



UNIVERSITÄTS-  
BIBLIOTHEK  
PADERBORN

## **Consilia Seu Responsa Juris**

**Schmalzgrueber, Franz**

**Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL**

Cons. LXXIV. Prælationis intuitu Privilegiati Debiti ex Literis Cambialibus in  
concursu Creditorum.

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72287](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-72287)

## CONSILIUM LXXIV.

In Causa Concurrentium Creditorum  
contra Debitorem obaratum.

## SUMMARIUM.

1. Facti Species.
2. seqq. Creditor ex Literis Cambialibus præferatur aliis Chirographariis.
9. Rationes dubitandi.
10. Pecuniam sine usuris credentes gaudent Privilegio personali inter Creditores.
11. Inter eos, qui ex variis Titulis sunt privilegiati, præferatur is, cui Lex magis favorabilem Causam dedit.
12. Statuta loci extra Territorium extendi non debent.
13. 14. Scriptura suspecta, vel qua contrarietatem continet, non probat.

## FACTI SPECIES.

1.



Enantius, Officialis apud certum quendam Dynastam, optimæ fidei homo antehac habebatur, cui proinde, intuitu insignium Bonorum immobilium, quæ possidebat, à diversis diversæ, eaque satis magnæ pecuniæ Summæ subministratæ fuerunt. Sed revera Decoctor fuit: debita, quæ contraxit, ascendunt ad Summam ferè 50000. fl. tantum non habet in facultatibus suis. Cum ergo Creditores adverterent illum facultatibus labi, & indies augere debita, detulerunt ipsum ad Judicem, à quo proin contra ipsum decretus est Concurfus Creditorum. Inter hos duo sunt, qui à Venantio habent Literas Cambiales, unus pro 1000. fl. alter, isque Hebræus, pro 4250. fl.]

## QUÆRITUR.

In qua Classe Creditorum concurrentium poni debeant duo isti, de quibus agit Facti Species?

2. Prænotanda.

Responzionem ad hanc Quæstionem facilitabit Resolutio Dubii, an, & in quantum privilegiati sint Creditores ex Literis Cambialibus, concurrentes cum aliis Creditoribus? Doctores in duas diversas Sententias abeunt. Aliqui

cum Berlich. p. 1. concl. 64. n. 14. Beuth. tract. de Jur. Prælation. p. 1. c. 32. per tot. Perneder. ad l. 3. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. Marquardi de Mercat. & commerc. l. 2. c. 12. n. 65.

ejusmodi Creditores ex Literis Cambialibus omnibus aliis, etiam Hypothecariis, Creditoribus præferunt, nisi textibus

*l. si hominem. 7. §. quotiens. 2. & §. fin. item l. quod privilegium. 8. ff. deposit.*

Verùm hæc Sententia, ut notat Stryck. de Cautel. Contract. sect. 3. c. 5. §. 20.

non est ubique recepta, & Lubecæ contrarium pronuntiatum esse refert ipse Marquardi *l. cit. n. 66.*

Alii contra volunt, eos quidem ponendos esse post Creditores Hypothecarios, qui ex Instrumento publico, vel privato etiam Jus reale habent, anteponendos autem Creditoribus Chirographariis, adeoque attribunt illis Privilegium personale.

Ita Stryck. §. 20. cit. Müller. ad Struv. Exerc. 25. thes. 45. lit. 7. not. 1. Philoparch. Kluger Beamte tom. 4. tit. 24. §. 10. Allegant pro se Textum *l. si venis. 24. §. in bonis. 2. ff. de reb. auth. Jud. possid.*

Mediam inter has duas Sententiam tenet Olymp. Prompt. Jur. §. Cambium. n. 13. ubi distinguit inter Casum, quo illa ipsa pecunia, ac moneta, quæ Cambio data est, adhuc in facultatibus Debitoris reperitur; & inter Casum, quo illa non amplius reperta fuerit. Si reperta adhuc fuerit in facultatibus Debitoris (quod forsitan rarius accidit, cum Debitor, qui solvendo non est, valde opus habeat argento) Creditores ex Cambio, pecuniam, vel sumptus, sibi adjudicatos, in concursu repetentes, hoc nomine omnibus præferri vult, cum fieri vix possit, ut non in dolo versetur accipiens Cambio pecuniam, cum jam solvendo non esset. Proinde pecuniæ Dominium in eum non transfertur; quia dolus causam & negotium illud penitus irritum reddit,

*l. si quasi. 3. ff. de pignorat. act.*

Consequenter Creditor talem pecuniam, tantam

A a a a 3

quam

- quam rem suam, potest repetere, & prohibere, ne debitor illam expendat.
5. Quodsi verò pecunia Cambio data apud Debitorem non amplius extet, allegatus Olympius n. 13. cit. cum Carpz. p. 3. *Illustr. Decis. 280. n. 6. 10. & 12.* ait, tutò Creditorem, qui pecuniam à se datam repetit, inter personaliter privilegiatos in Concurſu Creditorum referri. Neque obest, quòd de hoc Privilegio nulla Lex satis aperta extet, quia,  
 ut ait Carpz. l. 2. *Resp. 92. n. 13.* de Cambio non nisi ex æquo, & bono, relictis apicibus Juris, est judicandum  
*L. si fidejussor. 29. §. quadam. 4. ff. mandat.*  
 propter fidem bonam, quæ in eo debet exuberare. Consentiant  
 Salycet. in l. 6. *C. de non num. pec. n. 7.* Ant. Faber. *Cod. l. 4. tit. 27. def. 3. n. 2.* Beneven. Strach. *de Decoctor. tit. quom. in caus. Mercat. proced. n. 1. & seqq.*
6. Confirmatur hæc Sententia etiam ex eo, quia Cambium reale, seu Literæ Cambiales, ut cum aliis testis est Joann. Grott. *lib. 2. conf. 190. n. 21.* multum privilegiatæ sunt; nam de Jure habent executionem paratam, atque celerissimam,  
 ut ait Berojus *conf. 33. n. 12.* Honded. *conf. 29. n. 7. vol. 2.* Lincker. *vol. 2. Conf. Altorff. 66. n. 2.*
2. Habent hæc Literæ effectum Sententiæ, & rei judicatæ,  
 ut arguunt Bart. & Doctores *ad Leg. nam posteaquam. 9. §. si is, qui temporaria. 3. ff. de Jurejur.*
- Imò 3. Ex consuetudine Literæ istæ habent effectum pleniorum, quàm ipsa Sententia; quia post lapsum trium dierum à tempore, quo fuerunt recognitæ, fieri potest Executio realis, & personalis: secus autem in ipsa Sententia, in qua condemnatio datur tempus quadrimestre.  
*L. fin. C. de Usur. rei judic. Grott. conf. 190. cit. n. 25. & seqq. Marquard. l. cit. n. 61.*
7. Subsumitur: Atqui juxta multorum Jctorum opinionem, omnibus illis Creditoribus, qui ante Subhastationem super debita in Judicio proposita Sententiam Judicalem obtinuerunt, atque ita rem judicatam pro se allegare possunt, eo ipso Privilegium personale competit, & sic illi Creditoribus Chirographariis anteferuntur.  
*Chur. Bayrischer Hand. Proceß tit. 2. art. 31. & ibi Dominus Baro Schmid. n. 29. Joan. Melon. de Concurf. Credit. fol. 119. n. 12. & seqq. ubi n. 14. allegat Hartm. Pract. obs. 11. 12. & 13. per totam.*  
 Imò, ut idem Dominus Baro Schmid. n. 11. ait, per solum Mandatum de solvendo impetratum Privilegium Prælationis personale præ reliquis Creditoribus Chirographariis

acquiritur, ex ratione, quia melioris conditionis sunt, qui sibi judicialiter vigilant, quàm qui Debitoribus suis convivent, & quod sibi debetur, spontè, & voluntariè negligunt. Proinde suæ negligentiae imputare reliqui Creditores debent, quòd non & ipsi sibi vigilaverint, cum Jura vigilantibus scripta sint.

Cum ergo Literæ Cambiales, ut *Num. 6.* dictum est, vim Rei Judicatæ habeant ex consuetudine passim introducta, iisdem ex identitate Rationis etiam Privilegium personale Prælationis ante Chirographarios negari non poterit. Neque obstat, quòd nullus allegari possit Juris Textus, ex quo Privilegium hoc, Literis Cambialibus concessum, efficaciter probari possit; nam ubi Jus positivum cessat, ibi æquitatis ratio in definiendis Controversiis dirigere debet, præsertim in Casu, ubi agitur de vi Literarum Cambialium, de quibus, ut *Num. 5.* dictum est, ex æquo, & bono, relictis apicibus Juris, est judicandum. Ex his ergo lumen afferetur pro Decisione Quæstionis principalis *Num. 1.* propositæ, & ad solvendas, quæ in Casu substrato, occurrunt Rationes dubitandi.

Et quidem, quòd Privilegiū Prælationis ante reliquos Chirographarios Creditoribus duobus, de quibus hic quæritur, nullum competat, vel saltem non utrique, aut uni præ altero, videtur probari 1. Quia in hoc Casu pecunia à Creditoribus non fuit deposita ad Cambium, ut alibi solvatur, sed, ut non obscure apparet, Mutuum inter partes contractum est, Creditoribus autem locò obligationis à Venantio traditæ sunt Literæ Cambiales. Igitur, si Creditori ex Mutuo nullum competit Privilegium personale, neque illud competit his duobus Creditoribus. 2. Quod si etiam competeret tale Privilegium amobus, non tamen uni præ altero; quia iis competeret ex una, eademque causa: & sic prioritas ex Regula *qui prior tempore, potior Jure*, locum habere nequit. 3. In Civitate, ubi Debitum hoc contractum est, contrarium observatur. 4. Videtur potius Creditori ad 1000. fl. præferendus alter, nempe Hebraus, quippe qui in secunda instantia exhibuit Scripturam privatam, manu Venantii exaratam, & quidem sub eodem dato, sub quo Cambiales Literæ constitutæ eidem sunt; in illa enim Scriptura ipsi Creditori constituta est Hypotheca omnium Bonorum: ut proinde ille non possit esse Creditor ex Cambio, sed magis Hypothecarius, atque adeò præferendus alteri Creditori. Sed neque inter Hypothecarios tutò ille referri poterit; nam 5. Privata illa Scriptura Literis Cambialibus, illi extraditis, è diametro opponitur, cum istæ solutionem positivè, illa sub conditione duntaxat, & ad tempus, quando Venantius statum mutaverit, & Matrimonium contraxerit, Hypothecam suspendat, & sub illa solutionem promittat. Cum ergo

8.

9.  
Rationes  
Dubitandi

go conditio hæc nondum impleta sit, Hypotheca, in Apocha data, effectum nondum acquisivit, ex communi doctrina, juxta quam, si Contractus sub conditione est celebratus, obligatio valida tum primum censeatur, quando conditio est impleta.

*L. qui balneum. 9. §. amplius. 1. ff. qui prior. in pign.* Hahn *ad Wesenb. ad dict. tit. n. 2.* Frantzk. *ibid. n. 20. & seqq.* & ita in praxi observari testatur Carpz. *p. 1. const. 28. def. 120.*

Est enim Pignus accessorium ad Debitum principale: & hinc, si conditio vel principali debito, vel Hypothecæ constitutioni adjecta sit, ante hanc conditionem impletam, sicut nec Pignus, ita nec Actio Hypothecaria competit.

Bachov. *de Pignor. l. 3. c. 13. n. 6.*

Paritas est cum casu, ubi dies principali debito, vel Hypothecæ est additus; nam ante diem statutam hac Actione regulariter rectè non agitur.

*L. solvitur. 5. §. si paciscatur. 1. ff. quib. mod. pign. vel Hypoth. solvit.* Bachov. *l. cit.*

IO. Dissolvun-  
mr. Ad hæc Argumenta commodè responderi potest, & quidem Ad 1. Non obstat hoc Creditoribus: non Hebræo; quia iste in Contractu hoc Cambiali nullas Usuras est stipulatus, nec etiam petit: unde locus est doctrinæ, quam tenent

Berlich. *p. 1. concl. 70. n. 14.* Richter. *de Privil. Credit. c. 5. n. 28.* Carpz. *p. 1. const. 28. def. 153. n. 2.*

ubi docent, Privilegium personale tribui etiam illis, qui pecuniam gratis, & sine Usuris crediderunt, & alias nullâ prærogativâ, vel Hypothecâ muniti sunt. Rationem dat Carpz. *l. cit.* quòd hoc concessum sit partim odio Usurarum, partim verò, ut homines eò magis ad Charitatem Christianam, & Mutuum gratuitum invitarentur.

Consentit Lauterb. *vol. 2. de Privil. Credit. thes. 39.*

Alter Creditor stipulatus quidem sibi Usuras est ad tempus faciendæ solutionis, sed post lapsum temporis conventi contra Literas Cambiales, à Venantio sibi datas, coram Notario, & Testibus debitam Protestationem interposuit, & more consueto in loco debito annotari fecit, sicque juxta prius dicta per vigilantiam pro Jure suo ejusmodi Prærogativam est consecutus, quæ illico executionem post se traxisset.

II. Ad 2. Quòd in casu, ubi plures, Privilegium personale habentes, concurrunt, omnibus pro rata secundum proportionem Geometricam solvendum sit, nullâ prioritatis habitâ ratione, patitur distractionem; videndum enim est, an omnes hi Creditores sint ejusdem conditionis, an verò non. Si omnes ejusdem sint Tituli, omnes pro rata admittuntur,

*L. si hominem. 7. §. si ff. de posit. l. si finita. 1. §. cum autem. 18. ff. de damn. infect.*

etiamsi diversitas temporis in illis fuerit; quia Privilegia hæc non æstimantur ex tempore, sed ex causa.

*L. privilegia. 32. ff. de reb. auth. jud. possid.*

Si autem diversi sint Tituli, tunc præfertur is, cui Lex specialiter, & nominatim magis favorabilem causam dedit, ut per Argumentum à sensu contrario colligitur ex dicta *l. 32.* ejusque verbis, *Et si ejusdem Tituli fuerint, concurrunt*: consequenter, si non fuerint ejusdem Tituli, non concurrunt, sed magis privilegiatus præfertur alteri minus privilegiato.

Berlich. *p. 1. concl. 70. n. 26. & seqq.* Hartm. *l. 2. obs. 111. n. 6.* Lauterb. *ad ff. tit. de reb. auth. Jud. possid. §. 59.*

Videtur autem Creditor pro 1000. fl. in casu substrato ex causa *Num. prac.* allegatâ habere specialem Titulum, atque adeò præferendus alteri Creditori Hebræo, nisi hic probet Titulum æquè privilegiatum; tunc enim ambo pro rata concurrunt cum illis, qui pro securitate crediti sui habent Scripturam privatam cum Privilegio personali, ex rationibus *Num. 4. & seqq. 4.* supra allegatis, & auctoritate Doctorum ibidem allegatorum & quibus consentiunt

Bachov. *ad Treutl. vol. 2. D. 24. thes. 7. lit. G.* Brunnem. *ad l. si hominem. cit. Ludovici Einleithung ad Processum n. 9.*

Ad 3. Non obest, quòd in Civitate A, contrarium observetur; nam Statuta loci extra Territorium extendi non debent, & minus alibi extra ditionem pro norma, vel regula servire possunt. Similiter non obest, quòd Leges *Num. prac.* allegatæ loquantur de Argentariis; nam,

ut Carpz. *p. 1. const. 28. def. 150.* notat,

communiter intelliguntur generaliter.

Ad 4. Privata illa Obligatio, & Constitutio Hypothecæ, à Creditore Hebræo producta, non est multæ considerationis; nam 1. De hac Scriptura nec in prima instantia, nec in Libello Appellationis ullam mentionem fecit, sed tantum allegavit Literas Cambiales, sibi à Venantio traditas post restitutas Obligationes omnes antè obtentas. 2. Scriptura hæc apparet esse omnino recens: quod præsumptionem facit, hanc Syngrapham esse primum Creditori huic à Venantio jam subhastato datam in fraudem reliquorum Creditorum cum ficta additione Data. 3. Suspicionem auget, quòd Creditor iste ultimo tempore valde familiariter egerit cum Debitore, utpote ab hoc hinc inde circumductus: atque hinc videtur illi imponendum Juramentum de dicenda Veritate. Imò

Ad 5. Hoc Juramento non videtur esse omnino opus, quippe cum Scriptura ista contrarietate suâ, quam habet cum Literis Cambialibus, seipsam evertat, Proinde magis

15  
Deciditur  
Quaestio.

magis reflexio facienda est ad Literas Cambiales tantum, quæ nullum huic Creditori præ altero Creditore cum ipso concurrente Jus Prælationis concedunt. Et sic ex hæcenus dictis ritè deducitur Resolutio præsentis Quaestionis.

DICENDUM ergo videtur 1. Quòd ambo hi Creditores habeant Privilegium personale, vi cuius juxta Num. 4. & quatuor sequentes in Concursu cum reliquis Creditoribus postponi quidem debent Creditoribus Hypothecariis, præferri autem Chirographariis; nam 2. Quòd Creditori Hebræo à Venantio constituta sit Hypotheca Generalis omnium Bonorum, non satis liquet tum ob suspicionem de fìctione Num. 13. explicitam, tum ob contrarietatem propositam

Num. 9. Argum. 5. quippe cum conditio sub qua constituta est, nondum impleta sit. Proinde 3. Nulla huic Creditori concedenda videtur Prærogativa præ altero cum ipso concurrente: imò hic posterior ex ratione Num. 10. allata videtur præferendus priori ob titulum magis privilegiatum. Si verò 4. Etiam iste causam æquè privilegiatam se habere probare possit; juxta Num. 11. in concursu, non attentà temporis prioritate ambobus fiat Solutio pro Rata, ita, ut utrique æquè, aut si bona Debitoris non sufficiant, secundum proportionem Geometricam in tantum satisfieri debeat, in quantum se extendunt facultates

Debitoris. Ita salvo meliore &c.

## CONSILIUM LXXV.

### In Causa Hæreditatis, & Transactionis super illa.

#### SUMMARIUM.

1. seqq. Facti Species.
4. Quaestiones examinanda.
5. 6. Rationes in utramque partem.
7. seqq. Deciditur Controversia.
11. Transactio non obligat, donec à transigentibus fuerit ratificata.
12. seqq. Movetur nova dubia.
16. Pacta novissima prioribus derogant.
17. Contra factum proprium in alterius præjudicium nemo venire potest.

18. Prioritas temporis sæpè non attenditur.
19. Standum est amicabili Compositione.
20. Opponuntur aliqua rationes.
21. Facta dubia in meliorem partem interpretari debemus.
22. Præsumptiones fortiores prævalent debilibus.
23. Compositionem fieri, & ratificari à partibus sunt Synonyma.

#### FACTI SPECIES.

I.



Itius moriens magnas post se Possessiones, sed longè majora reliquit debita: quippe quæ, ut postea ex facto legaliter Inventario patuit, pro tertia prope modum parte Massam Bonorum ab ipso possessorum superabant. Ex his Bonis quædam erant ligata Fideicommissi vinculo. Necessarii Hæredes Titii, cum viderent, quòd Creditoribus, saltem singulis ex Massa Hæreditaria satisfieri non posset, recusarunt adire Hæreditatem, utpote futuram sibi præjudiciosam, & damnosam. Hinc eandem Hæredibus Fideicommissariis obtulerunt, eo pacto, ut isti totam Massam tum Activorum, tum Passivorum Debitorum in se susciperent. Restitère hi diu, & tandem ex Motivo evitandæ ignominiosæ Subhastationis, & potissimum ex spe aliorum futuro-

rum emolumentorum consensere, sub certis tamen conditionibus, quas inter & illa fuit, ut omnes interessati ad exemplum ipsorum Fideicommissariorum aliquid de formatis à se prætensionibus remitterent.

Acceptarunt conditionem istam Hæredes necessarii, nec minus reliqui Collaterales, & quidem sine ulla restrictione, & limitatione. Reliqui verò Creditores, Hypothecarii præsertim antiquiores (utpote Subhastationis imminenti ignominiam suam non facientes, cum de familia Defuncti non essent) contribuere diu recusaverunt, donec tandem ex his Cajus consensit, seque super remissione Usurarum de præterito debitarum ad Protocollum declaravit. Secutus exemplum Caji est Mævius, sed cum Clausula, si, & in quantum Usuras sibi debitas remissurus sit Cajus. Reliqui Creditores remissioni annuerunt simpliciter. Atque ita Sempromius, unus ex Fideicommissariis Hæredibus per Transactionem in se suscepit totam Hæredita-