

4

DISSERTATIO IVRIDICA

DE

EFFECTV
TRADITIONIS

RERVM IMMOBILIVM
ALLODIALIVM

SINE IVDICIALI INVESTITVRA
INPRIMIS

MOTO CREDITORVM CONCVRSV

QVAM

PRAESIDE

IO. BALTHAS. WERNHERO, D.

POTENTISSIMO POLONIARVM REGI
ET ELECT. SAX. A CONSILIIS AVLAE ATQVE IVSTITIAE,
FAC. IVRID. ORDINARIO, ET DECRETAL. P. P. ETC.

PRAECEPTORE SVO AETERNVM DEVENERANDO
IN AVDITORIO MAIORI

D. APRIL. M DCCXXVII.

EX SPECIALI SUPERIORVM CONCESSIONE
CONTRA OMNES EXTRA ORDINEM OPPOSITVROS

DEFENDET

AVTOR ET RESPONDENS

ERNESTVS ABRAHAMVS AB OSTERHAVSEN
EQVES MISN.

Diss. jur. civ.

526,26

TEMBERGAE, LITERIS VIDVAE GERDESIAE.

DISERTATIO JURIDICA

EFFECTU

TRADITIONIS

REVM IMMORTALIUM

ALLODIALIVM

SINE IUDICIALI TESTAMENTO

IN

MOTO CREDITORYM CONCVRSV

PRÆSIDIO

IO. BALTHAS. WERNHERO. D.

ET HOC IN CONSILIO ACADEMICO

PRÆCEPTORIS SVO METERNI DENNERANDO

IN AULICIS MAIORI

IN AULICIS MAIORI

EX REGIA ACADEMIA

CONSTITUTIS

ERNESTVS AMBROSIVS

ERNESTVS



§. I.



quod familiare disputaturis esse solet, ut ipsius rei pertractationi vocabulorum explicationem præmittant, id si ego in præsentibus neglexerim, facili modo me veniam esse impetraturum, intelligo, cum illorum nullum ea obscuritate laboret, quæ remoram! Lectori injicere possit. Ne tamen morem, universali fere consuetudine receptum, quo plerisque nihil sanctius aut antiquius esse consuevit, migrare, & sic imperitioribus, ad minimum Logices regulas, violare videar, terminorum significationem, sed brevissimam, adjicere libet.

§. II.

Est autem *Traditio* in genere rei, & possessionis, in accipientem translatio, facta ab eo, qui jus pariter ac animum ejus transferendæ habet. Quæ, prout vel fit, ex causa, ad transferendum dominium inhabili, vel habili, dicitur, vel nuda, vel non nuda. Posterior species
A est

est hujus loci. (a) Reliquas divisiones vide passim apud Dd. Ubi simul illud notamus, in hoc juris argumento, vera, an ficta, traditio intercesserit, in effectu nihil interesse.

§. III.

Quid sint res *immobiles*, non facile ab ullo, etiam ex dupondiorum numero, ignoratur. Omissa igitur hujus rei, tanquam in vulgus notæ, explicatione supervacanea, annotasse sufficiat, nobis, sub nomine rerum *immobiliurn*, hoc loco eas tantum venire, quæ naturaliter tales sunt, exclusis iis, quæ civiliter, seu juris intellectu, pro talibus habentur. Hæ enim, tanquam accessoriæ, specialem investituram non requirunt.

§. IV.

Neque vero hoc loco de omnibus *immobilibus* fermo est, sed de illis tantum, quæ *allodialia* audiunt. Vox *allodii* unde derivanda sit, inter juris interpretes haud quaquam convenit. (b) Sed illud, inter omnes, certum, expeditumque est, quod per id denotetur
res,

(a) Nempe, quæ suis requisitis stipata, & velut circumsepta est. §. 40. *J. de rer. div. l. 55. de O. & A. l. 31. de A. R. D.* Quæ etiam in jure *dationis* nomine venit. *l. 75. §. ult. de V. O.* Traditio enim nuda est saltem actus, in transferendo dominio, sive alio jure, interveniens. vid. *Lauterb. Colleg. π. 1. de A. R. D. Beyer. ad Inst. L. 2. t. 1. §. 2. pos. 205. seqq.*

(b) Vulgatissima hujus vocabuli Etymologia est, quod ab *all*, omni, & *Oede*, quod fundum vel possessionem significat, ita dicatur; ejusque originem Gotho-Saxonicam esse, scribit *Loccenius* in *Explicat. peregr. Dict. jur. Add. Limnaus ad Cap. Ferd. III. Imp. art. 28. verb. Allodial - Güther.*

res, quæ nobis propria est, quamve ab alio haud recognoscimus (c). At enimvero circa hanc definitionem, utut vulgo receptam, id desidero, quod ad superficiem, atque bona emphytevticaria, quæ tamen & ipsa, allodialibus annumerari solent, applicari haud queat. Malim igitur allodialia bona vocare, quæcunque non sunt feudalia, h. e. quæcunque non sub lege fidelitatis ab alio recognoscuntur. (d) Unde vulgo bona, in feudalia, atque allodialia, *Lehn und Erbe*, dispesci solent. Neque hæc semper pleno jure ad nos pertinent, sed interdum non, nisi jure domini utilitatis, possidentur. Non enim in feudo tantum, sed & in emphytevti, atque superficie, directum dominium, ab utili, separatum disjunctumque est. In præfenti tamen tractatione quandoque ea bona allodialia sola intelligimus, quæ pleno jure ad nos pertinent.

§. V.

Equidem nonnulla etiam essent dicenda, de Ortu tam vocis, quam ipsius ritus *investituræ*. At sicut saltem sunt conjecturæ, quæ de origine vocabuli hujus afferri solent; (e) ita etiam in tanta rei incerti-

A 2

(c) Anton. *Disp. feud. I. tb. 2. lit. a. & Stryk. Exam. jur. feudal. cap. 2. qu. 5.*

(d) Luculentum hujus explicationis fundamentum in variis beneficiarii juris textibus occurrit. vid. 2. F. 17. c. 1. 2. F. 26. 2. F. 54. Horn. *Jurispr. Feud. C. 2. §. 4.*

(e) Huc igitur repetenda veniunt omnia, quæ de hoc argumento passim a Jur. Feud. interpretibus traduntur. Mihi eorum derivatio, qui repetunt investituram ab *investiundo*, quod est, veste aliquem induere, sat probabili conjectura niti videtur. Inaugurationes enim quor-

certitudine, quid causam occasionemve dederit ipsi investituræ, rejecta *Mayeri & Schubarti* (f) sententia, certo definire non licet.

§. VI.

Describimus autem *judicalem investituram* (g) quod sit actus, quo magistratus (h) competens alicui rem immobili-

quondam solennibus vestimentis peragi solebant. Unde ipsa investitura *Inaugurationis* vocabulo insigniri consueverat. *Vossius d. Vit. Serm. 3. c. 54.*

- (f) Qui in speciali dissertatione, de hac materia, asserere audent, hanc consuetudinem originem suam debere distinctioni, Jure Rom. per-cognitæ; qua aliud erat, dominium Bonitarium, seu naturale, aliud Quiritarium, seu civile. Putant enim, nostram investituram successisse in locum ejus ritus, quo quis rem mancipatam, vel in jure cessam, aut saltem usucaptam, & per legem, vel judicem, adjudicantem, accipiebat. At enim vero, quam misere hæc omnia cohæreant, apparet, vel ex sola hujus distinctionis, cum investitura, instituta comparatione. Namque *jure civili, ritu hocce omisso, tradens dominium non retinebat, sed illud æque, ac ritu observato, in accipientem transferebat, quamvis bonitarium seu naturale tantum appelles. Quæ omnia secus in nostra investitura; qua deficiente, nec minima particula domini translata, intelligitur. Ut inde merito, observata hac diversitatis ratione, hisce conjecturis nuntium mittamus.*
- (g) Alii, ut *Schubart & Klein* pecul. dissert. resignationis domini judicialis nomine rem describunt. Ego quidem, cum, de terminis litem movere, stolidum judicem, istum loquendi modum tolerari posse, non nego, aliis tamen dijudicandum relinquo, annon aptius adhibeatur vocabulum *investituræ*. Cum enim resignatio illum actum proprie saltem denotet, quo alienans judicialiter resignat, consequitur, illam solam, domini translationem, non operari, quod tamen de investitura asserere, non dubito. Notanter enim jam supra dixi, me, in definienda investitura, præsupponere, alienantis resignationem judicialem, ante actum investituræ, peractam esse. In effectu tamen, si resignationem judicialem in sensu lato spectes, nihil interesse, lubens fateor.
- (h) Notanter dico, *magistratus*. Cum enim is, strictè sic dictus, ne minimam jurisdictionis particulam in suos cives habeat, constat, illum a judice multum differre. vid. *B. Beyer. Spec. Jur. Germ. c. 19. §. 13.*

mobilem allodiam solenniter tradit. (i) Hæc autem, ut cum effectu perfecta dici queat, requirit, ut præcesserit alienantis judicialis resignatio, & abdicatio. Denique *Concurfus Creditorum* dicitur, quo inter creditores, eorumque debitorem, cum de liquido, tum de prioritate, coram iudice competente, disceptatur. (k)

§. VII.

His præstructis, distincte videbimus, quid juris sit, circa traditionem rerum immobilium, etsi nulla judicialis investitura accesserit. Quod si initio rem, ex simplicitate juris naturalis, æstimemus, tantum abest, ut judicialis autoritas, ad translationem dominii, necessaria putari debeat, ut potius, ne extrajudiciali quidem traditione, ad eum effectum, opus sit. Quod aliqui, absque sufficienti, ratione negant. Recte enim ostendit *Grotius*, (l) naturaliter ad acquisitionem derivativam nihil in alienante, præter actum voluntatis, per verba, aliaque signa externa, declaratum, requiri. Quod intelligendum esse de dominio, quatenus est nuda facultas moralis, & nihil facultatis physicæ admixtum habet, seu prout ab omni possessione præscindit, accurate *Pufendorfus* monet. (m)

(i) Add. *Struv. Synt. Jur. Feud. c. 8. apb. 1.*

(k) Add. *Nob. Dominus de Berg. Oecon. Jur. p. 1187. & Lauterb. Coll. π. t. de reb. aut. jud. possid. sive vend.*

(l) *L. 2. c. 6. § 1. n. 2. d. F. B. & P. add. Huber. P. I. Digress. L. 4. c. 8.*

(m) *d. Jur. Nat. & Gent. L. 4. c. 9. §. 5.* Qua distinctione observata, facile diluuntur dubia, quæ contra hanc doctrinam, præter ceteros, novissime *Hertius* in *Annot. c. 1. §. 8. lit. a.* movet. *Primum*, ait, quia *dominium a naturali possessione coepit.* Deinde: *quia dominium est*
jus

§. VIII.

Quamobrem, spectato jure naturali, ad id duntaxat attendi debet, quid inter contrahentes actum, quorum voluntas sola efficit, ut dominium, vel transiisse dicatur, vel minus. Neque enim dubitandum, si partibus ita placuerit, etiam professionem apud magistratum, relationem ad acta, investituram judicialem, familiaque, per modum conditionis, adjecta, concurrere debere, si dominium in alios transire debeat. Sed si nihil tale dictum, expressumque sit, conventio sola, justo titulo subnixa, ad translationem sufficiet.

§. IX.

Sed, seposito jure naturæ, nunc ad instituta Romanorum convertamur. Apud hos, qui omnia fere negotia certis solennibus peragere solebant, non sola traditio, ex justa licet causa profecta, dominium transferebat. Quod vel solum *Mancipationis* exemplum ostendit; quæ erat propria alienationis rerum mancipi

jus in rei substantia, sive qualitas non tantum personæ, sed & rei inherens, remque ipsam afficiens, quæ proinde desiderat, ut is, in quem res alienatur, eam sibi applicet. Postremum: quia alias non apparet differentia, inter pacta, vel contractus, & modos acquirendi. Namque prima ratio ad modos acquirendi originarios pertinet, cum h. l. de acquisitione derivativa, cujus plane diversa ratio est, sermo sit. Altera colligendi ratio concludens haud est, cum possit competere jus in rem ipsam, etsi hæc nunquam actu corporali apprehensa sit. Tertia nihil omnino infert, cum jure naturali absurdum haud sit, pacta inter modos acquirendi referri.

pi (n) species, eademque certis verbis, libripende, & quinque testibus presentibus, fiebat. (o) Quæ nisi intervenisset, res, licet tradita, non in dominio, sed tantum in bonis accipientis, erat. (p) Unde distinctio, inter dominium Quiritarium, & bonitarium, originem traxit. (q) Ejusdem generis erat *in jure cessio*; quæ communis erat, rebus Mancipi, & nec Mancipi; ubi dominus rem cedebat, alter vindicabat, Prætor vero ad dicebat. (r) Qui actus proinde, ad legis actiones, & actus legitimos, pertinuit.

§. X.

Abrogavit vero differentiam, inter dominium Quiritarium, & bonitarium, *Justinianus* in *l. un. C. d. Nud. Jur. quir. toll.* (s) & rem propius ad simplicitatem juris naturæ reduxit; dum solam traditionem, si a domino, liberam rerum administrationem habente, in accipien-
teni

(n) Discrimen rerum Mancipi, & nec Mancipi, earumque indolem, ex instituto, egregie exposuit, & errores, qui in hac doctrina vulgo committuntur, detexit *Magnif. Dn. Præses* in peculiari progr. quod *Enunciat. For. Hod. Part. I. En. 13.* inseruit.

(o) *Ulpian. Fragm. Tit. 19. §. 3.*

(p) vid. *Grauna in Origin. jur. civ. edit. nov. p. 264.*

(q) *Barnab. Briffonius Antiquit. Rom. IV, 22. p. 78. Car. Sigonius antiquit. Jur. Civ. Rom. lib. II. p. 150.*

(r) *Ulpian. c. 1. §. 9. 10.*

(s) Per quam & sublatum discrimen, inter res Mancipi, & nec Mancipi. De quo tamen nimis audacter scribit *Dn. Heineccius Antiqu. Rom. L. 1. t. 1. §. 14. not. b. quod in universo Corpore Justiniano nulla ejus distinctionis mentio fiat*, forsan quod ea sublata sit in *l. un. C. d. nud. jur. Quirit. toll.* Cum tamen expresse in *l. un. C. de Usuc. transf. & d. subl. differ. rerum Mancipi, & nec Mancipi*, atque adeo, vel in ipsa ejus rubrica, occurrat. Quod assertum eo magis mirari licet, cum ex verb. fin. ejusdem all. tit. appareat, autorem hujus legis non fuisse ignarum. Quæ omnia, a *Magnif. Dn. Præside* jam in *git. enunc. 13.* notata esse, reperio.

tem justo titulo fiat, ad translationem dominii sufficere jussit. Igitur jure Justiniano, neque judicis auctoritate, neque aliis solennibus, opus est, sed dominium, cum plenissimo, de re disponendi, arbitrio, traditione extrajudiciali transit.

§. XI.

Atque hoc jure utimur; nisi quod certarum gentium instituta, & mores, hodiernum peculiarem traditionis solennitatem exigant, si dominium, rerum immobilium, a tradente, abire debeat. Sigillatim, in Geldria, *Effestucatione* opus est, ut nempe venditor *festucam*, seu baculum, manu projiciat, atque emtori relinquat, eoque actu declaret, se dominium atque possessionem dimittere, & in alterum transferre. (t) Quamvis, accurate rem intuendo, effestucatio, non tam requisitum juri civili superadditum, quam speciem symbolicae traditionis contineat; qualis etiam *jure Canonico* scotatio (u) habetur.

§. XII.

Apud Saxones inde ab antiquissimis temporibus invaluit, ut rerum immobilium dominium non aliter ab

(t) Vid. *Hub. Prælect. ad Inst. d. R. D. n. 58.* add. tract. de hoc argumento a *Frid. a Sande* inchoatus, & a *Lamperto Goris* ad finem perductus, & *Sandii operibus* insertus. De quo *B. Beyerus ad π. tit. d. act. emt. vend. pos. 20.* observat, quod nulla in eo *effestucationis* definitio occurrat.

(u) Quæ fieri intelligitur, cum quis modicum terræ de prædio, Ecclesiæ donato, in manu, vel extremitate pallii, episcopo offert, aut super altare ponit. *C. ex literis 2. X. de consuet. Jo. Strauch. Amæn. Jur. Can. Semestr. I. Eclog. 3. c. 4.*

ab uno in alterum transeat, quam si dominus illud magistratui resignet, & hic, mediante investitura, in alterum transferat, daß der Eigenthums-Herr die Lehn am Grund-Stück auflasse, und der andere darmit gerichtlich beliehen werde. Quamvis enim textus juris Saxonici communis (x) tantum de bonis censiticis, & emphytevticis, nec non avitis, alteri donatis, loquantur, ut solide adversus *Carpzovium* (y) ostendit *Franzkius*: (z) usualis tamen interpretatio deinceps in Saxonia Electorali, expressa lege, (aa) comprobata est.

§. XIII.

Juxta hæc igitur venditor, rem licet emtori traderit, ejusdem dominium tamen eousque retinet, donec illud judicialiter resignet. Sed quale hoc domini genus erit? Nimis illud deprimat, atque extenuat *Titius*, dum verum dominium esse negat, idemque non tam esse dominium, quam videri, contendit. (bb) Sed ejus opinionis nullum solidum argumentum adducit. Rationes ejus huc redeunt. Primo urget, dominium hoc mere precarium esse, & ab emtore pro lubitu revocari posse. Enimvero non apparet, quomodo precarium vocari possit, ius, quod a lege, vel consuetudine, quæ vim legis habet, dependet. Precarium precibus rogatur, & beneficii loco est, quod in acceptis ferendum

(x) Land-R. L. 1. art. 52. Weichb. art. 20.

(y) I. Resp. 102. n. 7. seqq. & 5. Resp. 40. n. 13. item Resp. 41. n. 7. nec non 2. Dec. 127.

(z) L. 2. Res. 12.

(aa) Dec. Nov. 61.

(bb) *Observ. ad Compend. Lauterb.* 13. 569. pag. 378. seqq.

dum ei, qui usum gratis concessit. Unde ad actus liberalitatis refertur. (cc) Atqui nihil tale in eo, in quo versamur, dominii genere occurrit. Non hoc venditori competit, quia emtor id vult, sed quia legis autoritas intercedit, quo minus illud, sine investitura judiciali, transeat. Demus vero, precarium hoc dominium esse, quale tamen, ut vidimus, non est, nondum tamen inde consequitur, illud verum non esse, adeoque in vanum, & inane nomen abire. Etiam is, qui precario dominium habet, tantisper, donec revocatur, verus rei dominus est, & propterea liberam, de illa disponendi, facultatem habet (dd) nisi quatenus hæc vel expressa, vel tacita, voluntate concedentis, restricta est. Perinde ut is, in quem possessio, per modum precarii, transit, interdicto uti possidetis, adversus turbantem uti potest, (ee) eademque justa esse intelligitur, quoad nondum revocata est. (ff) Sola advocandi facultas ipsius juris, quod translatum est, indolem atque naturam haud immutat. Itaque precarii titulus nequicquam obstat, quo minus possessio sit vera possessio, & dominium ita concessum, sit verum dominium.

§. XIV.

Pergit Titius : Licet enim emtor resignationem judicialem quandoque non statim impetrare possit, hoc tamen non fit, ob constans aliquod venditoris dominium, sed potius vel ex mora

(cc) L. 1. §. 1. l. 8. §. 3. in fin. π. de precar.

(dd) Stryk. Annot. ad Lauterb. Compend. Jur. tit. de precar.

(ee) l. 17. π. eodem B. Menck. Tr. Syn. Pand. c. 1. Bachov. Vol. I. D. 24. th. 5. lit. e.

(ff) l. 13. §. 1. de publ. in rem act. l. 22. §. 1. de nox. act. l. 7. §. 4. com. divid.

mora legali, dum resignationibus certa tempora sunt statuta, vel intercessione tertii, vel cunctatione ipsius emtoris, dependet. Ubi manifestum est, dominium non constans, vero dominio, perperam opponi, & ab eo distingui. Potest esse verum dominium, licet revocabile, & ad breve tempus duraturum. Exemplum modo vidimus in precario. Aliud occurrit in dominio, quod marito in prædio dotali (gg) competit. Hoc verum dominium esse, quis neget? (hh) cum utique omnes effectus domini producat, nisi quatenus speciali lege adempti sint. Unde dominium hoc mariti civile, & in exercitio, appellatur; cum ex adverso dominium uxoris tantum naturale sit, & in quiete, ut vulgo loquuntur. (ii) Et tamen dominium mariti, quod in hujusmodi dotali re, vel plane non, vel nudæ taxationis ergo, æstimata, habet, non constans est, & perpetuum, sed, matrimonio soluto, regulariter, & nisi aliud actum sit, extinguitur, & cessat. (kk) Neque, spectato effectu, interest, cujus culpa, aut mora, contingat, quo minus domini translatio fiat. Sed satis est, eam revera nondum secutam esse, quicquid tandem illam impediat, & remoretur. Unde nec incongruum fuerit, quod putat laudatus Titius, dominio precario tribuere, quod valido, & efficaci tantum competit.

B 2

Nam

(gg) *pr. J. quib. alien. lic. vel non. l. 30. C. de Jur. dot.*

(hh) Negant tamen aliqui, & præter ceteros, novissime Pagenstecherus *ad comp. Jur. Lauterb. Man. 2.* qui, novum argumentum se reperisse, putat in *l. 9. C. de pignor. act.* Sed infirmitatem ejus quisque facile intelligit, cum dominium rei a periculo utique sejunctum esse possit.

(ii) Hac distinctione observata, ultro corruunt dubia, quæ a dissentientibus ex *l. 75. π. & l. 30. C. d. Jur. dot.* aliisque juris textibus, moveri solent.

(kk) *l. 1. C. d. fund. dot. l. 21. C. d. jur. dot. l. 10. §. ult. ff. Eod.*

Nam precarium esse potest dominium, & tamen effi-
cax, atque verum.

§. XV.

Porro Titius c. l. contendit, *id etiam magis apparere, si consideres, quod emtor, quoad periculum & commodum, jam pro domino habeatur. Hæc enim satis ostendere, dominio venditoris notabilem effectum adscribi non posse.* At enimvero neque hoc argumentum aliquid solidi in recessu habet. Verum est, quod statim, atque mutuo consensu perfecta est emtio venditio, emolumenta rei venditæ, etsi nondum traditæ, una cum periculo, in emtorem transeant. (ll) Sed hinc male colligitur, dominium, quod, ante traditionem, penes venditorem remanet, non esse efficax. Sane hoc casu venditor præcipuo domini effectum luculenter gaudet, qui est alienatio. Is namque, si rem, uni venditam, sed nondum traditam, alteri etiam vendat, & simul tradat, hunc dominum efficit, nec prior emtor quicquam habet, quam actionem personalem, adversus venditorem, ad id, quod interest, præstandum. (mm) Hac tanta virtute cum dominium venditoris gaudeat, quis illud, inane & non efficax, cum ratione, dixerit? a commodo & periculo rei, ad ejus dominium, nulla valida consecutio duci pot-

(ll) §. 3. *F. de emt. vend. t. t. π. de peric. & commod. rei vend.* idque generaliter in debitore speciei, seu rei singularis, locum habet; ut non huic, sed creditori, illa pereat. l. 23. d. V. O.

(mm) l. 15. *C. de R. V.* cujus præcipua ratio in eo consistit, quod prior emtor, quippe qui tantum jure personali nititur, adversus secundum, nullam actionem habeat. Excipi tamen, juxta communem Dd. doctrinam, solet casus, ubi secundus emtor in mala fide est; tunc enim, propter dolum, actionem revocatoriam concedunt.

Potest. Et mirum est, potuisse Titium ad hoc argumentum delabi, quod nequidem *Jur. Civ.*, ubi tamen investitura judiciali opus non est, aliquod momentum habet, & solus contractus commoda æque, ac incommoda, in emtorem derivat. (nn)

XVI.

Ad ultimum Titius opinioni suæ præsidium, a fine resignationis judicialis, arcessit, cum ait: *Denique, si perpendas scopum resignationis judicialis, non videtur ea ex rationibus privatis, sed publicæ potius utilitatis esse introducta, quamobrem illa non tam requiritur, ut venditor per eam plenius jus in emtorem transferat, sed potius, ut publico nomine ille dimittatur, hic vero pro domino declaretur.* Ubi inficias haud imus, quod rationes publicæ utilitatis, pro investitura judiciali, in immobilibus rebus militent, ut civitas sciat, penes quos earum dominia existant. (oo) Sed negari nequit, quod etiam privatorum interfit, ut non privatim, & clanculum, sed actu quodam solenni proprietas rerum, ab uno in alterum, transeat. Sic enim certior quisque de dominio suo redditur, nec adeo facilis, ad circumveniendum, via patet. Imo, rationibus recte subductis, patet, per investituram judicialem, magis privatorum, quam publicæ utilitati, consuli. Fiscus enim, in imponendis oneribus, & colligendis tributis,

B 3

butis,

(nn) Emtor nihilofecius ad pretium solvendum obligatus est. §. 3. *F. de emt. & vend. l. ult. C. de per. & comm. rei vend.* Quarum legum æquitatem frustra vellicat *Cujacius ad African. l. 33. locati.*

(oo) Sine dubio publice interest, dominia rerum certa esse, & in tuto collocari. Quo fine etiam usucapionem introductam esse, constat. *l. 1. pr. d. usurp. & usucap. add. Grot. d. J. B. & P. l. 2. c. 4.*

butis, possessores rerum immobilium attendit, sive earum domini simul sint, sive minus. At privati, eorumque rationes, incertitudo domini magis turbat; dum facile fieri potest, ut quis eandem rem, uni venditam, & brevi manu (pp) traditam, nunc, alteri ignoranti vendat; cum ex adverso, ubi, ad translationem domini, actus sollemnis requiritur, ex libro civitatis publico, de jure venditoris, facile constare possit. Ut hinc nullo modo admittendum, quod Titius existimat, *juxta respectus privatos, venditorem, ante resignationem judicialem, jam omne jus amisisse.* Cum enim dominium, sine aliqua de re disponendi facultate, regulariter intelligi haud queat, ultro consequitur, etiam hoc casu illud prorsus otiosum esse, omnique vi destitui haud posse; praesertim, quia non ex conventionem, sed legis autoritate, penes venditorem, usque dum judicialis traditio accedat, remanet.

§. XVII.

Quamobrem certum, conclamatumque esse, puto, verum & efficax dominium venditori, in re immobili competere, quamdiu illud magistratui haud resignavit. Inter effectus autem domini ordinarios inprimis alienandi facultas eminet. (qq) Quae tamen cum effectu tunc amplius exerceri nequit, ubi res jam alii, *justa*

(pp) v. g. retento usufructu, & in genere per constitutum possessorium. l. 18. π. d. *acquir. vel amitt. possess.* l. 77. π. d. R. V. Hujusmodi ficta traditio enim, quae tamen & ipsa dominium transfert, facile novum emptorem celari potest.

(qq) Regula enim, quod quisque rei suae liberrimus moderator, & arbiter sit, l. 21. C. *mand.* ad omne dominium, nisi quatenus per legem, aut conventionem, restrictum, pertinet.

ex causa, tradita est. Frustra enim est judicialis resignatio, atque investitura, si res ipsa, cujus dominium est transferendum, tradi nequeat, sed jam ab alio, voluntate domini, iustoque titulo, occupata sit. Neque enim existimandum est, solam investituram judicialem dominium transferre posse, nisi extrajudicialis etiam traditio accesserit. Supponit enim illa, quod omnia adsint, & concurrant, quæ jure civili, ad dominii translationem, necessaria sunt, iisdemque solum novum requisitum, ex consuetudine, vel lege provinciali, superaddit. Est vero, inter requisita *Jur. civ.* hoc vel maxime, ut res tradatur, a possessore vacua, (rr) speciatimque, ut nemo alius eandem civiliter, seu animo sibi habendi, possideat; alias enim, nec verum, nec quasi dominium, seu usucapiendi conditio, in alium transire potest. Frustra objicitur, quod proprietas, cum possessione, nihil commune habeat. (ss) Inde enim nihil aliud conficitur, quam quod dominus quis esse queat, ut rem haud possideat; sed acquiri tamen dominium, sine translatione possessionis, regulariter nequit; solis casibus exceptis, quibus dominium, sine traditione, legis auctoritate, quæ illam supplet, transit. (tt)

§. XVIII.

Fac igitur, partem fundi, a domino alienatam, & emtori, sed extrajudicialiter, & sine resignatione judiciali,

(rr) l. 8. C. de act. emt. vend. l. 2. §. 1. l. 3. π. eod.

(ss) l. 12. §. 1. de acqu. vel amitt. poss.

(tt) Utpote in legatis l. 80. d. legat. 2. societate universali omnium bonorum l. 2. π. pro soc. & judiciis divisoriiis, cum res alicui, officio judicis, adjudicatur. §. ult. l. de Off. Jud.

ciali, traditam esse, ab eoque possideri, postea vero, ab eodem domino, fundum, cum omnibus accessionibus, alii vendi, atque, accedente judiciali investitura, tradi; quæritur: An hic Emtor, partem illam, & accessionem, in alium antea, justo titulo, translata, jure domini, vindicare queat? Ita primo intuitu judicari possit; cum propter judicialis investituræ defectum, illius dominium penes venditorem remanserit, atque deinceps in posteriorem emtorem, per traditionem ipsius fundi, cum judiciali investitura conjunctam, transiisse videatur. Sedenimvero, quo minus dominium illius partis consequi potuerit, obstat, quod ejus possessio vacua non fuerit, utputa a priori emtore occupata. Quamvis itaque hic, ob investituræ defectum, nondum illius dominus factus sit, neque tamen etiam dominium ejus a venditore in alium derivari potuit, adeoque penes venditorem remansit; quem prior emtor, ad resignationem judicialem, adhucdum faciendam, compellet. (uu)

§. XIX.

(uu) Hujus generis casum non ita pridem Ordini JCtorum, qui in hac Academia floret, oblatum fuisse, a *Magnif. Dn. Præside* relatum accipi; ubi emtor domus, adversus eum, qui partem aræ, sibi antea venditam, & sine resignatione judiciali, traditam, possidebat, agere, eamque velut accessionem, propter nondum translatum dominium, vindicare voluit; quod, utrum facere posset, laudatum Ordinem consuluit, ab eoque sequens responsum, mihi communicatum, tulit: *Wann gleich, nach Verordnung der Sächsischen Rechte, das Eigenthum eines unbeweglichen Guthes, sine traditione judiciali, nicht transferiret wird, und es daher das Ansehen gewinnet, daß Titius, weil er das Haus, darzu das Stück Hoff-Raum quæst: gehöret, mit allen Recht und Gerechtigkeiten erkauffet, und solcher Kauff nach der Beilage sub A. gerichtlich confirmiret worden, besagten Hoff-Raum zu vindiciren berechtiget; Hiernechst angeführet wird, daß der Nachbar Sejus, auff angeregten Platz, nahe an Titii Grund-Mauer, nicht nur einen Schwein-Koben*

§. XIX.

Quid vero de subhastationibus dicendum? An hic, sine investitura judiciali, dominium transit? Non desunt, qui, solam adjudicationem sufficere, putant, nulla licet resignationis solennitas accesserit. Sed negans opinio, ut usu fori recepta, ita a juri merito anteferenda est. Nititur illa generali dispositione legum, (xx) quæ, ad omnem dominii translationem, resignationem, & investituram judicialem, requirunt. Leges, inter alienationes publicas, & privatas, necessarias, & voluntarias, haud distinguunt. Equidem, secundum *Jus Civile*, ad-

C

judi-

Koben auffgebauet, sondern auch eine tieffe Mist-Grube daselbst gemacht, wovon der Koth und Mist-Lucke, durch die Mauer in Titii Keller dringe, mithin solcher gantz unbrauchbar, auch der Grund Titii Hauses ruiniret würde.

Dennoch aber, und dieweil aus dem Document sub A. nicht zu ersehen, daß Titius das Haus, worzu der streitige Hoff-Raum gehöret, in Lehn bekommen, also er selbst noch kein dominium daran erlanget, in mehrerer Erwegung, daß eine bloße Obrigkeitliche Confirmation, und Einverleibung in das Stadt-Buch, keine tradition und Lehns-Reichung involviret; Hiernechst, wenn auch selbige erfolget, daraus dennoch kein Eigenthum, als wegen dererjenigen Stücken, so Titius würcklich in Besitz bekommen, transferiret werden mögen, in mehrern Betrachtung, daß, ad translationem dominii, in Saxonia, præter investituram judicialem, auch alle requisita juris civilis, und darunter insonderheit, traditio extrajudicialis, juxta l. 20. C. d. pact. concurriren müssen, welche in gegenwärtigem Fall, da Sejus den streitigen Hoff-Raum inne hat, allerdings ermangelt. Imübrigen jeder auff seinem Grund und Boden, wenn er dasjenige, was in legibus geordnet, beobachtet, thun kan, was er wilz, ungeachtet der Nachbar dadurch indirecte, und per consequentiam, Schaden leidet; qui enim jure suo utitur, nemini injuriam facere, intelligitur. So erscheinet dannenhero soviel, daß Titio disfalls keine actio zustebe. V. R. W.

(xx) vid. Dec. El. Nov. 61. quæ generatim disponit, & nullam alienationis speciem excipit.

judicatio, etiam sine traditione, (yy) est modus transfere-
 rendi domini. Sed primo, hæc juris dispositio, restri-
 cta est ad judicia divisoria, neque adeo, ad omnem
 adjudicationem, & judicis sententiam, pertinet. Dein-
 de liquido supponit, nullum aliud requisitum, vel lege,
 vel moribus, domini translationi adjectum esse; quale
 est judicialis investitura. Et vero per se distincti actus
 sunt; adjudicatio, quæ præcedit, & investitura, quæ
 sequitur. Per illam, nonnisi Jus proximum transit, ad
 dominium acquirendum; quod demum, mediante
 hac, plene transfertur.

§. XX.

Hinc in *Ord. Proc. Sax.* (zz) præcipitur, ut debi-
 tor, si, facta adjudicatione, in resignando dominio,
 moras nectat, ad eam faciendam, sub comminatione,
daß sonst die Lehn in contumaciam für aufgelassen geachtet
werden solle, peremptorie citari, eoque haud comparente,
 perinde, ac si actu secuta esset, cenferi debeat. Quam
 legem, non minus ad allodialia, quam feudalia, bona
 pertinere, luculenter ostendit *Authentica interpretatio*,
 quam *Potentissimus Legislato Saxo*, in *Ord. Proc. Emend.*
 §. 2. suppeditat, ubi ad superiorem §. 4. expresse pro-
 vocat, eundemque hætenus corrigit, ut, tali commina-
 tione non amplius opus esse, sed statim post adjudica-
 tionem

(yy) Aliter, præter ceteros, sentit *Swendendorfferus* ad *Fibig. Proc. p. m.*
 1045. ubi simul traditionem exigit, propter *l. 20. C. d. Pact.* Sed ibi
 traditur regula, a qua præsens casus reperitur exceptus, in §. ult. *l.*
d. Off. Jud.

(zz) *Tit. XL. §. 4.*

tionem fundi, sub hasta venditi, dominium pro resignato haberi (aaa) debeat, sive prædium feudale, sive allodiale sit; Ibi: *Lehn- oder Erb-Güther*. Accedit usus fori, qui & ipse, ex tacita Superioris voluntate, vim legis habet; (bbb) & de quo, propemodum omnes Pragmatici, uno ore, testantur. (ccc)

§. XXI.

Ab hac vero sententia, utut eam tutissimam iudicet, recedit *Illustris Fctus* (ddd) qui negat, ad translationem domini, in re immobili allodiali, resignationem, & investituram judicialem, necessariam esse, sed, solam adjudicationem sufficere, contendit. Expendamus paulo altius rationes, quibus *Vir Summus* utitur, & periculum faciamus, utrum satisfieri iisdem queat. Ait: *Contextum Dec. 61. docere, ibidem de emtione venditione privata*

(aaa) Cave autem, existimes, hac ratione rerum, sub hasta venditarum, dominium in emtorem, plane sine investitura judiciali, transire. Cum enim jam in superioribus demonstratum sit, longe inter se differre, resignationem, & investituram, ex loco *Ord. Proc.* allegato, & imprimis ex §. 18. *Tit. 39.* consequitur, illam quidem remissam, sed hanc adhuc hodie in Sax. Electorali necessariam esse; Ibi: *In Lehn gegeben.*

(bbb) *L. 32. §. 1. π. d. LL.* Dico: *Vim legis.* Nam, accurate loquendo, nonnisi una, datur legum interpretatio, nempe doctrinalis. Authentica, & usualis, quæ dicuntur, vel cum ea conveniunt, vel novam legem, quæ regulariter ad futura tantum negotia spectat, complectuntur; ut pridem animadvertit *B. Beyerus Dehn. Jur. Civ. Inst. L. 1. t. 5. pos. 15. seqq.*

(ccc) Vid. *Swendendorferus ad Fibig. Proc. c. 1. Philippi d. Subbastat. cap. 4. comm. 3. n. 16. Martini ad Ord. Proc. Sax. tit. 39. §. 12. n. 37. seqq. Rivin. ad O. P. S. tit. 40. Emunc. 13. B. Mencken. Tr. Syn. Proc. t. 39. §. 85. p. 576. seqq.*

(ddd) *Elect. Discept. For. t. 39. p. 1197. seqq.*

vata agi, non de ea, quæ fit sub hasta; Atqui in genere, de alienatione rerum immobilium, in genere, de dominio earum transferendo, in genere, de necessitate resignationis judicialis, ibi agitur. Sane, si casus publicæ venditionis excipiendus foret, fieri non potuit, quin Lex illa nova, quæ omnes Dd. de hoc argumento altercationes atque dissidia sublata voluit, & jus certum constituit, eundem nominatim exprimeret; ne, hac in parte, tam insignis incertitudo juris, quæ vel uno verbo tolli poterat, relinqueretur. Quod de legislatore præsumi, nefas. Cum igitur nullam domini derivationem, sine judiciali resignatione, admiserit, consequitur, hic restrictivæ interpretationi locum non esse, sed vim legi fieri, si hæc, vel illa, venditionis species excipiatur. Equidem hoc Jus, correctorium Juris Civilis, esse videtur; eoque omnibus modis limitandum, & coarctandum. (eee) Sed, si animum recte advertas, liquet, non tam hic corrigi jus civile, quam Jus Saxonicum, ejusque interpretationem usualem, quæ pridem in foro invaluerat, confirmari.

§. XXII.

Objicit Ill. Vir, judicialem auctoritatem, quæ imprimis Jure Sax. El. spectetur, non minus in adjudicatione, quam in illa solenni abdicatione, animadverti. At enim vero, si sola auctoritas judicis spectanda esset, plane superledere possemus

(eee) Vid. l. 14. π. d. LL. Quæ lex tamen, ad quam communiter recurri solet, non comprehensivam, qualis hæc est, sed tantum extensivam interpretationem, vetat; quod ejus verba: *non est producendum ad consequentias*, aperte indicant.

femus investitura judiciali, simplici confirmatione judiciali contractus, in ejus locum, suffecta. Utrobique enim publica autoritas occurrit. Contra potius arguere licet; quod, quia simplex confirmatio contractus, a Magistratu, publico nomine, profecta, ad dominium transferendum, non sufficit, (fff) etsi publica autoritas in ea appareat; ita nec adjudicatio, propter judicialem autoritatem, talem virtutem habere queat. Præsertim, cum inter juris interpretes, de vera introductæ judicialis investituræ causa, nondum conveniat. (ggg)

§. XXIII.

Pergit *Illustris Vir*: *Quamobrem frustra fortasse, præter additionem judicialem, alius judicialis actus, puta resignationis, desideratur, præsertim ex parte debitoris, cujus bona, excitato concursu creditorum, communia eorundem esse dicuntur.* Demus vero, eo casu, quo plures creditores concurrunt, & ex bonis debitoris solutionem postulant, nullam hujus rationem amplius habendam esse, cum in ejus locum creditores succedant. (hhh) Quid au-

C 3

tem

(fff) Nempe aliud est investitura; aliud confirmatio contractuum judicialis. Hæc illam non includit, sed regulariter præcedit. *Klein Diff. de Resign. jud. n. 117. seqq.*

(ggg) Alii aliam allegant. Quidam prætendunt, obviam eundem esse, inconstantia hominum, ne contractus, postquam in judicium deducti sunt, ita facile rescindant; interesse Magistratus, nosse, quis immobilia, & quid quisque acquirat, an contractus rite celebratus, an forte ea in personam inhabilem transferantur; quæ sunt verba B. *Beyeri Spec. Jur. Germ. L. 1. c. 19. pos. 8.*

(hhh) l. 6. §. 7. *Quæ in fraudem Credit.* Unde etiam in *Ord. Proc. Sax. Emend.* loco superius citato, talis resignatio dominii, ex parte debitoris, pro supervacanea, & ficta, declaratur.

tem de investitura, actu, a resignatione, distincto, fiet? hæc certe, si dominium transire debeat, omitti nequit. Quam & *Ord. Proc. Sax. Emend. c. l.* expresse prærequirit, & actutum, secuta adjudicatione rei immobilis, sub hasta venditæ, fieri jubet. Tali enim casu, a negata resignatione, ad negandum investituræ actum, validum argumentum duci nequit.

§. XXIV.

Hinc facili negotio responderi potest, ad ea, quæ *cit. loc.* sequuntur. Quod enim dicitur, *judicem, uti nomine debitoris, & creditorum, fundum haste supponit, ita & eundem deinceps emtori adjudicare*, id recte quidem habet, sed inde non consequitur; Ergo, adjudicando, dominium transfert, quamdiu ad hunc effectum, lex, vel consuetudo, alium solennem actum, requirit. Equidem dominium pignoris, a creditore legitime distracti, in emtorem transferri, *juris est tratatitii*; (iii) Verum & hoc, iis in locis, ubi investitura judicialis recepta, sine hac, nequaquam transit. Quamobrem, cum dicitur: *Quid igitur impedit, quo minus eodem etiam effectu Judex vendere possit?* haud negatur, eundem effectum venditioni judiciali tribuendum esse, qui, creditoris alienationi, competit. Utroque casu, Jure Civili, investitura opus haud est; sed utrinque, apud Saxones, necessaria habenda erit. Posteriori casu, requiritur traditio; sed sola dominium non infert; priori, sufficit adjudicatio, cum traditione extrajudiciali conjuncta; nempe ex principiis Juris Communis, & ubi nulla judicialis Investitura invaluit.

Nec

(iii) Si nimirum, prævia denunciatione debita, fiat, *l. 46. d. A. R. D. l. 15. & 18. C. d. distract. pign. l. 4. d. pign. act.*

Nec vero laudata *Dec. Elect. 61.* ultra literam profertur, cum, secundum literam, intelligitur, de omni alienatione rei immobilis; sive illa publica, sive privata, sit.

§. XXV.

In sequentibus provocatur ad verba *gelassen*, item *hinlassen*, quæ in textibus Juris Saxonici reperiantur, (kkk) & vim adjudicationis indicent. Atenimvero non est ea verborum illorum significatio, quod dominium, sine alio accedente actu, transferri debeat. Quin potius eadem intelligenda sunt, præstructis terminis habilibus, ut vulgo loquuntur, h. e. ut investitura accedat. Nam & talia verba nudum quandoque contractum, licet nulla plane traditio adhucdum secuta sit, indignant; ut, ubi de merce & pretio convenit, dici soleat: *Es sey die Wahre um diesen oder jenen Preiß gelassen worden.* Unde nec verba: *ex officio billig Kauffweyse zugeschlagen*, quibus Scabini Lipsienses in allegato (lll) præjudicio usi sunt, quicquam evincunt; sed, debita solennia, circa traditionem, adhiberi, supponunt.

§. XXVI.

Nec vero aliam *Carpzovii* opinionem fuisse, puto. Neque enim, cum de necessitate investituræ judicialis, in transferendo dominio, disputat, inter alienandi genera distinguit, sed ubique generaliter loquitur. Quod
vero

(kkk) P. I. C. 32. *Ord. Proc. tit. 39. §. So soll man. n. 13.*
(lll) Extat illud in *Philippi Tr. d. Sabbast. c. 3. comm. 13.*

vero scribit, (mmm) *neminem forsā dubitaturum, quin per adjudicationem rei subhastatæ judicialem plenissimum transferatur dominium in licitatore, ad principia Juris Civilis pertinet, quæ, apud Saxones, investituram haud excludunt, sed potius, tanquam necessarium requisitum, admittunt, atque supponunt. Et hanc Carpzovii mentem fuisse, luculenter ostendunt cetera ejus, quæ urgentur, verba, cum ait: non male adjudicationem, rei subhastatæ, inter modos translationis dominii Juris Civilis, referri. Est ergo, ex sententia Carpzovii, tantum modus derivandi dominii Juris Civilis, non autem Saxonici; in quo nobiscum manifeste conspirat. Nam, quod in Saxonia etiam sola adjudicatio, judiciali resignatione haud suffulta, dominium transferat, nullibi tradit. Nec præsumi potest, eum ficco pede præteriturum, nec potius expressis verbis additurum fuisse, exceptionem adeo notabilem, si talem statuisset. (nnn)*

§. XXVII.

Objicitur vero nobis ratio, a Carpzovio adducta, quod adjudicatio illa, in solo statuto, videatur fundata, quo & fortassis respexerit Autor Dec. El. 61. in exceptione eidem adjecta; (ooo) Sed, nisi me omnia fallunt, hæc ipsa
Carpzovii

(mmm) P. 1. C. 32. def. 46.

(nnn) Mirum est, quod in multiplici illa disputatione, quæ, de hoc argumento, Carpzovium inter & Franzkium, Jctos ævi sui Principes, intercessit, nulla quæstionis hujus mentio, quod sciam, injecta fuerit. Si quid conjicio, neutri eorum in mentem venit, peculiarem de illa opinionem fovere, aut, inter genera alienationis, distinguere.

(ooo) Verba, quæ laudatam sæpius Dec. El. claudunt, hæc sunt:
Wäre aber an einem oder dem andern Ort von uns oder unsern in Gott-rubenden Hochlöblichen Vorfahren bestetigte Statuten, darinnen etwas anders versehen oder auch beständig eingeführete richtige Gewohnheit vorhanden, darbey soll es billig verbleiben.

Carpzovii mentem, quod solam adjudicationem regulariter, ad domini translationem, nequaquam sufficere putet, aperte ostendunt. Excipit enim casum, ubi peculiare statutum, quod necessitatem judicialis investituræ remittit, adest. Eundem casum, vel ubi contraria consuetudo invaluit, eximit *Dec. El. 16.* Quæ exceptio regulam, in casibus non exceptis, manifeste confirmat; quod nempe ordinatim, & regulariter, simplex adjudicatio, quæ singulari statuto haud innititur, ad dominium derivandum, nequaquam sufficiat. Quod enim *Carpzovius* verbo *Statuti*, universalem Saxonum, vel legem, vel consuetudinem, intelligat, ejus nullum vestigium, *c. l.* occurrit. (ppp) Unde etiam hac conjectura ducor, ut existimem, peculiare statutum Scabinos Lipsienses in præjudicio, quod subjicitur, ante oculos habuisse; quod ad regulam trahi nequit. Taceo, quod, juxta vulgatum, unius positio, non fit alterius exclusio; adeoque commode intelligi possit adjudicatio, non nuda, & simplex, sed cui investitura judicialis accessit. Sed & argumentum, a feudo ad allodium, in hac materia, non omnino negligendum; (qqq) præsertim cum per *Ord. Proc. Sax. Emend. c. l.* expresse approbatum sit.

D

§. XXVIII.

(ppp) Alias enim haut nego, Jus statutarium aliquando etiam pro jure provinciali usurpari; quatenus juri communi opponi solet. Quo sensu jura statutaria, ex Jure Civili, declarari, suppleri, & restringi, dicuntur. *vid. Lauterb. Comp. Jur. præf. pr.*

(qqq) Nempe id volo; iis in locis, ubi investitura magistratus, ad domini translationem, necessaria habetur, intuitu adjudicationis, nihil interesse, utrum prædium feudale, an allodiale, sit; inter quæ duo ceteroqui maxima intercedit differentia.

§. XXVIII.

Sed, hac quæstione dimissa, nunc ad alia transimus. Fieri quandoque solet, ut, re vendita, & emptori sine resignatione judiciali, tradita, in bonis venditoris concursus creditorum excitetur, quo casu quæritur: Utrum hi, vel eorum nomine, curator bonorum, (rrr) talem rem repetere, & ab emptore avocare possint. (sss) Ubi rursus diversi casus distincte considerandi sunt. Primus est, cum ipse venditor, ob non impetratam judicialem investituram, dominium rei nunquam consecutus est; ubi per se liquet, nihil juris in illa creditoribus competere posse; cum actione reali omnino destituantur. Non datur Rei Vindicatio, propter defectum dominii; neque in rem Publiciana; quia hæc non competit, nisi adversus deteriori jure possidentem;

(rrr) Ad hujus enim officium id pertinet; non Curatoris litis; qui duo perperam in foro confundi solent. Hic tantum Creditoribus respondet, unde etiam *Contradictor* audit; Sed ille, de massa bonorum conservanda, augendaque, sollicitus est. Unde Creditor quoque hoc munere fungi potest. *l. 2. §. 4. d. Curat. bon. dand. in quem tamen officium curatoris litis non cadit.*

(sss) Ubi statim ab initio monemus, nos, talem alienationem, intelligere, quæ actioni Paulianæ haud locum relinquit; v. g. 1) si res alienata sit, ante immisionem; is enim, qui suam recipit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque, quod solvendo non sit, recipiat, non tenetur hoc edicto; (i e. act. Publ.) sibi enim vigilavit; sunt verba *l. 6. §. 7. π. quæ in fraud. Cred. l. 10. §. 16. l. 24. eod. N. O. l. 6. §. 2. π. de reb. aut judic. possid. vel vend.* Restringenda enim est hæc lex ad casum, quo debitor, pluribus creditoribus instantibus, uni gratificatus est. 2) si etiam post immisionem, ex titulo oneroso, in talem res translata sit, qui fraudis particeps haud est *l. 10. pr. §. 1. l. 6. §. 11. π. quæ in fraud. Credit. l. 5. C. d. rev. his quæ in fraud. Credit.*

tem ; qualis non est, qui æque justo titulo nititur, atque actor; præsertim cum ab illo ipso, cujus nomine creditores agunt, causam habeat.

§. XXIX.

Alter casus est, ubi debitor communis revera adhuc dominus est, rei venditæ, atque emtori traditæ; quia nempe resignatio, & investitura judicialis, nondum secuta est. Hic primo intuitu videri possit, creditoribus inter se concurrentibus, rei vindicationem competere, cum res adhuc in dominio debitoris existat, eaque ad massam concursus, quam vocant, pertinere videatur. At enim vero manifestum est, creditoribus non plus juris competere posse, quam debitor, eo tempore, quo in ejus bonis concursus excitatus est, habuit. Hunc enim repræsentant; in hujus locum subeunt, atque ex illius persona agunt. Quæcunque igitur exceptiones debitorem ab agendo repellunt, illæ necessario quoque creditoribus obstant. Neque enim hoc ipso, quod plures creditores concurrunt, tertii, ad quem negotium illud nequicquam pertinet, conditio deterior reddi debet. (iii) Atqui emtor, si a debitore, a quo rem illam accepit, actione rei vindicatoria conveniretur, eo obtentu, quod res, propter investituræ judicialis defectum, in ejus dominio mansisset, sine dubio exceptione rei venditæ atque traditæ (uuu) tutus foret; quæ proinde

D 2 de

(iii) Est hæc regula ipsius juris naturalis, quod nemini, sine facto, & consensu suo, iniquam conditionem inferri, patitur.

(uuu) tit. xi. d. except. rei vend. & tradit. eademque exceptio etiam ad dationem in solutum, permutationem, similiaque negotia, pertinet.

de etiam creditores, non alio, quam illius jure, nitentes, procul arcebit. Par utrinque conditio est; par facultas, circa rem, in alterum justo titulo translata. (xxx)

§. XXX.

Nec est, quod objicias, exceptioni rei venditæ tunc demum, jure civili, locum esse, si venditor ex postfacto, ubi res vendita, jam tradita, emtori est, ejus dominium, quod, tempore contractus, nondum habuit, consequatur. (yyy) Patet enim, multo magis eam locum habituram, ubi venditor, ex dominio, quod, tempore emtionis, jam penes ipsum fuit, rem ab emtore repetere, & vindicare audeat. Argumentum, nisi memoria fallunt, a minori ad majus procedit. Et sane haud vulgaris impudentiæ specimen fuerit, si venditor, contra emtorem, *id urgere non erubescat*, ad quod præstandum, ac faciendum, a reo, singulis momentis, compelli potest. Nam vulgarissima juris regula est, quod eum, quem de evictione tenet actio, multo magis exceptio

(xxx) Atque his rationibus, ut *a Magnif. Dn. Præfide* accepi, non ita pridem commotus fuit, Ordo Jurid. Vitteb., ut intentionem creditorum, qui talem fundum, a debitore alienatum, ad massam concursus revocare vellent, non satis fundatam, iudicaverit. Aliter quondam Supremo Appellationum Senatui Dresdensi visum esse, refert *Schubartus dissert. de resignat. dom. judic. th. 19.* ibique sententias, de hoc argumento latas, recitat.

(yyy) De hoc casu totus titulus modo citatus, loquitur; quia nempe cogitari non potuit, evenire posse casum, ubi venditor, aut quisque alius, ex ejus jure, agere audeat, vi domini, quod is tempore contractus habuit, & in alterum transferre promisit, adversus emtorem, ad rem venditam recuperandam.

ceptio retundat. (zzz) Unde exceptio hæc realis est, & omnibus obstat, qui causam a venditore habent. Quales sine dubio creditores sunt, ex jure debitoris experiri volentes. (aaaa)

§. XXXI.

Ex dictis facile judicari potest, creditores eo casu, quo ipse debitor investituram judicialem, de re immobili, alii vendita, & tradita, nunquam accepit, nihil proficere, si vel maxime eandem nunc demum, a judice postulent; imo & impetrent. Quia nempe semper ipsis exceptio rei venditæ, & traditæ, sese objicit. Imo vero, utroque casu, sive debitor, qui rem vendidit, & extrajudicialiter tradidit, dominium ejus, jam contractus tempore, habuerit, sive postea, vel ipse, vel ex jure

D 3

ejus

(zzz) *l. 16. seqq. π. d. evict.* Cum enim nemo contra suum factum venire possit, consequitur, non posse evinci rem, cujus nomine quis evictionem præstare tenetur.

(aaaa) Realem esse hanc exceptionem, liquet *ex l. 3. pr. §. 1. d. except. rei vend. §. trad.* Unde non tantum venditori, sed & fidejussori ejus, obstat, *L. II. C. de evict.* Singulare tamen est, & in primis notatu dignum, quod fidejussoris heredem nequaquam repellat. Ita constitutum est in *l. ult. C. eod.*, quod nobis sufficere debet. Operose quidem Pagenstech. ad Comp. Jur. Lauterb. Man. 3. & 4. ex allegata lege, rationem exsculpere contendit; sed vereor, ut stringat. Neque enim apparet, quænam diversitatis ratio debeat intercedere, inter principalis debitoris, & fidejussoris, heredem, quam tamen *laudatus Autor* pro fundamento ponit. Sane, sicut eo casu, quo exceptio excussionis, seu ordinis, valide haud opponi potest, fidejussor eadem ratione convenitur, qua debitor principalis, iisdem mediis compelli potest, quibus principalis; denique, uno verbo, eodem plane modo tenetur, quo principalis; ita, quia defuncti, & heredis obligatio regulariter est eadem, ex ratione, analogia, & principiis Juris, perspicere non licet, cur in casu *l. ult.* cum fidejussoris herede lenius sit agendum.

ejus, creditores illud acceperint, actio emti (bbbb) adversus eos datur, ad implendum contractum, & resignationem domini facendam. Neque enim, ut ostendi, creditores melioris conditionis esse possunt, quam debitor fuit. Plane si utrique, & creditores, jure debitoris utentes, & emtor, qui rem sibi venditam, & extrajudicialiter traditam, possidet, concurrant, & investituram judicialem petant, illos repellendos esse, extra dubium est. Non enim judex investire potest eum, quem nullum amplius jus in re habere, sed omne jus suum in alium transtulisse, novit.

§. XXXII.

Quo loco, in mentem mihi venit quæstionis, quam, nescio, an quisquam eorum, qui de investituræ judicialis argumento commentati sunt, tetigerit; quis nempe tantisper, donec magistratus dominium, a priori domino resignatum, mediante *judiciali traditione*, in emtorem transferat, illius dominus censeretur? Non enim dominium penes venditorem esse potest; quippe qui, resignando illud, eodem se abdicavit; neque penes emtorem, quia investituram judicialem nondum accepit. Igitur dicendum mihi videtur, illud interim, quoad investitura sequatur, intra manus judicis se continere; cui tamen nihil quicquam de eo disponere, fas est, quam ut solenniter illud in emtorem derivet. Habemus igitur exemplum domini, cujus simile, in toto jure, haud occur-

(bbbb) Hæc enim datur, ad omnia, de quibus, vel expresse inter contrahentes convenit, vel quæ ex indole contractus præstanda veniunt. *tit. π. de act. emt. vend.* & sic etiam ad resignationem judicialem eo, quo par est, modo, faciendam.

occurrit. (cccc) Neque est, cur quisquam existimet, dominium rei tamdiu in persona venditoris residere, donec in emtorem, judiciali traditione, transeat. Sicuti enim hoc, quod largimur, ordinarie, & regulariter obtinet, ita in præsentī casu admitti nequit. Fieri enim non potest, ut, qui de rebus suis libere disponere potest, dominus maneat, quando dominium, ex lege contractus, solenniter dimittit, eodemque se exuit. Sed & dominium derelictum censerī nequit, cum non eo animo abdicatio illius fiat, ut deinceps nullius sit, & cuicunque occupanti cedat; (dddd) id quod indoles derelictionis, proprie dictæ, requirit; sed ut in certam personam, ex juris necessitate, transeat. Quamvis in effectu nihil intersit, si vel maxime dicatur, dominium, resignatum licet, tamdiu penes venditorem remanere, quoad de illo emtor investitus fuerit. Saltem enim, per resignationem, omni jure, quicquam de re, in præjudicium emtoris, disponendi, se abdicat; ut, quamcunque demum sententiam admiseris, dominium, sine re, & sine omni effectu, futurum sit.

§. XXXIII.

Quem locum, concurrentibus creditoribus, occupare is debeat, cui, ante resignationem judicialem, sive a venditore, sive ab emtore, hypotheca constituta est, dubitari solet. De quo, ut distincte tradamus, primo de venditore agendum; qui constituit hypothecam,

(cccc) Vocare possis, dominium quasi in quiete, quia omnino quiescit, & intuitu judicis nullum effectum habet.
 (dddd) Vid. §. 46. Inst. de rer. divis. tit. C. de omni agro deserto.

thecam, vel specialem, vel generalem. Specialis hypotheca idem jus prioritatis tribuit, quod hypotheca alia, æstimandum nempe, ex eo tempore, quo res specialiter pignori subjecta est, ab ejus domino, h. e. venditore, antequam illud judicialiter dimiserit. (eeee) Sustinetur hoc dominium autoritate legis, adeoque regulariter iisdem effectibus gaudet, quibus dominium aliud. Atqui, inter effectus domini, vel maxime est facultas, rem obligandi, & pignoris jus in illa concedendi. (ffff) Unde hæc emtori cautio commendari solet, ut usque eo, donec resignatio judicialis fiat, hypothecam sibi, in re vendita, constitui curet; eo consilio, ut alios, quibus postea eadem obligaturus est venditor, antevertat. (gggg) Etsi enim ipsius domini translationem intendat emtor, nihil tamen prohibet, quo minus tantisper, dum fine suo plene potiatur, alio quoque modo sibi prospiciat. Sicuti autem talis hypothecæ constitutio, a venditore profecta, validum jus creditori tribuit; ita dubitandum non est, posse ipsum, propter legem contractus violatam, actione, ad id, quod interest, ab emtore conveniri; perinde ut fieri solet, in casu l. 15. C. de rei vind. quando dominus rem, uni venditam, rursus alii vendit, atque simul tradit. (hhhh)

§. XXXIV.

(eeee) Facit huc l. 6. C. Si alien. res & l. 4. §. 3. de in diem add.

(ffff) Alia ratio est illius domini, quod sibi venditor, intuitu pretii, nondum soluti, reservat. Id enim ad solam venditoris securitatem referendum, & spectato effectu, cum hypotheca, convenit; neque ad eo vim suam, ad pignoris constitutionem porrigit.

(gggg) Suggestit hanc cautelam Nob. Dn. Berger de util. usucap. in prob. dom. §. 8. & Resol. Laut. pag. 393.

(hhhh) Eandem nobiscum sententiam tenet B. Beyer. delin. jur. civ. tit. de act. emt. vend. posit. 17. not. d.

§. XXXIV.

Transeo ad hypothecam generalem; quam recte *III. de Berger* (*iiii*) negat, afficere rem, jamdum alii venditam, quamvis, propter nondum factam cessionem solennem, adhuc in dominio venditoris existat. Unde talis creditor, excitato concursu, frustra hypothecam urget, in re, alii vendita, sed nondum judicialiter tradita. Talis enim, sub generali pignoris jure, minus continetur. Neque refert, utrum, generalis hypotheca, ab ipso domino expresse, an a lege tacite, constituta sit. Utrunque enim eadem ratio militat, quod nempe, generalis hypotheca, non comprehendat ea, quæ verosimile haud est, quenquam specialiter obligaturum fuisse. (*kkkk*)

§. XXXV.

Sed de hypotheca, ab emtore, ante investituram judicialem, in re immobili constituta, difficilior quaestio est, an illa valeat, & jus prælationis, concurrentibus inter se creditoribus, tribuat? sunt, qui ajunt, & talem hypothecam illi, quæ postea a venditore constituitur, anteferendam censent. (*llll*) Hi, sequentibus fere argumentis, causam suam instruunt. Urgent primo, etiam, citra investituram judicialem, dominium in emtorem transferri, si is, tempora, quibus antecessores ipsius rem possederunt, conjungat, (*mmmm*) indeque usucapionem efficiat; quippe quæ, *per Decis. Ele. E* *cloral.*

(*iiii*) *cit. loc. §. 9.*

(*kkkk*) *vid. l. 6. de pign. l. I. C. qu. res pign.*

(*llll*) *vid. sigillatim Nob. Dn. de Berger c. l. §. 10. & II.*

(*mmmm*) *Juxta dispos. §. 8. Inst. de usucap. Unde consequitur, quemvis, etiam singularem, successorem, temporibus antecessorum suorum uti, atque adeo, conjungendo illa, se usucapione tueri posse.*

cloral. 61. nequaquam sublata fit. Alterum argumen-
tum, ab effectu retrotractionis, repetunt; dum tem-
pus, quo cessio dominii judicialis secuta, ad illud tem-
pus reducunt, quo hypotheca constituta est; velut jam
eo tempore facta, & sic, a vero domino, jus pignoris
profectum esset. Præterea contendunt, ad validum
jus pignoris in alterum transferendum, non præcise
requiri dominium, sed sufficere, rem in bonis esse, h.
e. eam bona fide, & justo titulo, possideri. (nnnn)

§. XXXVI.

At enim vero contrariam huic sententiam ego an-
teferendam, puto, quod nempe talis creditor, orto
concurso, frustra innitatur in jure pignoris, ante resi-
gnationem judicialem, ab emtore constituto; Nemo
enim, in re aliena, alteri validum jus hypothecæ con-
stituere potest. (oooo) Deinde pro bonæ fidei posses-
sore haberi nequit, qui dominum ejus novit, & rem
in dominio suo haud esse, intelligit. Neque enim, bo-
na fide, quis rem possidet, nisi quam ad se pertinere exi-
stimat. (pppp) Emtor sane scit, rem venditam, li-
cet extrajudicialiter traditam, suam non esse, sed tam-
diu venditoris manere, quoad is dominium judici re-
signaverit, idque sibi, more solenni, traditum fuerit.
Interim igitur, nec pro vero, nec pro quasi domino, se
gerere

(nnnn) Probatur hoc *arg. l. 18. de pignor.* Ut hinc nequaquam audi-
endi sint, qui ipsum dominium, ex parte oppignorantis, requirunt;
quam sententiam ipsa etiam glossa approbat. Nisi forte dominium
late accipiatur, ut non solum verum, atque civile, sed & prætorium,
seu quasi dominium, quo bonæ fidei possessor gaudet, includat. Huic
enim bona fides tantundem præstat, quantum domino rei veritas.

(oooo) *l. 2. π. de pignor. act. l. 1. 2. 6. § 7. C. si al. res pign. dat. l. 54. d.
R. 7. l. 6. C. qu. res pign. obl.*

(pppp) *pr. Inst. de usucap. l. 109. de V. S.*

gerere potest; adeoque nec facultate, pignus valide constituendi, gaudet. Plane, si &, coram incompetenti iudice, hypotheca constituta sit, dubitari nequit, hanc omni effectu destitui, eidemque anteferendam esse illam, quæ deinceps, auctoritate legitimi Iudicis, prævia investitura, rite concessa est. Cumque de enixa Serenissimi Legislatoris voluntate constet, quod dominium non nisi, mediante investitura judiciali, transire debeat, consequitur, nec naturale, nec bonitarium, nec prætorium, dominium interim penes emptorem esse. (qqqq)

§. XXXVII.

Quibus ita præstructis, facili negotio rejici queunt dubia, quæ, adversus sententiam nostram, mota sunt. Quod enim primum argumentum attinet, nequaquam admitti potest, quod in Saxonia, aliisque in locis, ubi, ad transferendum rei immobilis dominium, cessio judicialis, necessaria est, per usucapionem dominium acquiri possit. Hoc enim si daretur, elusoria fieret tota decis. El. 61. dispositio. Semper enim obtentui usucapionis, etsi nunquam investitura judicialis accederet, locus foret. (rrrr) Deinde retrotractio locum habere nequit, nisi ubi lex, eidem locum esse debere, præcipit; qualis hoc casu nulla ostendi potest. Præterea dixi, possessionem, cum justo titulo conjunctam, ad tribuendum jus pignoris, tunc demum sufficere, quando simul bona fide munita est. Atqui talis pos-

E 2

ses-

(qqqq) Ita, ex mente nostra, rationes subducit B. Beyer delineat. jur. civ. tit. de act. empt. vend. annot. ad pos. 17.

(rrrr) Ex instituto hoc argumentum executus est, Magnif. Dn. Præses Sel. Observ. For. P. III. Obs 25. cujus rationes, huc repeti, & commemorari, supervacaneum fuerit.

cessio non est emtoris, cui nondum a magistratu res, more solenni, rite tradita est. Unde simul liquet, non opus esse peculiari lege, ne impostero hypotheca, ab emtore constituta, confirmari a magistratu debeat. Nam, si vel maxime confirmatio accedat, hæc tamen, jus pignoris, nequaquam producere valet.

§. XXXVIII.

An & judicialis investitura requiratur in iis rebus, quarum dominium *Jur. Civ.* sine traditione transit? quæstio est, uti a nemine pertractata, ita satis elegans, & utilis. Neganti sententiæ, primo intuitu, quis adstipulari posset, cum harum rerum natura, *Jure Saxon.* eadem esse videatur, quæ *Jure Civ.* Sicut igitur, hoc jure v. g. in judiciis divisoriiis, solo facto judicis, omnibus aliis insuper habitis requisitis, dominium translatum intelligitur: ita, non sine specie, argumentum duci posset, *Jur. Sax.* his in casibus, investituram judicialem, etiam esse supervacaneam, eaque licet deficiente, dominium transire.

§. XXXIX.

Contrariam tamen & affirmantem opinionem præferendam esse, censeo. Rationem decidendi ponimus, in generali *Dec. El. 61.* dispositione. Argumentum enim, in §. antecedente adductum, nihil quicquam evincit. Non sequitur; *Jur. Civ.* traditio remissa est; Ergo &, *Jure Saxonico*, investitura judicialis. Inde enim nihil aliud colligere licet, quam quod etiam *Jure Saxon.*
tra-

traditione extrajudiciali haud opus fit. Potius contra argumentor. Sicut, jure civili, opus fuit speciali lege, ad remittendam traditionem, eaque deficiente, tale quid statui non poterat; ita etiam, *Jure Sax.* ad remittendam investituram judicialem, speciali lege opus est. Quæ cum demonstrari haud queat, non est, cur temere a regula, *in Decis. Elect. 61.* tradita, recedere velimus. (ssss)

§. XL.

Harum rerum numero quamvis etiam veniant res ultima voluntate relictae, de his tamen aliud dicendum esse, multæ speciales suadent rationes. Breviter: heres, ad consequendum rerum hereditiarum dominium, judiciali investitura opus haud habet; quicquid in contrariam partem disputent, *Meyerus (iii) & Beyerus. (iiii)* Primo enim, ut ipse *Beyerus c. l.* fatetur, in heredem non proprie transfertur dominium, sed ab eo, tan-

(ssss) Ceterum hic casus valde singularis est, cujus similis mihi nondum occurrit; nempe quo, insuper habita traditione extrajudiciali, requiritur judicialis investitura.

(tttt) *in Diss. de invest. Sax. c. 7. n. 10.* Sententiam suam probare annititur, tam ex *Constit. inedita, von der Lehn-Wahre &c.* quam ex rationibus, & præjudiciis, ex *Carpzovio* potissimum allatis; Quas expendi, operæ pretium haud fuerit; cum laudatus *Autor* laudemii præstationem, & recognitionem domini directi, ab investitura, & in genere, bona emphyteuticaria, ab allodialibus, quæ pleno jure ad nos pertinent, non rite, & ea, qua fieri debebat, ratione, sejunxisse videatur.

(uuuu) *Specim. Jur. Germ. c. 19. pos. 12.* qui, non alio argumento, quam ab experientia desumpto, utitur. Sed hæc dubia, necdum demonstrata est.

tanquam universali successore, tantum continetur.
 (xxxx) Atqui leges, quæ investituram requirunt, supponunt, dominium, ab uno in alium, derivari debere. Certe, quia jus singulare continent, & a jure communi recedunt, strictissime intelligi, neque adeo, ultra hujusmodi casum, ubi res transfertur, h. e. titulo singulari in alterum transit, temere proferri debent. Deinde manifestum est, investituram judicialem locum habere non posse, nisi sit, qui prius dominium resignet; qui hoc casu omnino deficit. Nam neque a defuncto, hæc resignatio, expectari potest, neque, citra illam, magistratus investiendi potestatem habet. Hinc, si alicubi forte talis actus, intuitu heredum, suscipiatur, inanis, & supervacaneus, reputandus erit, nec talis consuetudo, ubi invaluit, alium effectum habere potest, quam quod ad sportulas, ut vocant, magistratus augendas, faciat. Cui oneri, citra necessitatem, & juris effectum, heredes subjici, iniquum fuerit.

(xxxx) Unde est, quod dicatur, titulum pro herede, neque ad usucapionem, neque ad Publicianam in rem actionem, sufficere; quod evidentissimis argumentis evicit *Magnif. D. Preses in Obs. 399. P. 2.*

