

1782, 4

4

DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA  
DE  
CONCVRSV HYPOTHECAE  
SPECIALIS ET GENERALIS

QVAM  
CONSENTIENTE  
ILLVSTRI IVRECONSULTORVM ORDINE  
PRAESIDE

D. IO. CHRISTOPHORO KOCH  
SEREN. HASSIAE LANDGR. A CONSILIIIS INTIMIS  
ACADEMIAE PROCANCELLARIO ANTECESS. IVR. PRIM.  
ET COM. PAL. CAES.

1795.

PRO  
GRADV DOCTORIS  
RITE ET LEGITIME OBTINENDO

DIE III. OCTOBR. C1800CCLXXXII.

H. L. Q. C.

PUBLICO PROCERVVM EXAMINI  
SVBMITTIT

AUCTOR

IOANNES GERARDVS BAYN  
MOENO - FRANCOVRTENSIS

G I E S S A E

apud IOANNEM IACOBVM BRAVN, acad. typogr.



*Perill. Nettelbladt  
mittet  
D. Koch*



DISSERTATIONES PUBLICE DEFENSURAE

CONCURSU HYPOTHECAE  
SPECIALE ET GENERALIS

INSTITUTI JURISPRUDENTIAE CAESARIS

DR. JOH. CHR. WILHELMI ROLLI

IN VITAE REGIAE OTTAVIANAE

IN VITAE REGIAE OTTAVIANAE



SACRI ROMANI IMPERII  
LIBERAE REIPUBLICAE MOENO-FRANCOFVRTENSIS  
SPLENDIDISSIMO AC AMPLISSIMO  
SENATVI  
VIRIS

PERILLVSTREBVS MAGNIFICIS GENEROSISSIMIS  
CONSVLTISSIMIS PRVDENTISSIMIS  
AC GRAVISSIMIS

DOMINIS  
PRAETORI  
CONSVLIBVS  
SCABINIS  
SYNDICIS  
SENATORIBVS

ET

NOVEM EX IISDEM  
AVGVSTISSIMI IMPERATORIS  
CONSILIARIIS ACTVALIBVS  
PATRIAE PATRIBVS SPECTATISSIMIS  
PATRONIS ET FAVTORIBVS  
SVMME VENERANDIS

HOC  
SPECIMEN INAUGURALE  
CVM  
SEMPITERNAE SALVTIS ET FORTVNAE  
VOTO

OBSERVANTISSIME

DAT DICAT DEDICAT

TANTORVM NOMINVM

CVLTOR PERPETVVS

IO. GERARDVS BAYN



DISSERTATIO IURIDICA INAUGVRALIS  
DE  
CONCVRSV HYPOTHECAE GENERALIS  
ET SPECIALIS.



§. I.

INSTITVTI RATIO

**Q**uamuis multa omnino & egregie & erudite  
de pragmatica materia *pignorum & hypothe-*  
*carum*, praeter *Commentatores ad Digestorum*  
*& Codicis* titulos, a REINHARDO BACHOVIO, IVLIO  
a BEYMA, HVGONE DONELLO, MERCVRIO MER-  
LINO, ANTONIO NEGVSANTIO, ERNESTO CHRIS-  
TIANO WESTPHALIO, IO. HENR. CHRISTIANO  
ERXLEBENIO aliisque, in *libris & tractatibus singu-*  
*lari-*



laribus dicta & scripta, imo quoque *differentiae pignoris generalis & specialis* a IO. NICOL. HERTIO 1) & IO. DIDER. HAKIO 2) in dissertationibus peculiaribus expositae sint, nec minus I. T. WORDENHOFFIVS 3) de *concurso & collisione utriusque hypothecae tum generalis tum specialis* disseruerit; mea tamen ex sententia thema de *concurso hypothecae generalis & specialis* nondum ab vlllo integre & plene est explicatum, vt omnia exhausta dici queant. Illud igitur thema frequentissimum in foro habens vsum, mihi valde arrisit, vt in specimine inaugurali, a me exhibendo, diligenter penitusque pertractarem.

- 1) Extat in *Commentatt. & Opusc. Hertianis* Vol. II. T. III. pag. 118. seqq. Citat quoque *Bibliotheca Lipeniana & ERXLEBENIVS* V. C. in *principiis de iure pignor. & hypoth.* p. 113. dissertationem quandam eiusdem argumenti a IO. PHIL. SCHÜTZIO, Giesae 1698. habitam, & ab *Hertiana* dissertatione diuersam. Sed vtraque eadem est dissertatio, & SCHÜTZIVS tantum fuit *Respondens*.
- 2) *Hakianae* dissertationis, *Groeningae* 1728. defensae, titulus hic est: *de iure pignorum, praecipue de vsu practico distinctionis hypothecae in generalem & specialem*. Frustra illam in *Bibliotheca Lipeniana & Supplemento Schortiano* quaeris. Caeterum leuidense quoque est scriptum, quo quilibet sine dispendio carere potest.
- 3) *Wordenhoffianam* dissertationem, *Vltraiekti ad Rhenum* 1752. habitam & *Statuto Hamburgensi* praeprimis dicatam, inseruit GERHARD OELRICHS *Thesaur. nouo dissertatt. iurid. selectiss.* Vol. I. p. 691. seqq.

SE-





SECTIO I.  
GENERALIA EXHIBET.

§. II.

PIGNUS ET HYPOTHECA.

Inter *pignus* & *hypothecam* nominis tantum sonum differre censet MARCIANVS I), & ita quoque est, si utraque vox *largius* accipitur. Verum, utraque voce *strictius* sumpta, in usu iuris omnino differunt. *Pignus* enim & *hypotheca* vel sumitur pro conuentione, vel pro re ipsa, vel pro ipsa rei obligatione s. nexu s. iure in re 2). Si illud: *pignus* est contractus realis, quo creditori in securitatem crediti res traditur, soluto debito in specie restituenda; *hypotheca* vero est pactum praetorium quod rem afficit sine traditione. Si istud: *pignus* est res creditori in securitatem tradita; *hypotheca* vero est res creditori quidem securitatis causa obligata, sed eidem non tradita. Si hoc: *pignus* est ius in re creditori tradita securitatis causa constitutum & acquisitum; *hypotheca* autem est ius in re creditori non tradita securitatis causa constitutum & acquisitum. Ceterum admonendi sumus, *pignus* etiam in rem immobilem, & *hypothecam* in rem mobilem omnino cadere, ideoque ex rei qualitate nullam inter *pignus* & *hypothecam* recte desumi posse differentiam; quamuis non desint, qui ipsum *pignus* ab *hypotheca* diuersum denuo distinguunt, & *pignus* in *strictissimo*





significatu acceptum appellant rem *mobilem* pignori traditam, ein *Faustpfand* 3). Ego, in hac dissertati-  
one de pignoris & hypothecae iure agens, utraque vo-  
ce in lato significato cum MARCIANO vtor, vt nomi-  
nis tantum sonus differat.

1) L. 5. §. 1. D. de pignor. & hypoth.

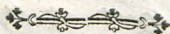
2) §. 4. I. quibus modis re contrah. oblig. l. 1. pr. l. 9. §. 2.  
D. de pignorat. act. L. 3. 4. & 13. D. de pignor. &  
hypoth. L. 1. §. fin. D. de pactis. L. 1. D. in quibus  
causis pign. L. 7. D. de distractione pignor. Reformatio  
Francofurt. P. 2. tit. 17. IVST. HENN. BOEHMERI *diss. de*  
*diuerso pignoris & hypothecae iure. In Exercitatt. ad*  
*Pand. T. III. p. 802. sqq. LAVTERBACHIVS in Coll. theor.*  
*pract. lib. XX. tit. 1. §. 2. sqq.*

3) §. 7. I. de action. l. 238. §. 2. D. de V. S. IOACH. de  
FRICCIUS *diss. de differentiis iur. Rom. & Germ. circa*  
*pignus in manus traditum. Kilon. 1733.*

### §. III.

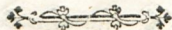
#### HYPOTHECA GENERALIS ET SPECIALIS.

Hypothecam ratione *obiecti* omnes quidem Iuris-  
consulti diuidunt in *generalem* s. *uniuersalem* & *specia-*  
*lem* s. *singularem* s. *particularem*; sed quoad *definitio-*  
*nem* & *diuisionem* inter se non conueniunt. Qui-  
dam 1) enim *bimembrem* tantum faciunt partitionem,  
& *generalem* hypothecam vocant, quae omnia 2) *de-*  
*bitoris bona praesentia & futura afficit*; *specialem* ve-  
ro,



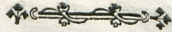
ro, quae ita non comparata est: siue haec in quota bonorum parte, siue in praesentibus, siue in futuris bonis tantum, siue in mobilibus & immobilibus tantum 3), siue in mobilibus rebus, siue in immobilibus tantum, siue in vna re vniuersali, siue pluribus rebus vniuersalibus, siue in vna re singulari, siue in pluribus rebus singularibus 4) constituta sit. Alii 5) contra ita diuisionem instituunt; vt hypothecam distribuunt in generalem & specialem, & illam iterum in generalem simpliciter s. in gradu excellentiori, & secundum quid s. in gradu remissiori talem. Secundum hanc diuisionem hypotheca specialis dicitur, quae in vna aliqua re singulari aut pluribus rebus singularibus consistit. Generalis simpliciter talis vocatur quae vniuersum alicuius patrimonium afficit. Generalis secundum quid talis appellatur, quae in parte quota bonorum, aut praesentibus vel futuris bonis tantum, aut in mobilibus & immobilibus rebus tantum 6), aut in mobilibus vel immobilibus rebus tantum, aut in vna re vniuersali vel pluribus rebus vniuersalibus constituitur.

Mihi quidem perinde est, quam diuisionem sequi velis, dummodo probe obserues, hypothecam generalem, quam dicere solemus, secundum quid talem aliquando in doctrina de concursu generalis & specialis hypothecae naturam specialis hypothecae induere, e. g. si quis bona sua generaliter & bibliothecam, aut tabernam, aut gregem specialiter obligauit; aliquando



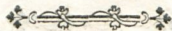
vero illam respectum *generalis* hypothecae habere, e. g. si quis *bibliothecam*, aut *tabernam*, aut *gregem generaliter*, & vnā alteramue rem *singularem* ex illis *specialiter* obligauit.

- 1) IVST. HENN. BOEHMERVS in *Introd. in ius Dig.* Lib. XX. Tit. I. §. 5. IO. AVG. HELLFELDIUS, Praeceptor meus aeternum venerandus, in *Iurisprud. forensi* §. 1079. sqq. Ernst Christian Westphal in dem Versuch vom Pfandrecht S. 86.
- 2) Attamen & in *generali* vniuersorum bonorum hypotheca quaedam, nisi nominatim comprehensa sint, excepta esse censentur, quae nimirum non est verisimile quemquam voluisse comprehendere & obligare, e. g. vestes necessariae, lectus & alia suppellectilia &c. L. 6. 7. 8. D. de pignor. L. I. C. quae res pignor. oblig. BACHOVIUS in tr. de pignor. lib. I. c. 7. HERTIVS c. I. c. 4. §. 8. In subsidium nihilominus & hae res sub *generali* hypotheca comprehenduntur, nisi aliis *specialiter* sint obligatae. SANDE in *Decis.* lib. III. tit. 12. def. 9. HVBERS in *Praelect. ad Pand.* lib. XX. tit. 4. §. 24. Hypotheca *generalis* & conuentione *expresse* limitari potest; de quo infra.
- 3) De hoc casu quaestio nulla est. Sed quaeritur: vtrum *generalis* sit hypotheca, vt nempe *nomina* quoque, *actiones* & *iura* comprehendantur, si *mobilium* & *immobilium* mentio facta, at hypotheca ad *sola mobilia* & *immobilia* *nominatim* & *expresse* restricta non sit? Distinguo casus: I. si quis *OMNIA* sua bona *mobilium* & *immobilium* obligauit, hypotheca est *generalis*, quae *vniuersum* patrimonium afficit. II. Si quis *simpliciter* & *indefinite* bona sua *mobilium* & *immobilia* obligauit, tunc hypotheca non extendenda est ad *nomina*, *actiones* & *iura*. Non tamen vnanimis



mis est in hac re Doctorum sententia. FABER in *Cod.* lib. 8. tit. 6. def. 19. BACHOV. c. 1. lib. 1. c. 6. n. 7. HERTIVS c. 1. c. 1. §. 4. STRYCK in *Caut. Contr.* S. 2. c. 4. §. 15. BERGER in O. 1. lib. 2. tit. 5. §. 9. n. 1. LEYSER spec. 26. m. 1. LVDOVICI in *diff. an species deroget generi*, c. 3. §. 5. sqq. CHRIST. HENR. BREVNINGII *diff. an res incorporeales comprehendantur sub hypotheca generali, in qua mobilium & immobilium tantum mentio facta.* Lips. 1773.

- 4) Sed quaeritur, quid intelligas per rem *uniuersalem* & *singularem*? Iurisconsulti his terminis frequentissime vtuntur, neglecta tamen eorum definitione, quia omnis definitio periculosa est. *Perill.* DAN. NETTELBLADTVS, egregius plerumque in definiendo artifex, in *System. elem. iurisprud. positivae* §. 37. & *ill.* LVD. IVL. FRID. HOEPFNERVS in HEINECCH *elementis iuris ciuil. secundum ordinem Institutionum limatis* §. 304. has formant notiones: *Singularis* res dicitur, quae non nisi unicum indiuiduum, siue vt Icti loqui solent, *vna species est.* *Uniuersalis* res s. *uniuersitas rerum* est, quae plures res *singulares* totum quoddam constituentes complectitur. Et *uniuersalis* res s. *uniuersitas rerum* iterum est vel *iuris*, quarum duae sunt *hereditas* & *peculium*, vel *facti* s. *hominis*, e. g. *taberna*, *bibliotheca*, *grex* &c. Sed quis non videt, rem *singularem* confundi cum *specie* s. *indiuiduo*? Nam res *uniuersalis* aut *singularis* in suo genere talis, est quoque in sua *specie* s. *indiuiduo* talis & vice versa; e. g. *hereditas* & *bibliotheca* in suo genere est res *uniuersalis*, & *hereditas Caii* & *bibliotheca Caii* est quoque res *uniuersalis*. *Pileus* est res *singularis*, & *pileus* quoque *Caii* est res *singularis*. Immo datur res *uniuersalis*, quae non tantum plures res *singulares* totum quoddam constituentes, sed quae etiam plures res *uniuersales* complectitur, e. g. *hereditas*,



ditas, quae plures vniuersitates rerum facti s. hominis complecti potest, e. g. hereditas non solum plures res singulares, sed & plures res vniuersales facti s. hominis complectitur. Mea ex sententia in definiendis rebus singularibus & vniuersalibus Iurisconsultum respicere oportet tria corporum genera, quorum POMPONIVS in L. 30. D. de usurpat. & vsucap. mentionem fecit. Res igitur singularis est, quae partes habet coniunctas, ideoque a) vel constat partibus vnitis s. quae habet corpus vnitum s. continuum; vt tignum, lapis & similia; vel quae b) constat partibus inter se cohaerentibus s. quae habet corpus conexum s. compositum; vt aedificium, nauis. Res vero vniuersalis s. vniuersitas rerum est, quae ex pluribus distinctibus & non cohaerentibus corporibus vni nomini subiectis, s. ex partibus actualibus non cohaerentibus, adeoque actu separatis, totum imaginarium s. ens per aggregationem constituentibus, constat, e. g. hereditas, grex, taberna, bibliotheca, &c. Et hanc vniuersitatem rerum ICTI denuo diuidunt in iuris vel facti s. hominis talem, prouti a legibus pro vniuerso quodam eum imprimis in effectum agnita est, vt in illa pretium succedat in locum rei & res in locum pretii, vel non.

- 5) BACHOVIVS c. l. lib. I. c. 5. HERTIVS c. l. c. I. §. 3. sqq. LAVTERBACHIVS c. l. §. 20. seqq. Praeter generalem & specialem hypothecam quidam & mixtam addere volunt; e. g. si quis obliget omnia & singula bona sua; quasi in hac formula generalis & specialis hypotheca simul comprehendatur. Sed rectius hanc tertiam speciem alii negant, eamque tantum pro generali hypotheca habent. HERTIVS c. l. c. 2. §. I. HAKIVS in cit. diff. c. 3. §. 6.
- 6) repete & hic not. 3.

§. IV.



## §. IV.

## CONCURSVS HYPOTHECARVM.

Transeo silentio reliquas diuisiones hypothecarum in *voluntarias & necessarias*; Voluntariarum in *conventionales*, & *testamentarias*; necessariarum in *legales* s. *tacitas*, *praetorias* & *iudiciales*. Porro in *publicas* & *privatas*. Denique in *qualificatas* s. *privilegiatas* & *simplices*. *Concurfus hypothecarum* generatim adest, si *plures hypothecae in eadem re constitutae sunt*; & perinde est, siue *idem tantum creditor in eadem re plures habeat hypothecas*, siue *plures creditores diuersi in eadem re hypothecis gaudeant*: siue concurrentes hypothecae *eiusdem sint generis*, siue *diuersi*, ideoque siue *conventionales*, siue *testamentariae*, siue *legales*, siue *publicae*, siue *privatae*, siue *privilegiatae*, siue *simplices*, siue *generales*, siue *speciales*.

## §. V.

REGVLAE GENERALES IN CONCURSV  
HYPOTHECARVM.

In conflictu hypothecarum hae, quae sequuntur, obseruandae sunt *regulae generales*, ex iisque praerogatiua vnus hypothecae prae altera definienda I).

I.) Hypotheca *qualificata* praefertur *simplici*, licet haec sit *tempore prior*.

II.) Inter hypothecas *qualificatas* potior est illa, quae *tempore prior est*; nisi vni alteriue lex dederit

B

priui-



priuilegium eminentius, vt aliis qualificatis hypothecis absque ratione temporis praeferri debeat.

III.) Hypotheca simplex publica 2) praefertur simplici priuatae, licet haec sit tempore prior.

IV.) Inter hypothecas simplices publicas potior est illa, quae tempore est prior.

V.) Inter hypothecas simplices priuatas potior est illa, quae tempore est prior.

Quid vero iuris sit, si concurrunt hypothecae, quarum praeferentia ex temporis ratione aestimanda venit, & utraque eodem tempore constituta est, aut temporis momentum, quo vel utraque, vel vna ex illis constituta est, ignoratur? non solum leges 3) determinarunt, sed & BACHOVIUS 4) & PVFENDORFVS 7) latius exposuerunt. (Pusius 5) Homanus 6)

1) tot. tit. D. & C. qui potior. in pignor. & Commentatores ad hos titulos. Consulendi quoque sunt Scriptores processus concursus creditorum. Praecipue laudandi sunt AVGVSTIN. de BALTHASAR in tr. de classificatione creditorum in concursu. Gryphiswaldiae 1767. 4. & Christian Gottlieb Gmelin in tr. die Ordnung der Gläubiger im Gantproceß; zweyte Ausgabe. Franckf. und Leipz. 1768. 8.

2) Quaeritur vero: vtrum hypotheca legalis s. tacita pro publica, an priuata, ratione ordinis sit habenda? Diuersa ratione quaestionem hanc decidunt Iurisconsulti. Alii pro priuata illam habent, alii pro publica. Alii publicam illam esse tunc aiunt, si negotium, cuius respectu leges



leges hypothecam tribuunt, in instrumentum publicum redactum est. Alii illam tunc *publicam* esse censent, si tam ipsum debitum, quam dies contracti debiti *plena* *fi-*  
*de* probari possit. vid. AVG. de LEYSER sp. 226. m. 1.  
 FRIDR. ESAIAS de PVFFENDORF in *Obs. iuris uniu.* T. 1. obf. 211. Jo. Ulrich von Cramer in den *Weslar.*  
*Nebensfunken.* p. 66. p. 138. *Responsa & Sentent. Facult. iurid. Erford.* T. 1. resp. 13. FERD. CHRISTOPH. HARP-  
 PRECHT in *diff. de pignore publico.* In eius *diff. acad.* Vol. 1. n. 27. IVST. HENN. BOEHMERVS in *diff. de prae-*  
*rogatiua hypothecarum publicarum.* In *Exercit. ad Pand.* Tom. III. p. 938. sqq. 10. AVG. HELLFELDIUS in *diff.*  
*de praerogatiua hypothecae publicae tacitae aequae ac expressae competente.* In *Eius Opusculis* p. 190. sqq.  
 10. HENK. SATOR *diff. de pignorum praerogatiua genera-*  
*tum & speciatim de pignore publico, pignori legali non indistincte anteposendo.* Erford. 1772. FRID. XAVER  
 SCHMIDT *diff. de hypothecarum legalium praerogatiua.* Altorf 1773. Eadem quaestio mouetur circa pignora *praeto-*  
*ria & iudicialia.* vid. MEVIUS P. VIII. dec. 447. BERGERVS in *Elest. Discept. for.* tit. 48. obf. 11. n. 3. LEYSERVS  
 sp. 476. m. 7. Gmelin c. 1. cap. 4. §. 14.

- 3) L. 10. L. 16. §. 8. D. de *pignor. Reformat. Francofurt.* P. 2. tit. 20. §. 6.
- 4) in *tr. de pignor.* lib. 4. c. 5. §. 1. n. 5.
- 5) cit. 1. lib. XX. tit. 4. §. 29.
- 6) *diff. de prioritare ac posterioritate temporis dubia ac incerta.* Halae 1683.
- 7) in *Obs. iur. uniu.* T. IV. obf. 114.



## §. VI.

CONCURSVS HYPOTHECAE GENERALIS  
ET SPECIALIS.

Sed aliquando illae a me praepositae *regulae generales*, in concursu hypothecarum officium suum quodammodo perdunt; tunc nimirum, si hypotheca *generalis & specialis* concurrat. Quomodo vero hoc fit intelligendum, & quid in *concurso* hypothecae *generalis & specialis* obtineat? nunc curatius inuestigabimus, omnes & singulos casus enucleaturi.

## §. VII.

CONCURSVS EIVSMODI GENERATIM  
DVPLEX EST.

Conkursus hypothecae *generalis & specialis* duplici *generatim* casu se exferit. Vel enim *duo* creditores concurrentes habent hypothecas *generales & speciales*, vel *vnus* adest creditor, qui *utramque* hypothecam concurrentem habet. Illum casum Sect. II, hunc Sect. III. pertractabimus.

## §. VIII.

QVAENAM PERSONAE OB EIVSMODI CONCURSVM  
IN CONTENTIONEM VENIRE POSSINT.

Diligenter quoque generatim notandum est, multum referre, vtrum in concursu hypothecae *generalis & specialis* creditor hypothecarius cum alio *eiusdem* debitoris creditore hypothecario: an creditor cum ipso debitore *eiusue herede*: an vero creditor cum *tertio possessore* 1), qui rem alteri obligatam pignori suo nomine, ani-

, ergo

ad Pag. 13

ue generis, igitur vterque tam  
m.

vel III.  
Verte

vel eiu  
vter

vel non

ne *successive*  
i. gen onate.

1. vnus *coniunctim* f. pure, al-  
ter *successive* f. *conditionate*.

I  
cialem

1. *primus* creditor  
*successive* f. condi-  
tionate & *secundus*  
*coniunctim*.

1. *primus* *coniunctim*  
& *secundus* *successive*.

1. *generalem* 1. *specialem*.

1. *generalem* 1. *specialem*.

EO

II

8

9

vel I. vterque saltim *unius* generis, & quidem

vel II. vterque *utriusque* generis, igitur vterque tam  
*specialem* quam *generalem*.

vel III.  
Verte

vel *eiusdem*, nempe  
vterque *solam*

I. *diuersi* generis,  
igitur vnus *specialem* alter  
*generalem*, & quidem

vel vterque *utramque*  
coniunctim f. pure.

vel non

I. *generalem*.

I. *specialem*, sc.  
in *iiisdem* rebus:  
alias enim non  
adesset concur-  
sus.

I. *primus* cre-  
ditor habet  
*generalem*, &  
secundus *spe-*  
*cialem*.

I. *primus spe-*  
*cialem* & *se-*  
*cundus gene-*  
*ralem* habet.

5

vel vterque *successive*  
f. *conditionate*.

I. vnus *coniunctim* f. *pure*, al-  
ter *successive* f. *conditionate*.

vel *generalem*

vel *specialem*

I. *primus* creditor  
*successive* f. *condi-*  
*tionate* & *secundus*  
coniunctim.

I. *primus* coniunctim  
& *secundus* *successive*.

6

I. *generalem*

8

I. *specialem*,

9

I. *generalem*

10

I. *specialem*.

11

vel III. vnus creditor *vtriusque* generis hypothecam habet, alter *vnus* tantum generis, & *hic* quidem

vel <i>solam</i> generalem		I. <i>secundus</i>		vel in <i>isdem</i> rebus				I. <i>secundus</i>				vel in <i>diuersis</i>							
I. is creditor <i>primus</i> est				I. <i>primus</i> creditor est qui <i>solam</i> specialem habet.		I. <i>secundus</i> creditor <i>vttramque</i> hypothecam <i>coniunctim</i> f. <i>pure</i> habet.		I. <i>primus</i> qui <i>vtriusque</i> generis hypothe- ca gaudet, <i>coniunctim</i> f. <i>pure</i> <i>vttram-</i> que habet.		I. <i>secundus</i> creditor <i>vt-</i> tramque hypo- thecam <i>coniunctim</i> f. <i>pure</i> ha- bet.		I. <i>primus</i> creditor est, qui <i>solam</i> specialem ha- bet.		I. <i>secundus</i> creditor <i>vt-</i> tramque hypo- thecam <i>coniunctim</i> f. <i>pure</i> ha- bet.		I. <i>primus</i> qui <i>vtroque</i> hypo- theca gau- det, illam <i>coniunctim</i> & <i>pure</i> habet.		I. <i>secundus</i> I. <i>non</i>	
1. <i>secundus</i> , qui <i>vtriusque</i> gene- nis hypothe- ca gaudet, <i>coniun-</i> ctim f. <i>pure</i> <i>vt-</i> tramque habet.	1. <i>generalem</i> aut <i>specialem</i> tantum <i>suc-</i> cessive f. <i>con-</i> ditionate.	1. <i>primus</i> , qui <i>vtriusque</i> gene- ris hypothe- ca gaudet, <i>coniun-</i> ctim f. <i>pure</i> <i>vt-</i> tramque habet.	non	1. ge- nera- lem fuc- ue.	1. spe- cia- lem fuc- ue.	1. ge- nera- lem fuc- ue.	1. spe- cia- lem fuc- ue.	1. ge- nera- lem fuc- ue.	1. spe- cia- lem fuc- ue.	1. ge- nera- lem fuc- ue.	1. spe- cia- lem fuc- ue.	1. <i>secundus</i> creditor <i>vt-</i> tramque hypo- thecam <i>coniunctim</i> f. <i>pure</i> ha- bet.	1. <i>secundus</i> creditor <i>vt-</i> tramque hypo- thecam <i>coniunctim</i> f. <i>pure</i> ha- bet.	1. <i>primus</i> qui <i>vtroque</i> hypo- theca gau- det, illam <i>coniunctim</i> & <i>pure</i> habet.	1. <i>non</i>	1. ge- nera- lem fuc- ue.	1. spe- cia- lem fuc- ue.	1. ge- nera- lem fuc- ue.	1. spe- cia- lem fuc- ue.
12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28			

generis, & hic quidem

III  
22V

I. *solam* specialem

I. is c

vel in diuersis

I. *secundus*  
vtriusque  
neris hyp  
gaudet, c. spe  
llem s. pta  
tramque lem  
fuc  
I2 cessi  
ue.  
22

I. *primus* creditor est,  
qui *solam* specialem ha  
bet.

I. *secundus* creditor v  
tramque hy  
pothecam  
coniunllim  
f. pure ha  
bet.  
23

I. non  
I. ge- I. spe  
I. ge- I. spe  
nera- cia  
lem lem  
fuc- fuc-  
cessi- cessi-  
ue. ue.  
24 25

I. *secundus*

I. *primus* qui  
vtraque hy  
potheca gau  
det, illam con  
iunllim &  
pure habet.  
26

I. non  
I. ge- I. spe  
nera- cialem  
lem fuc-  
fuc- cessi-  
ue. ue.  
27 28

animo & affectione sibi habendi possidet, controuersiam habeat.

1) aut *tertii possessoris creditore hypothecario*, quippe qui iure utitur *debitoris sui*, tanquam eius *procurator* illiusque imaginem referens. l. 7. §. 2. C. de *praescript. 30. annor.* MEVIVS VIII. 396. n. 4.

## SECTIO II.

DE

### CONCVRSV HYPOTHECAE GENERALIS ET SPECIALIS DVORVM CREDITORVM.

#### §. IX.

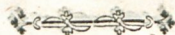
ENVMERATIO COMPLETA CASVVM SPECIALIVM  
SI DVO CREDITORES HABENT CONCVRRENTES  
HYPOTHECAS GENERALES AVT  
SPECIALES.

Delineauimus in tabulis adiectis omnes & singulos casus, ad quorum resolutionem nunc nos accingimus. Hoc autem obserues rogo, in *hac Sectione* vnice de *iure creditorum inter se* agi. Nam si *vnus* ex *duobus* creditoribus cum *ipso debitore eiusue herede*, aut *tertio possessore* in controuersiam incidit, idem est, ac si *vnus* tantum creditor adest, de quo casu in Sect. III. agemus.

#### §. X.

CASVS PRIMVS.

Si vterque creditor *solam generalem* habet hypothecam; tunc ille creditor, qui secundum ea, quae  
in



in §. V. dicta sunt, *potior* in hypotheca habetur, si ne dubio praefertur creditori *secundo*, itidem *solum generalem* hypothecam habenti, in *omnibus & singularibus* bonis, ita ut electionem habeat, ex quam re sibi commodius satisfieri possit 1); immo post electionem, quamdiu ipsi debita nondum fuerit soluta quantitas, variare adhuc ipsi licet: etiam si in pignore, quod elegit, persequendo negligentius versatus sit 2). Creditor quoque, qui in pignore *generali* *potior* est, praefertur alteri non solum in bonis *ante*, sed & *post* obligationem *posteriolem* adquisitis 3); nisi *secundus* creditor in bonis *post utramque* obligationem adquisitis *potior* sit 4): suppono tamen hypothecas *generales illimitatas*: nam si ex pignore *generali prioris* aut *posteriolem* creditoris vel ab initio vel postea, per conventionem cum *debitore* aut *concreditore* *quaedam bona nominatim & expresse* essent exempta: tunc creditor, siue *prior*, siue *posterior*, qui *illimitata* gaudet hypotheca *generali*, in his bonis non tam foret *potior*, quam *solus* creditor, & concursus in *his bonis*, ex hypotheca *ca vnius* exemptis, non adesset.

- 1) L. 8. D. de *distract. pignor.* L. 12. pr. D. qui *potior. in pignor.* DONELLVS c. l. c. 14. BACHOVIVS c. l. lib. 4. c. 5.
- 2) PUFFENDORFIVS in *obseru. iur. vniu.* T. IV. obs. 175. WORDENHOFF. *cit. diff.* §. 12. dissent. CARPZOV P. 2. C. 23. def. 30. n. 6. & alii.
- 3) L. 21. D. qui *potior. in pignor.* nec obsat L. 7. §. 1. D. *eod.* quae de pignoribus *eodem* tempore constitutis loquuntur. DONELLVS c. l. MERENDA in *Controu. iur.* lib. 6. c. 38.



c. 38. Westphal in der Abh. von der Hypothek der herrschaftlichen Forderungen. Halle 1728. §. 20. 199. dissent. BACHOVIVS c. l. lib. 4. c. 6. & alii.

- 4) Et ita *praxis* explicat L. 28. D. *de iure fisci*. Vetus est controuersia de vero casu & sensu dictae legis, quae paucos ante annos recruduit, multaque pro & contra scripta sunt ab HELLFELDIO, SCHOTTIO, EICHMANNO, WESTPHALIO & HVRLEBVSCHIO, conf. MERENDA c. l. lib. 6. c. 37.

§. XI.

CASVS SECVNDVS.

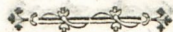
Si vterque creditor *sola* hypotheca *speciali* gaudet, & quidem in *eadem* re; (etenim, si cuiilibet *diuersa* res *specialiter* obligata esset, non existeret concursus, & quilibet in pignore rei sibi *specialiter* obligatae non tam *potior* aut *prior* foret, quam *solus* creditor) is creditor, qui secundum §. V. *potior* in illo pignore habetur, *potior* quoque est iure. Creditor *potior* eo etiam in casu, si res *plures* pro debito *specialiter* deuinctae sunt, gaudet electione quamnam rem ex illis pluribus distrahere velit, adeo vt & post electionem variandi facultas salua sit, donec suum receperit. (conf. §. 10.)

- 1) L. I. 2. 4. & 8. C. *qui potior. in pignor.*

§. XII.

CASVS TERTIVS.

Si *primus* s. *potior* creditor (vid. §. 5.) habet *generalem* & *secundus* *specialem* hypothecam, ille ex *gene-*



*generali* obligatione intuitu eorum etiam bonorum, *secundo specialiter* obligatorum, potior habetur, eligendi & variandi facultate quoque salua, quamvis ex ceteris bonis alteri *specialiter* non deuinctis, pecuniam suam redigere possit 1); modo bona, *secundo specialiter* obligata, ex numero eorum non sint, quae obligatione *generali* contineri haud censentur, aut quae vel ab initio, vel postea, per conuentionem *expresse* & nominatim ex pignore *generali* exempta sunt; nam in pignore *speciali* istius rei *secundus* creditor non tam *potior* primo est, quam *solus* 2).

1) L. 2. D. & L. 6. C. *qui potior. in pignor.* L. 8. D. *de distract. pignor.* L. 3. C. *de remiss. pignor.* DONELLVS & BACHOVIVS c. 1. LAVTERBACHIVS c. 1. lib. 20. tit. 4. §. 11. MEVIUS P. VIII. dec. 396. PVENDORF c. 1. T. IV. obs. 127. §. 2.

2) conf. §. 3. not. 2. & BACHOV. c. 1. lib. 4. c. 5.

### §. XIII.

#### CASVS QVARTVS.

Si *primus* creditor habet *specialem*, & *secundus* *generalem*, scil. *illimitatam*; (vid. §. 10.) tunc *specialis* hypotheca, siue ex *priuilegio* 1), siue quia *publica* est, siue ex *temporis* ratione (§. 5.) *potior* sit *generali*: iure praeualet 2).

1) L. 7. C. *qui potior. in pign.*

2) L. 8. D. *qui potior. in pign.*

### §. XIV.

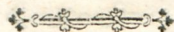
#### CASVS QVINTVS.

Si *utroque* creditor tam *generali* quam *speciali* hypothe-

potheca ita instructus est, vt quilibet vtramque *coniunctim & pure* (§. 19.) habeat; tunc secundum *regulam* quidem & *summum ius* creditor, qui *potior* est, (§. 5.) aequale ius in *omnibus* rebus habet, vt eligere possit, quibus velit rebus distractis ad suum commodum peruenire; eo tamen in casu, *si certum est*, *priorem* creditorem posse ex his, quae *nominatim* s. *specialiter* ei pignori obligata sunt, *uniuersum* redigere debitum, iurisdictio ex aequitate ita temperanda est in fauorem *secundi* creditoris, vt *prior creditor* ex pignore *speciali* pecuniam suam redigere debeat, nec res pignoris *specialis* 1) nexu *secundo* deuinctas auferre possit; nisi *primus* creditor in *coniuncta generalis & specialis* pignoris constitutione facultatem *eligendi & variandi* expresse sibi reseruauerit. (conf. §. 21.)

1) 1. 2. C. de *pignor.* nominatim quidem loquitur de casu, quo *secundus* creditor *solam specialem* habet hypothecam; igitur ille vsus, quo *secundus* quoque creditor praeter *specialem* munitus est *generali* hypotheca, verbis legis non comprehenditur. At in hoc quoque casu *aequitatis temperamento*, quod Imperatoribus in 1. 2. cit. placuit, *secundum* creditorem, pro tuendo suo pignore *speciali*, omnino adiuuandum esse credo. conf. PVENDOKE c. 1. T. IV. obf. 127. §. 4. CAR. OTTO RECHENBERG *diff. creditoris hypoth. aequale ius in bonis debit. generaliter & specialiter obligatis.* Lips. 1729.

Creditor vero *secundus* praetextu *temperamenti aequitatis* ex 1. 2. cit. creditorem *primum*, omisso pignore suo *speciali*, res in *vtriusque generalis* pignore comprehensas distrahere volentem, impedire nequit. Quamuis alii dissentiant,  
C  
iuris-



*iurisdictionem temperantes, siue secundus creditor solam vel specialem vel generalem, siue utramque hypothecam habeat.*  
HENELIVS in *tr. de dotalit.* p. 466. HARTM. PISTOR *Quaest. iur.* lib. III. q. 13. n. 13.

## §. XV.

CASVS SEXTVS, SEPTIMVS, OCTAVVS, NONVS,  
DECIMVS ET VNDECIMVS.

Si uterque *utriusque* generis hypotheca gaudet, & a) *generali* quidem *successive* s. sub ea *conditione*, ut illud tum demum habeat, si pecuniam de his, quae *specialiter* accepit, seruare non possit; (§. 19.) tunc *primus* creditor in pignore *speciali* semper quidem est *potior*: immo, *existente conditione*, & in pignore *generali* *potior* est; at *deficiente conditione*, *secundus* creditor in pignore *generali* non tam *potior*, quam *solus*, inuenitur 1). Si vero b) *specialis* sub ea *conditione*, si pecunia de his quae *generaliter* accepit, seruari non possit, competit, i. e. *generalis* hypotheca *pure* est constituta, sed vel ab initio, vel postea, aut per conventionem cum *debitore*, aut cum *secundo* creditore, initam, *excepta* sunt *quaedam* bona, sub dicta tantum *conditione* obligata; tunc *primus* creditor in pignore *puro generali* est *potior*, *potior* quoque est in pignore *conditionato speciali existente conditione*; at *deficiente illa*, *secundus* creditor in pignore *speciali* non tam *potior*, quam *solus* inuenitur. (conf. §. 17.)

Idem, quod de *utroque* casu dictum est, valet quoque tunc, si *primus* creditor vel *generalem* vel *specialem* hypothecam habet *successive* s. *conditionate*, & *se-*  
*cun-*

❖ — ❖ — ❖ — ❖ — ❖

*cundus* utramque *pure* & *coniunctim*. Si vero *primus* utramque *pure* & *coniunctim* haberet, & *secundus* creditor *generalem* aut *specialem* *successiue* s. *conditionate*, tunc *primus* iure illo utitur, quod in §. 14. explicauimus.

1) Manifesti enim iuris est, ex hypotheca *conditionali* ante conditionis euentum agi non posse. l. 13. §. 5. D. de pignor.

§. XVI.

CASVS DVODECIMVS ET DECIMVS TERTIVS,  
QVARTVS, QVINTVS ET SEXTVS.

Si *primus* creditor *solam* *generalem* habet, & *secundus* utramque *pure*, vel *generalem* aut *specialem* *successiue* s. *conditionate*; tunc quoad *primum* creditorem ea obtinent, quae in §. 10. & 12. dicta sunt, Si *secundus* *solam* *generali* munitus est, *primus* vero a) *utraque* *coniunctim* s. *pure* gaudet; tunc concursus diiudicandus est, ex §. 14. vel b) *generali* vel c) *speciali* *successiue* s. *conditionate*; & tunc obtinent ea, quae in §. 15. de similibus casibus octauo & nono ediximus.

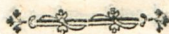
§. XVII.

CASVS DECIMVS SEPTIMVS, OCTAVVS, NONVS,  
VICESIMVS, VICESIMVS PRIMVS  
ET SECVNDVS.

Si *primus* creditor *solam* *specialem* habet, & *secundus* *generalem* & *specialem* in *iisdem* rebus *coniunctim* & *pure*, aut *generalem* aut *specialem* *successiue* s. *conditionate*; tunc in his concursus casibus creditor *primus* utitur iure illo, quod ipsi competere diximus in casu *secundo* & *quarto* (§. 11. & 13.). Si *secundus*

C 2

credi-



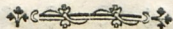
creditor *solam specialem*, primus vero *generalem & specialem* in iisdem rebus, secundo quoque *specialiter* obligatis, habet; primus vel a) *utraque coniunctim & pure* gaudet; & tunc primus eodem utitur iure, quod habet in casu quinto; (§. 14.) vel b) *generali*, vel c) *speciali* 1) *successiue* s. *conditionate* gaudet; & in his casibus adplicanda sunt ea, quae valent in casu simili sexto & septimo. (§. 15.)

- 1) Et hic ille est casus, quem PAPINIANVS in mente habuit in vexatissima lege 2. D. *qui potior in pignor.* Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamuis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quod si ea conuentio prioris fuit, vt ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his quae generaliter accepit, seruari non potuisset: deficiente secunda conuentione secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus inuenietur. Nec critica manu opus est, vt pro generaliter legamus specialiter, aut pro cetera bona substituamus certa bona, sed PAPINIANVS in specie, quam tractat, fatis apte locutus est. SCHWARZENTHAL in *tr. de pignor.* c. 16. WORDENHOFF. in *cit. diff.* §. 8. conf. FABER in *Contest.* lib. 6. c. 16.

### §. XVIII.

CASVS VICESIMVS TERTIVS, QVARTVS, QVINTVS,  
SEXTVS, SEPTIMVS ET OCTAVVS.

Si primus creditor *solam specialem* in diuersis rebus habet hypothecam, & secundus vel *generalem & specialem coniunctim & pure*, vel *generalem* aut *specialem*



lem conditionate; tunc obtinet, quod in casu secundo & quarto valere diximus. (§. 11. & 13.)

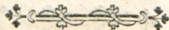
Si secundus creditor solam specialem, primus vero generalem & specialem in diuersis rebus habet, hic, vel a) vtraque coniunctim & pure gaudet 1); & tunc primus similis est creditori primo in casu quinto; (§. 14.) vel b) generali 2), vel c) speciali successiue & conditionate gaudet; & in his casibus decisio facile formari potest ex principiis, quae in casibus similibus, octauo nempe & nono, (§. 15.) propofita sunt.

1) Hic est casus in l. 2. C. de pignor. nominatim decifus.

Verba legis, quam fingularem & vnicam in iure appellare solent, ita fluunt: *Quamuis constet specialiter quaedam & vniuersa bona generaliter aduersarium tuum pignori accepisse, & aequale ius in omnibus habere: iurisdicchio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, vniuersum redigere debitum: ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri praeses prouinciae iubebit.* Ast verba legis: *si certum est — vniuersum redigere debitum,* — & ratio aequitatis exigunt, vt securus primus creditor de toto debito esse debeat, nec in maiores difficultates conijciatur, nec dubia aut insufficientes aut non satis commoda specialis hypothecae excussio videatur. PVFENDORF c. l. T. IV. obs. 127. §. 3. BERGER in E. D. F. tir. 46. obs. 6. n. I. Ceterum a dispositione huius legis nullus exceptus est creditor prior, licet creditum eius sit priuilegiatum, e. g. dos. HENELIVS in *tr.* de dotalivio p. 466. HARTM. PISTOR lib. III. qu. 13. n. 18. MEVIVS P. II. dec. 116.

C 3

Hunc



- 2) Hunc casum: Si nempe creditor prior habet *specialem puram & generalem conditionatam*, secundus vero *solum hypothecam specialem* in rebus in pignore *generali prioris* comprehensis, in mente habuisse PAPINIANVM in l. 2. D. *qui potior in pignor.* communis est Doctorum sententia; ideoque pro *generaliter* legendum esse putant *specialiter*, quam lectionem adeo in textum recipere non dubitavit HALOANDER. vid. CUIACIUS in Obs. lib. XI. c. 32. DONELLVS & BACHOVIUS c. l. HARTM. PISTOR in *Quaest. Iur.* lib. 3. qu. 13. VOETIUS c. l. lib. 20, tit. I. §. 15. Westphal in dem Versuch vom Pfandrecht Kap. 3. §. 41. Sed lectionem *Florentinam* rectam probam esse, & PAPINIANVM de alia specie loqui, dictum iam a nobis est in §. 17. n. 1.

### SECTIO III.

DE

#### CONCURSV HYPOTHECAE GENERALIS ET SPECIALIS VNIVS CREDITORIS.

##### §. XIX.

ENUMERATIO CASVVM.

Si vnus creditor hypothecam & *generalem & specialem* habet, vel ob *diuersa* credita constitutae sunt, vel ob *unum idemque*. In illo casu, conflictus hypothecarum in ipsa *creditoris persona* proprie non existit, sed vitur creditor iure hypothecae ob illud creditum, de quo quaestio est, constitutae, nec hypotheca ob creditum A constituta praerudicio esse potest hypothecae, quam *idem* creditor ob creditum B habet,



habet, sed quaestiones, quae in eiusmodi casu incidere possent, eodem modo decidendae sunt, ac si *vnus* tantum creditor adesset. e. g. Caius ob creditum A habet hypothecam *specialem* & *generalem*, & ob creditum B *solam specialem*, in *diuersis* rebus. Caius respectu crediti A, *omissa* hypotheca *speciali*, vti vult pignore *generali* & exinde eligendi facultate sibi competente, ac distrahere cupit bona sibi *specialiter* obligata ob creditum B. Meuius vero, qua *tertius possessor*, detinet haec bona, & quaeritur: vtrum Meuius Caium repellere possit? Res, vt patet, eo redit, an Caius, *omisso speciali* pignore, libere vti possit pignore *generali* ob *idem* debitum constituto?

Si vero, qui alter casus est, *vnus* creditor ob *vnum idemque* creditum constitutam habet & *specialem* & *generalem*, tunc vel *utraque coniunctim* s. *pure*, vel *vna* ex illis *expressis* verbis *successiue* s. *conditionate* i. e. vt tunc demum constituta habenda sit, si creditor ex altera hypotheca *pure* data pecuniam seruare non posset 1), constituta est, & quidem vel *generalis* vel *specialis*. Ceterum perinde est, siue *utraque* sit *expressa*, siue *vna tacita* s. *legalis*, altera *expressa*; siue *specialis ante* *generalem*, siue haec *post* illam constitutatur 2).

- 1) Si hypotheca quaedam, aut *generalis*, aut *specialis*, ea sub conditione, si *altera pure* & *principaliter* data ad *solutionem debiti non sufficiat*, simul constituta est, tum creditor *ita constitutam* hypothecam habere dicitur *successiue* s. *conditionate*. Illa conditio quoque fati exprimitur per verba:



ba: auf allen Fall, non vero per sola verba: so dann, hiernächst, oder zweitens, hypothecae priorem sequenti adiecta. Vtraque vero, specialis & generalis, tunc pure & coniunctim constituta est, si neutra a conditione: si altera non sufficiat, dependet, sed creditor aequale ius ex vtraque statim ab initio habet, vt vnam, quam velit, altera omiſſa, persequi possit. In dubio contra creditorem facienda est interpretatio, & hypotheca secundo loco constituta magis pro conditionata, quam pro pure & coniunctim constituta habenda erit. Deinde probe notandum est: omnino differre illum casum, si vna ex coniunctis hypothecis sub expressa illa conditione constituitur, ab illo casu, quo vtraque hypotheca, specialis & generalis, pure quidem coniuncta est, at tacite s. praesumptive inter partes actum censetur, vt generalis sit subfidiaria (§. 21.). In primo enim casu, ipso mero iure ante excussam hypothecam specialem ad res alias iri non potest, nec hic opus est temperatione iurisdictionis; in secundo vero casu creditor aequale & purum ius, tam in generali, quam in speciali, hypotheca habet, & tantummodo ex tacita s. praesumpta mente contrahentium in executionis ordine aliquando iurisdictionis temperatur, vt prius excutitur specialis. (conf. §. 14. 18. 21.) PISTOR c. 1. n. 11. BACHOV. c. 1. lib. 4. c. 5. n. 2.

2) HARTM, PISTOR c. 1. n. 13. HERTIVS in cit. diff. c. 6. §. 2.

## §. XX.

### CASVS PRIMVS ET SECVNDVS.

Primus casus esto: si vnus creditor ob vnum idemque creditum hypothecam generalem pure & specialem conditionate habet. In hoc casu, deficiente conditione nul-

nullus actu existit concursus, & *quilibet*, cuius interest, creditori pignus *speciale statim* distrahere volenti, opponit *exceptionem nondum competentis actionis*; *existente* vero conditione, & exhausta hypotheca *generali*, incipit *specialis*, quae nunc iure illo regitur, quasi *sola* existeret.

*Secundum* casum habes, si *primum* inuertis. In quo casu, *deficiente* conditione iterum nullus adest concursus, & a *quolibet*, cuius interest, creditori in pignus *generale*, *conditionate* constitutum, *statim* inuolare cupienti, recte opponitur *exceptio nondum competentis actionis*; conditione vero *existente* & excussa hypotheca *speciali pure* constituta, nascitur *generalis*, quae nunc eodem modo aestimanda est, quasi *sola* adesset.

§. XXI.

CASVS TERTIVS.

Si *vnus* vero creditor ob *vnum idemque* creditum hypothecam *specialem & generalem coniunctim & pure* habet; tunc vel saluam *electionem* aut *variationem* sibi stipulatus est 1), aut quod idem est, debitor *exceptioni excutiendae prius hypothecae specialis* renunciauit 2), vel non. Si prius, omnium Ictorum vnanimis est sententia, quod creditor, omitta *speciali* hypotheca, *generalem* statim ab initio, ceteris tamen paribus, *contra quemcunque* persequi possit 3). Si vero posterius; tunc, reiecta, quam quidam faciunt, inter *priuilegiatum & non priuilegiatum* creditum (conf. §. 18. n. 1.) distinctione, & siue *generalis tacita* cum *expressa specialis*, aut vice versa, coniuncta, siue *utraque expressa*

D

fit



fit 4), varias fouent Doctores sententias. Creditor enim, vtramque hypothecam ob *unum idemque* creditum habens vel a) cum *eiusdem* debitoris *secundo* creditore, vel b) cum *tertio* hypothecae *generalis* possessore, eoue qui *illius nomine* possidet, (§. 8. n. 1.) vel c) cum ipso *debitore eiusue herede* agit. De *primo* casu in Sect. II. disputauimus. De *secundo* ergo & *tertio* casu nunc differendum est. Quidam arbitrantur, in coniunctione, licet *pura*, vtriusque hypothecae *specialis* & *generalis* pro *eodem* credito semper inter partes hoc *tacite* actum videri, vt *generalis* sit *subsidiaria* (§. 19. n. 1.). Quumque ratio ista *generalis* sit, generaliter quoque inde concludunt, quod, quando *specialis* hypotheca cum *generalis* pro *eodem* debito constituta sit, *specialis* prius excuti debeat, siue cum *concreditore*, siue cum ipso *debitore eiusue herede*, siue cum *tertio* possessore aut eo, qui *eius nomine* possidet, (§. 8. n. 1.) ex iure *hypothecae* agatur 5). Et sane negari nequit, hanc sententiam in L. 9. C. de *distractione pignor.* 6) approbatam & *temperamentum aequitatis*, quod *Impp. SEVERVS* & *ANTONINVS* in L. 2. C. de *pignor.* intuitu *secundi* tantum creditoris agnouerunt, postea ab *Impp. DIOCLETIANO* & *MAXIMIANO* in *cit.* l. 9. ad *ipsum* adeo *debitorem* extensum esse, si supponimus, in casu illo, qui in L. 9. deciditur, creditorem habuisse hypothecam *specialem* & *generalem* pure constitutam: de quo tamen ex textu clare & liquido non constat.

*Communis* contra Doctorum sententia *debitori ipsi*  
eius.



*eiisque heredi exceptionem excutiendae prius hypothecae specialis denegat 7), & alii L. 9. cit. interpretantur vel de casu, quo creditor in certis debitoris bonis pignus iudiciale nactus est, vel de creditore solam hypothecam specialem habente 8), vel de actione hypothecaria a creditore contra debitorem ex solo iure hypothecae specialis mota & re ad executionem iam perducta 9). Imo dici potest, in L. 9. talem speciem Imperatoribus fuisse oblatam, quod creditor habuerit hypothecam specialem puram & generalem conditionatam. Quae mea noua expositio non solum in legem optime quadrat, sed & verba: iure conuentionis, perspicua facit & dilucida. Quidquid vero horum sit, hoc expeditum est, usu fori 10) receptum esse, quod debitor ipse eiusque heres creditori ex iure pignoris generalis agenti exceptionem excutiendae prius hypothecae coniunctae specialis opponere nequeat.*

Quod ad tertium possessorem eiusue creditorem (§. 8.) attinet, alii putant, illum bona, quae ex pignore creditoris generali possidet, omnino tueri posse exceptione excutiendae prius hypothecae specialis 11); alii vero id negant 12). Hoc certum est, quod L. 2. C. de pignor. non de tertio possessore, sed de secundo tantum creditore loquatur. Praxis tamen tertio possessori fere vbique fauet.

- 1) Quod variis formulis fieri potest: e. g. behalte mir jedoch bevor, meine Specialhypothek fahren zu lassen, und mich an des Schuldners generaliter verschriebene Güter nach Belieben halten zu können, vel, ne generali pignori per  
D 2  
specia-



*speciale* derogetur, vel, ne *specialitas* deroget *generalitati*. Sed quid, si ita in instrumento scriptum est: ne *speciali* pignori per *generale* derogetur, aut ita: ne *generalitas* deroget *specialitati*? *Notarius* quidam in chirographo anno 1717. nomine debitoris concepto ita scripserat; setze zum Unterpfind alle meine Haab und Güter in genere, in specie aber, ita tamen, vt *generalitas specialitati* non praeiudicet, die Herrlichkeit zu Br. x. x. Creditori, *omisso* pignore *speciali*, statim contra tertium pignoris *generalis* possessorem agenti, reus exceptionem *excutiendae prius hypothecae specialis* opponebat, quam exceptionem actor per *replicam electionis* s. *variationis reservatae* elidere tentabat, ad quam vero reus *duplicando* respondebat, reservationem in chirographo expressam huc non redire, sed alium plane sensum habere. *Halsenses* Icti pro *actore* iudicarunt anno 1767. ex hac ratione: Die exceptio excussionis auch gegenwärtig in hypotheca generali cum speciali coniuncta darum nicht Platz greift, weil selbige mit der Clausel verknüpft ist, daß specialitas generalitati nicht praeiudiciren solle, wenn sich gleich in diesen Worten der Verschreibung ein error scribentis veroffenbahret, und diese Clausel die potestatem variandi dem Imploranten deutlich reservirt hat. Sed Icti *Lipsenses* pro *reo* pronunciarunt anno 1769. his vsi rationibus: Obwohl in der Urkunde, daß generalitas specialitati nicht praeiudiciren solle, ausdrücklich bedungen worden, wie hingegen bey diesen Worten ein Schreibfehler vorgegangen, und die Meynung der Paciscenten gewesen sey, der gewöhnlichen Ausfucht, als ob der Gläubiger zu forderst die Abtretung der absonderlich verpfändeten Güter suchen müsse und keineswegs bey den Generalhypotheken den Anfang machen dürfe, zu entsagen, um so mehr dafür gehals



gehalten werden mögte, je weniger was die Partheyen anderergestalt bey den gebrauchten Worten für eine Absicht gehabt, und welche Kraft und Wirkung selbigen zugeschrieben werden könne, sich absehen lässet; Dieweil aber der Ausflucht, wie der Gläubiger sich zuorderst an die Specialhypotheken halten müsse, keineswegs dergestalt, daß solches aus dem Document ersehen werden könne, entsetzt worden, inmaßen, wenn auch zu vermuthen, daß in den Worten: *ita vt generalitas specialitati non praeiudicet*, ein Schreibfehler vorgegangen, gleichwohl diese Vermuthung offenen Briefen und Siegeln nicht zu vergleichen, folglich ob Kläger in dem ihm nachgelassenen Gebenweise selbige durch Eidesdelation oder sonst zu erweisen im Stande seyn werde, vor allen Dingen abzuwarten siehet. Sed haec decidendi rationes redolent *ius formularium* aequitati inimicum, nec diffiteor, me adstipulari *ICTis Halensibus*. Error a Notario commissus erat manifestus, quum non detur casus, quod in coniuncta pignoris *specialis & generalis* constitutione pro eodem credito *generalitas specialitati* praeiudicio esse possit. Expediti quoque iuris est, quod error a Notario commissus partibus nocere non debeat. L. 92. D. de R. I. l. 7. C. de *restam*. Accedebat in memorato casu, quod *creditor, debitor & Notarius* tempore latae sententiae *Lipscensis* iam pridem defuncti essent. Erroris igitur probatio in hoc casu aliis mediis fieri non poterat, quam per *coniecturam* in ipsa *iuris arte* satis fundatam. Discant vero ex hoc exemplo creditores & Notarii eiusmodi clausulam cautius concipere, et vel verba: *Et vice versa*, adlicere, vel clausulam in vtrumque casum plene exprimere hoc modo: *ita tamen, vt nec specialitas generalitati nec generalitas specialitati praeiudicet*.

2) Haec



- 2) Haec renuntiatio a *debitore* facta nocet quoque *secundo* creditori & *tertio* possessori. LEYSER spec. 225. m. 6.
- 3) BRVNNEMANN ad L. 2. D. *qui potior in pign.* et ad L. 2. C. de *pignor.* n. 7. VOETIVS c. 1. lib. XX. tit. I. §. 15. HERT. in *cit. diff.* c. 6. §. 2. et lib. I. paroem. 46. §. 6. quamvis COCCEN in I. C. C. lib. 20. tit. 4. q. 4. putet, eiusmodi reservationem *secundo* creditori haud nocere.
- 4) LEYSER sp. 225. m. 7. putat, creditorem hypothecam *generalem tacitam* & *specialem expressam* habentem cogi non posse, vt *expressam* prius excutiat; sed absque legitimo fundamento.
- 5) HARTMANN PISTOR in *Quaest. Iur.* lib. 3. qu. 13. CARO-CIVS in *tr. de excuss. honor.* P. 2. q. 65. n. 4. seqq. MEVIUS P. 2. d. 117. & 285. n. 3. P. 4. d. 48. P. 5. d. 143. n. 3.
- 6) l. 9. C. de *distract. pignor.* *Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis & solenniter vendere. Ite enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quod si quid deerit, non prohibemini caetera etiam bona iure conuentionis consequi.*
- 7) HENELIVS cit. l. p. 465. seq. MATTHAEVS in *tr. de auctio-nib.* lib. I. c. II. n. II. & c. 19. n. 78. VOETIVS c. 1. lib. 20. tit. I. §. 15. CARPZOV. P. 2. c. 23. def. 29. LEYSER sp. 225. m. 5.
- 8) WORDENHOFF in *cit. diff.* §. II. qui simul verba legis: *iure conuentionis*, contractum mutui denotare putat. Quae tamen expositio mihi non placet.
- 9) WESTPHAL in *cit. tr.* §. 35.
- 10) BERGER in E. D. F. tit. 46. obf. 6. n. I.

II) PI-



11) PISTOR, MEVIVS, HENEL & LEYSER c. 1.

12) VOETIVS c. 1. FABER in *Cod.* lib. 8. tit. 6. def. 9. WORDENHOFF c. 1.

## §. XXII.

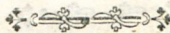
### COROLLARIA QVAEDAM.

Sex adhuc corollaria adiciere lubet. *Primum*; quod sine controuersia sit, *debitorem ipsum eiusue heredem* exceptione *excutiendae prius hypothecae specialis* tunc non gaudere, si creditor contra illum non experitur *hypothecaria*, sed *personalit* actione. 1)

*Secundum*: eadem quoque exceptione *debitorem eiusue heredem* uti plane non posse, si *tertius possessor* detineat res auctori *specialiter* obligatas, quippe qui *tertius possessor* creditorem exceptione *beneficii excussionis* in *Nou. 4.* fundati repellere & ad *debitorem* remittere possit.

*Tertium*: quod, si creditor cum *ipso debitore*, qui *pignus speciale & generale* possidet, agat, *secundus creditor* hypothecarius *interueniendo* auctori opponere possit exceptionem *excutiendae prius hypothecae specialis*; tunc enim non de *beneficio debitoris*, sed *secundi creditoris*, litigatur.

*Quartum*: exceptionem *excussionis*, quatenus *actioni hypothecariae* obstat, duplici ratione considerari posse, *personaliter* nempe & *realiter*. *Realis* vocatur, quae creditori hypothecam *generalem & specialem coniunctim & pure* habenti, & tamen ex *generalit* hypotheca, omitta *speciali*, agenti, eum in finem obiicitur, ut  
*specia-*

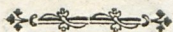


*specialem* prius hypothecam excutiat. *Personalis* appellatur illa, qua *tertius pignoris possessor* a creditore conuentus eum ad *debitorem eiusue heredem*, aut *fideiussorem* ablegat. De illa exceptione excussionis, *reali* nempe, fermo est in quaestione: an *tertius possessor* gaudeat exceptione excutiendae prius hypothecae *specialis*: non vero de *personali*, utpote quae in *Nou. 4. tertio possessori* concessa est. 2) E contrario *secundus* creditor habet *exceptionem excussionis realem* ex 1. 2. C. de pignor. fed non *personalem* ex *Nou. 4.*, quia non est *tertius possessor*. (§. 8.)

*Quintum*: quod in *concurso creditorum* reliqui creditores *hypothecarium* creditorem ad perfequendum pignus *speciale*, in *massa concursus* non existens, per *exceptionem excutiendae prius hypothecae specialis* ablegare non possint. 3)

*Sextum*: Quaeritur: cui onus probandi incumbat, ex bonis prius excutiendis vniuersum debitum redigi posse, aut non posse? Distinguo. Si *vna* hypotheca *pure & altera conditionate* constituta est, creditor probare debet, *puram* hypothecam non sufficere: pertinet id enim ad *fundamentum actionis suae*. Si vero *utraque pure & coniunctim* est constituta, *reum*, *exceptionem excussionis obliquentem*, probare oportet, quod ex bonis *specialiter* obligatis creditor suam redigere possit pecuniam. Habet enim creditor *aequale ius in omnibus bonis*, & ex *aequitate* tantum *iurisdictio temperatur*, si *certum est* ex pignore *speciali* debito satisfieri posse. Pertinet hoc igitur ad *fundamentum exceptionis*.

I) CARP-



- 1) CARPZOV P. 2. C. 23. def. 32.
- 2) De quo excussionis personalis beneficio confulas *Consultiff. KVIHNELLII* diff. de beneficio excussionis tertio hypothecae specialis possessori competente, Praefide Perill. KOCHIO defenfam Gießae 1771.
- 3) LEYSER sp. 233. m. 2.

## §. XXIII.

## IVS FRANCOFVRTANVM IN HAC MATERIA.

In Reformatione Francofurtana ex hac materia concursus hypothecae specialis & generalis vnicum tantum casum nominatim decifum inuenimus.

Verba Reformationis P. II. tit. 20: §. 2. ita sonant:  
Item, So einer ein gemeine Pfandschaft über alle Güter, der ander aber eine Special Pfandschaft auf ein oder zwey sondere Stück hat, daß gleichwohl der erst abermahls den Vorzug hat: doch allein in dem Fall, da er seine vollkommliche Beszahlung anderst nicht bekommen kann. Dann so er sonst dieselbige, auch außerhalb solcher Stück welche einem andern sonderlich verschrieben seynd, erlangen mag, So soll der, so die Specialverpfändung hat, dabey gelassen werden.

Casus his verbis decifus, est casus tertius, de quo in §. 12. actum a nobis est. Ex iis, quae in §. 12. dicta sunt, clare patet, ius patrium a iure communi recedere; hoc enim creditori solam generalem hypothecam habenti electionem liberam tribuit. Idem vero, quod Reformatio patria disposuit

E

in



in dicto casu, ex paritate rationis & tum obtinere debet, si primus creditor habet specialem & generalem hypothecam, ac secundus specialem solam, aut specialem & generalem; nec in his casibus creditor primus facultate ex pignore suo generali eligendi gaudet in praeiudicium hypothecae specialis secundi creditoris. Idem, quod de secundo creditore dictum est, ad tertium quoque possessorem applicamus. Sed quod ad ipsum debitorem eiusue heredem attinet, is nec Francofurti in casu, quo creditor specialem & generalem habet hypothecam, exceptione hypothecae specialis prius excutiendae gaudet: potius secundum usum fori patrii utramque simul creditor persequi & utriusque distractionem petere solet: quamvis distinctio haud negligenda foret, utrum utraque pure & coniunctim, an una pure & altera successiue s. conditionate constituta sit? (conf. §. 19. & 21.) Usus fori Francofurtani in hoc casu late & egregie descripsit Venerandus Senex de iure patrio optime meritus, Consultiss. Dn. D. ORTHIVS in den Anmerkungen ad P. 2. tit. 20. §. 2. & ad P. IV. tit. 46. pag. 1017 — 1027. & in den Zusätzen p. 267. & in den merkwürdigen Rechts- händeln P. 10. pag. 1165. sqq.

Erratum

pag. 17. lin. 18. pro *usus lege casus.*



Gießen, Diss., 1781-92

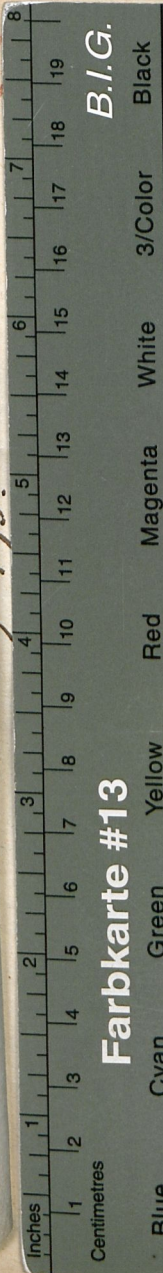
ULB Halle 3  
005 360 757



V D 18







B.I.G.

Farbkarte #13

1782, 4

4

AVGVRALIS IVRIDICA  
DE

# HYPOTHECAE ET GENERALIS

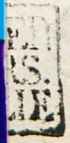
QVAM  
ENTIENTE  
ONSVLTORVM ORDINE  
AESIDE  
TOPHORO KOCH  
DGR. A CONSILIIIS INTIMIS  
LLARIO ANTECESS. IVR. PRIM.  
PAL. CAES.

PRO  
DOCTORIS  
TIME OBTINENDO

OB. CIODCCCLXXXII.  
L. Q. C.  
CERV M EXAMINI  
VBMITTIT  
CTOR

ERARDVS BAYN  
FRANCOVRTENSIS

ESSAE  
OBVM BRAVN, acad. typogr.



*Perill. Nettelbladno  
mittit  
D. Koch*

