num. 27. vers. quid quid tandem.* Ubi monet hunc consensus, ut habeat dictum effectum, debere esse expressum *L. sicut §. non videtur ff. eod. Resp. 2. ad q. 4.* contra fundi emptorem à creditore agi non posse actione hypothecariâ pro fructibus bona fide consumptis *L. 1. §. 2. ff. de pignor.* Ratio hujus ista est, quod creditor nihil possit persequi actione hypothecariâ nisi id sit ipsi obligatum, proinde sit in Dominio debitoris, debitor in casu proposito nunquam fuit fructuum ab Emptore collectorum Dominus per *num. 136.* Cum leges citata loquantur de bona fide. Legiste apud cit. Michel *num. 28,* tria inferunt. Primum est emptorem teneri de consumptis malâ fide. Secundum est quod creditor in exstantes adhuc fructus habeat jus, *Gloss. ibid. V. consumptos.* Tertium, quod creditor habeat salvam actionem hypothecariam de male perceptis, & consumptis fructibus. Plura his annectit cit. Michel. *n. 29.*

Cum quo puncto tertio *n. 1.* obiter nota actionem hypothecariam, quâ quis

res sibi per expressam conventionem obligat dici quasi servitiam, huic est affinis serviana ab Authore servio sic nominatâ: hac persequitur, quis res, quas inquilinus, aut colonus in prædium locatum iatulit, ille enim pro mercede pacti locatori tacitè hypothecatur, unde negat contra Myns. Omnem actionem, qua res tacitè hypothecatas persequimur dici servitiam. Quando res illata sita sunt in mercibus, hæ non in specie, uti loquuntur Legistæ seu in individuo, ut ajunt Philosophi, sed in genere hypothecantur, nam secundum speciem alienatis semper aliæ & aliæ substituuntur, consequenter genus manet hypothecatum non species cit. Michel ex Zoëf. &c. *num. 11.* quia non species mercium, sed genus perpetuatur in prædio, id est, quamdiu inquilinus inhabitabit prædium, sive urbanum sive rusticum sit, conductor prædij rustici dicitur colonus, urbani vero inquilinus. Unde cum pecunia ad usum quotidianum non habeat perpetuitatem in sensu præfato, secus quæ pro substantia patrimonij reservatur, hæc secus prior illata hypothecatur locatori, ita Zoëf. apud cit. Michel *n. 11.*

