



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Tractatus Exegeticus Ad Librum III. Decretalium Gregorii
IX. Contractus in specie secundum rubricarum ordinem
exponens**

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

§. V. De Prioritate Creditorum.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-63816](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-63816)

quam principalem debitorem actione personali convenerit. *Auth. hoc si debitor C. de Pign. Nov. 4. cap. 2.* nisi possessor esset unus de hæredibus debitoris vel fidejussoris. In utraque duo probanda sunt actori I. quod res, quam persequitur, fuerit sibi à debitore oppignorata. II. Quod tempore Contractus fuerit in bonis debitoris. Plura de utraque hac actione tradunt Interpretes ad *d. §. 7. Inst. de Action.*

64. Cum actione Serviana concurrat, etiam interdictum *Salvianum*, quod datur ad adipiscendam possessionem pignoris, estque locatori multo utilius quam ipsa actio *Serviana* ob facilitatem probationem; in actione enim *Serviana*, utpote *petitorio* iudicio, non sufficit probare, rem fuisse oppignoratam, sed eandem extitisse tempore obligationis factæ in bonis debitoris, pignus enim rei alienæ non valet *l. 5. C. si alien. res pign.* In *Salviano* vero interdicto, utpote in quo non de jure, seu validi-

tate pignoris agitur, sed de sola possessione, sufficit, rem illatam tempore illationis à debitore fuisse possessam, & actorem esse creditorem ex causa locationis.

Quamquam verò interdictum *Salvianum* quoad probationis facilitatem utilius sit actione *Serviana*, in hac tamen rursus ab ista vincitur; quod actio *Serviana*, excusso prius debitore etiam contra tertium rei oppignoratæ possessorem detur, non etiam interdictum *Salvianum*. *l. 1. C. de Precar. §. Salvian. interd.* Putant quidem aliqui *b. l.* loqui duntaxat de interdicto *directo*, adeoque *utile* non excludere. Sed malè hi, nam, si actor utili interdicto experiri posset, actionis *Serviane* ibi insinuatæ nulla foret necessitas, imò actio *Serviana* omnino inutilis evaderet, nemo enim relicto interdicto ad difficilem probandi modum actionis *Serviane* descenderet.

§. V.

De Prioritate Creditorum.

SUMMARI A.

66. In concursu creditorum ad prioritatem attenditur quæ secundum 5. Classes ordinatur. 67. Omnibus creditoribus præferuntur rerum domini. 68. In prima Classe ponuntur creditores specialiter privilegiati, & qui illi? 69. In secunda hypothecarii speciali prerogativa muniti, qui similiter enumerantur. 70. Mulier præfertur omnibus creditoribus etiam hypothecam anteriorem expressam habentibus. 71. Contrarie Sententiæ fundamenta referuntur. 72. Quibus suo ordine satisfit. 73. Qui ulterius in hanc Classem privilegiatam referantur? 74. In tertia Classe sunt hypothecarii simplices, potiori tamen jure præ chirographariis gaudentes. 75. Quid de Usuris? 76. Quarto loco veniunt chirographarii personali privilegio muniti. 77. Ultimo demum loco reliqui creditores non privilegiati.

66 **E**ffectus pignoris speciali reflexione dignus est *Prioritas* sive *Jus Prælationis*, qua inter creditores, dum bona debitoris omnibus non sufficiunt, illa servatur subordinatio, ut hypothecarii chirographariis, & inter istos, qui potiori prærogativa gaudent, reliquis minus privilegiatis in Processu *Edictali* vulgò *Gand's Process* præponantur. Communiter autem ad regulandum concursum creditores in quinque *Classes* distribuuntur, in I. reponuntur illi creditores, qui ex speciali Privilegio creditoribus omnibus etiam anteriorem hypothecam habentibus præponuntur. In II. qui præter hypothecam etiam ex personali Privilegio jus prælationis habent. In III. qui simplicem, & ordinariam hypothecam habent. In IV. creditores chirographarii singulariter privilegiati, & demum V. chirographarii simplices, & promiscuum vulgus creditorum.

67 His tamen omnibus præferuntur illi, qui res suas actu existentes vindicant, quia dominium fortissima juris realis species est, reliquis speciebus juris omnibus potentior *l. 31. §. 1. ff. de posit. l. 1. C. de Privil. fisc. ex hoc titulo præfertur omnibus creditoribus mulier in dote l. 30. C. de Jur. dot. filiusfamilias in bonis castrensibus, & adventitiis, deponens, locans, commodans &c. venditor in re vendita, secuta quoque traditione, modo sibi aut dominium reservaverit, aut saltem fidem de pretio non habuerit. l. 5. §. 18. ff. de Tribut. act. §. 41. J. de R. D. vel si hypothecam sibi in illa re vendita reservaverit, vel in ipsa traditione l. 7. C. qui potior in pign. Gail. l. 2. observ. 21. aut si ad fidem de pretio habendam do-*

lo emptoris inductus fuerit. *l. 3. ff. de Pignorib. Gail. cit. lib. observ. 15. n. 8.* Item decimas extantes contra quemcunque possessorem vindicat Parochus *c. 28. §. 33. de Decim.* Hoc eminenti prælationis jure gaudere Ecclesias, Monasteria, aliâque pia loca in rebus sibi donatis, legatis, venditis cum aliis docuimus in *Dissert. præamb. num. 8.* Recensiti omnes jure separationis bona sua ante alios creditores recipiunt, modo in continenti jus suum liquidare possint; secus cum aliis creditoribus in termino edictali, salvo tamen jure suo, concurrunt, ne cum aliorum præjudicio processus longius differatur. Blumblacher in *Ordin. concurrent. credit. præmittend. 4. in fin.* Jam in qua classe quisque creditorum reponendus sit, breviter discutiamus.

I. CLASSIS CREDITORUM.

Credita specialiter privilegiata, quæ 68 creditores omnibus reliquis in concursu præferunt, sunt I. expensæ judiciales, & salaria curatoribus bonorum constituta (quod tamen intellige de illis salariis, vel expensis, quæ ad illum prioritatis processum factæ sunt, non verò aliunde debitæ *l. 8. ff. Deposit. accedente tamen judicis moderatione Nov. 82. cap. 7. §. 9.*) Ratio hujus privilegii est, quod commune omnium creditorum negotium geratur, qui sine administratione justitiæ, & ejusmodi sumptibus suum consequi minus possent, quapropter convenit, ut communibus quoque sumptibus expediatur. II. Impensæ funerum, & exequiarum *l. 14. §. 1. l. 45. ff. de Relig. §. sumpt. fun. l. 18. §. seq. l. 43. in fin. ff. eod.* Quidnam autem horum sumptuum nomi-

mine veniat, consuetudo singulorum locorum definit, ea quidem, quæ in corpore defuncti uti unquenta, pretium loci, ubi humatur &c. præstanda sunt, sub his sumptibus venire extra dubium est, quoad vestes verò lugubres usus locorum (ut dixi) attendendus erit, & ut ante omnia expensæ istæ moderatæ sint, & dignitati, facultatibusque defuncti convenientes. Menoch. de Arbitr. cent. 2. cas. 127. num. 12. III. His meritò accensentur impensæ in Medicos, Chirurgos, Pharmacopolas, item ratione testamenti, inventarii &c. factæ l. 4. C. de Petit. hered. l. 3. C. de Religios. & sumpt. Si quidem ex morbo fuerit defunctus, secus si convaluerit. Clar. D.D. Rath in proc. edit. assert. 34. quo etiam reducuntur, saltem de consuetudine, mercedes famulorum, & ministrorum, qui in ædibus domini morantur, ejusque pane fruuntur. Berlich. part. 1. conclus. 64. num. 78. saltem unius anni, ut in Bavaria, & hic Salisburgi practitari testis est D. D. Arnold. de Priorit. credit. class. 1. Opifices verò hoc nomine non veniunt, nec Advocati, quia non servili mercedis titulo salaria sua recipiunt. D. Rath. d. l. assert. 40.

II. CLASSIS CREDITORUM.

69 IN secunda classe reponuntur creditores hypothecarii, speciali juris privilegio, & prioritatis prærogativa muniti, quos inter primum locum sortitur fiscus ratione tributorum, collectarum, & præstationum publicarum, horum enim ideo potior habetur ratio, quod ejusmodi tributa nervus reipublicæ sint. l. 1. §. 20. ff. de Quest. l. 1. C. in quib. caus. l. 1. §. 2. C. si propter publ. præst.

Berlich. d. l. num. 105. Huc etiam refert Carpzovius tributa annua, census, decimas &c. non verò laudemia, quia non sunt pensio annua. In contractibus fiscus tacitam habet hypothecam in bonis alterius. l. 46. §. 3. ff. de Jur. fisc. jus verò prælationis non nisi in illis bonis, quæ debitor post contractum acquisivit l. 28. ff. d. t. D. D. Rath in 99. illustr. assert. 49. D. D. ab Arnold d. class. 2. pag. 45. num. 4. Post fiscum sequitur mulier, quæ ratione dotis in maritum translata omnibus creditoribus anteriorem hypothecam tacitam habentibus præfertur. §. 29. J. de Act. l. ult. §. 1. C. qui potior. in pign. l. un. §. 1. & seqq. ff. de rei Uxor. act. cap. 5. h. t.

Num verò mulier creditoribus anteriorem hypothecam expressam habentibus præferatur, adhuc in lite est. Nos cum Fachin. l. 3. cap. 99. Hunn. ad Treutl. vol. post. disp. 24. Thes. 7. quest. 43. Mynsing. cent. 4. observ. 13. Magnif. P. Schmier lib. 3. Tract. 2. c. 5. à n. 262. Clariff. P. Böckhn ad h. t. n. 28. Clar. D. D. Franz in Jurisprud. quintupl. quest. 13. num. 6. & seqq. Affirmare non dubitamus ex sequentibus fundamentis. I. ex l. 12. C. qui potior in pign. ubi Justinianus generaliter, & indefinite dicit, quod mulier habeat potiora jura contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati; atqui in sententia AA. non essent privilegiatæ contra omnes, sed paucos tantum, ut infra dicetur, præterquam, quod in jure non reperiatur distinctio inter creditores expressam, vel tacitam hypothecam habentes: ergò nec hic censetur Justinianus distinguere voluisse. Accedit in confirmationem

I. quod etiam verbum *hypotheca* generale sit, tam *expresse*, quam *tacite* conveniens §. 29. *J. de Act. l. 2. C. de Praetor. pign.* II. Imperator in *d. l. 12.* dicit, se mulieri tale dare privilegium praelationis in hypotheca, quale olim in personalibus actionibus habuit, atqui in illis omnibus olim creditoribus prioribus, & posterioribus praeferebatur. *l. 17. §. ult. l. 19. ff. de reb. auth. jud. possid. ergo.* II. Ratio concessi mulieribus privilegii fundatur in obsequiis marito praestitis, in periculo partus, procreatione liberorum, fragilitate, & aequitate, ut nimirum habeat, unde se alat; atqui haec ratio, & haec motiva tueatur mulierum etiam contra creditores hypothecam expressam habentes: ergo. III. In *Nov. 97. cap. 3. & Auth. quo jure C. qui potior in pign.* mulier praefertur creditori, cujus pecunia res empta, vel reparata est; atqui isti mutuantes, licet posteriores, praeferruntur aliis expressam anteriorem habentibus: ergo si istis mutantibus saltem posteriorem hypothecam habentibus mulier praefertur, tanto magis praelationem habebit praeter aliis creditoribus anteriorem expressam habentibus per vulgatum illud juris Brocardicon: *Si vinco vincen- tem te, multo magis vinco te.* IV. Si mulier tantum praeferreretur creditoribus anteriorem hypothecam *tacitam* habentibus, privilegium hoc nimis angustum, & ferme sterile foret, cum valde pauci sint, qui hypothecam *tacitam* habent, quod tamen non correspondet intentioni, & enixae voluntati Justiniani mulieres adjuvare volentis juxta *citat. l. 12. C. qui potior. in pign. §. 1. ibi: Quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno*

legis articulo consummavimus. V. Denique est, quod in dubio pro favore dotis respondendum sit. *cap. ult. de Sent. l. 29. & seq. C. de Jur. dot.* Ideoque inter fervidas DD. altercationes sententiam mulieribus faventem amplecti, & humanitati, & juris dispositioni conformius est.

Qui mulierum hic partes tenere re-77 nuunt, non tam allegant praxin, ut Gail. *l. 2. observ. 25. num. 10. D. D. de Arnold d. class. 1. num. 15. Richter de Priorit. cred. cap. 3. Sect. 1. num. 10. & seqq.* sed etiam in theoria contrariam sententiam melioribus niti fundamentis autumant, sic I. objiciunt. Fiscus & mulier aequiparantur *l. 2. C. de Privileg. fisci*, fiscus autem creditori anteriori expressam hypothecam habenti non praefertur *l. 4. §. 8. ff. qui potior. ergo nec mulier.* II. In *l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign.* uxor praefertur iis creditoribus, qui temporis privilegio sunt muniti, atqui privilegio temporis tantum illi creditores sunt muniti, qui habent hypothecas *tacitas*, nam qui habent expressas, habent hoc ex conventionione, & beneficio juris communis: ergo non his, sed illis tantum praefertur. III. Iniquum foret, ut creditoribus jus hypothecae, semel quaesitum propter hoc praecise auferatur, quod aliquis uxorem ducat *l. 11. §. 74. ff. de R. J.* IV. Princeps non potest privato jus suum auferre, aut deterius reddere, nam privilegia constitutionibus principalibus concessa ad alienam injuriam porrigi non oportet *l. 4. C. de emancipat. liber. l. 40. ff. de administ. tut.* V. Prior tempore potior est jure. VI. Provisio hominis tollit provisionem legis. VII. In *l. 29. C. de jur. dot.*

dot. expressè supponitur esse aliquos creditores habentes hypothecam, quibus mulier non præfertur; atqui non possunt assignari alii, quam qui anteriorem expressam habent.

72 Verum tamen producta argumenta tantæ roboris nobis esse non videntur, quin congruis responsionibus enervari possint, sicque mulierum jus inconcussum maneat. Ad I. igitur reponi potest, quod *d. l. 2. C. de Privil. fisci* hodie per *cit. l. 12. C. qui potior. in pign.* tanquam posteriorem abrogata sit. Deinde in *cit. l. 2.* non dicitur, quod mulier & fiscus pari passu ambulent, sed hoc tantum, quod si fiscus priorem hypothecam habeat, præferatur mulieri, & econtra, ex quo tamen non sequitur, privilegia mulieris competere fisco, & vicissim; alias pariter sequeretur, privilegia privati competere fisco, quia etiam in *d. l. 8.* dicitur, quod privatus anteriorem hypothecam habens præferatur fisco, & econtra fiscus priorem habens privato. Ad II. resp. Legem loqui de habentibus hypothecam anteriorem *expressam*, vel *tacitam*, adeoque prærogativam temporis, quæ temporis prærogativa expressè privilegium dicitur in *l. 10. ff. qui potior. in pign.* & ideo Justinianus non tantum dicit de privilegio munitis, sed de privilegio temporis.

Institas: Ideo in hypotheca Justinianus mulierem præferendam dicit, quia in personali actione privilegio prælationis utitur, sed in personali actione mulier non præfertur anterioribus creditoribus nisi privilegiatis, id est, iis, qui beneficio legis prærogativam habent: ergo nec in hypotheca præfertur aliis, nisi, qui beneficio legis hypothecam

habent. *Vers. cum etiam in personalibus.* Resp. hanc non esse adæquatam rationem concessi privilegii, sed imbecillitatem sexus, aliæque in *d. l. 12. §. 1.* relata. Deinde Justinianus ibi non adducit rationem concessi privilegii, sed vetus tantum cum novo à se tributo confert.

Ad III. respond. distinguendo propositionem: iniquum foret jus alteri *absolutè* quæsitum auferre, concedo, jus *conditionatè* quæsitum, nisi scilicet superveniat potentior hypotheca lege firmata, nego. Ad IV. hæc redit responsio, quod absurdi nil sit, si Princeps in hoc casu propter utilitatem publicam per legem universalem jus privato auferat, imò non aufert, quia *d. l. 12.* tantum de hypothecis futuris concepta fuit, non de præteritis. Ad V. dico, illud adagium, quod prior tempore sit potior jure, hanc limitationem pati, nisi concurrant, qui jure prælationis sunt donati. Ad VI. maximam illam tunc procedere, si lex tantum disposuit in subsidium dispositionis hominis, & de eadem re, de qua disposuit homo; secus si aliter, & præsertim ubi publicus favor ac utilitas vertitur. *arg. l. 55. ff. de Legat. 1.* Ad VII. respondetur negando, non posse assignari alios creditores, sunt enim hi imprimis fisco in causa primipili *l. 4. C. in quib. caus.* si nimirum ex mala administratione primipilus, vel centurio annonæ inter milites distribuendæ præfectus factus sit debitor fisco, non solum res suæ obligantur fisco, sed in defectum bonorum mariti etiam dos uxoris, quia respectu hujus causæ publicæ causæ dotis censetur *privata*.

Ad hanc Classem etiam referuntur 73 ii, qui in rem rescindendam, aut confer-

van-

vandam crediderunt, l. 5. § 6. ff. qui potior. in pign. Nov. 97. cap. 3. ratio redditur in d. l. 6. quia *salvam aliis fecerunt pignoris causam*, modo tamen pecuniam mutuatam (ut limitat D.D. Neumann de Puchholz in *Annotat. ad Zoës. Tit. qui potior. in pign. num. 41.*) eò etiam impensam fuisse creditores probaverint. Similiter huc pertinent pupilli & Minores (adduat aliqui etiam milites, & mulieres) quibus in re nummis suis empta, siquidem tutor, vel curator emerit, dominium & utilis vindicatio l. 3. C. arbitr. tut. l. 8. C. de R. V. sin alius, hypotheca privilegiata competit. l. 3. ff. de reb. eor. l. 7. ff. qui potior. in pign. Itidem hujus Classis sunt creditores habentes hypothecam publicam, vel quasi talem. l. 11. C. qui potior. in pign. dicitur autem hypotheca publica, quæ coram Notario, vel actis judicialibus per Scripturam solennem, sive instrumentum publicum est confecta d. l. 11. quasi publica illa audit, quæ quidem in Scriptura privata, trium tamen testium subscriptione munita, erigitur. d. l. Quo ordine verò hujus Classis creditores, si concurrant, quoad prioritatis prærogativam collocandi sint, declarat laudatus D. D. Neuman loc. cit. num. 46.

III. CLASSIS CREDITORUM.

74 **P**ost recensitos hypothecarios specialiter privilegiatos veniunt illi, qui vel sua, vel legis provisione hypothecam habent simplicem absque privilegio. Circa hos procedit Regula, *qui prior tempore, potior est jure* l. 5. § 3. seqq. l. 10. § 11. ff. qui potior. in pign. adeò quidem, ut, qui vel hora, aut momento prior hypothecam acquisivit, po-

steriori præferatur. Gail. lib. 2. observ. 25. n. 3. Nec interest, an res specialiter, sive generaliter obligata sit. l. 2. ff. l. 6. C. d. t. an pure, vel sub conditione aut in diem l. 9. l. 11. §. 1. § l. 12. §. 2. ff. qui potior. in pign. an tradita sit, vel non. d. l. 12. an hypotheca tacita fuerit, vel expressa, in his omnibus creditoribus observatur prioritas temporis, & hæc ex illo æquitatis naturalis principio, quod jus pignoris creditori semel quæsitum facto debitoris auferri non debeat. l. 15. C. de Pignor.

Et hæc quidem circa principale debitum fortis ita procedunt, *usura* verò licet quidem jure comuni eodem prioritatis privilegio gaudeant. l. 18. ff. qui potior. Aliter tamen de Jure Bavarico, & Salisburgensi obtinet, ubi unius duntaxat anni usuræ ante processum Edictalem debita hoc Privilegio fruuntur, durante verò processu sistuntur, quia scilicet debitori tunc mora imputari non potest. Arg. l. 21. ff. de Usur. Currunt tamen de Jure Bavarico. Vid. D. D. de Arnold. cit. tract. Class. 3. num. 10. Regula de Prioritate temporis superius tradita variis limitationibus restringitur, quas passim interpretes, & qui ex professo de concursu & Prioritate Creditorum scripserunt, exhibent, ad quos subinde pro re nata recurrendum erit.

IV. CLASSIS CREDITORUM.

76 **H**ypothecarios istos excipiunt creditores chirographarii, qui personali privilegio contra chirographarios simplices muniti sunt. l. 9. C. qui potior. in pign. ubi non ratio temporis, sed causa debiti respicitur, quæ si æqualis est, æqualiter concurrunt l. 32. ff. de reb. ant. jud. possid. tale personale pri-

vilegium habet I. deponens, cujus res deposita non amplius extat. *l. 24. §. 2. ff. de reb. auth. jud.* vi cujus omnes quidem hypothecarios sequitur, chirographarios verò præcedit. II. Is, qui pecuniam mutuam nominatim ad certam rem emendam dedit. *l. 26. §. 34. ff. d. t.* III. Hoc privilegio personali gaudent Ecclesiæ in bonis debitorum suorum, republicæ *l. 38. §. 1. ff. d. t.* pupillus ratione pecuniæ suæ creditæ, *l. 23. ff. d. t.* sponsa, quæ dedit dotem, nuptiis non secutis, pro ejus repetitione hoc Privilegio utitur. *l. 17. §. fin. ff. d. t. l. 74. ff. de J. D.* Nota hoc Privilegium personale, cum vergat in præjudicium tertii, sine expressa lege ad alios extendendum non esse *l. 14. ff. de LL. D. D. de Arnold. pag. 38.*

V. CLASSIS CREDITORUM.

IN hanc Classsem rejiciuntur chirographarii simplices, reliquique debitorum *Current-Glaubiger.* Hi in residuis debitoris facultatibus (si quid adhuc superest) æqualiter pro rata debiti, nullo temporis habito respectu, Geometrica proportione admittuntur. *l. 6. C. de bon. auth. jud. possid.* Ratio autem, cur prioritas temporis nec in istis, nec in personaliter privilegiatis creditoribus obtineat, sequens assignatur, quod Privilegium Prioritatis procedit ex jure *positivo*, consequenter ultra non extendendum, jus autem tantum concessit hoc privilegium *hypothecariis. V. l. 17. ff. cit. tit. & Brunnem. ibidem num. 3.*

§. VI.

Quomodo Pignus dissolvatur?

SUMMARI A.

78. Solvitur Pignus solutione debiti vel ab ipso debitore, vel alio ejus nomine facta. 79. Etiam remissione expressa vel tacita. 80. Reddito instrumento pignoris non ipsum debitum remissum esse censetur. 81. Creditor sciens rem oppignoratam à debitore distrabi, & non contradicens, regulariter non præsumitur pignus remississe. 82. Pignus etiam solvitur satisfactione. 83. Totali rei oppignoratæ interitu. 84. Vel si tantum ex fructibus perceptum est, quod ipsum debitum adæquat. 85. Quæ alia cautiones in jure locum habeant?
- 78 **P**ignus variis modis solvitur, I. solutione debiti *l. 6. ff. quib. mod. pign. l. 9. §. 3. ff. de Pignerat. act.* Potest autem & alius loco debitoris solvere *l. 39. ff. de Negot. gest. l. 53. ff. de Pignor.* & quidem vel immediate ipsi creditori, vel alteri ejus nomine & voluntate, puta ei, cui creditor hæres existit, vel procuratori ejus, aut servo exigendis pecuniis præposito *l. 11. §. 5. ff. de Pignerat. act.* Et, quoniam oblatæ, & obsignatæ pecuniæ depositio in loco publico vim solutionis habet *l. 1. C. qui potior. in pign.* eadem etiam juvari poterit debitor *l. 10. §. ult. C. de Pigner. act. l. 9. C. de Solut.* & tunc creditor vel actione *pigneratitia* vel *rei vindicatione*, ut pignus restituat, conveniri poterit *d. l. 10.*
- II. Solvitur pignus remissione eaque
(H h) vel