DISSERTATIONEM INAVGVRALEM
DE

MATVRANDA DOMINII PROBATIONE PER VSVCAPIONEM

PRAESIDE

IO. HENRICO BERGERO

POTENTISSIMI REGIS POLONIAR. ET PRINCIP. ELECTORIS SAXONIS IN SVMMO PROVOCAT. SENATV CONSILIARIO ATQVE ORDINARIO IN ACADEMIA VITEMBERGENSI

PRO LICENTIA

SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES
ET PRIVILEGIA DOCTORALIA
OBTINENDI
AD D. XXIIX. NOVEMBR. MDCCXX.
HORIS ANTE ET POST MERIDIEM
CONSTITVTIS
DEFENDIT

GOTHOFR. HENRICVS VOELCKEL
DRESDA - MISNICVS

EDITIO SECVNDA

VITEMBERGAE, LITERIS VIDVAE GERDESIAE
1734.

I.

SEcundum ſimplicitatem rectae rationis ſuppoſita propagatione dominiorum, ſufficit ad alienationem dominii declaratio perſpicua domini, de re ſua in alium transferenda, ſiue, ut Iuſtinianus §. *40. I. de R. D.* ait, uoluntas domini, uolentis, rem ſuam in alium transferri. Vt autem traditio etiam requiratur, ex lege eſt ciuili, quae, quia a multis gentibus recepta eſt, ius gentium improprie uocatur. Haec H. Grotii eſt philoſophia, *2. de Iur. B. & P. c. 6. pr.* §. *1. & c. 8.* §. *25.* itemque *Iur. Holland. 2. c. 5.* quam ſatis, opinor, aſſeruit, atque ab obiectionibus, in primis Wiſſenbachii, Vinnii, Feltmanni, aliorumque uindicauit V. Huberus *4. Digreſſ. c. 8.* & *in animadu. ad ius in re & ad rem c. 16.* Ex quo conſequitur, iure naturae non omnino difficilem eſſe dominii probandi rationem.

Probatio dominii iure naturae non admodum eſt difficilis.

II.

Iure Romano maior ſe exſerit probandi dominii difficultas. Quanquam enim interdum dominium ſine traditione tranſit, ut puta (1. beneficio *legis*, u. c. legato,

Iure Romano autem difficilior.

l. 80. de legat. 2. l. 44. §. 1. eod. itemque uenditione, donatione ecclesiae aut ciuitati facta, *a. l. 23. pr. & §. 1. C. de SS. eccl.* add. Meu. *3. Decis. 292.* (2. facto *Principis*, tanquam fontis, unde lex dimanat, quod inter iura, Papae & Imperatori reseruata, refert Tiber. Decian. *u. 1. Consil. 8. num. 230.* Dissentit Wissenbach. *Disp. ad Inst. 10. th. 36.* & *ad l. 67. de V. S. num. 16.* (3. officio *iudicis*, *§. ult. I. de offic. iud.* His tamen, quae dixi, minus turbatur regula: quoties agitur de dominio, eoque a priuato in priuatum transferendo, toties opus est traditione. Igitur praeter titulum, eumque iustum & habilem, itemque dominium auctoris, quae duo alioquin etiam naturaliter praerequiri uidentur; traditio, interdum, ut puta, cum res uenditur, etiam solutio pretii, aut saltem fides de eo habita, est necessaria. De *titulo* in promtu sunt *l. 31. de A. R. D. §. 40. I. de R. D.* Compara Carpzou. *1. 17. 33. num. 6.* Plane, ut titulus libello pariter inseratur, necesse non est, ut e *lege 14. §. 2. de exc. rei iud.* liquet. Itaque mirari subit, quamobrem secus statuat Carpzou. *1. R. 76. num. 9.* qui fortasse utilitatem, quae addiscitur ex *l. 11. §. 2. eod.* cum necessitate confundit. Porro *dominium auctoris* satis insinuat cum *§. 42. I. de R. D.* tum praecipue arg. *l. 20. de A. R. D.* quum nemo plus iuris possit in alterum transferre, quam habeat ipse, *l. 54. de R. I.* De *traditione* liquet e *dict. §. 40. l. 20. C. de pact. l. 11. de R. I. l. 3. pr. de O. & A.* Conf. Meu. *3. Decis. 291.* ita, ut discrimen praediorum, quae in Italia, & quae in prouinciis erant, itemque prouincialium in tributaria & stipendiaria, esse desierit tempore Iustiniani, *d. §. 40. l. un. C. de transform. usucap. l. un. C. de nud. iur. Quirit. toll.* Quorsum etiam illud pertinet, ut possessio, quae traditur, *uacua* sit a ciuili possessore, *l. 8. C. de act. emt. uend.* Resol. Laut. *tit. de act. emt. qu 4.* add.

Huber.

Huber. *ad tit. I. de R. D. num. 37.* Denique, quod in casu emti uenditi oporteat aut pretium solutum, aut fidem de eo habitam esse, id elucet ex §. *41. I. de R. D. l. 19. de contrah. emt. uend.* quod quidem legibus XII. Tabularum fuisse comprehensum, testatur, itemque iure Gentium, i. e. naturali, effici, ait Iustinianus, *d. §. 41.* & παρὰ πᾶσι τοῖς ἔθνεσι πολιτεύεται, apud omnes gentes obseruari, inquit Theophilus, & recte, propterea, quod uenditor pretii, quo indiget, caussa contrahit, neque animum dominii prius omittere uidetur, quam securus de eo est, quod uice rei expectat, quemadmodum ad eum locum scite, eleganterque Huberus commentatur. Idemque illud in subhastatione ualet, ita, ut per adiudicationem, quae uice fungitur traditionis, *§. ult. I. de offic. iud.* non transeat dominium prius, quam pretio oblato, *l. 5. §. 1. de iur. fisc.* arg. *l. 9. de resc. uend.* Dn. Praeses *Elect. disc. forens. tit. 39. O. 10. A. 2. pag. 1195.*

III.

Haec, inquam, quae recensui, requisita sigillatim probanda sunt ab eo, qui subnititur dominii iure, ut in rei uindicatione, arg. *l. 21. de probat.* Compara Mascard. *de probat. u. 1. concl. 536. seqq.* Alia est ratio earum actionum, quibus incidenter, ut aiunt, mentio fit dominii, ut puta actionis negatoriae, itemque actionis legis Aquiliae: in his & similibus dominium exacte probandum non est, sed uel ex sola possessione demonstratur, ut ostenditur *Resol. Lauterbach. tit. si seruit. uind. pag. 152.* Eodem collineant ea, quae Pacianus tradit *de probat. lib. 2. c. 37. n. 18. seq. & c. 38. n. 37.* Quid autem est dicendum de actione hypothecaria, Seruiana, uel quasi? *Lex 23. de probat.* actori imponit onus probandi, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo conuenit de pignore. Similiter *lex 3. & 15. §. 1.*

Dominium incidenter probatur ex sola possessione.

Quo modo instruenda sit probatio in actione hypothecaria.

15. §. 1. de pign. requirunt, ut probetur, res, quarum possessio petitur, fuisse in bonis debitoris, aut, in casu generalis hypothecae, postea ad eum peruenisse: quibus quidem uerbis: *in bonis;* Accursius in §. *8. I. de act.* intelligit dominium; at inuita communi DD. schola, utpote quae illam Accursii glossam diabolicam uocat, & reiicit, tanquam falsam. Rectius cum alia glossa, eaque uulgo comprobata, dicamus, iisdem verbis id tantummodo indicari, quod debitor possederit rem obligatam tempore obligationis, ut suam: quum etiam in actione hypothecaria dominium incidenter tantummodo in iudicium deducatur. Quo faciunt *l. 18. & 21. §. 1. de pign.* Atque haec quidem sententia cum, teste Gailio *2. Obs. 26.* in Camera Imperii obseruatur, tum uulgo adstringitur ad casum, ubi agitur aduersus tertium possessorem, qui caussam a debitore, eiusue herede habet, Mascard. *concl. 537. num. 13.* Secus autem est statuendum, cum tertius conuenitur possessor, qui nullam caussam praetendit a debitore, uel eius herede: tum enim omnino opus est probatione dominii auctoris. Ita eundem intelligi oportet Mascardum *n. 16.* ubi uerba: *rem fuisse in bonis debitoris tempore obligationis*; explananda esse de dominio, liquet cum ex regula *n. 13.* tum ex citatis *n. 16.* DD. Alexandro & Gailio, qui pariter de dominio loquuntur.

Distinguuntur tres casus.

At enim dominium auctoris, i. e. debitoris, plerique capiunt sensu laxiori, ut eodem indicent id, quod est in bonis. Qua ratione inter casus, quos paulo ante distinxi, nullum supererit discrimen, sed utrobique eadem probandi ratio habebit locum. Ne igitur nihil cum uulgo dixisse, aut, quid uelim, ipsemet ignorare uidear, tres constituo casus: I.) Cum hypothecaria agitur contra debitorem, eiusue heredes, tum uero sufficit, probari

bari *possessionem* debitoris tempore obligationis, propterea quod debitor non potest creditori referre dominii quaestionem, i. e. negare, se dominum esse hypothecae, atque adeo eam ualere, arg. *l. 41. in fin. de pignor. act.* Nuda, inquam, possessio debitoris obiectum est probationis, sine titulo, sine bona fide. II.) Cum eadem actione conuenitur tertius possessor, qui caussam non habet a debitore, eiusue herede: tum uero probandum est, non quidem, rem tempore obligationis fuisse in dominio debitoris, quae sententia est Glossae, eaque communiter, quemadmodum dixi, reprobata; sed, fuisse in bonis debitoris, i. e. *justo titulo*, & *bona fide*, atque adeo ex caussa quasi dominii ab eo possessam, arg. *l. 18. de pign.* ita, ut quaestio dominii a reo actori referri possit. Igitur hic possessio non nuda auctoris, siue debitoris, sed *iusta*, i. e. cum titulo & bona fide coniuncta, probanda est. Quo pertinet regula Augustini *Consil. 68.* quam ex schedis patrui adducit, & laudat Schilterus *exerc. 33. th. 25.* Quo casu, addas: *& modo*, debitor, rem a possessore repetiturus, dominium probare debet, eodem etiam casu & modo creditorem hypothecarium idem illud probare oportet. III.) Cum hypothecaria agitur aduersus tertium possessorem, qui caussam a debitore, eiusue herede, habet. DD. uulgo distinguunt inter caussam lucratiuam & onerosam, ita, ut aduersus eum, qui ex caussa lucratiua possidet, eundem, qui alioqui contra debitorem, eiusue heredem ualet, sufficere probandi modum, contendant; contra possessorem autem, qui in onerosa innititur, eodem probationis genere, cui alioqui locus est secundo casu, opus esse, putent. Qua ratione eiusmodi possessor onerosus similiter negare dominium auctoris sui potest, & solo se titulo tueri: quae opinio cum communius

pla-

placuit, teste Negusantio *de pign. p. 8. m. 3. num. 8. seqq.* tum mihi tenenda esse uidetur, quia (1. pignoris ius non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris: leges enim praedictae sine discrimine casuum loquuntur. (2. possessor titulo habili nititur, cum ex aduerso hypotheca proprie titulum praestet nullum; (3. creditor non proprio, sed debitoris iure subnititur: itaque eum oportet potentiori iure munitum esse, quam possessorem. Bachou. *ad Treutl. uol 2. disp. 1. th. 7. lit. h.* Ceterum omnibus illis, quos recitaui, casibus, a creditore, praeter ius debitoris constituentis, factum etiam, i. e. constitutio hypothecae probanda est: idem illud ratio dictitat, neque de eo dubitatur.

Monitum de argumento disquisitionis.

Et quid tandem? si ad subleuandam illam diabolicam dominii probationem cum in actione hypothecaria, tum in ipsa etiam rei uindicatione usucapionem, cuius praecipue caussa haec scriptio suscepta est, commendemus, atque adeo iuris interpretes eius principii, quod institutionum libello continetur, admoneamus. Ita uero, coniunctis scilicet temporibus in persona auctoris & successoris, dominium exacte non minus, quam facile probabitur, ut infra dicemus.

Discrimen actionis hypothecariae & Interdicti Saluiani.

Ceterum inter actionem hypothecariam & interdictum Saluianum discrimen remanet, ratione (1. *modi procedendi*, quum altera ordinaria, alterum summaria uia expediatur, *l. 2. de interdict. Saluian.* Dn. Praes. *Dissert. de interdict. Salu. th. 14.* (2. *probationis*, si quidem post Cuiacium cum Fachinaeo 8. *controu. 92.* statuamus, interdictum Saluianum etiam aduersus possessorem dari, qui caussam a debitore, eiusue herede, non habet. Quae sententia & communior est, & in foro recepta, ut monetur. *Resol. Lauterbach. pag. 778.* Nam tum quoque tantum-

tummodo probandum erit, rem eo tempore, quo de pignore conuenit, a debitore possessam esse; secus, ac modo diximus de hypothecaria actione.

IV.

At iure Saxonico Elect. non minus, quam Lubecensi, difficillima probandi dominii ratio esse uidetur, quum utroque illis, quae praedixi, iuris Romani requisitis adiiciatur in bonis immobilibus resignatio iudicialis, **Die Gerichtliche Verzicht, oder Aufflassung,** quae quidem Saxonico iure tribus absoluitur partibus, ita, ut consistat (1. in iudiciali abdicatione, **Aufflassung,** *lib. 2.* **Land = R.** *30.* (2. iudiciali traditione, **Ubergebung, Weichbild.** *art. 60. in fin.* et (3. iudiciali inuestitura, **Anweisung und Belehnung, Weichbild.** *art. 20. Carpzov. 1. Resp. 102. et. 5. Resp. 41, et 2. Decis. 127.* iure Lubecensi autem duabus partibus constat, (1. iudiciali cessione, **Gerichtliche Verlassung vor dem sitzenden Rath,** (2. inscriptione in librum publicum, **Einschreibung in der Stadt Erbbuch,** quae uice fungitur inuestiturae, *Iur. Lub. lib. 3. tit. 6. art. 1. et 2.* ibique Meu.

Iure Saxon. Elect. et Lubecensi, probatio dominii est difficillima, ob resignationem iudicialem.

Nec uero existimandum est, resignationem iudicialem ad transferendum dominium sufficere, nisi praecesserit, praeter caussam, eamque habilem, traditio, id quod ex *Decisione Elect. Saxon. 61.* lucide apparet: ait ibidem Potentiss. Saxo: **Daß hinführo eine extraiudicial-Ubergabe und Einräumung eines unbeweglichen Stücke Guths nicht vor genugsam gehalten, sondern** ꝛc. **werden solle.** quibus uerbis, dum traditionem extraiudicialem ad transferendum dominium sufficere, negat, omnino illam hodieque requiri, praestruit, eique adiicit resignationem iudicialem. Neque aliam esse iuris Lubecensis sententiam, ipsemet Meuius cum alibi contendit,

Resignatio iudicialis non sufficit ad dominium transferendum sine traditione.

dit, tum praecipue *lib. 3. tit. 6. art. 1. num.* 7. ubi ait: *per quod* (statutum) *tantum ordinantur, quae ad effectum dominii per cessionem solidandi pertinent etc.* ibidemque *in additam.* ubi adiicit, *nullam in eo inter ius Lubecense, et Saxon. credi differentiam*; et praeterea prouocat ad Nostrates. Ex quo consequitur, emtorem posteriorem, cui fundus, iam dum alii uenditus, atque extraiudicialiter traditus, denuo uenditur, aduersus priorem, eumque possessorem, nulla uti actione, quamuis ipsi dominium fuerit in iudicio resignatum; atque adeo a priore illo repelli, non dominii quidem iure, quo ipsemet destituitur, sed actionis defectu. Compara *Resol. Lauterb. pag. 901.* ubi in Curia Electorali *anno 1693.* sic pronuntiatum esse, memoratur. Eandem in sententiam Collegium Facultatis Vitembergensis nouissime *M. Octobr. 1709.* ad interrogationem Friedrich W. G. zu G. respondit:

Consectarium.

Praeiudicia.

Hat Michael G. euch seinen Gast = Hoff zum Weissen = Roß zu G. am 15. Nouembr. des 1708. Jahres laut des darüber ausgestellten Scheins vor 2000. fl. Kauff = Geld zu überlassen sich erkläret, auch darauf den 3. Dec. eod. anno solchen Kauff schriftlich vollzogen, und den 1. Febr. anno 1709. coram Notario et Testibus den Gast = Hoff würcklich, iedoch ausser Gerichte übergeben. Als aber die Lehns = Reichung und Gerichtliche Tradition erfolgen sollen, ist Christoph G. nicht nur dawieder mit einer protestation eingekommen, sondern hat auch wider den Verkäuffer die sub O befindliche Klage erhoben, und darinn, daß Beklagter ihme den libellirten Gast = Hoff in geruhige possess und Lehn zu verschaffen schuldig sey, zu erkennen gebethen. Ungeachtet nun ihr hierbey interueniendo eingekommen, und daß Klä-

ger,

ger, nachdem er den Gast-Hoff ihme bereits übergeben, nicht ad traditionem rei, sondern nur ad praestationem eius, quod interest, klagen könne, vorgestellet, so ist nichts destoweniger, weil Beklagter negatiue litem contestiret, in dem darauff erfolgten Urtel auff Beweiß interloquiret, und dessen interuention biß dahin ausgestellet worden; inmassen auch, da so wohl ihr, als Beklagter darwider Leuterung eingewendet, dieser aber bey der prosecution seine negation reuociret, und die gantze Klage eingeräumet, in dem folgenden Urtel nicht nur die vorige sentenz confirmiret, sondern auch euch, als Interuenienten, den Gast-Hoff Klägern abzutreten auferleget worden, darwider ihr aber die sub ♀ befindl. Appellation eingewendet, und deßwegen zuförderst, ob ihr nicht eine correctoriam zu erwarten, und den einmahl erkaufften, auch übergebenen Gast-Hoff zu behalten wohl befugt seyd, in Rechten belehret zu werden verlanget.

Wenn nun gleich es das Ansehen haben könte, ob wäre Christoph G. als der erste Käuffer, euch billich vorzuziehen,

In causa enim pari prior tempore potior iure habetur, arg. *l. 2. C. qui potior. in pign.*

in mehrer Erwegung, daß durch die auser Gerichte geschehene tradition, nach Sächs. Rechten, das dominium civile plene nicht transferiret werden mag,

Dec. Elect. 61.

die Rechts-Lehrer aber eines theils in denen Gedancken stehen, daß in dem

l. 15. C. de Rei Vind.

der emtor posterior, cui res tradita est, dem emtori priori aus keiner andern Ursache, als weil er per tradi-

tionem das dominium bereits erlanget, vorgezogen würde,

uid. D. Berger *ad* Lauterb. *p. 901.*

welche ratio aber vermöge derer Sächs. Rechte ante resignationem iudicialem cessirete, und dahero, ehe solche erfolget, der emtor prior dem posteriori annoch billich zu praeferiren wäre, hingegen ihr in denen Gedancken stehet, daß, wenn ihr auch gleich dazumahl, als ihr mit Michael G. contrahiret, von dem ersten Kauffe Nachricht gehabt hättet, solches euch doch nicht praeiudiciren, oder dem ersten Käuffer ein ius agendi wieder euch geben könne, inmassen der angezogene *lex 15. C. de R. V.* nicht nur inter scientiam et ignorantiam, oder bonam et malam fidem emtoris posterioris keinen Unterscheid machte, sondern auch die ratio illius legis, daß nemlich der erste Käuffer ante traditionem kein ius reale erlanget, also contra quemcunque tertium keine action anstellen könne, generalis sey, folglich auch auf den Fall, da der tertius possessor von dem ersten Kauffe Wissenschafft gehabt, sich gar wohl appliciren lasse.

Dennoch aber und dieweil die regula *l. 2. C. qui potior. in pign.* quod prior tempore potior iure esse censeatur, nur von demjenigen Fall, quando par utriusque causa est, anzunehmen, dergleichen casus aber allhier nicht vorhanden, da, nach Innhalt derer klaren Rechte, derjenige, welchem das verkauffte Guth übergeben worden, dem andern vorzuziehen,

> Manifesti enim iuris est, quoties duobus in solidum praedium distrahitur, eum, cui priori traditum est, in detinendo esse potiorem, *d. l. 15. C. de R. V.*

auch

auch ad hunc effectum, ut emtor posterior priori praeferatur, die sonst nach denen Sächsischen Rechten erfordernte resignatio iudicialis dominii nicht von nöthen, sondern die ausser gerichtliche Ubergabe zulänglich ist, in mehrerer Betrachtung, daß einen theils die ratio genuina *d. l.* 15. nicht so wohl in translato dominio, als in defectu actionis contra tertium zu setzen,

> Quia enim emtor primus, cui traditio non facta est, iure in re destituitur, neque ulla ratione emtorem posteriorem obligatum tenet, ideo exceptione non competentis actionis recte repellitur,
>
> D. Berger. *ad* Lauterb. *p. 42. et. p. 902.*

andern Theils aber durch die ausser gerichtliche tradition in emtorem auch nach denen Sächs. Rechten ein solches ius transferiret wird, daß er pro nudo detentore keines weges zu halten,

> Nam quemadmodum is, qui a non domino, quem dominum esse credebat, rem bona fide et iusto titulo accepit, pro domino Praetorio habetur; ita multo magis is, qui a uero domino rem traditam accepit, licet dominium ciuile ob defectum solennitatis nondum consecutus sit, instar domini tamen habetur,
>
> arg. §. 4. *I. de Act.* Schilter. *ad ff. Exerc. 30. th. 123.* Frantzk. *L. 2. Res. 12. n. 9.*
>
> Vnde et actionem Publicianam ab eo institui posse, tradit D. Stryk. *in Vs. Moderno Pand. tit. de Publ. in rem act.* §. 3.

In übrigen aber die Rechts-Lehrer mehrentheils den *legem* 15. *C. de R. V.* auf den Fall, da der emtor posterior in bona fide tempore traditionis gewesen, restringiren,

> Brunnem. *ad d. l. ibique citati.*

solche Meynung auch der analogiae und rationi iuris gemäß.

Cum nec Publiciana in rem actio emtori, cui res tradita est, competat, nisi tempore contractus et traditionis in b. f. fuerit constitutus, *l. 7. §. fin. l. 12. §. 2. ff. de Publ. in rem act.* Hahn. *ad Wesenb. d. t. n. 4. verb. ob frequentiam.*

zumahln es unbillig seyn würde, wenn der emtor posterior, da er von dem ersten Kauff gnugsame Nachricht gehabt, nichts destoweniger dem ersten Käuffer vorgehen, also ex dolo suo ein lucrum in tertii praeiudicium erlangen solte, dahero auch die DD. in solchem Fall die actionem rescissoriam oder in factum dem ersten Käuffer contra posteriorem, cui res est tradita, verstatten;

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß, im Fall ihr, dem Angeben nach, von dem ersten mit Christoph G. getroffenen Kauffe zur Zeit, da euch Michael G. seinen Gasthoff verkaufft und übergeben, keine Wissenschafft gehabt, ihr demselben, ungeachtet die gerichtliche Aufflassung der Lehen noch nicht geschehen, billich vorzuziehen, demnach einer Reformatoriae euch wohl zu versehen habet. V. R. W.

V.

Per resignationem iudicialem possessio non transfertur.

Nimirum per resignationem iudicialem, ceteris paribus, dominium quidem, minus autem possessio transfertur, utpote quae corporali opus habet apprehensione, *l. 3. §. 1. iunct. l. 22. de acquir. uel amitt. possess.* Quanquam enim lege expressa aut tacita fieri potest, ut etiam non apprehensa transeat possessio, arg. *§. 7. I. de usucap.* hoc tamen loco deficit eiusmodi lex, quae iubeat, possessionem sine apprehensione transferri, aut resignationem iudicialem loco symbolicae traditionis haberi. At enim

ab

ab hac ſententia alienus eſſe uidetur Meuius *Iur. Lubec. lib. 3. tit. 6. a. 1. num. 10.* cum ait: *ceſſionem illam iudicialem eſſe traditionis loco et effectu, ita ut is, in quem facta eſt ceſſio, rem uenditam retineat, etſi alter poſſeſſionem eius citius praeoccuparit.* Sed undenam id probabit Meuius? idem uero pergit: *ex eo etiam uidetur, licere emtori, non expectata alia traditione, poſſeſſionem rei uenditae, modo uacuam, occupare, non uacantis autem adiudicationem ſine longo proceſſu impetrare.* De uacua quidem non eſt, quod dubitemus, quum nihil obſtet, quo minus eam emtor, ſoluto pretio, ex lege contractus, etiam ante reſignationem iudicialem, apprehendere poſſit, arg. *l. 44. §. ult. l. 25. §. ult. de acquir. uel. amitt. poſſeſſ.* et eorum, quae tradit Meu. *5. Deciſ. 352.* at, quod ad non uacantem, *eius adiudicationem emtor*, ait Meuius, *ſine longo proceſſu impetrabit.* Ergo eam per reſignationem iudicialem non eſt conſecutus. Porro, a quo emtor ille, breui tandem uia, tum impetrare poterit poſſeſſionem? a uenditore, eiusue heredibus uidelicet, minus autem a tertio poſſeſſore, quamuis hic cauſſam a uenditore habeat, modo ipſe in bona fide conſtituatur, ut infra *th. 16. et 17.* dicemus. Enimuero Meuius *in addit. ibid. ad n. 7.* prouocat ad Carpzouium *1. Reſp. 102. et 5. Reſp. 40. et 41.* atquin autem hic citatis locis omnia miſcet, et praecipue poſſeſſionem cum dominio confundit, ut eum uix a nota obſcuritatis, a qua alioquin ipſe eſt alieniſſimus, liberare poſſis. Quo magis miror, eum alios, qui ex inſtituto illud argumentum pertractarunt, hoc in doctrinae capite conſectari. *u. Reſol. Laut. p. 903.* Contra ea D. Klein. *diſſert. de reſignat. iud.* quamuis in definienda quaeſtione de praedio duobus uendito et tradito, *c. 3. §. 8. ſeq. num 32. ſeqq.* identidem ad Carpzouium *5. Reſp. 41.* itemque Meuium *loc. cit.* prouocet,

Meuius notatur.

Itemque Carpzou.

cet, eosque pariter ſequatur, ipſemet tamen paulo ante *eod. c. 3. §. 4. n. 15.* itemque §. 7. *num.* 27. ait, ſolennitatem reſignationis ad conſummandum contractum, praeter traditionem, ſtatuto introductam, aut utentium moribus receptam eſſe; atque adeo nobiſcum facile in hoc capite conſentit.

Explanatio ſententiae.

Vt rem paulo difficiliorem lucide proponam, diſtinguendum eſt inter uenditionem, ex eaque traditionem *ſingularem*, et *pluralem*: de ſingulari hic non eſt dicendi locus. Quod ad pluralem, ea iterum eſt uel *ſimultanea*, vel *ſucceſſiua*. Quod ſi fingas, duobus, pluribusue eundem fundum *ſimul* eſſe uenditum, traditumque, tum inter illos erit communio; nulla igitur de praerogatiua iuris lis ac contentio: omnium eadem eſt conditio: omnes unius loco habentur, eodemque iure utuntur. At, ſi ponas, duobus fundum eſſe uenditum, traditumque ſeorſim et *ſucceſſiue*, id, quamuis de cauſſa, puta uenditione, facile concedam, de traditione tamen commode ſatis dici poſſe, nego. Vni ex emtoribus ſi tradatur fundus extra iudicium, quo modo deinde alteri eadem traditus ratione eſſe intelligetur? poſſeſſio, ab uno animo ſibi habendi occupata, uacua dici nequit, ut ab altero deinceps cum effectu dominii occupari poſſit. Cui priori a uenditore traditus eſt extra iudicium fundus, is erit omnino potior altero, quamuis huic priori res ſit uendita, eidemque dominium reſignatum: hic enim caret dominio, atque adeo etiam contra tertium poſſeſſorem agendi iure. Nec uero uenditor aduerſus emtorem, eumque poſſeſſorem, experiri poteſt, quamuis nondum dominium reſignarit, quia poſſeſſor ille cauſſam habet a uenditore. Ex quo conſequitur, fruſtra etiam alterum emtorem, tametſi huic deinceps reſignatum

tum fuerit dominium, iure uenditoris in persequenda re, quod nullum est, atque adeo nullo cedi modo potest, uti. Vnde & ipsemet Meuius *loc. cit. in additam. ad n.* 7. emtori ante solemnem illam cessionem dominium aduersus uenditorem, eiusque heredes, asserit, eosque, contra fidem contractus, omissae solemnitatis oppositione iuuari, negat. Quo magis mireris, eundem Meuium cum Carpzouio, aliisque, dum explanando huic iuris momento operantur, idem illud tantopere intricare, ut aliis uix a semetipsis intelligi posse uideantur.

VI.

Non suscitabo hic litem, quae olim inter Carpzouium *1. 28. 21. & 2. 39. 35.* itemque *1. Resp. 102. & 5. Resp. 40. 41. Decis. 127.* & Frantzkium *2. Resol. 12.* de resignatione iudiciali excitata est. Optima componendae litis ratio est, si distinguas inter interpretationem iuris Saxonici communis doctrinalem & usualem: Frantzkius innititur in doctrinali. E contrario Carpzouius usualem, siue forensem, intuetur, ut ipsemet fassus est *cit. Decis. 127.* ubi praeterea *n. 20.* nouellos Dicasteriorum assessores exagitat, qui rectius sibi sapere uideantur, aut saltem decisa antecessorum ad theoriam & disputationes Academicas reuocent, eaque ambigua reddant, usque dum errorem suum agnoscant, atque ad placita redeant antecessorum, a quibus semper piaculum fuerit deuiare. At enim antecessores, opinor, etiam fuere homines, & fallere, fallique potuerunt, aut ea non satis perspicere, quae a successoribus demum diligentius sunt obseruata: opiniones, aut errores potius, sine lege, sine ratione, in forum, atque ipsa adeo Collegia iuridica irrepsisse interdum, non uno exemplo, sed pluribus admonemur. Immo piaculum est, placita antecessorum in dicasteriis legis instar suscipere,

Lis de necessitate resignationis iudicialis componitur distinctione.

ac uenerari, iisdemque uim authenticam tribuere atque auctoritatem, quae soli alioqui Principi competit, ut cum *l. ult. C. de legib.* tum speciatim sanctione Saxonica Electorali, eaque nouissima, *Res. grau. de anno 1661. tit.* von *Iustitien* Sachen §. *49.* cautum est. Ceteroqui facile assentior Carpzouio, si quidem hic intelligatur de temerariis tantummodo nouitiorum iudiciis, quae saepenumero eadem, qua suscitantur, facilitate sopiuntur. Sed, ut redeam ad id, a quo tantisper digressus sum; in hoc capite usualis illa interpretatio in foro Saxonico Elect. confirmata est praedicta *Decis. 61.* ubi uerba: **Vermittelst des Lehnherrn auff dem Lande und in Städten**, non captanda, sed sine discrimine bonorum immobilium, utrum Schrifftsassica sint, an Amtsassica, immediata, an mediata; intelligenda sunt, ut Colleg. Facult. Vitemberg. ad interrogationem Heinrichs F. und Consorten zu T. B. respondit *Mens. Octobr. 1709.* uerbis: **und in der Churfl. Sächs. N.** *61. Decis.* **kein Unterscheid unter denen Güthern, ob sie Schrifftsäßig und** immediate **unter der hohen Landes-Obrigkeit** Superiorität **und** Iurisdiction, **oder anderer Unter-Obrigkeiten Gerichtsbarkeiten gelegen, gemachet wird, dahin auch die Worte, auf dem Land und Städten nicht füglich zu ziehen** ꝛc. E contrario Saxonicum Ducale forum, si quidem discesseris a donatione bonorum auitorum, uenditione bonorum feudalium, itemque emphyteuticorum, & censiticorum; doctrinalem hodieque tuetur, ut Frantzkius, Richterus, & Struuius testantur. Quibus tamen adiungas Schiltetum, *Exerc. ad π. 30. th. 44.* ubi, *donandi* uocem in legibus Saxonicis & Germanicis generatim pro dare, tradere, exemplo uocabuli Francici *donner*, accipi, obseruat.

Et definitur decis. Elect. Sax. quæ explanatur.

VII.

VII.

Nota est iure ueteri Romano dominii distinctio in *naturale*, siue Bonitarium, quod naturali ratione citra solemnia iuris acquiritur, *legitimum*, seu Quiritarium, quod cum legitimis solemnitatibus constituitur, et denique *plenum*, quod et naturali ratione, et cum solemnitatibus paratur. Apud Saxones quodammodo comparare possis cum dominio naturali, siue *Bonitario*, dominium, idque rei immobilis; *extraiudiciali* traditione quaesitum: cum legitimo, seu *Quiritario*, quod *l. un. C. de nud. iur. Quirit. toll.* sublatum est, dominium, quod mera traditione *iudiciali* efficitur; denique cum *pleno* id, quod constituitur *naturali* et *iudiciali* traditione. Quamuis igitur cessio iuris Romani a traditione et mancipatione Saxonica alioqui differat, ut ostendit Schilterus *prax. Analyt. part. 3. c. 1. n. 24.* in eo tamen alteri cum altero conuenit, quod sine cessione in iure, et resignatione solemni, per nudam et extraiudicialem traditionem dominium non plenum, sed ius aliquod reale, dominio analogum, siue dominium minus plenum, transeat, ut sciteFrantzk. *2. Resol. 12. in addit. n. 9. seqq.* demonstrat. Quum enim ei, qui a non-domino rem bona fide et iusta ex caussa nactus est, dominium aliquod praesumtum, auctoritate Praetoria, tribuatur, §. *4. I. de act. l. 7. §. 6. de publ. in rem act. l. 136. de R. I.* multo certe minus ei, qui a uero domino similem causam habet traditionis extraiudicialis, quoddam dominii genus erit denegandum, maxime, cum ius Saxonicum, idque Electorale, hic recedat a norma iuris Romani, atque adeo stricte ac ita, ne nimis deflectere uideatur, sit interpretandum. Enimuero ius Praetorium tantisper tuetur possessorem, qui caussam a non domino habet, ob bonam fidem, i. e. ignorantiam rei alienae, quum e contrario emtor,

In quantum distinctio dominii, quae iure vet. Rom. obtinuit, in Bonitarium et Quiritarium, ad forum Saxonicum applicari possit.

tor, qui ſcit, aut ſcire debet, reſignationem iudicialem ad transferendum dominium ex ſtatuto requiri; minus excuſandus eſſe uideatur, propterea quod dominium ſibi rite reſignandum non curauit. Atquin autem reſignatio iudicialis non ſemper eſt in poteſtate emtoris, ſed ſaepenumero ex perſona uel uenditoris, uel iudicis, impeditur: deinde emtor, tametſi aliquandiu cunctetur in ea impetranda, nihilominus, praeter titulum, poſſeſſione, itemque ſua erga uenditorem fiducia ſatis communitur: neque ea eſt, quemadmodum praedixi, iuris ſtatutarii ſententia, ne ante reſignationem iudicialem aliqua dominii ratio, eaque iure Romano ſubnixa, emtori tribuatur. Vnde *abſurdum*, inquit Nicolaus *Reſol. 16. n. 27. et ab omni iuris et aequitatis ratione plane alienum uidetur, eiusmodi* emtorem *ne quidem loco vaſalli, emphyteutae, ſuperficiarii, aut bonae fidei poſſeſſoris haberi, illique denegari, quod praedictis perſonis iura concedunt.*

Praeiudicium

In quam ſententiam Collegium Facult. Vitemb. ad interrogationem **Heinrichs F. und** Conſ. **zu T. B.** reſpondit M. Oct. 1709. uerbis: **Uberdiß nicht zu läugnen, daß, obgleich wegen ermangelnder** Reſignation **und Verleyhung, nach Innhalt Sächſ. Rechte, das** Dominium ciuile per traditionem extraiudicialem **nicht** plene transferiret **wird, dennoch dergleichen Käuffer nicht** pro nudo detentore, **ſondern** propter bonam fidem, quae praeſupponenda eſt, et titulum ad dominium transferendum habilem, animumque ſibi habendi, pro bonae fidei poſſeſſore, et tali, qui dominium Praetorium acquiſiuit, **allerdings zu achten,**

§. 4. *I. de action. ibique* Bachou. et Hopp. Nam ſi ille, qui a non domino rem ita accepit, quem dominum eſſe b. f. credidit, pro b. f. poſſeſſore habendus eſt,

est, multo magis pro tali is habebitur, qui a domino rem accepit traditam, dominium tamen ciuile ob defectum illius solennitatis consequi non potuit, licet idem illud coeperit ad eum transire. Schilt. *Ex. 30. th. 123.* Estque similis fere etiam illi, qui, cum dominium Quiritarium per cessionem in iure nondum acquisiisset, per traditionem tamen bonitarium erat consecutus. Frantzk. *l. 2. R. 12.* Schilt. *Ex. 30. th. 46.* Atque inde etiam tali possessori in genere, siue a non domino, siue a domino rem acceperit, cum in dominio ciuili se fundare nequeat, Publiciana actio ex dominio Praetorio in Saxonia competit, utpote quae iure Saxonico nusquam est sublata, ut recte monet D. Stryk. *Vsu mod. π. tit. de Public. in rem act. §. 3.*

IIX.

Ius uenditoris ante resignationem iudicialem.

Quaenam autem uis sit, quiue effectus resignationis iudicialis, uel inde iudicatur, quod uenditor, antequam se dominio rei uenditae iudicialiter abdicet, eandem specialiter hypothecae obligare possit, arg. *l. 6. C. si alien. res. l. 4. §. 3. de in diem addict.* Neque enim res ipsa ex dispositione legis, aut testatoris, est affecta, sed manet in dominio uenditoris, quumpactum non attingat rem ipsam, sed tantummodo actionem pariat personalem, arg. *l. 3. pr. de O. et A.* Traditio extraiudicialis, quamuis ad transferendum dominium sufficiat iure Romano, minus tamen efficax est Iure Saxon. Elect. ut inde dominium consequatur. Nec uero dominium eiusmodi, quod etiam post traditionem extraiudicialem tantisper retinet uenditor, est mere precarium quoddam, quum caussam non repetat ab emtore; sed peculiari lege uenditori reseruatum, ut is non minus iure Saxonico Elect. possit hypothecam constituere, quam

iure Romano rem, uni iam tum uenditam, alteri denuo uendere, et tradere, cum effectu scilicet dominii transferendi, *l. 15. C. de R. V.* alioqui dominio illi, quod lex seruat uenditori; atque adeo ipsi etiam resignationi iudiciali parum relinqueretur. Nec dominii in persona uenditoris naturam mutat transitio periculi in emtorem, utpote quae etiam ante traditionem iure Romano ex solo contractu fieri solet, *§. 3. I. de emt. vend. l. 7. π. et l. 1. C. de peric. et comm. rei vend.* Alia plane ratio est dominii, ob pretium non soiutum reseruati, utpote quod aduersus iuris communis rationem pacto constituitur, et tantummodo ad securitatem uenditoris pertinet, atque adeo mere est subsidiarium, et effectu coincidit cum hypotheca, ut demonstratum est *Elect. disc. for. tit. 42. Obs. 4. pag. 1382. seqq.* quum e contrario dominium, idque non resignatum, ex statuto sua ui sustineatur. Quamobrem uix est, ut uenditor fines eiusmodi dominii reseruatiui, qui consistunt in securitate pretii recipiendi, egredi, atque adeo rem alii obligare possit. Quo quidem loco cautio emtori praecipienda est, ut interea, donec resignatio iudicialis fiat, eo nomine hypothecam sibi constituendam curet, quo deinceps alios, quibus pariter a uenditore eadem res est obligata, praeueniat. Quanquam enim in contractu emtionis uenditionis id agitur, ut transeat dominium, tamen, antequam adhibeantur ea, quae ad transferendum dominium praerequiruntur, nihil impedit, quo minus interea emtor sibi de hypotheca prospicere, eaque consequendi dominii securitatem impetrare possit. Compara *Resol. Lauterb. pag. 393.*

IX.

Quaestiones. Dixi de potestate uenditoris, quam consequitur eius-

eiusdem uoluntas: ab hac dependet quaestio: utrum res uendita et tradita, cuius tamen dominium nondum fuit resignatum, hypothecae generali in bonis uenditoris constitutae, subiecta sit? Quam quidem negat Dn. Praeses *Resol. Lauterb. 391. seq.* sine discrimine originis, utrum ea ex conuentione, an ex lege, proficiscatur. Praecipua ratio depromitur ex *l. 6. de pign. l. 1. C. quae res pign.* quod ab hypotheca generali ea excipiantur, *quae, uerosimile est, quenquam specialiter obligaturum non fuisse*, inter quae non ea tantum, quae ab usu quotidiano, atque affectione uulgo afferuntur; sed et longe plura, speciatimque rem uenditam, aliamque ex contractu, transferendi animo dominii inito, debitam oportet referri. Quamuis enim uenditor ante resignationem iudicialem possit rem uenditam, traditamque emtori, alii obligare, tamen non intelligitur eandem uocabulo generalis hypothecae comprehendisse, propterea quod scit, eam mox e dominio abituram esse, seque euictionis nomine obligatum iri, animaduertit. Neque alia est ratio hypothecae legalis, quum ea, quae a lege ex facto, u. c. illatione rerum inquilini inducitur, praesumta eiusdem uoluntate sustineatur, neque in ceteris lex illius terminos transilire, et hypothecam, quantumuis sine debitoris facto constitutam, ad ea bona, quae iam dum uendita sunt, proferre praesumatur. *u. Resol. Lauterb. pag. 391. seq.*

1. Vtrum res uendita, et tradita cuius tamen dominium nondum fuit resignatum, hypothecae generali, in bonis uenditoris constitutae, subiecta sit?

X.

Sequitur, ut inuestigemus, utrum emtor, antequam dominii resignatio facta sit, hypothecam in re emta ualide constituere possit. Haec itidem quaestio, quae ex priori consequitur, inter Carpzouium, et Frantzkium acriter est agitata, quorum alter negat *1. Decis. 127.* alter affir-

2. Vtrum emtor, antequam dominii resignatio facta sit, hypothe-

cam in re emta uali-de constituere possit? Negatur.

affirmat 2. *Resol. 12. in appendice.* Quin emtor, qui proprio iure rem usucepit, tum, tanquam uerus dominus, possit constituere hypothecam, fortasse non dubitatur: at extra hunc casum opinio negans uel inde confirmatur, quod uenditor adhuc est dominus, atque adeo obligandi habet potestatem. Itaque eadem potestas emtori competere nequit, quum duo non magis eandem rem obligare, quam domini eiusdem esse possint. Nihilo secius sic ea temperanda est sententia, ut hypotheca eiusmodi, ab emtore ante resignationem iudicialem constituta, quamuis minus praeiudicet creditori uenditoris, qui uel ante, uel etiam post creditorem emtoris nactus sit hypothecam; attamen iuris fictione, et, in qua illa innititur, aequitate, arg. *l. 1. pr. de pign. l. 41. de pign. act. l. 5. C. si alien. res.* atque adeo sigillatim aduersus debitorem, i. e. emtorem constituentem, immo et tertium possessorem simplicem sustineatur, quo in primis collineant rationum, quas Frantzkius *cit. loco*, cum eoque nouissime Nicolaus *Resol. 16.* adducunt, momenta. Immo eo etiam casu, ubi duo emtoris, eiusdemque debitoris, creditores de prioritate contendunt, quorum alteri in re uendita ante cessionem iudicialem, alteri deinceps constituta est hypotheca, primum secundo anteferri oportet, propterea, quod ea res ipso statim resignationis, per eamque acquisiti dominii momento directo obligatur primo, ita, ut hypotheca prior retro conualidetur, arg. *l. 1. pr. de pign. et l. 3. §. 1. qui potior. in pign.*

Ex aduerso ea hypotheca, quae a uenditore, adhuc domino, contrahitur, stricto summoque iure defensitatur: utraque quidem ualida est, sed non eodem modo, eodemque effectu: fictio cedit ueritati, ita, ut summa sententiae haec sit: hypotheca, ab emtore ante resigna-

Summa sententiae.

resignationem iudicialem constituta, ualet omnimodo, si quidem emtor proprio usuceperit iure; alioqui tantummodo contra constituentem, atque eius heredes, itemque aduersus possessorem, cum simplicem, tum eum, cui ab eodem emtore post resignationem iudicialem ea res est obligata. Modo tum a magistratu, secus, ac fieri solet, consensus in hypothecam ante resignationem iudicialem fuerit impertitus, quum sine eo aduersus tertium possessorem, sine discrimine, siue simplex sit, siue hypothecarius posterior; actioni hypothecariae locus denegetur, *Resol. Lauterb. tit. qui potior. in pign. pag. 471. seq. Elect. disc. for. tit. 46. Obs. 3. pag. 1602. seqq.* Ceteroqui non ualet eiusmodi hypotheca contra uenditorem, neque eum, qui ab eodem, dum adhuc dominus esset, caussam habet, non sane magis, quam hypotheca, a bonae fidei possessore constituta, aduersus illum, cui ante completam usucapionem a uero domino concessa est hypotheca, utpote quae, absorpto quantumuis deinceps per usucapionem dominio, nihilosecius praedio usucapto cohaeret. Quo facit argumentum, idque repetitum ab actione Publiciana, utpote quae non ex dominio tantum, sed & alio iure in rem competit, *l. 11. §. 1. de publ. in rem act.* atque adeo contra tertium etiam possessorem, qui caussam habet ab emtore, non item aduersus uenditorem, tanquam dominum, eosque, qui ab hoc caussam habent, datur, arg. *l. ult. de publ. in rem act.*

XI.

Sic quidem olim uisum fuit. At, re nunc altius cogitata, uerius est, hypothecam, quae ab emtore ante resignationem iudicialem constituta est, anteferendam esse ei, quae deinceps constituitur a uenditore, modo in illam consenserit iudex. Id quod ut ostendam, non Temperamentum sententiae.

est necesse, longe repeti momenta, cuiusmodi sunt, (1. quod tempus subsecutae resignationis iudicialis fictione iuris retrotrahatur ad tempus constitutae ab emtore hypothecae, ita ut praedicta resignatio eo statim tempore, quo fundum obligauit emtor, facta, atque adeo hypotheca ab eo, tanquam uero domino, constituta esse uideatur. (2. quod in actione hypothecaria sufficiat, probari, praeter possessionem, titulum auctoris, interdum solam eiusdem possessionem, secundum ea, quae *th. 3.* expromuntur. Cum igitur effectus testetur de caussa, consequitur, hypothecam etiam ante resignationem iudicialem ab emtore, tanquam domino quodam bonitario, constitui posse. Idque est momentum illud, quod in primis Nicol. superius cit. *Resol. 16. n. 24. seqq.* urget.

Namque intelligendum est, quod ad Imum, fictionem illam retrotractionis frustra statui sine lege, utpote quae hic omnem facit paginam; deinde, quamuis aliqua lege subniteretur, minus tamen operari posse, in praeiudicium tertii, qui, ante resignationem iudicialem, uenditionis contractae ignarus, a uenditore, tanquam uero domino, hypothecam acquisiuit. Compara Forster. *2. Obseruat. 25.* Coras. de *art. iur. p. 3. c. 5. in fin.* Cothman. *3. Consil. 33. n. 234.* Quod ad IIdum, in actione hypothecaria sufficere probationem possessionis, & tituli, interdum etiam solius possessionis, in persona auctoris, si quidem ea actio instituatur aduersus uel simplicem, uel hypothecarium, eumque posteriorem, eiusdem auctoritatis, possessorem. Secus est, cum hypothecaria agitur contra eum, qui in bona fide constitutus caussam habet a uero domino, cuiusmodi est uenditor ante resignationem iudicialem: ab actione publiciana ad hypothecariam auctores iuris arguere solent, *l. 18. de pignor.* Atqui publiciana

non

non datur contra dominum, *l. ult. de Publ. in rem act.* ergo nec hypothecariae aduersus eos, qui, uitio uacui, ab eo caussam habent, locus erit: in concursu duorum hypothecariorum, diuersae originis, alter, qui caussam habet a domino bonitario, alteri, qui, auctore domino Quiritario, hypothecam nactus est, facile cedit. Venditor est loco ueri domini, quod ad creditores hypothecarios, qui ab ipso caussam ducunt, & sunt in bona fide; ceteroquin interdum, si quidem ipse recuperarit possessionem fundi, loco detentoris; quod ad emtorem, eosque, qui ab illo caussam habent. Vnde & emtori aduersus uenditorem Publiciana datur, prouti monemus *seq. th. 15.*

His, inquam, & similibus arguendi rationibus, utpote quae non exigua difficultate premuntur, merito abstinemus hoc loco, quum in promtu sit §. *13. I. de usucap.* ubi inquit Iustinianus: *inter uenditorem quoque & emtorem coniungi tempora, diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.* id quod ad ceteros singulares rei successores prorogatur, *l. 15. §. 10. sq. de acqu. uel amitt. possess. l. 5. & 14. de diuers. & tempor. praesc.* Quod si igitur emtor, ad effectum usucapiendi, uti potest accessione temporis ex persona uenditoris, consequitur, eum ui dominii, quod ex usucapione sic computata adipiscitur, constituere hypothecam, atque adeo eo in capite ita uenditorem praeuenire posse, ut hypotheca illa posteriori, a uenditore constitutae, merito anteferatur. Maxime cum uenditor aduersus emtorem, ut supra ex Meuio dixi, se non possit tueri exceptione deficientis resignationis, &, constituendo alteri hypothecam, delinquat. Itaque hic etiam locus est praeuentioni, & melior conditio praeoccupantis: creditor uenditoris hypothecarius uincit posteriorem emtoris, nisi tamen ille fuerit conscius contractae emtionis uenditionis, ut infra dicam.

At prior emtoris creditor hypothecarius, accedente iudiciali auctoritate, potior est creditore hypothecario posteriore uenditoris, praesertim cum hic tum non possit non esse constitutus in mala fide, propterea, quod a iudice notitiam prioris hypothecae, ab emtore constitutae, impetrauit; atque adeo de damno, quod sua incurrit culpa, frustra conqueratur. Quamdiu res est integra, uenditor creditori, eidemque in bona fide constituto, hypothecam constituere potest: secus, cum res integra desiit esse, id quod tum fieri intelligitur, cum emtor uenditorem in constituenda hypotheca praeuenit, cum idem ille eam conditionem praeoccupauit, aut alia ratione intentionem praeueniendi declarauit, modo declaratio eiusmodi publice fiat, non clam & secreto, ne alii circumueniantur. Nec uero est, quod quis uereatur, ne iudex in impertiendo consensu in eiusmodi hypothecam ante resignationem iudicialem difficilem sese praebeat, quum, ostensa usucapione, is facile persuaderi possit, ut consentiat tandem, praesertim cum clausula, in quantum de iure, semper inesse intelligatur.

Frantzk. & Nicol. explicantur.

At enim de his, quae asseruimus modo, parum cogitauit post Frantzkium Nicolaus supra *cit. Resol. 16.* Vterque hypothecam, eamque ab emtore ante resignationem iudicialem constitutam, quam Carpzouius impugnat, acriter tuentur, ita tamen, ut, quamuis loquantur indefinite, sic, quemadmodum *th. 10.* praedixi, sint explanandi. Idque praeterea intelligitur ex praeiudicio, quod adduxit Nicolaus *ibid. n. 18. seq.* Namque in Richard Naumanns Concurs *M. Ian. 1647.* Scabini Lipsienses memorantur pro arrestantibus posterioribus respondisse, eosque prioribus emtoris hypothecariis antepositisse, hoc uidelicet successu, ut eam sententiam in leuteratione quidem con-

Praeiudicium.

confirmarit Collegium Facultatis Lipſienſis *M. Iul. 1648.* ſed deinceps in appellationis inſtantia correxerit Senatus, cuius iudicium rationes, quas copioſe enarrat Nicolaus, ſatis confirmant. Ceteroqui de eo, utrum eiusmodi, ab emtore ante reſignationem iudicialem conſtituta, hypotheca aduerſus uenditorem, &, qui ab eo cauſſam habent, creditores hypothecarios prorogetur, Frantzkius pariter ac Nicolaus prorſus ſilent. Quodſi tamen Lex promulgaretur, ne in poſterum hypotheca, in re immobili ab emtore, ſimiliue ſucceſſore, conſtituta, ante reſignationem iudicialem confirmaretur; ea lege, opinor, omnis hac de re diſceptatio facile poſſet ſummoueri. Ita ipſemet Nicolaus *cit. deciſ. 16. num. 50. ſeqq.* ſententiam ſuam reſtringit ad bona allodialia, in feudalibus autem ante reſignationem iudicialem atque inueſtituram, hypothecam ab emtore conſtitui poſſe, negat, idque in Saxonia Electorali obtinere, ſubiuncto Senatus praeiudicio in Schönfeld-Opitſchen Concurs, teſtatur.

XII.

Ordo poſtulat, ut cogitemus tantiſper de uiis, quibus in foro, praeſertim Saxonico, uel plane pleneque euitari, uel facilior reddi probatio dominii poſſit. Iure Romano duo praecipue *euitandae* probationis ſuppetunt conſilia, *alterum* ex *lege 24. de R. V.* ut interdicto, aliaue idonea ratione, nanciſcaris poſſeſſionem, atque adeo aduerſarium ad ſubeundum onus probandi, quod incumbit petitori, compellas; *alterum*, ut, ſi reus, ſolemni more, dolo & conſtanter neget, ſe poſſidere, tum actor eum mendacii ſummariter conuincat, petatque, ut, in poenam inficiationis, poſſeſſio, ſententia iudicis, a reo in ſe transferatur, donec is in petitorio ius ſuum probarit, *l. ult. d. t. de R. V. Nou. 18. c. 10.* cuius quidem conſilii uſus hodie-

Modi, quibus iure Romano poteſt euitari probatio: 1. ex L. 24. de R. V.

2. ex L. ult. eod.

dieque superest, ut satis, opinor, demonstratur *Elect. disc. forens. tit. 16. Obs. 2. A. 5. pag. 470. seqq.* Immo eiusdem legis auctoritatem uideo, & laetor, strenue ab illustri Strykio *Vsu modern. π. tit. de R. V. §. 6.* uindicari.

XIII.

Vel facilior reddi, nimirum I. per actionem Publicianam.

Sequuntur modi, quibus dominii probatio *facilior* reddi potest: inter hos primus is est, ut actione Publiciana utatur petitor, in qua duntaxat titulum, eumque ad transferendum dominium habilem, *l. 3. §. 1. seqq. de public. in rem act.* & traditionem, *l. 7. §. ult. l. 9. §. 1. & arg. l. 12. §. ult. eod.* probari oportet, cum bona fides ex titulo facile praesumatur. Immo non semper opus est traditione, eiusque probatione, quum Publiciana etiam detur ex eo dominii genere, quod alioqui sine traditione, ipso iure, constituitur, ut in legato uidere est, arg. *l. 1. ff. ult. iunct. l. 12. §. 1. l. 15. eod.* At enim illud actionis genus non obtinet contra uerum dominum, quum fictio cedat ueritati, *l. pen. & ult. eod.* sed contra possessorem tantummodo, qui infirmiore nititur iure, *l. 9. §. 4. eod.*

XIV.

Actio Publiciana in foro Sax. Elect. adhuc valet, neque ad eam requiritur resignatio iudicialis.

Nec uero existimandum est, actionem Publicianam in foro Saxonico Elect. exulare, quum *Decisio 61.* referenda sit ad dominium uerum, utpote quod demum, accedente resignatione iudiciali, saluo tamen integroque iure usucapiendi, acquiritur; atque adeo minime tollat praesumtum illud, idemque Praetorium, et eius effecta. Vnde recto iudicio D. Strykius *Vsu modern. π. tit. de publ. in rem act. §. 3.* putat, etiam in Saxonia Elect. Publicianae usum superesse, neque ad eam requiri resignationem iudicialem, ac submonet, illam, quod mireris, quaestionem ne a DD. quidem Saxonicis tactam esse. Quo facit, quod alioqui consequeretur, in Saxonia nostra ei, qui ex iusto titulo,

titulo, & bona fide adeptus est possessionem, anteferri recentem, eumque iusto titulo destitutum possessorem. Praeterea exceptio non factae resignationis est de iure tertii, & ius Saxonicum, idque Electorale, maximopere tuetur iura usucapionis, ut uel inde constat, quod praescriptionis exceptionem, de qua in continenti liquet, ex officio iubeat attendi, quamuis eadem a reo non sit obiecta, *p. 1. c. 25.*

Enimuero D. Klein. *differt. de resignat. iud. c. 1. §. 19. n. 94.* ait: bonae fidei possessorem posse ex iusto titulo in bona fide accipientem, mediante lege, resignando transferre usucapiendi conditionem; ita, ut, dum resignationem iudicialem ad eum effectum requirit, summota resignatione illa, praedicto iuri usucapiendi, itemque ipsi actioni Publicianae locum denegare, atque adeo ei cum D. Strykio hoc in capite parum conuenire uideatur. Sed, cum nihil afferatur, quod D. Kleinio subseruire possit, satius fuerit, in D. Strykii sententia persisti, quae sat idoneis rationibus communitur, & supra *th. 7.* responso Facultatis Vitemberg. confirmata est.

XV.

Vtrum autem Publiciana etiam competat u. c. emtori aduersus uenditorem, si quidem hic ante resignationem iudicialem fundum, extra iudicium traditum, recuperet? merito hoc quaesieris loco. Quod, opinor, est affirmandum. Quanquam enim uenditor adhuc est dominus, tamen emtor ab eo caussam habet, a regula *legis ult. de publ. in rem. act.* qua publicianae actioni contra dominum locus denegatur; cum alii casus, quos ad eam legem DD. speciatimque Brunnemann. congerunt, tum praecipue is excipitur, cum petitor caussam habet a possessore. Quo in primis faciunt *l. 4. §. 32. de dol. mal. & met.*

Vtrum actio Publiciana competat emtori contra uenditorem, si quidem hic ante resignationem iudicialem fundum, extra iudicium tradi-

tum, recuperet, inuestigatur.

met. exc. & *l. 14. de publ. in rem act.* Quarum posteriore Publiciana dicitur experiri posse emtor contra uenditorem, qui mandauit quidem uendi, sed prohibuit, ne tradatur: prohibitio uenditoris obstat, quo minus ex traditione procuratoris transeat dominium uerum in emtorem: at solus emti uenditi titulus, accedente eiusmodi procuratoris traditione, efficit, ut Publicianae ex dominio ficto emtoris aduersus uenditorem locus concedatur: quod uenditor sua impedit prohibitione, idem illud lex prohibet Saxonica, ne dominium ciuile ante resignationem iudicialem transferatur in emtorem. Similiter sunt, qui contendunt, uasallum etiam Publiciana aduersus dominum experiri posse, nouissime D. Stryk. *exam. iur. feud. c. 24. q. 18.* & *Vsu modern. π. tit. de Pybl. in rem act.* §. 5. Quanquam non ignoro, eam opinionem nonnulla premi difficultate, quam ab aliis animaduersam esse, ipsemet Strykius *ibidem* confitetur. Huc facit argumentum, idque ductum a rei uindicatione, utpote quae secundum sententiam magis receptam, etiam domino datur contra depositarium, commodatarium, conductorem, & similes detentores, qui ab ipso caussam habent, *l. 9. de R. V.* etiamsi hi actione ex contractu conueniri possint, quo faciunt *lex 2. commod. l. 38. pr. de pecul. l. 24. §. 2. de reb. auct. iud. poss. l. 5. §. 18. de tribut. act. l. 2. C. de praescr. 30. uel 40. ann.* Quod tamen intelligendum est de eo casu, quo eiusmodi detentor caussam detentionis negat; alioqui, si se talem, qualis est, profiteatur, atque adeo nullam petitori, aut dominii, aut possessionis moueat controuersiam, sed alia, eaque ex natura contractus, aut pacto eidem adiecto, utatur exceptione, locus non erit rei uindicationi, arg. §. 1. *I. de act.* sed actioni personali, quum etiam hanc potius, quam illam, institui, rei intersit: alioquin actioni magis in rem,

quam

quam personalem ex contractu institui, actoris praecipue, facilioris probationis caussa, interesse potest, ut scite ostendit Hillig. *ad Donell. lib. 20. c. 3. lit. G.* Pari fortasse modo uix est, ut emtor, qui ante resignationem iudicialem etiam animo domini possedit quondam, aduersus uenditorem, qui in praesenti possidet, & talem, i. e. uenditorem se, atque adeo tum loco cuiusdam detentoris esse, profitetur, Publiciana experiri possit: agendum cum ipso ex contractu erit ad eiusdem implementum. Ceteroquin aduersus uenditorem, qui negat caussam uenditionis, quo minus emtor Publiciana, tanquam utiliore, agere, & exceptionem dominii replicatione emti uenditi elidere possit, nihil uideo impedire, maxime cum reus uenditor exceptionibus, quae ex natura contractus, aut pacto eidem adiecto dimanant, in poenam inficiationis, priuetur, per ea, quae dixit Dn. Praeses *Elect. disc. for. tit. 16. O. 2. pag. 465. seqq.* ibique in *Supplementis.*

Finge, a uenditore rem iam uenditam, traditamque, sed recuperatam deinceps, alii uendi, tradique, tumne etiam actionem Publicianam priori emtori aduersus posteriorem competere, dicemus? Putem omnino, secundum analogiam iuris, competere, modo posteriori dominium nondum fuerit resignatum, quo facto tutus est posterior, si quidem sit in bona fide constitutus: actio Publiciana datur aduersus infirmiore titulo possidentem, non contra dominum, nisi ab eo habeat caussam actor, ut dixi.

Cui sententiae non obsistit praedicta *lex 4. §. 32. de dol. mal. & met. except.* quum *ibidem* eo statim momento, quo uenditor Sempronii, tanquam ueri domini, siue ex testamento, siue ab intestato, adiit hereditatem, ex eiusdem, tanquam auctoris sui, persona priori emtori domi-

nium acquiratur, atque adeo idem illud in posteriorem emtorem non potuerit a uenditore transferri: id quod ipsemet Vlpianus *in extremo cit.* §. non obscure indicat, dum *eum*, Titium uenditorem, ait, *fundum rursus uendidisse, quem in bonis non haberet.* At enim secus est eo casu, ubi non priori, sed posteriori emtori, ceteris paribus, dominium a uenditore fuit resignatum, de quo hoc loco laboramus.

XVI.

II. per usucapionem.

Deinde iure non minus Saxonico, quam Romano, in ipsamet rei uindicatione uerum dominium optime, facillimeque probatum dari potest per *usucapionem*, ita, ut actori non sit necesse, uel dominio auctoris, uel resignatione iudiciali subniti, sed idem ille utroque requisito, altero iuris Romani, altero juris Saxonici Electoralis, eorumque probatione, facile supersedere possit. Successorem enim possessoris, si quidem sit uniuersalis, iure antecessoris, citra solemnitatem resignationis iudicialis, uti, inter omnes constat. At singularis successor, u. c. emtor, si quidem proprio usuceperit iure, i. e. tempore lege definito, ceterisque paribus, possederit fundum, dominus est, & esse existimatur, iure non Saxonico minus, quam Romano, ita, ut aduersus auctorem suum, & omnes, qui deinceps ab eo caussam adepti sunt, ut puta creditores hypothecarios, & exceptione ueri dominii se tueri, & rei uindicatione experiri possit, quamuis ei ab auctore nondum facta sit resignatio iudicialis, cuius defectum usucapio omnino supplet, ita ut ipso iure extinguat dominium auctoris, idemque illud plene perfecteque asserat, u. c. emtori, *l. 20. C. de pact. l. 3. de usurpat. & usucap. pr. I. de usucap. iunct. l. 28. de V. S.* Quod si autem idem ille, u. c. emtor, nondum possederit fundum

per

per tempus lege definitum, tum ad obtinendam usucapionem, asserendumque sibi ex ea dominium, uti potest accessione temporis, ex persona, u. c. uenditoris, &, Romano quidem iure, contra quemuis possessorem, ut propterea plerumque Publiciana minus opus esse, uideatur, maxime cum eodem iure in rebus immobilibus decennium, uicenniumue sufficiant ad usucapiendum; ceteroquin iure Saxonico, & simili statutario, aduersus tertium possessorem quidem, minus autem, re adhuc integra, & ante praeuentionem, contra ipsummet u. c. uenditorem, & illos, qui ab eo caussam, eamque siue hypothecae, siue emtionis, habent, quum sibi debeat imputare, quod, secundum legem, u. c. Saxonicam Electoralem, non petierit a uenditore resignationem iudicialem, aut minimum a iudice non impetrarit confirmationem contractae emtionis uenditionis, eiue alia ratione titulum denuntiarit, atque adeo impedierit, ne consensus a iudice impertiretur deinceps in hypothecam, aut resignatio iudicialis posteriori fieret emtori: immo emtor ita quoque praeuenire potest uenditorem, ut uendat rem iterum, eiusque dominium, usucapione sic, quemadmodum dixi, computata quaesitum, nouo emtori resignet. Neque est, quamobrem emtor de mora & tergiuersatione uenditoris, aliaue sibi ab eodem obiecta difficultate conqueratur, quum aduersus uenditorem iudicio experiri, atque adeo id efficere possit, ut, antegressa sententia comminatoria, resignatio iudicialis factae loco reputetur. Quodsi ignoretur locus, quo subsistant uenditor, eiusue heredes, tum edicto illi sub eadem citandi sunt comminatione, ut resignent. Damnum, quod fortasse sic sentit emtor, cum sua sentiat culpa, sentire non uidetur, arg. *l. 203. de R. I. c. 86. de R. I. in 6.*

Nec ratio iuris patitur, ut tertius, qui dolo uacat, qui conſtitutus eſt in bona fide, ex aliena negligentia damnum incurrat. Quamuis omnino peccet uenditor, & ſpeciatim crimen falſi, ſtellionatusue incurrat, qui fundum ſemel uenditum alii iterum uendit, aut obligandum curat, arg. *l. 21. ad l. Cornel. de falſ. iunct. l. 3. §. 1. ſtellionat.* A. Matthaei *de crim. lib. 47. tit. 13. c. 1. n. 4.* Praeterea emtori regreſſus patet aduerſus uenditorem, ut fundum liberet onere hypothecae, aut in caſu ulterioris uenditionis praeſtet id, quod intereſt, arg. *l. 3. & 5. C. de euict. l. 15. C. de R. V.* qua ratione damnum, quod ſua culpa patitur, tantiſper reparatur.

XVII.

Contra creditorem, emtoremue poſteriorem, quibus res eſt tradita, ſiquidem ſint in mala fide, actio in factum datur.

Immo creditor, emtorue poſterior, ſi quidem ſint in mala fide, i. e. ſciant, rem ſibi obligatam, uenditamue, iam dum alii eſſe uenditam, non ſolum exceptione doli ſummouentur, ſed &, cum ipſi poſſident, actione in factum conueniuntur, ut omnino, atque adeo, non ſoluto debito, aut reddito pretio, fundum reſtituant, idque arg. *l. 1. pr. de pign.* & eorum, quae *ad l. 15. C. de R. V.* DD. inter eosque nouiſſime Brunnemann. *n. 6.* tradunt. Compara Meuium *6. Deciſ. 153.*

Praeiudicia. I.

Ita, actionem in factum ex aequitate priori emtori aduerſus poſteriorem competere, Collegium Facultatis Vitembergenſis, ad interrogationem Academiae Lipſienſis, in cauſſa George Gottlobs L. contra Mattheß K. reſpondit *M. Sept. 1707.* dictitato ſcilicet iureiurando, eoque ab altero alteri ſuper ſcientia prioris emtionis delato, utpote quod optimum eſt remedium probandi ea, quae in mente latent. In qua quidem cauſſa porro illud licuit obſeruari, quod ab actore reo ſuper duplici circumſtantia delatum eſſet iusiurandum, altera ſcientiae & ueritatis,

daß

daß Beklagter von dem ersten Kauff genugsame Wissenschafft gehabt; altera notitiae & credulitatis, daß Beklagtem solcher Kauff von Verkäuffern J. F. B. hinterbracht worden. Posterior est prioris explicatiua, atque eiusdem exhibet rationem. Tum reus, quod ad circumstantiam posteriorem, refert actori iusiurandum, idemque iurat actor; tum quaerebatur: utrum reus ad iurandum de priore circumstantia admittendus esset. Id quod negarunt Scabini Lipsienses, ad interrogationem Praefecti Dresdensis, *M. Octobr. 1708.* Dieweil Kläger den ihm referirten Eyd abgeschworen, so wird nunmehr beklagter, gestalten Sachen nach, zu dem deferirten weiter nicht zugelassen, consentiente Scabinatu Vitembergensi, *M. Maio 1709.* Nimirum circumstantia posterior, quamuis in se inutilis sit & superuacua, tamen ob caussam relationis, atque adeo ipsomet rei facto, in uim transactionis sustinetur, &, praestito ab actore iureiurando, priorem absorbet, ut frustra ad iurandum super priore illa se admitti petat actor, quum alioquin, etsi uterque litigantium, alio atque alio modo, super eadem materia, salua illaesaque conscientia, iurare possit: tamen, admisso pariter ad iurandum reo, consequeretur, & utrumque super eodem momento ad iurandum contraria intentione accedere, & ab actore frustra, ac sine omni effectu iuratum esse.

Pari modo Collegium Facultatis Vitembergensis, II.
ad interrogationem incluti Regiminis Ducatus Magdeburgici, in caussa Caspar Wilhelms von T. contra Johann Michael T. respondit, *Mens. Jan. 1708.* ita, ut, auctoribus Meuio *cit. loc.* & Brunnemanno *ad d. l. 15. n. 2.* putarit, formam iurisiurandi producendam esse ad traditionem: nam uerbum: *contractus;* cum effectu, atque adeo

non de perfecto tantum, sed & consummato est capiendum. Ceteroquin, ut eidem actioni locus denegetur, sufficit, posteriorem emtorem in bona fide esse tempore traditionis instrumentalis, quamuis in eiusdem persona tempore siue traditionis realis, siue resignationis iudicialis, superuenerit notitia prioris uenditionis, ut idem Collegium censuit in eadem caussa.

III. Fac porro, debitorem uendere uina Caio, ea autem ipsi non tradere; tum creditorem, uenditionis huius conscium, sibi dolose a debitore uina in solutum tradenda curare; quaeritur: utrum emtori Caio contra creditorem competat actio in factum ad tradenda uina? Affirmatur, quia datio in solutum est loco emtionis uenditionis, *l. 4. C. de euict. l. 15. C. quib. ex causs. in possess.* Namque, cum creditor scierit priorem emtionem, posterior datio in solutum nihil operabitur. Cautela itaque est pro emtore Caio, ut arrestum rei imponat. Immo ne opus quidem est arresto contra posteriorem, quum is actionem in factum habeat ad tradendum. Quem in modum Collegium Facultatis Vitembergensis, ad interrogationem Sebastiani Crusii N. P. C. Numburgensis respondit, *Mens. Jul. 1709.* Daß Lucius Caio die an Zahlungs statt angenommene Weine hinwieder abzutreten schuldig.

Cautela.

IV. Pari modo Collegium Fac. Vitemberg. nouissime *M. Octobr. 1709.* interroganti Friderico Weissio, ciui Glauchensi, de iure respondisse, ex praeiudicio, supra *th. 5.* citato, liquet.

V. Amplius finge, fundo hastae subiecto, quem licitari, qui sciat, auctorem debitoris sibi, cum uenderet, consuluisse pacto reemendi. Tum uero illi auctori, eiusue heredi, actio dabitur in factum aduersus licitatorem, tan-

tanquam constitutum in mala fide: idque, quamuis idem illud pactum non fuerit resolutiuum. Ita Senatus censuit, in caussa G. J. T. contra D. J. H. H. *Consil. hybern. 1708.* Compara *Supplem. Elect. disc. forens. p. 2. pag. 216. seqq. & p. 1. Resp. 283.* ubi simile praeiudicium *de anno 1696.* commemoratur.

XIIX.

Nec uero est, quamobrem obiiciatur, ita fore duos dominos eiusdem rei, uenditorem & emtorem, id quod ratio iuris minime permittit, *l. 5. §. ult. commod. l. 159. de R. I.* Namque intelligendum est, emtorem esse dominum ante resignationem iudicialem, non in oppositione ad uenditorem, eosque, qui caussam ab eodem habent, siue creditorem hypothecarium, siue posteriorem emtorem, quum sciat, aut scire debeat, Saxonico iure Elect. impetrandam esse resignationem iudicialem, ita ut, dum eam petere, impetrareque negligit, aut alia sibi ratione, euitandi praeiudicii caussa, non consulit, nec de sua satis securitate cogitat, ipsemet caussam, occasionemque obligandi, uendendique, uenditori dedisse intelligatur; sed in oppositione ad tertium possessorem, qui caussam a uenditore non habet, quia tum utitur accessione sui auctoris, cum eoque una quodammodo persona esse, existimatur. Ita & alia iure nostro extant exempla, ut alio atque alio modo duo unius rei domini esse intelligantur, *l. 30. C. de iure dot. & simil.* Immo ex iure etiam ue eri Romanorum, quod supra in partes uocaui, duo, diuerso dominii Bonitarii & Quiritarii genere, domini esse possunt. Obiectio diluitur.

XIX.

Sed ut redeam ad id, quod caput rei est. Dixi, etiam Saxonico Elect. iure usucapionem optimam esse, facilli- Modus probandi dominii per usuca-

pionem ostenditur.

cillimamque probandi dominii rationem: id quod facile ostendi potest. Namque, si u. c. emtor proprio iure rem uenditam usucepit, probabit tantummodo (1.) *titulum*, producto instrumento emtionis uenditionis; (2.) *traditionem*, eamque extraiudicialem, siue possessionem, tanquam fundamentum omnis usucapionis, *l. 3. l. 25. de usurp. & usucap.* ut puta uel per testes, uel potius per syllabum, eumque repetitum e tabulis censualibus, siue e catastro steuerali, quem uocant Extract aus dem Steuer-Catastro, utpote quo possessores praediorum inscribuntur. Neque enim ubique locorum illa inscriptio demum fit post resignationem, sed statim post confirmationem iudicialem, illis praesertim in locis, quibus resignatio omni tempore impetrari nequit. Ceteroquin emtor opus non habet, ut cogitet uel de dominio auctoris, uel de resignatione iudiciali: immo sufficit, allegari bonam fidem; quamuis enim non-allegata non praesumatur: ex transcursu tamen longissimi temporis non Saxonico minus, quam Romano, iure, ea, quin ipse titulus praesumitur, ut utriusque probatione facile supersedere possit prior possessor. De qua quidem pronuntiandi consuetudine, praesertim in Saxonia, satis, post alios a se citatos, testatur Carpzou. *2. 3. 7. n. 12. seq. 1. Resp. 40. n. 17. seq.* & *Resp. 84. n. 15.* Confer. Richter *1. Dec. 21. n. 61.* Quod si uero ipsemet emtor non possederit per legitimum tempus, atque adeo nitatur accessione sui auctoris, tum praeter suam, eius etiam possessionem solummodo iisdem probabit modis, parum solicitus de ceteris dominii momentis, quae hic pariter non attenduntur.

XX.

Vsus cum resignationis iudicia-

Supereſt, ut perpaucis in Saxonia Electorali usum cum resignationis iudicialis, tum usucapionis uindicemus.

mus. Primum resignatio iudicialis est necessaria, ut u. c. uenditori directe interdicatur facultate constituendae hypothecae, aut eandem denuo rem uendendi. Quanquam enim, quemadmodum praedixi, alia obliqua uia sibi consulere possit emtor, ipsemet tamen perpetuo subiicitur periculo, ne a uenditore interea, antequam resignetur dominium, in sui praeiudicium constituatur hypotheca, aut res denuo uendatur, atque adeo sibi difficile negotium reddatur. Ad praestandam itaque plenam securitatem omnino opus est resignatione iudiciali. Similiter efficit resignatio, ut quis declaretur dominus, quemadmodum olim usu ueniebat apud Romanos, dum quis mancipatione, in iure cessione, adiudicatione, aut aliis legitimis solemnitatibus, dominium Quiritarium consequebatur. Huc pertinet, quod tum contractus iudicialis loco habeatur, ac publicorum actorum uim fidemque adipiscatur, Meu. *Iur. Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 1. n. 8.* in primis Saxonico Electorali iure perinde ualeat, ac recognitio iudicialis, ita, ut, sine ulteriori recognitione instrumenti contractus, statim ex §. 2. *Resol. grau. de anno 1661. tit.* von Iustitien Sachen ad executionem procedi possit. Praeterea iure Lubecensi is resignationis iudicialis effectus est insignis, quod, exacto post resignationem illam anno & die, non dominium tantum, sed & hypotheca expiret, salua tamen integraque cum domino, tum creditori aduersus uenditorem, eumque debitorem, ad id, quod interest, actione. Meu. *lib. 3. tit. 6. art. 3. n. 6. sqq.* Denique possunt nonnullae intercurrere difficultates, quae impediant, quo minus usucapio etiam satis defendi, aut probari possit: ut puta, quod uenditoris tempus, idque coniunctum cum emtoris tempore, minus sufficiat ad usucapiendum, & ceterorum antecessorum tempora uel

lis, tum usucapionis in Saxonia Elect. uindicatur.

ob uacuam, quae fuit, possessionem, plane non, uel aegre probata dari possint. Deinde, quod ad usucapionem, ea, iure ueteri Romano, inter solemnitates legitimas, atque adeo modos acquirendi dominii Quiritarii conceptis uerbis referebatur, Vlp. *tit. 19.* §. *2.* & hodieque, in Saxonia praesertim, superest, ut praecipue cum ex *const. 25. p. 1.* tum ex quotidiana pronuntiandi ratione liquet. Itaque usucapio, si quidem ab emtore proprio iure completa sit, ualet contra ipsummet uenditorem, & omnes, qui ab eo caussam habent, ut nihil opus sit resignatione iudiciali; sin autem, coniuncto antecessoris tempore, computetur, emtori, citra illam resignationem, aduersus tertium proficit possessorem, quamuis eundem contra uenditorem, eumque, qui ab eo caussam habet, re adhuc integra, minus iuuet: id quod uel ex solo Carpzovio addisci potest, *p. 2. c. 4. def. 17.* ut necesse non sit, aliunde praeiudicia conquiri, quibus ea sententia, satis superque cognita, confirmetur. Neque enim credendum est, Saxones, dum resignationem iudicialem inuexerunt, usucapionis ius, quod iuri gentium merito adscribitur, et publice utile est, cum ut lites componantur tandem, tum ut in tuto dominia rerum collocentur, subuersum iisse, praesertim si loca illa ex utroque iure, cum Saxonico communi, tum Sueuico, quae Schilterus *Exerc. 45. th. 49. seqq.* studiose congerit, & commentariis illustrat, diligentius expendantur. Huc facit argumentum, idque ex Nicolao *Resol. 16. n. 38. seqq.* repetitum: Ait ille: quamuis secundum *Decis. Elect. Sax. 61.* ad translationem dominii rei uenditae immobilis solemnitas resignationis iudicialis requiratur; inde tamen minus colligi, eiusmodi possessori hypothecae constitutionem penitus ademtam esse, quum casus ille,

minus

minus tactus, potius dispositioni iuris communis relictus esse uideatur. Pari negaueris modo, Potentissimo Saxoni, dum promulgaret *Decisionem 61.* in mentem uenisse, ut usucapionis ius, idque tantopere commendatum, in alienatione rerum immobilium tolleretur. Quare resignationi iudiciali sua stat auctoritas, ita tamen, ut & usucapioni suus relinquatur usus, atque adeo altera alteri, adhibito eo, quod diximus, temperamento, conciliari possit. Quo faciunt Collegiorum Vitembergensium recens *M. Octobr. 1709.* data responsa: Praeiudicia:

I. *Scabinatus*, ad interrogationem Titii F. Dennoch aber, und dieweil Klägere in dem Klag-Libell das dominium uel quasi zum Grunde gesetzet, also hierdurch, daß sie mit der rei uindicatione actionem Publicianam, dem gewöhnlichen stylo gemäß, cumuliret, gnüglich zu erkennen gegeben, so wohl hierüber den Beweiß, nach denen bekandten praeuppositis, zur Nothdurfft eingerichtet, dabeneben das wahre Eigenthum, zumahl in denen Chur-Fürstlichen Sächs. Landen, in welchen die Gerichtliche Verzicht, ad effectum transferendi dominii rerum immobilium, denen requisitis iuris communis hinzu gefüget worden, I.

Dec. 61. iunct. Resol. Lauterb. pag. 901. seq.

am füglichsten und leichtesten durch die Verjährung, wenn die Zeiten derer vorigen Besitzere mit eingerechnet werden, erwiesen, und solcher gestallt die sonst genannte diabolica probatio dominii facilitiret werden mag rc.

II. *Facultatis*, ad interrogationem Heinrich F. und Consorten zu T. B. Worzu ferner kömmt, daß, weil der Rath zu W. offtberührtes Grundstück bona fide lange Zeit besessen, und Samuel F. caussam von demselben hat, II.

auch alle requisita usucapionis vorhanden, selbiger die tempora uenditorum mit der Zeit, da er den fundum besessen, iuxta §. 7. & 8. *I. de usucap.* coniungiren, und also vermittelst der Vsucapion auch das dominium ciuile erlangen können, immassen denn in denen Sächs. Rechten nicht zu befinden, daß zu der Verjährung traditio iudicialis praecise erfordert werde, also solche dißfalls auff Sächs. Boden secundum ius commune zu aestimiren.

Conclusio. Ita uero perpaucis thesibus explanauimus ea, quae, quamuis alioquin ipso Institutionum Iustin. libello contineantur, huc usque tamen ab illis quoque, qui ex instituto de resignatione iudiciali commentati sunt, neglecta, & parum ingenue ad fori usum applicata sunt, ut fortasse iis, qui, bene iactis fundamentis, iura callent, satis dixisse uideamur; eorum contra iudicia, qui non satis feliciter in iure uersati, caussarum fontes per transennam inspiciunt, minus curemus, data occasione, sensa animi hoc de argumento uberius expofituri, immo, si ueritas exigat, emendaturi. Interea iudices pariter ac aduocatos peramanter admonemus, ut eius rei tam necessariae, quam utilis, curam diligentius, quam fieri solet, gerant; ceteros, ut, remota tantisper iudicandi temeritate, eandem rem acrius peruestigent, atque ea, quae ICtos decet, modestia, dexteritateque, sententiam suam expromant. Neque enim haec doctrina uana est & inanis subtilitas: quo alioqui colore siue ignorantia iuris, siue ingenii hebetudo lini, aliorumque industria denigrari solet; sed eiusmodi caput iuris, quod prima legitimae scientiae elementa nobis suggerunt, quamuis, quemadmodum praedixi, de eodem etiam doctissimi uiri, qui hoc de argumento uel commentando, uel decertando, soliciti fuere, ne cogitarint quidem.

Cete-

Ceterum ea, quae dixi, non ad ſolos Saxones pertinent, ſed & Lubecenſibus, qui a Saxonibus, itemque Poruſſiae, Pomeraniae, Holſatiae, Megapolis ac Würtembergae ciuitatibus, quae a Lubecenſibus reſignationem iudicialem libere repetierunt, immo & Batauis, Geldriae, Flandriae, aliisque quamplurimis Germaniae locis, quibus eadem recepta eſt, ut nouiſſime comprobauit D. Klein. *diſſert. de reſignat. iudic. c. 1. n. 140. ſeqq.* utilitatem praeſtant. Vſus argumenti late patet.

Coronidis loco duo libet, eaque huic argumento cognata, ſubiici iuris momenta.

I.

PErcipiendo demum bonae fidei poſſeſſori fructuum dominium acquiri, DD. ad §. *35. I. de R. D.* legibus, quae inferius citantur, adducti commentantur. Atquin autem bonae fidei poſſeſſori dominium non fructuum minus pendentium, quam ipſiusmet fundi, ante perceptionem competit, propterea quod eiusmodi fructus pars ſunt fundi, *l. 44. de R. V.* atque adeo eodem cum fundo iure cenſentur. Ergo conſequitur, dominium eorundem demum percipiendo minus acquiri. Hunc nodum, opinor, perſpexit Bachouius ad §. *35. I. de R. D. n. 1.* ſed minus dextre ſoluit. An dicemus, bonae fidei poſſeſſorem dominium fructuum pendentium reuocabile habere, at perceptorum conſequi irreuocabile? quae eſt Donelli ſententia, *4. Comm. 26.* cui tamen communis ſchola contradicit, nec male. Nam *l. 48. pr. de A. R. D.* bonae Qua ratione bonae fidei poſſeſſor fructuum dominium demum percipiendo conſequatur.

fidei possessor dicitur fructus suos facere *interim*, i. e. dum res euincatur; neque ex *lege 28. pr. de usur.* secundum quam statim pleno iure fructus sunt bonae fidei possessoris, arguitur, eum illos irreuocabiliter acquisiuisse: non plenum minus, quam minus plenum dominium potest reuocabile esse. Verba: *pleno iure*, capienda sunt de commodo, non de duratione. Quid? quod *ibidem & seq. §. 1.* opponuntur fructus partui ancillae, quorum illi statim fiunt possessoris; hic autem, qui non est in fructu, usucapione demum comparatur. Huc facit *lex 4. §. 2. fin. regund.* qua Paulus lucrari, ait, bonae fidei possessorem fructus, si eos consumserit. Pari modo *l. 22. C. de R. V.* scriptum est, bonae fidei possessorem restituere fructus extantes, quorum uocabulo male Donellus indicari, contendit, pendentes, quum eorum, non ut fructuum, sed ut partis fundi ratio habeatur. Vnde &, reiecto Donelli iudicio, quod prauum uocat Bachouius, secundum communem sententiam omni die in foro respondetur. Ceteroqui DD. uulgo aiunt, consumendo demum dominium irreuocabile acquiri. Qui tamen loquendi mos merito est redarguendus, tametsi ab eo ne Cuiacius quidem, ac Wissenbachius sunt alieni, quorum alter 7. *ad African. ad l. 40. de A. R. D. perceptio*, ait, *inchoat, consumtio consummat acquisitionem &c.* alter *ad π. tit. de A. R. D. th. 22. fructuum perceptio*, inquit, *non est purus & simplex dominii acquirendi modus, sed limitatus: accedere oportet consumtionem.* Atquin autem consumtio est dominii executio, non caussa: caussa consumtionis est dominium, atque adeo consumtio eius effectus. Consumtio tollit dominium, non parit nouum, quia rem facit non esse, cuius nulla est affectio, ut loquitur Huberus. Quod autem *l. 4. §. ip. de usucap. & l. 40. in fin. de A. R. D.* bonae fidei

dei possessor dicitur fructus consumtos facere suos, id intelligendum est improprie, de effectu non dominii alicuius, sed liberationis, ne de iis fructibus teneatur deinceps, sed ut onere restituendi leuetur, §. 35. *I. de R. D.* & §. 2. *in fin. I. de offic. iud. l. 41.* §. 1. *de re iud. d. l. 4.* §. 2. *fin. regund.* Sed ut ad id redeam, unde tantisper digressus sum, an distinguemus potius hoc loco inter dominium Praetorium, & ciuile, ita, ut alterum in fructibus pendentibus, alterum in fructibus perceptis locum habere dicamus? Iustinianus *cit.* §. 35. *I. de R. D. naturali*, ait, *ratione placuit, fructus, quos percepit, eius esse pro cultura & cura.* Quibus quidem uerbis indicat, caussam dominii fructuum repetendam esse ex iure naturae, quo, auctore H. Grotio, industriae tantummodo fructus possessori, bonam fidem habenti, cedunt, ut nouissime Huberus *ad tit. I. de R. D. n. 30.* & *4. Digress. 23.* contendit, Pergit idem, ius Ciuile se fundare in naturali ratione, atque adeo fructus tantummodo industriales, non item naturales, percipiendo fieri bonae fidei possessoris. Quam sententiam Bachouius *ad* §. 35. *I. de R. D. n. 6.* omnium DD. communissimam uocat, etsi ea in foro non curatur, ut ex Carpzouio liquet *3. 32. 28.* Igitur indicat Huberus, perceptionem, quam uocant, artificialem esse modum acquirendi dominii non ciuilem minus, quam naturalem, nisi submoneas, & uerba *legis 48. pr. de A. R. D. loco domini pene est*; & usucapiendi conditionem, in qua constitutus est eiusmodi bonae fidei possessor, suadere, ut ciuilis iuris nomine speciatim Praetorium intelligatur. Fac tandem, aliam atque aliam dominii fructuum pendentium & perceptorum esse appellationem, ecquid intererit in effectu? quum a domino uero superueniente non percepti minus, quam pendentes repetantur. At nihilo secius duplex in primis

mis discrimen superest: puta, quod bonae fidei possessor (1.) post perceptionem habet ius utendi fructibus, eosque pro necessitate, utilitateue familiae distrahendi aut consumendi, atque adeo domino uero interuertendi rei uindicationem. (2.) triennio usucapit fructus perceptos, arg. *l. 4. §. 5. de usurpat. & usucap.* atque adeo irreuocabile eorundem dominium acquirit, cum ex aduerso pendentium eadem demum, quae ipsiusmet fundi, fit usucapio, dummodo fructus tamdiu pendere, atque adeo eiusmodi usucapio existere possit.

II.

Hodieque pupillus, infantia maior, a tutore, itemque minor a curatore in contrahendo est adhibendus.

Tutor infantis nomine solus contrahit, *l. 18. §. 2. & 3. C. de iure delib.* & pupillo, infantiae & pubertati proximo, idem accommodat auctoritatem, *pr. I. de auctor. tut. l. 37. §. 1. ad SC. Trebell.* ita tamen, ut, quod ad negotia iudicialia, nomine pupilli, infantia maioris, solus admittatur, si uelit, *l. 1. §. 2. de administr. & pericul. tut.* Usu autem inualuit, ut indistincte tutor negotia pupilli, immo curator negotia minoris solus gerat: ita DD. uulgo; at minus recte. Neque enim est credendum, ius Romanum, iustissimis de causis ita constitutum, moribus euanuisse, quum alioqui uerendum sit, ne uel tutor pupillo, uel curator minori, utrique ignoranti, fraudi esse possit. Non tantum illud dicam, quod aliqui, ut D. Hoppius ad *pr. I. d. t.* monent: tutius esse, ut Ius Romanum sequamur; sed & existimem, necesse esse, ut eodem stemus. Quo fortasse inclinat D. Stryk. *de cautel. contract. sect. 1. cap. 2. §. 3.* cum ait: *quod si pupillus infantiam excessisset, tunc nomen pupilli exprimendum, & tutoris auctoritas subiicienda*, u. c. Es verkaufft Meuius mit Beystand und Vollwort seines Vormundens Titii. *quod licet communiter negligatur, iuri tamen id omnino conforme est, ut tutor nomine infantis, & pupil-*

pupillus, auctore tutore, contrahat. Nec uero obstat *titulus π. & C. quando ex facto tutoris uel curatoris minores agere, uel conueniri possunt.* Namque is pertinet ad exceptionem, de qua Schilterus agit *Exerc. 37. th. 129.* quanquam ille *th. seq. 131.* putat, hodiernis moribus regulariter pupillum ex facto tutoris obligari, atque adeo exceptionem, quam praedixi, in regulam commutari: idque est, de quo contenditur, quodque uerius negatur, praesertim cum ipsemet Schilterus *cit. th. 131. lit. a.* auctore Carpzouio *Dec. 121.* neget, minorem per curatorem, sine eius consensu, obligari: minoris & pupilli, infantia maioris, eadem est ratio. Ita Collegium Facultatis Vitembergensis respondit, ad interrogationem Regiminis Magdeburgici, in caussa Gebhard Johann K. contra Johann Gerhard P. *Mens. Mart. 1709.* itemque, ad interrogationem Senatus Magdeburgici, in caussa Mattheß M. Erben, contra Theodorum Christian T. *M. Oct. 1709.*

Praeiudicia.

At nullitas, quae ex defectu consensus pupilli, minorisue, descendit, praescriptioni quinquennali minus subiecta est. distinguendum enim inter nullitatem circa solemnia negotii, ut est decretum magistratus, itemque subhastatio in alienatione rerum immobilium; & nullitatem circa eiusdem substantiam, ut est ipsiusmet pupilli, minorisue, consensus: alteri praescribitur 5. aut 10. uel 20. alteri autem demum 30. annis.

Ita, ut, eo omisso, nullitas essentialis committatur, eique non quinquennio, sed tempore demum longissimo praescribatur.

Nec uero captanda sunt uerba *tituli C. si maior factus alienationem factam* SINE DECRETO *ratam*

habuerit. Namque ibi mentio *decreti* fit exempli caussa, non exclusiue, quum alia etiam solemnitas, quaecunque illa sit, intelligatur, secus ac putant nonnulli, inter eosque nouissime Meuius *8. Decis. 372.* quo in primis auctore, Scabini Hallenses in caussa Joachim Heissens contra Joachim Gottsmann, ad interrogationem des Amts Möckern, *M. Nou. 1706.* & *M. Octobr. 1708.* ad praescriptionem quinquennii, defectum siue consensus tutoris, curatorisue, siue iustae alienandi caussae referendum esse, negarunt. A quibus tamen in leuteratione recessit Collegium Facultatis Hallensis, utpote quod, praeeunte Carpzouio *5. Resp. 76. n. 12. seqq. M. Mart. 1709.* statuit, distinguendum esse inter caussas nullitatis communes, & minoris aetatis proprias, ita, ut ex his quidem caussis quinquennio, ex illis autem ordinario demum tempore nullitati praescribatur, idque propterea, quod *lex 2. C. si maior factus ratum habuerit.* Generatim loquitur de gestis in minore aetate, itemque ratihabitione, quae solo temporis lapsu fieri censetur. Quanquam uero in Codice a titulo, superius citato, *si maior fact. alienat. fact. sine decreto rat. hab.* seiunctus est ille, qui modo commemoratus inscribitur: *si maior factus rat. habuer.* quum alter ad caussas, quae ipso iure nullae sunt, alter ad eas, quae summo iure ualent, sed, nisi ratae habeantur, rescindi possunt per restitutionem in integrum, referatur; tamen intelligendum est, utrobique ratihabitioni tacitae locum esse, eamque silentio, modo quinquennii, modo quadriennii, pro caussarum diuersitate, constabiliri: neque enim in modo est, sed in tempore discrimen. Unde etiam DD. illis Codicis titulis, in definienda ratihabitionis cum forma,

ma, tum materia, promiſcue utuntur, ita, ut exiſtiment, geſta in minori aetate in uniuerſum, ſiue ſummo iure ualeant, ſiue minus, ſolo maioris facti ſilentio confirmari.

Ex his, quae dixi, conſequitur axioma: quoties alienatio rei pupillaris, aut minorum, eiusdemque immobilis, aut mobilis, quae ſeruando ſeruari poteſt, fit: toties, ſi fiat ſine forma interna, ut puta ſine conſenſu pupilli, minorisue; praeſcriptione, (computato tempore a completa maiorennitate, quam uocant,) iure (1. *Ciuili* decem aut uiginti annorum, (2. *Saxonico* 31. annorum, 6. hebdomad. & 3. dierum; ſin autem ſine forma externa, ut puta ex cauſſa non neceſſaria, ſine conſenſu tutoris, curatorisue, itemque decreto, aut ſubhaſtatione; praeſcriptione modo quinquennii, ſcilicet cum titulo oneroſo, modo 10. & 20. annorum, cum ſuſcipitur lucratiuo, conualidatur. Compara nouiſſime Brunnem. *ad l. ult. C. ſi maior fact. num. 3. & 4.* Neque uero hic tam ad praeſcriptionem reſpicitur, quam ad ratificationem, quae omnino praeſtruit conſenſum, aut ſaltem ſcientiam pupilli, minorisue: ignorantis iniur, immo, ſecundum Menochium *de recup. poſſ. remed. 15. num. 185.* dubitantis, nulla eſt ratihabitio. Curſus quinquennii non eſt praeſcriptibilis, ſed ratihabitionis inductiuus, ut DD. loquuntur apud Carpzouium *cit. Reſp. 76. num. 21.* Qua ratione iidem DD. magis communiter negant, malam fidem eius, qui ſciuit, contractum non ualere, hic attendendam eſſe, Barboſ. *ad l. 3. & ult. C. d. t. ſi maior fact. num. 20.* alioqui peius ageretur cum pupillo, minoreque, quam cum maiore, cui ignoranti praeſcriptio demum longi temporis cur-

rit. Igitur remanet, quod dixi, *lege ult. C. si maior. fact.* qua quinquennium constitutum est, omnino praerequiri consensum, aut saltem scientiam, eamque specificam, pupilli & minoris. Quare contractum, nomine pupilli, minorisue, a solo tutore, curatoreue initum, non ualere, neque, elapso post maiorennitatem quinquennio, sustineri, Collegium Facultatis Vitemb. ad interrogationem incluti Regiminis Megapolitani, respondit, *M. Sept. 1699.* ut Dn. Praeses testatur, *Resp. 61. p. 2. pag. 92. seq.* Eandem in sententiam Scabinatus Vitembergensis, ad interrogationem Titii. F. consuluit *M. Octobr. 1709.* Wie denn, und da auch gleich eine subhastation ex caussa aetatis in gegenwärtigen Fall beschehen wäre, iedennoch Beklagte sich mit angezogener praescriptione quinquennali nicht zu behelffen hätte, in mehrer Erwägung, daß selbige allein von derjenigen Nullität, welche sonst circa solennia negotii, als das decretum magistratus, ingleichen die subhastation, sich ereignet, zu verstehen, keines weges aber auff die nullität circa negotii substantiam, dahin fürnehmlich des Pupilli und minoris consens gehörig, zu erstrecken,

per ea, quae nouissime tradit Brunnemann. *ad d. l. ult. C. si mai. fact. num. 3. & 4.*

immassen, daß noch heutiges Tages ordentlich ein pupillus, infantia maior, nebst dem Tutore, ingleichen ein minor nebst dem curatore, secundum analogiam iuris communis, zur Handlung gezogen werden müsse, aus trifftigen Ursachen von bewährten Rechts-Lehrern statuiret wird,

Hopp. *ad pr. I. de auct. tut. Vsu hodiern. iunct.* Strykio

Strykio *de cautel. contract. sect. 1. c. 2. §. 3.* non obstantibus iis, quae Schilterus expromit *Exerc. 37. th. 129. & 131.* quum *tit. π. & C. quand. ex facto tutor.* pertineant ad exceptionem, de qua *cit. th. 129.* agit ille, praesertim cum ipsemet *dict. th. 131. lit. a.* cum Carpzovio *Decis. 21.* neget, minorem per curatorem sine eius consensu obligari.

auch, solcher Meinung gemäß, von der Iuristen Facultät allhier *M. Mart. 1709.* gesprochen, so wohl insonderheit, daß ein von dem Tutore und Curatore allein geschlossener Contract post maiorennitatem durch die fünffjährige praescription nicht conualidiret werden könne, *M. Sept. 1699.* erkannt worden,

p. 2. Resp. 61. pag. 92. seq.

ander gestalt auch die pupilli und minores in hoc iuris communis capite deterioris conditionis, als die maiores seyn würden, dahingegen in gegenwärtigen Fall, daß die minderjährigen nebst ihren Vormündern um das decretum alienationis angehalten hätten, oder sonst hierbey concurriret wären, nicht erfindlich, wie denn dasjenige, was in termino adiudicationis von Caii Heyrath, und dadurch verhoffenden Geldern gemeldet wird, nicht von ietzterwehnten Caio, sondern denenjenigen, so damahls erschienen, Vorbringen zu verstehen, ingleichen durch die von denen Vormündern wiederhohlte Approbation die conualidation eines an sich selbst nichtigen Actus nicht veranlasset werden mag, ꝛc.

p. 2. Resp. 76. pag. 118. seq.

Eandem ſententiam tenent DD. quos Schulteſ. excitat *quaeſt. 16. num. 1.* Quanquam uero ipſemet praeſtruit, nullam eſſe alienationem, a ſolo curatore factam; in eo tamen a DD. commemoratis recedit, quod putet, eiusmodi alienationem praeſcriptione, ſiue tacita ratihabitione, quinquennali poſt perfectam minoris aetatem ſuſtentari. Praecipua ratio, qua is utitur *cit. quaeſt. num. 19. & 20.* eſt, quod adultus, qui toto quinquennio, neque uictus quotidiani, neque parentum aut maiorum, immo nec educationis ſuae tenellae cogitatione mouetur, taciturnitate tali alienationem curatoris ſui uideatur comprobare, quum ueroſimile non ſit, eum, qui a curatore, aut rationem adminiſtrationis, aut aliquid bonorum ſuorum, quibus uiuat, recipit, tam fore negligentem, ut praedium, uel domum aliquam inſignem, in qua forte defecit pater eius, ipſe autem annis ſuccreuit, in qua maiorum extant imagines, non curet, aut quaerat, ubi ſit, aut ad quem peruenerit, arg. *l. 22. C. de adminiſtr. tut.* quae quidem a perelegantis uiro ingenii expromta ratio ſatis ſpecioſa eſſe uidetur. Cui aliam adiungo, quod tutor, curatorue, ſint loco procuratoris, cuius facta a mandante fruſtra impugnantur: procurator quidem a domino negotii, tutor autem, itemque iure hodierno, curator teſtamento, lege, aut a magiſtratu conſtituitur, & hodie ſemper publica auctoritate confirmatur, ſed ſciente pupillo, minoreque, qui cum non poſſint diſſentire, ſuffecerit ipſis, quod intra quinquennium a perfecta aetate queri de nullitate negotii, a tutore, curatoreue, geſti, poſſint: ſcientia, & patientia eorum, qui contradicere non poſſunt, corroboratur per præſcriptionem quinquennalem, ab eo tempore,

quo

quo queri potuerunt, computandam. Quo quidem praeſtructo fundamento, parum abeſt, quin eiusmodi nullitas, cum ſolus tutor, curatorue, contraxerunt; non communis, ſed ſingularis loco habenda ſit: ſcientia minoris, maioris aetate facti, eſt uincibilis, potuit is & debuit ſcire, quid actum ſit a curatore: ignorans ſcientis loco merito habetur. Quibus quidem momentis quid reponendum ſit, cogitabimus tantiſper, & interea in opinione DD. magis probata, praeiudiciisque confirmata, acquieſcemus.

Plane ad tacitam ratihabitionem refertur, cum u. c. minor contrahens in aetate maiori pretium, idque reſiduum, das rückſtändige Kauffgeld, acceptat. Quid autem, ſi minor, maior factus, apocham dediſſet ſuper portione hereditaria, über ſein Erbtheil, non item ſpeciatim ſuper pretio? tum uero iusiurandum purgatorium ipſi imponendum eſſe, reſpondit Collegium Facultatis Vitembergenſis, ad interrogationem Johann N. zu P. *M. Decembr. 1708.* At enim nudam apochae, a curatore olim datae, deſcriptionem, quamuis eadem, petente aduerſario, a maiore facta ſit; minus tamen ad tacitam ratihabitionem ſufficere, recto iudicio Scabini Hallenſes in ſuperius citata cauſſa pronuntiarunt *eodem M. Oct.* *1708.* Exemplum tacitae ratihabitionis.

SOLI DEO GLORIA!

DISSERTATIONEM INAVGVRALEM

DE

MATVRANDA OMINII PROBATIONE

PER

VSVCAPIONEM

PRAESIDE

IO. HENRICO BERGERO

ENTISSIMI REGIS POLONIAR. ET PRINCIP. ELECTORIS
AXONIS IN SVMMO PROVOCAT. SENATV CONSILIARIO
ATQVE ORDINARIO IN ACADEMIA
VITEMBERGENSI

PRO LICENTIA

VMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES
ET PRIVILEGIA DOCTORALIA
OBTINENDI

AD D. XXIIX. NOVEMBR. MDCCIX.
HORIS ANTE ET POST MERIDIEM
CONSTITVTIS

DEFENDIT

OTHOFR. HENRICVS VOELCKEL
DRESDA - MISNICVS

EDITIO SECVNDA

VITEMBERGAE, LITERIS VIDVAE GERDESIAE
1734.