



Forum Ecclesiasticum

In Quo Jus Canonicum Universum, Librorum Ac Titulorum Ordine Per Quæstiones Et Responsa, Tam Canonistarum Veterum & Recentiorum, quàm Legistarum, in iis, quæ Utrique Juri, Canonico Et Civili Communia Sunt, Authoritate stabilita, Methodo clara & facili explanantur

Leuren, Peter

Moguntiae, 1719

Quæst. 478. Qualiter creditori hypothecario competat jus prælationis.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-73957](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-73957)

ditor ipse rem venditam evincere vellet, non sit audiendus, ad quam tamen evictionem tenebitur debitor; cum ei pecunia ab emptore soluta ad solutionem sui debiti proficiat Muller. *loc. cit. lit. v.* idem dicens de creditore, quod teneatur de evictione, si rem ut suam distraxit. A cuius onere si creditor omnino liber esse voluerit, probanda illi quinque; nimirum rem esse sibi obligatam. Se priorem omnibus aliis creditoribus. Se nihil fraude egisse. Licuisse sibi pignus distrahere. Se sese non obligasse nominatim ad evictionem. ita Muller. *loc. cit.* Denique si creditor secundum modum in legibus prescriptum vendidit, & pretium ad solutionem totius debiti insufficientem accepit, illud, quod accepit, debita quantitati deducit, de reliquo debitorem tenet devinctum. *l. 3. §. 5. §. seq. C. de distr. pign.* Muller. *loc. cit. th. 18. lit. C.* ubi etiam, quod hæc residui exactio locum habeat tam in pignore judiciali quam conventionali. Circa quod tamen notandum, quod si creditor, dum pignus venale exponendum, ipse potius illud in solutum habere velit, exactio residui, si quod est, locum non habet; cum hoc casu creditor Judicis æstimationem approbans, quasi transigisse, & pignus pro toto debito emptum habere voluisse censetur. Muller. *loc. cit.* cum Franzk. *ad tit. de distract. pignor. à num. 85.* Quod si autem illegitimo modo creditor pignus distraxerit distinguendum est. Vel enim non habuit potestatem distrahendi. V. g. si mora nondum à debitore commissa; & tunc juxta dicta alienatio est ipso jure nulla potestque debitor jure deminii rem suam vindicare. *l. 2. C. si venditor. pign. l. 8. C. de distr. pign.* Vel habuit potestatem alienandi, sed non vendidit bona fide, vel non adhibitis solennitatibus; & tunc, licet iniquum esset revocari alienationem, habet tamen debitor actionem non contra emptorem, sed contra creditorem, utpote qui fraudulenter egit, nisi tertius seu emptor istius fraudis fuerit particeps, qui propterea debitori offerenti pecuniam cum usuris, fundum cum fructibus, quanti fundus venit, restituere actione utili ex empto tenetur. *l. 1. §. 4. C. si venditor. pign.* ita Lauterbach. *loc. cit. §. 11.*

2. Et hæc quidem hucusque dicta de distractione pignoris conventionalis & taciti. Alius siquidem est modus distrahendi pignus judiciale. Distrahitur nimirum illud ab ipso Judice debitorem representante, postquam sententia ab eo lata, & hæc transit in rem judicatam, debitori conceduntur quatuor menses, intra quos satisfacere tenetur juxta *l. 2. §. 3. C. de usur. rei judic.* intra quod tempus solutione non facta, pignora capiuntur, & si adhuc intra duos menses debitor non solverit, publicè & sub hasta venduntur. Alia autem emptore non existente, vel existente quidem, sed pretium dignum non offerente, creditor ad licitationem admittitur. *l. 2. C. si in caus. jud. pign. capt.* vel in possessionem rei oppignorata mittitur. *l. 3. C. de execut. rei jud.* ac tandem auctoritate Principis creditori dominium addici solet. Et si ex pretio distracti pignoris aliquid superfit, seu pignus pluris constet, quam debeatur, superfluum seu ejus æstimatio debitori vel ejus creditori cum competente cautela offerendum & restituendum. *l. 3. in fin. §. l. 3. §. 4. C. de jur. dom. impetr.* ita ferè Lauterbach. *§. 12.* licet apud eundem testentur Franzk. *h. t. num. 38.* Bachov, & alii, modum hunc distrahendi pignus judiciale modernis moribus exsoleville, uti etiam ait Lauterbach.

tempora harum licitationum secundum diversitatem locorum variare.

Quest. 478. Qualiter creditori hypothecario competat jus prælationis?

1. **R**esp. Primò dum v. g. debitor ære alieno gravatus bonis cedit, vel ultra vires obligatus moritur, creditores hypothecarii seu habentes pignus in concursu aliorum creditorum præferuntur aliis creditoribus simplicibus, quales dicuntur, qui nulla hypotheca vel singulari privilegio ratione prælationis nituntur. Quò etiam spectant nudi Chirographarii, hoc est, solo Chirographo debitoris instructi. Eò quòd hi creditores simplices solum jus ad rem & actionem personalem habeant; hypothecarii verò jus in re seu in pignore, & ad rem oppignoratam consequendam actionem realem, quæ personali fortior & potentior est. *l. 9. C. qui pot. in pign.* Franzk. *ad eund. tit. num. 7.* Lauterbach. *ibid. §. 2.*

2. Resp. secundò: in concursu creditorum hypothecariorum ceteris paribus præfertur ille, qui prior est tempore juxta titam *Reg. 45. Jur. in 6.* qui prior est tempore, prior est jure. quæ, ut Muller. *ad ff. qui pot. in pign. th. 27.* ex Wefenbach. *ibid.* nusquam verior, quam in hac materia pignorum, & cujus æquitas in eo consistit, quòd pactio & postulatio posterior non potest tollere jus alteri in re ante quæsitum: vel quia pignus semel creditori quælitum factio debitoris deterius fieri nequit. *l. 15. C. de pignor.* Laym. *l. 3. trañt. 2. c. 11. num. 5.* Consideratur hæc prioritas, dum pluribus creditoribus diverso tempore constituta hypotheca, ad horam & momentum. Gail. *l. 2. obs. 25. num. 4.* Merlin. *de pign. l. 3. tit. 1. gn. 4.* Tufsch. *lit. P. concl. 465. num. 4.* Muller. *loc. cit.* Lauterbach. *h. t. §. 7.* Ut autem dicatur quis prior tempore, & hinc potior in pignore debent hæc duo concurrere necessariò simul; nimirum ut prius crediderit pecuniam, & prius acceperit hypothecam; ita ut, si Titius primo die mensis sine hypotheca credidit; Cajus verò secundo die credidit, & simul hypothecam accepit, hic prior & potior censetur Titio, dum is tertio die eandem hypothecam accepit. Et è contra, qui primo die pignus accepit ob futurum contractum, posterior est illo, qui secundo die pignus accepit & simul contraxit. *l. 11. §. 12. h. t.* Lauterbach. *§. 8.* modo tamen, ut Idem, principale negotium, cui pignus accessit, substiterit. Unde hoc ipsum *§. seq.* ita distinguit, ut, si negotium celebratum pure, prioritas statim ex eo tempore computetur, quò quis contraxit & pignus accepit; idemque juxta veriorum esse dicit, si celebratum in diem; cum tunc statim, etiam ante adventum diei contractus perfectus, & ex inde nata obligatio. Si verò contractus principalis celebratus sub conditione & hypotheca constituta, hæc tamen pendente conditione alteri obligata, sic subdistinguit, ut, si conditio adjecta contractui non sit in libera potestate debitoris, ut eam implere vel non implere possit, ita ut eo etiam invito impleri queat. V. g. Si navis ex India redierit: conditio retrotrahatur ad tempus contractus, & exinde prioritas computetur, ac si contractus ab initio jure celebratus fuisset juxta *l. 11. §. 1. ff. qui pot. in pign.* Unde si Titio certum fundum stipu-

stipulanti, is sub conditione sit promissus; quâ conditione pendente, idem fuerit Cajo pignori obligatus, pro Titio sit respondendum. Si verò conditio invito debitore impleri nequeat, non retrahatur, sed obligatio valida censetur non nisi ex tempore conditionis impletâ. Pro quo citat Hahn & Carpz. Quòd si creditores plures sint synchroni, seu pares tempore, eò quòd eodem tempore res eadem pluribus obligata sit, si obligatio facta omnibus in solidum (qualiter facta censetur, si pluribus eodem tempore separatim constitutum est pignus) singuli quidem in solidum contra debitorem vel extraneum possessorem habent actionem, sed, si inter ipsos quæstio moveretur, qui prior possessionem nactus est, alterum hypothecaria agentem repellit, cum in pari causâ melior sit causâ possidentis. Si verò pro parte solum singulis ratione quantitatis debita est obligata, quilibet pro eâ parte, pro qua obligatio constituta, agit etiam contra creditorem possidentem. *l. 10. ff. de pignor. Struv. in ff. qui pot. in pign. th. 31. Lauterb. §. 5. & 6.* De cætero procedit responsio: quod prior in tempore sit potior in pignore; quò ad omnes effectus, ac ita quò ad omne, quod debetur; adeoque non tantum in forte seu debito principali, sed etiam in expensis & fructibus, seu ultris licitis ex pignore perceptibilibus. *l. 18. in fin. ff. qui pot. in pign. Lauterb. in ff. eod. cit. §. 10. citans Mynf. l. 1. obs. 59.* Item procedit, siue hypothecarii sint ejusdem generis siue diversi *Struv. loc. cit. th. 28. & cujusvis sit generis pignus, siue tacitum, siue expressum; cum eadem quò ad hoc sit vis taciti & expressi pignoris, nec majorem vim habeat constitutio legis in constituendo pignore, quàm voluntas privata partium. Arg. l. 8. C. h. t. Franzk. eod. num. 30. Lauterb. Mynf. LL. cit. Sive prætorium, siue judiciale; siue testamentarium, siue conventionale. l. 2. 4. 8. C. qui pot. in pign. Berlich. l. 1. concl. 66. n. 2. Beyma. ad l. 10. ff. eod. Lauterb. cit. §. 10. & licet pignus prætorium, quod constituitur immisione creditoris in possessionem bonorum debitoris, de jure inter missos à prætore in possessionem nullus sit locus prælationis, etiam si diversis temporibus missi in possessionem. l. 15. §. 15. de damn. infect. usu tamen fori etiam in prætorio pignore, qui prior est tempore, etiam prior est jure. *Struv. loc. cit. th. 29. citatis Fabro & Gudelini.* Item perinde est, utrum prior habeat hypothecam specialem, an generalem. *l. 2. ff. qui pot. in pign. l. 6. C. eod. sic qui prius generalem hypothecam accepit omnium bonorum, præfertur iis, qui postmodum specialem hypothecam in iisdem bonis acceperunt, ita ut res singulas auferre & distrahere sit in ejus electione, etiam eas, in quibus postmodum alteri constituta hypotheca specialis, & etiam si cætera bona pro ejus debito sufficiant; cum ei invito hoc jus per specialis pignoris constitutionem auferri nequiverit. l. fin. ff. §. l. 8. C. de distr. pign. Merlin. de pignor. l. 4. tit. 1. quest. 19. & 21. Gail. l. 2. obs. 25. num. 3. & 4. Struv. ad ff. qui pot. in pign. th. 32. & ibid. Muller. Lauterb. §. 11. quamvis, si creditor habeat specialem & simul generalem hypothecam, prius specialem excutere debeat, præferat, si sibi ad satisfactionem sufficiat, antequam ad generalem procedat. l. 2. C. qui pot. Struv. Muller. loc. cit. Lit. β, uti nec creditor ille prior habens generalem hypothecam, si is certam rem elegerit, non potest præjudicare habentibus specialem hypothecam. Idem & Lauterb. LL. cit. item siue tempore prior pignus per**

R. P. Leur. Jur. Can. Lib. III.

traditionem obtineat, siue ei per nudam conventionem constitutum. In quo posteriore casu possessio avocatur à posteriore tempore rem sibi oppignoratam habente, & distrahitur. *l. 12. ff. h. t. Franzk. eod. num. 38. & 39. Lauterb. §. 12. qui tamen cum Scacc. de commerc. §. 2. Gl. 5. num. 438. addit, inter mercatores haberi potiorum, qui pignus possidet. Item procedit dicta regula, etiam si fiscus, qui ob contractum cum alio; V. g. cui mutuatus; pecuniam, in initum ab eo hypothecam generalem habet, concurrat cum alio cui eadem bona jam prius oppignorata, ita ut hic fisco posteriori præferatur, etiam in bonis acquisitis à debitore post obligationem cum fisco in initum, ut *Struv. in ff. qui pot. in pign. th. 30.* quamvis hoc posterius de bonis acquisitis post obligationem cum fisco in initum negent alii, & admittant solum de bonis acquisitis ante dictam obligationem. De quo vide *Muller. loc. cit.**

Quæst. 479. An & qualiter limitanda dicta regula: qui potior est tempore, potior est jure?

Resp. pignore posteriores tempore nihilominus præferuntur tempore prioribus, etiam expressam hypothecam habentibus ratione causæ seu debiti, ob quod constituta hypotheca. Primò fisco ob favorem Reipublicæ ejusque conservationem in bonis subditorum pro tributis etiam futuris quibuscunque, collectis, præstationibus pro republica faciendis, annona publica &c. ita etiam, ut vi hujus privilegiatæ anterioritatis pecuniam alteri creditori hypothecario solutam repetere possit juxta *l. 18. §. fin. ff. de jure fisci. Muller. ad Struv. in ff. h. t. th. 25. Lit. a. §. 6.* Secundò qui in militiam (per quam intelligitur functio, quâ quis navat operam Reipublicæ in rebus ad publicam salutem pertinentibus, varièque dividitur, ut videtur est apud *Muller. l. c. Lit. v.*) confulerunt & crediderunt aliquid juxta formam in *Novell. 97. c. 4.* præscriptam. *Struv. loc. cit. Lauterb. §. 13.* Tertiò qui dat pecuniam mutuam ad emendam aliquam rem ea lege, ut res illa sibi maneat specialiter oppignorata, præfertur aliis creditoribus anterioribus etiam in eadem re anteriores hypothecas habentibus juxta textum *l. 7. C. qui potior.* Quartò mulier habens tacitam hypothecam pro repetenda dote habet jus prælationis contra anteriores etiam expressas hypothecas aliorum creditorum; cum etiam Reipublicæ intersit, mulieribus dotes conservari. *l. 12. C. qui pot. in pign. Novell. 97. c. 3. ubi expressum decium, mulierem etiam creditori illi cujus pecuniâ res empta, qui tamen aliis creditoribus anteriorem hypothecam habentibus anteponitur, præferendam ex ea etiam ratione ut ait *Muller. loc. cit.* quòd causâ dotis non possit petere fidejussores. Et ita sentiunt *Mynf. l. 4. obs. 23. num. 4.* testans, hanc sententiam approbatam à Camera. *Treutl. vol. 2. d. 24. th. 7. Lit. β.* Et ibidem *Bachov.* pluresque alii citati à *Muller.* contrarium nimirum quòd non præferatur aliis habentibus hypothecam anteriorem expressam, tenentibus *Gail. l. 2. obs. 25. num. 10. Welsenbec ad ff. h. t. num. 3. Coler. in process. executorio. p. 1. c. 2. num. 289.* & pluribus aliis apud eundem *Muller.* qui tamen plures casus enumerat, in quibus mulier hoc privilegio prælationis ratione dotis non fruitur. uti etiam illud se non extendere asserit ad bona paraphernalia seu præter dotalia; adeoque nec ad donationem propter vel ante*