





13

1778, 15.

DE
CESSIONE HYPOTHECARVM
MAXIME IN
REBVS IMMOBILIBVS



ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA
PRAESIDE

P. 192.

D. CHRISTIANO HENR. BREVNING
PROFESS. PVBL. ORDIN. IVR. NAT. ET GENT.
ET SOCIET. LITER. DVISVVRG.
SOCIO

IN AVDITORIO IVRIDICO

DIE XII. OCTOBR. MDCCCLXXVIII

DISPVAT

IOANNES IACOBVS WIEDERANDERS
LIPSIENS.

LIPSIÆ

EX OFFICINA LANGENHEMII



DE
CESSIONE HYPOTHECARUM
MAXIME IN
REBUS IMMOBILIARIBUS

ILLUSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA
PRAESIDE

D. CHRISTIANO HENR. BRYNING
REGESSE TVRI OEDIV IVE NAT ET GENIT
ET SOCIET LITTE DVISEXKO
2010

IN AVDITORIO IVRIDICO
DIE XII OCTOBRIS MDCCCXXXVIII

DISPVAT
IOANNES JACOBVS WIEDERANDERS

LIBELLE
EX ORDINE FORKREMMING





DE
CESSIONE HYPOTHECARVM
IN
REBVS IMMOBILIBVS.

§. I.



Sicuti humana indigentia causa fuit, vt aliorum auxilio eam subleuemus; ita sane factum est, vt et is, qui alteri praesto fuerat in auxilio praestando, ne humanitatis officio exhibito ipse in rebus suis detrimentum pateretur, de sua sibi securitate seruanda sollicitus esset. Cum enim officium nemini deberet esse nocuum, curabat quiuis, vt haberet modum, per quem suum ab altero consequi posset. Varia inuenta in subsidium securitatis ergo hominum

A 2

ad

IV

adinuenit solertia. Fideiubendo, constituendo, pignora capiendo, stipulando, iurando et multis aliis modis sibi prospexere. De his quantum ad nostrum thema pertinet, quaedam praefari liceat, quo dein causam nostram perorare queamus.

§. II.

Duplex videtur remedium Romanis, quo per rem traditam cauebant. Vnum inuentum iuris ciuilibus, alterum iuris gentium. Iuris ciuilibus ratio in *contractu fiduciae* quaerebatur. Praestabatur creditori securitas rem tradendo, sed illa non simplici traditione constituebatur, sed rei nexae mancipatione. Haec mancipatio creditorem dominum, constituebat, at obligatum tenebat simul ad remancipandam rem, si ad diem pecunia soluebatur. Inde rei nexae periculum erat apud creditorem, qui plene dominus mancipando constitutus erat. Neque hic contractus fiduciae mancipatione solenni tantum perficiebatur; sed etiam cessione in iure facta idem effici poterat, cum cessione in iure dominium in alterum transferri posset. Testis est ISIDORVS *Orig. L. V. cap. 25. Fiducia est, inquit, cum res aliqua sumendae pecuniae mutuae gratia vel MANCIPIATUR vel IN IVRE CEDITVR.* Recte reprobatur SCHVLTINGIUS ad *PAYLI Recept. Sent. L. II. Tit. XIII. §. 1. n. 1.* interpretationem SALMASII de *Mod. usur. Cap. XIII.* et emendationem Capituli *Isidori*, qui verba *in iure* mutat in verbum *pignore* bruta admodum crisi et violenta.

§. III.

At hic ipse iuris ciuilibus contractus, qui quidem teste eodem SCHVLTINGIO *c. l.* et quos excitat *Iac. GOTHOFREDVM* ad *L. vnica. C. de commiss. rescind.* et *Gerh. NOODT Obseru. L. II. c. 7. et 8.* ad tempora Iustiniani vsitatus fuisse videtur;

detur; tamen in iure Iustiniano non existit amplius. Causam, si quaeris, inuenies in sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. Hac enim sublata cum ciuili illa alienatio per mancipationem atque in iure cessionem diuersum haud amplius produceret effectum, neque quiritarii et bonitarii domini diuersitas existeret, visa fuisset fiducia potius emtio cui adiectum de retrouendendo pactum, quam peculiaris iuris ciuili contractus; factum est ut iuris Iustiniani architecti, quae in scriptis Ictorum veterum inueniebantur, omitterent, neque in compilationem foro illorum temporum accommodandam transferrent. Hinc in hoc iure omisso hoc ciuili contractu, alter, qui iuris gentium fuit magis illis temporibus conueniens, videlicet *contractus pignoris* expositusprehenditur.

§. IV.

Huius vero Contractus pignoris causa conueniebat cum contractu fiduciae in hoc, ut creditorem securum redderet, si debitor non, ut deberet, solueret. At neque dominium transferebatur in creditorem rei in pignus datae, neque vel mancipatione, vel in iure cessione perficiebatur, sed praecedente conuentione de re in securitatem crediti danda traditione peragebatur, quae quidem traditio alienandi ius in euentum transferebat in creditorem, haud vero dominium operabatur. Obseruo, antiquo tempore huius contractus usum non adeo frequentem fuisse, frequentiore fiduciae contractum, quod ex eo colligo, cum creditori, qui rei oppignoratae possessionem amiserat, remedium persequendi amissum pignus haud in promptu esset, donec hypothecaria a Praetore inuenta actio ad pignora extenderetur. In contractu fiduciae peculiari remedio opus non erat, quippe in creditorem mancipando vel in iure cedendo dominium translatum efficiebat, ut rei vindicatione rem in fiduciam
A 3
datam

VI

datam amissa possessione a quocunque possessore vindicare
posset.

§. V.

Re ergo pignus contrahebatur, id est, perficiebatur
contractus rei traditione eamque producebat in persona cre-
ditoris obligationem, ut custodiam rei in pignus datae ex
officio boni patris familias sc. *culpa leui* praestaret et nexu
soluto pignoris, seu cessante principali obligatione, cuius
causa pignoris contractus initus, rem saluam in securitatem
traditam debitori redderet. Cum hac obligatione vero in
persona creditoris coniunctum erat ius, ut, si iusto tempo-
re solueret principalem obligationem debitor, creditori li-
ceret iusto vendere pretio rem in pignus eidem datam at-
que illius dominium traditione in emtorem transferre, vel
saltem usufructu conditionem. Consequatur itaque
ante moram debitoris in soluenda obligatione principali cre-
ditor rei oppignoratae custodiam. Iam custodiri non mi-
nus potest res *immobilis* quam *mobilis*. Erronea itaque est
eorum doctorum hominum interpretatio, qui putant in re-
bus *mobilibus* tantum pignus contrahi posse, *hypothecam* ve-
ro de qua mox in *immobilibus*. Quid enim faceremus cum
POMPONIO in *L. 6. §. de pignor. action.* qui de *oppignorato*
fundo vendendo agit et sic de oppignorata re immobili?
Quid cum PAVLO in *L. 18. §. 2. et 3. §. cod.* apud quem
habemus *fundum* et *Syluam* pignori datam, et in *L. 21. §. cod.*
domum pignori datam. Alia innumeraque loca haud
addo.

§. VI.

Praeter fiduciae contractum et pignoratitium alia fuit
Romanis conuentio, cuius finis cum utroque contractu idem
erat,

erat, videlicet securitas creditoris de pecunia credita. Auctor huius conuentionis Praetor fuerat, cum edicto suo *pactum hypothecae* confirmaret. Si originem respicimus hoc pactum primum confirmatum a Praetore Seruio videtur esse circa illata a colono in fundum rusticum promissa securitate in illatis ob mercedem. Extensa vis pacti postea a Praetoribus est ad illata ab inquilino atque demum ad omne pignus et hypothecam in alterius crediti securitatem. Hinc ortum pactum praetorium hypothecae, cuius singulare, vt ex nuda promissione absque mancipatione aut traditione creditor ius in re debitoris consequeretur, cum in regula conuentio tantum ius in personam produceret. Actio itaque, quam Praetor in hanc conuentionem concepit, quae primum *Seruiana*, post *quasi Seruiana*, addita demum generali appellatione *hypothecaria* appellata, in rem est concepta, videlicet, vt creditor per eam persequatur rem nexam a quocunque possessore vel ipso debitore, quo suam sibi promissam securitatem habeat, atque ni debitor soluat, illa re distracta solutionem consequatur.

§. VII.

Sicuti vero illud securitatis ius conuentione primum constitui coepit confirmato per edictum a Praetore pacto, ita postea ipsae leges certis personis in securitatem aequale in debitoris re vel bonis constituere ius, quod vel *legitimae hypothecae* vel tacitae nomine dictum est. Accessit tertia hypothecarum species, quae a iudice vel magistratu constitui coepit, quam iudicalem voces, in effectu ab ea, quae conuentione constituta, non diuersam. Sed neque omnia, quae de hypothecis dicenda, neque singularia diuersarum specierum hypothecarum caperent hae paginae
hinc

hinc de themate ipso quaedam dicamus tantum, *quid in cessione hypothecae iuris sit.*

§. VIII.

Cessio hypothecae est translatio iuris in re alterius in securitatem crediti constituti a creditore in alium creditorem facta. An vero cessio licita sit atque ex illa cessionarius ius in re obtineat observata distinctione adfirmandum erit. Est enim indubitati iuris, omnem pignoris et hypothecae constitutionem in se comprehendere negotium accessorium. Inde si praecedat valida obligatio, cuius adimplendae ergo alter securitatem quaerit, recte cedi posse hypothecae ius, non est dubitandum. At si vel plane nulla cessionario deberetur obligatio principalis, vel ea, quam sibi adferit, inualida, frustra fieret cessio hypothecae et sic illicita foret. Diximus, cessionem fieri, si cessionario competat valida obligatio principalis. Haec limitata ratione intelligenda sunt. Si enim fingas, Sempronio creditori Titium debere ex chyrographo ducenta. Quid? si Titius solvit Sempronio creditori debitum ducentorum, qui Caio cesserat ius hypothecarium in sui crediti securitatem sibi constitutum, nihil sane actum esse videtur. Plus enim iuris transferre non poterat, quam habebat Sempronius, cuius ius securitatis ipso iure expirabat, simulac solutio crediti a debitore praeflita. Neque si consentiente debitore Caio translatio hypothecae facta esset, validam efficiebat cessionem, quippe potius novae hypothecae constitutione. opus erat, cum alia esset principalis obligatio, quam ea, cuius causa constituta esset hypotheca. Constat enim, cessionem tantum transferre prioris creditoris ius, quod expirat soluto hypothecae nexu, vt nullum produceret effectum cessio.

§. IX.

§. IX.

Quid vero sentiamus, si alter chyrographarius debitor impedire vellet, quo minus soluto prioris debitoris hypothecarii nexu, ipsum hypothecae ius expiret, eamque ob causam maxime si a iudice confirmata hypotheca, contra illius cassationem prouocaret. Frustranea et plane inutilis illa prouocatio, vt omnino reiicienda. Prouoco ad *ius offerendi* in hac pignoris materia notum. Constat enim chyrographarium debitorem, licet hypothecario creditori creditum offerat, tamen in suo credito chyrographario nihil obligationem factam prodesse. Concludo multo minus obligatione non facta chyrographarium exigere posse hypothecae cessionem, quae soluto debito ipsa natura cessat, vt iudex in ea expungenda de iure impediri non possit, cum causa hypothecae solutione cessat. Nouam ergo a suo debitore conuentione quaerat hypothecam, vel actione contra eum instituta ius in re quaerat per iudicatum atque peractam executionem.

§. X.

Cessio itaque hypothecae tantum extabit, si hypothecario creditori ab eo, qui sibi cedi cupit hypothecam satisfiat solutione, ea tamen conditione vt pignus seu hypotheca cedatur. Patet ex Rescripto SEVERI ET ANTONINI AA. in *L. r. C. de his qui in prior. cred. loc. succed.* Verba Rescripti sunt: *Non omni modo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc obseruatur, cum is, qui pecuniam postea dat; sub hoc pacto credat, vt idem pignus ei obligetur, et in locum eius succedat.* Neque quidquam interest, an debitori pecuniam credat, quo hypothecarium debitum soluendum, an inscio debito-

B

re

re soluat offerendo creditori ea lege, vt pignus in eum transferat.

§. XI.

Oritur vero quaestio: *an, si cessio hypothecae fieri debet, debitoris consensus simul requiratur.* De iure communi si decidenda veniat causa, omnino non videtur opus esse, vt debitoris consensus requiratur, cum cessio differat a delegatione, in delegatione vero consensus debitoris requiratur, in cessione vero subtili iure cedentis quasi procurator, at in suam rem, fiat cessionarius. Et quamuis in cessa hypotheca soleat creditori offerre solutionem cessionarius, vt nullum ius superesse priori creditori possit, quare etiam forsitan forum in omni cessione teste SCHILTERO in *Exercit. ad Pandect. XXX. §. 64.* neglecta ratione, quae olim ex formularia solennitate desumpta, post cessionem factam ius nullum penes cedentem remanere statuit; tamen debitoris consensum, nisi animo nouandi cessio fiat ex partium arbitrio, necessarium haud existimem, quippe cessionarius plus iuris a cedente in cuius locum succedit haud obtinet, quam ipse cedens habuit, vt cedendo cessio debitori, si ignoret cessionem factam nisi in potentiolem translatio facta sit, quae lege improbatur, iniuria haud fiat.

§. XII.

Cessio vero vel fieri potest conuentione inter priorem creditorem et qui in eius locum succedit, siue id contingat ex iure offerendi, siue quod titulo liberali principalis obligatio cum accessoria simul translata sit in cessionarium. Vel fieri potest in iure seu confirmante eam magistratu. Et cum translatio hypothecae, quae consentiente magistratu facta

facta hypothecam constituit iudicalem, haec praeferenda hypothecae conventionali cessione, sicut iudicialis seu publica semper praeferenda conventionali. Ex veteri ergo Saxonico iure, quo non omnis conventionali hypothecae effectus negabatur, sed in concursu creditorum chyrographariis anteferenda, fieri quoque poterat cessio hypothecae extra iudicium, sed conventionalis tantum. At nouo iure Electorali ex ORDIN. RECOGN. Process. Sax. ad T. XLVI. cum plane conventionales hypothecae in immobilibus abolitae, nunquam cessio hypothecae nuda conuentione recte fiet, sed translatio autore magistratu transcribenda erit. In feudalibus ex MANDATO *Elect. in hanc rem emisso de An. 1614.* et DECIS. ELECT. *XXVIII. et XL.* et in allodialibus in ORD. RECOGN. *ad Tit. XLVI. §. 2.* apperte haec sententia probatur.

§. XIII.

Sicuti vero fieri potest translatio hypothecae per conuentionem, ita contingere potest, ut cessio hypothecae cum principali obligatione per vltimam voluntatem titulo videlicet legati fiat. Quare quaeritur, an quod communi iure haud requiritur, nostro iure autoritas magistratus exigetur. Si BERGERVM in *Oecon. Iur. L. II. Tit. V. th. X. n. 3.* sequimur, haec, quae per vltimam voluntatem fit cessio, non eget confirmatione, quod tamen in constituta hypotheca per vltimam voluntatem non omnino adfirmem, si eandem cui legauerit testator in securitatem crediti, quod vel heres vel alius debebat, tunc putem confirmationem omnino accedere debere.

§. XIV.

Tandem adhuc id videtur esse monendum, translationem hypothecae, et si in immobili confirmetur a iudice tamen haud novam constituere hypothecam, sed manere eandem, quae ante cessionem fuerat, mutata saltem persona creditoris. Consequimur inde, si debitor hypothecarius cedit bonis vel eo mortuo oriatur concursus creditorum, creditor ille, cui cessa est hypotheca in sententia non ex eo tempore, quo ipsi cessa est hypotheca locum obtinebit, sed obtineat necesse sit ex tempore, quo hypotheca cessa primum constituta fuit. Id enim est, quod dicunt leges, succedere in locum prioris creditoris primi. Et hoc eo magis verum, cum prior hypotheca non expungitur, sed saltem transferitur. Aliter vero res erit comparata, si Titio competeret hypotheca in fundo Caii, ea vero soluto debito expungeretur, at ex alio debito Sempronio nova confirmaretur hypotheca, facile patet, quia non intercedit prioris hypothecae cessio, sed novae constitutio, Sempronium in eo ordine, si concursus creditorum oriatur esse ponendum, ex tempore confirmatae hypothecae, licet antiquius sit debitum, non vero ex tempore prioris hypothecae, quae cum solutione extincta fuerat, cedi amplius non poterat.



ULB Halle
004 800 265 3



f

TA 70L

VD
18





1778, 15.

DE
CESSIONE HYPOTHECARVM
MAXIME IN
REBVS IMMOBILIBVS



ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA
PRAESIDE

D. CHRISTIANO HENR. BREVNING

PROFESS. PVBL. ORDIN. IVR. NAT. ET GENT.
ET SOCIET. LITER. DVISVBERG.
SOCIO

IN AVDITORIO IVRIDICO

DIE XII. OCTOBR. MDCCCLXXVIII

DISPVAT

IOANNES IACOBVS WIEDERANDERS

LIPSIENS.

LIPSIÆ

EX OFFICINA LANGENHEMII

