



2 D. B. V. 1704
DISSSERTATIO JURIDICA 176 15

RESERVATIONE
HYPOTHECÆ AVEN-
DITORE FACTA IN SECV-
RITATEM PRETII
RESIDVI.

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DN. FRIDERICO
WILHELMO,

REGNI BORUSSICI ELECTORATUS ET PRO-
VINCiarUM BRANDENBURG. HEREDE, &c. &c.

IN REGIA ACADEMIA FRIDERICIANA
AVTORITATE ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS
PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO OTTONE
MYLIO, J.V.D.

D. Januarii Anno M. DCCIV.
Eruditorum Examine

subjiciet

THEODORVS HENRICVS *Sachsenschei*
Luna Westph.
H. L. Q. C.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,
Typis JOHANN. GRUNERI, Acad. Typogr. 1704.



§. I.



Atura commerciorum, alienationis necessitas, & venditoris utilitas *Necessitas cautelarum in venditione rerum.* haud semper concedunt eligere emtorem, qui paratam solvit pecuniam, sed fidem habere saepius est necessum. Cum autem emtor, cujus vires ignoramus, interdum speciem viri boni, ejusque qui solven-

do esse dicitur, habeat, quam de se suaque fide præconceptam opinionem lingua ad fallendum instructa firmare didicit; interdum tempore contractus equidem bonis abundet, sed adversa postea fortuna, vel sua culpa, is, qui prior fuit, esse desinat: Hinc omni sibi modo venditor prospicere debet, ne defraudetur, ac in concursu creditorum ab aliis, qui potius jus habent, excludatur, & ita suam venditionem in gratuitum contractum mutare teneatur.

§. II.

Leges æque ac Dd. hinc varias suppeditant caute- *Utilis est res* las v. l. 16. ff. de peric. rei vend. l. 20. ff. de precario. conf. *Illustr. servatio hypothece.* Dominus STRYKIUS de Caut. Contr. ex quibus non negli- genda est reservatio hypothecæ in re vendita, donec pretium

tium erit solutum, cuius naturam sequentes theses exhibebunt.

Quod reservatio?

§. III.

Equidem reservatio aliás dicitur, de novo nil juris tribuere, sed jus reservatum præsupponere: v. *BARBOSA* Axiom. sub vocabulo Reservatio. ax. 1. & 2. *MEVIUS*. P. VIII. dec. 62. n. 2. & hinc videtur, quod venditor non possit sibi reservare hypothecam, quam in re propria nemo habet per l. 29. ff. de pign. act. l. 45. ff. de R. J. Verùm quia reservatio nostra respicit futuram rei qualitatem, ubi aliena fiet, & ita quasi conditionem transferendi domini con- tinet, atque ab ipsa lege hoc vocabulum in nostro casu approbatum reperitur vid. *ORD. Proc. Magd. cap. XLIX. class. 1. §. 2.* illud retinendum erit, & denotat retentionem s. exceptionem cujusdam juris, ac limitationem s. conditionem venditionis: Germ. Verkäufer bedinget sich die hypo- thec an den verkauften Hause bis zu Abtrag des Kauff- Gelds.

Quid hypo- theca?

§. IV.

Quid sub hypotheca intelligamus, cuius patebit, sc. jus in re creditori in securitatem debiti constitutum. conf. *GOEDEDEUS* ad l. 238. §. 2. ff. de V. S. & *Dd. ad tit. ff. de Pign. & Hyp.*

Explicatio
Thematis.

§. V.

Ne autem de quavis hypothecæ reservatione venditi- oni adjecta accipiatur nostra dissertatio, adjecimus verbatim re vendit a donec pretium erit solutū, s. in securitatem pretii residuū. Quo ipso excludimus casus, ubi venditor stipulatur hypo- thecam, vel generalem in omnibus bonis emtoris pro pre- tio vid. *BERLICH*, P. 1. concl. 64. n. 37. & ibi alleg. vel in re vendita specialem in favorem tertii, scilicet sui creditoris, vel ejus cui emtor debet. Quamvis enim hoc ultimum pactum in præ-

præjudicium creditorum anteriorem generalem hypothecam in emtoris bonis habentium, valere quidam negent, exinde quod emtor non possit recedere à pacto, quo omnia bona adhuc acquirenda obligavit, nec in fraudem hypothecæ anterioris jus acquirendum repudiare a. l. 45. pr. ff. de Jure fisci: Nihilominus recte asseritur contrarium, quod enim in d. l. disponitur, illud agit de fraude debitoris, quæ huic pacto per se non inest, nec competit jus aliquod emtori, quo absolutam rei translationem à venditore exigere possit, si hic aliter contrahere nolit. Et ex contractu modificativo, uti loquitur MERLINUS in Tr. de Pign. & hyp. L. IV. qv. 23. non nisi modificativum jus acquiritur tam emtori quam ipsius creditoribus. Conf. NEGUSANTIUS de Pign. & hyp. P. IV. n. 34. Intelligimus ergo h. l. conventionem inter venditorem & emtorem initam, ut tamdiu res vendita venditori sit oppignorata, donec pretium erit solutum.

§. VI.

Hanc etenim reservationem cuilibet emtioni ^{Reservatio} venditioni non inesse, nec à legibus tacitam venditori ^{hypotheca} hypothecam regulariter tribui, constat. vid. l. 16. ff. de in venditioni rem verso l. 1. & 2. ff. de rebus eorum qui sub tut. ORD. PROC. non in est, nisi pacto. MAGD. d. §. 2. & SAX. tit. XLIX. §. Ingleichen COVARRUV. L. 1. Var. ref. c. 7. n. 2. PINELLUS ad l. 1. C. de bon. mat. P. 3. n. 55. NEGUS. c. l. n. 35. CHRISTIN. Vol. 1. Dec. 159. quia cessante lege tacita quoque hypotheca cessat vid. Illustr. DN. STRIKIUS de J. A. F. Sect. II. m. 5. §. 2. quamvis MERLINUS ad d. Tr. Dec. 72. dicat, quod venditio habeat reservationem hypothecæ in ventre. Nec defendi potest opinio LAUTERBACHII quando in Tit. ff. de Privil. Cred. p. m. 587. ait: quo venditor in re vendita sibi tacitam hypothecam reservavit. Potius hæc reservatio in consensu

Exceptio in rustico. *Contrahentium* consistit; exceptionem tamen facit in rustico *ORD. PROC. MAGD.* d. l. §. 5. j. *ORD. Pol. Magd.* c. 29. §. 3. sine dubio propter simplicitatem rusticorum, ob quam multum in jure habent favorem *vid. l. 2. ff. si quis in jus voc. l. 7. §. 4. ff. de Jurisdictione.* Idem in Saxonia observari dicit *RAUCHB. L. 1. qv. 6. n. 7. MOLLERUS ad P. 1. Const. 28. n. 31. BERLICH. P. I. concl. 64. RICHTER. de Priv. Cred. Cap. II. m. l. n. 45.* contrarium vero statuit *CARPZ. ad P. II. C. 23. def. 19.* Et dum ab utraque parte ad iudicata provocatur, perpetua ac universalis observantia non erit, sed res eo recidit, ut allegans eam probare teneatur, cum tacita hypotheca non competat nisi ex lege vel consuetudine, hæc autem facti esse dicatur.

§. VII.

Qualis consensus sit necessarius?

Sicuti vero contractus emtionis venditionis non est perfectus, nisi postquam uterque consenserit, quamvis non uno tempore consensus exprimitur; ita quoque in hac reservatione emtoris æque ac venditoris consensus est necessarius, ab utraque parte utcumque declaratus, non tamen simultaneus. At quæritur num in instrumento emtionis inserta reservatio hypothecæ consensu contrahentium apposita præsumatur? Et videtur omnino quod sic, maxime quando subscriptio accessit *v. l. 26. §. 1. ff. de pign.* Magis dubium est, si emtor æque ac venditor consensum de re pro certo pretio tradenda expresserint, ita ut contractus sit perfectus, probationis gratia autem *v. l. 4. ff. de pign.* Notarium vel alium rogaverint, ut instrumentum emtionis conficiat in optima juris forma, vel, *er soll den Kauff auff dās scharffeste einrichten* / nulla mentione facta reservandæ hypothecæ, & subsecuta postea traditione instrumentum à Notario confectum, reservationemque hypothecæ con-

continens, ab utroque contrahentium tandem sub-
scribatur, & ponamus, emtorem jam ante perfectum
emtionem generaliter omnia sua bona futura aliis op-
pignorasse, num hi existente concursu creditorum
emtoris postponendi erunt venditori? Negamus, eo
ipso enim, quod contrahentes à Notario desiderave-
rint confectionem instrumenti, non mox se obligarunt,
ut omnia, quæ scribet, agnoscere velint, & ita emtor hy-
pothecam nondum constituit, nec rati habitio subse-
cuta, uti alias *l. 16. ff. de pign. & hyp.* hoc loco in tertii
præjudicium retro valebit; dum autem res emta pu-
re in dominium emtoris transit, creditores ejus mox
jus habent quæsitum, quod rem afficit. A tempore sub-
scriptionis tamen hujus hypothecæ venditor habebit.
Conf. *NEGUS. c. 1. n. 40. BRUNNEM. ad l. 16. ff. de pign. n. 3.*

§. VIII.

Ipsos pacifcentes quod attinet, quilibet venditor sibi ^{*Quis possit*}
recte reservat hypothecam, etiam is qui alieno nomine ^{*reservare*}
vendit, nec speciali mandato ad reservandum instructus
est, *a. l. 2. C. per quas pers.* Conf. *SCHILTERUS ad ff. Exerc.*
XXXIII. ubi præjudicium: quod creditor consentien-
tibus concreditoribus domum debitoris vendens in-
utilitatem omnium creditorum valide reservaverit hy-
pothecam. Eodem modo ab omni emtere, etiam à ^{*Num omnis*}
procuratore, cujus mandato ad emendum dato pote-
stas contentiendi in hypothecam specialiter non inser-^{*emtor oppi-*}
ta est, *a. l. 58. ff. d. procurat.* valide regulariter oppigno-
ratur res emta donec pretium sit solutum. Et quam-
vis jure Civili in minore, juxta *l. 1. & 2. ff. de rebus eorum* ^{*Num minor?*}
imperiali rescripto opus sit, excepto casu, si ille cum
fisco contrahat. *d. l. 2.* hoc tamen ad alium emtorem
nullo modo erit extendendum. Maxime quia non tam
in

in promissione emtoris & ejus obligatione, quam in
conditione ac modo, sub quo contractus celebratus
est, nec non in onere à venditore ante traditionem
dominii rei venditæ imposito fundamentum æquita-
tis, quæ venditorem aliis præferri jubet, quarendum
est: modo emtio venditio alio vitio non laboret.

§. IX.

*Contractus
præ supponi-
tur validus.*

Siquidem tam respectu personarum contrahenti-
um, quam quoad rem venditam semper validum præ-
supponimus contractum; hoc enim sublato, hypothe-
ca quoque evanescit, quæ sine obligatione non con-
trahitur *a. l. 4. ff. de pign. & l. 16. pr. ff. d. fide* Regula ali-
as à Dd. traditur, quod omnia quæ in bonis oppigno-

*In quibus
nam rebus &
venditionibus
obtrineat re-
servatio hæc*

rantis sunt & vendi possunt, oppignorari queant per
l. 2. §. 1. ff. de pign. l. 4. ff. qua res pign. vel. hyp. & quæ in
bonis non sunt, nec oppignari possint *l. 6. C. si res alie-
na. l. 6. C. que res pign. obl. Conf. DONELLUS de Pign. &*
Hyp. C. 8. pr. Et ita de nostra reservatione hypo-
thecæ dicere licebit, quod in omni venditione apponi
possit, siue res vendenda sit mobilis vid. *RICHTER, d.*
Privil. Cred. c. II. m. 7. n. 40. ubi præjud. siue immobilis, al-
lodialis vel feudalis, conf. ORD. Proc. Magd. d. l. §. 3. etiam
in rebus utensilibus, quas maritus emit hoc pacto,
ut donec pro iis pretium solveretur, sint oppignoratae
Conf. RAUCHB. Lib. 1. qv. 6. n. 47. Dissent. HARTM. PISTOR.
L. I. qv. 31. n. 33. Non tamen uno sed diverso modo.

§. X.

*De emtore
ante investi-
turam judi-
cialem rem
alteri ven-
dente,*

Sæpius contingit in Saxonía, ubi dominium rerum
immobilium non nisi accedente resignatione domini-
& subsequeute investitura judiciali transfertur *Gr. L. I.*
art. 34. sum. 2. & Dec. Elect. 61. ut primus emtor non dum
acquisito dominio rem iterum vendat, Quod si igitur
singa-

ingamus, Cajum emisse rem à Marcello, & antequam de ea investitus fuit, eandem Titio cum reservatione hypothecæ vendidisse.

§. XI.

Investiturâ adhuc securâ antequam lis oritur, validam esse istam reservationem, nullum dubium est, quia etiam aliena res oppignorari potest sub conditione, si sua erit, vid. l. 16. §. 7. ff. de pign. & hyp. & rei alienæ oppignoratio convalescit, si postea dominus factus vid. l. 41. ff. de pign. act. l. 22. ff. de pign. l. 5. C. si res aliena. maxime si res tempore oppignorationis oppignoranti fuit debita l. 1. ff. de pign. & hyp. Accedit quod ante traditionem & judicialem resignationem fieri debeat reservatio, prout infra docebitur. Sed ponamus hanc quæstionem esse nondum subsecuta investitura & translatione dominii: Iridem valebit hypotheca, & Titius actione hypothecaria conveniri poterit, conf. BALD. in l. 3. C. de R. V. id quod etiam locum habet, contra Sempronium ad quem postea pretio nondum soluto possessio pervenit: huic enim firmius & potius jus non competit, quam quod à Titio habet, apud quem res fuit cum onere hypothecæ Cajo ex reservatione competentis. Sicuti ergo is, qui infirmiori jure possidet, actione Publiciana tenetur, ita quoque Sempronium actione hypothecaria teneri fas est, & dum Titius iusto titulo & bona fide rem habuit, ea in ejus bonis fuit conf. l. 52. ff. de A. R. D. per consequens eam oppignorare potuit jx. l. 1. ff. de pign. Nec non Sempronii creditores, quibus ejus bona etiam futura, antequam rem istam à Titio accepit, generali hypotheca habere obligata, in concursu cum Cajo huic erunt post-

Affirmatur
sive investitura sit securâ.

sive non
Tam quoad
emorem
quam tertium
possessorum
rem

Emoris
creditorum.

B

po-

ponendi, eorum enim hypotheca rem à Titio quaesitam aliter & magis afficere non potuit, quam quatenus in bonis Sempronii fuit, fuit autem jure pignoris onerata.

§. XII.

An reservatio extra judicialis valeat?
de jure Civili quoad allodialia

Ex his jam aliquatenus parebit, quid sentiendum de ista controversia: Num reservatio hypothecae à venditore facta sine consensu judicis valeat? Bona allodialia, nam de feudis infra dicendum est, jure Civili indistincte sive sint mobilia sive immobilia sine consensu judicis valide oppignorantur, nam nuda conventione hypotheca contrahitur l. 4. ff. de pign. & hyp. Ergo etiam in hac nostra reservatione judiciali consensu non opus est; Et quamvis juxta LL. Romanas publica hypotheca privatae praeratur l. n. C. qui pot. in pign. attamen venditor privatim sibi reservans hypothecam, quoad pretium residuum, omnibus emtoris creditoribus hypothecariis, etiam si instrumentis publice confectis nitantur, erit praeposendus, quia in nostro casu jus praelationis maxime eò nititur, quod cum onere pignoris ad emtorem transferit, & ad satisfactionem, sine qua dominium non transit, pertineat v. l. 2. ff. de rebus eorum, l. 5. §. 18. ff. de tributaria act.

etiam ratione praelationis

§. XIII.

Jus Saxonicum judicialium requirit oppignoratio in immobilium.

E contrario Jus Saxonicum, non minus Provinciale quam Electorale, inter mobiles & immobiles distinguendo, in illis nullam solennitatem judicialem, in his autem magistratus auctoritatem desiderat, tam quoad causandam actionem hypothecariam, quam quoad privilegium praelationis, ut dicit CARPZ. ad P. 2. C. 23. def. 1. j. R. Lib. I. art. 8. MOLLER. ad d. C. qui provocat



vocat ad antiquam observantiam. *v. post, Weichbild sub
rubr. Gemeine trägt Urtheil Tit. Verpfändung der Gü-
ter durch schlechte Handschrift add. ORD. Proc. Magd.
antiquam de anno 1652. tit. 50. n. 5. Weil denn nach Sach-
sen-Recht. RAUCHB. l. 1. qv. 6. n. 14. j. Dec. Elect. 60. Ex-
inde igitur gravis, uti eam appellat BERLICH. P. 2. Concl. Num idem
29. n. 56. orta est controversia, num in Saxonia ad no-
stram quoque reservationem quoad immobilia consen-
sus judicis requiratur? Eadem quaestio erit de Jure
Magdeburgico. 4. ORD. Proc. Magd. de anno 1686. Cap.
XLIX. class. 3. §. 46. Et quia pro affirmativa aequae ac ne-
gativa multae afferuntur rationes, eas excerptas & in
unum collectas hic subijcere liceat.*

§. XIV

Quo magis autem status controversiae appareat, *Statu con-
troverfia.* praeponendum est, in eo omnes consentire, quod no-
minata, specifica, & verbis expressa approbatio re-
servatae hypothecae non sit necessaria, sed sufficiat in-
strumentum emtionis, cui haec reservatio inserta, si-
gillo aut subscriptione judicis esse confirmatum vel li-
bro judiciali s. actis publicis traditum. *Vid. BERLICH.
c. 1. MOLLERUS c. 1. §. L. 1. Sem. c. 4. CARPZ. ad d. Const. 23.
Def. 16. Nec de eo lis est, quando traditio judicialis non-
dum secuta, tunc enim penes venditorem adhuc est
dominium & exinde fruitur jure praelationis MAR-
TIN. ad Ord. Proc. Sax. tit. 42. §. 3. n. 2. imo hypothe-
cam adhuc reservare potest. Verum ponendus est
talisis casus, ubi contractu extrajudicialiter celebrato
& hypothecae reservatae, postea vel nullo emtionis do-
cumento oblato, vel in eo ab Advocato omiffa ista clau-
sula, venditor in judicio rem emtori tradidit & domi-
nium resignavit, ita ut judici, dum in alienationem &*

traditionem consensit, de hac reservatione facta non constiterit.

§. XV.

*Rationes pro
affirmativa*

li, qui consensum iudicis necessarium esse statuunt, deducunt Primum argumentum ex *d. Const. 23.* & ejus generalitate, à prohibita oppignoratione ad prohibitionem reservatæ hypothecæ, quod sicuti nemo sine licentia iudicis hypothecam in bonis mobilibus constituere potest, sc. ut omnes effectus habeat, ita nec hoc liceat fieri per pactum in contractu emtionis venditionis. Quam consequentiam ulterius probare tentant ex *l. i. §. fin. ff. de rebus eorum qui sub &c.* quasi respiciendum fit ad tempus dominii acquisiti, & quicquid tunc requiritur, antea quoque observandum, seu, quicquid juris in oppignoratione, illud quoque in reservatione hypothecæ. Ildum argum. est desumptum à ratione prohibitæ oppignorationis, ne sc. re pluribus obligata creditores decipiantur *v. d. Const. 23.* quam etiam in nostro casu, si rem venditam alius, qui pretium nondum solutum esse ignorat, sibi oppignorari curat, & hinc eandem juris dispositionem adesse ajunt; maxime cum favor tertii, istius nempe creditoris concurrat, cui renunciare vel aliquid detrahere contrahentes nequeant. III. Provocant ad observantiam & judicata. *Vid. BERLICH. & MOLLER, all. II.*

§. XVI.

Pro negativa

Contraria autem opinio à Dd. his firmatur rationibus. I. Quod quilibet possit contractui emtionis venditionis pactum adjicere, & hoc validum esse oporteat, etiamsi alias non valeat, hunc in finem, ut propter continentiam cum contractu hic subsistat, quia venditor
non

non vendidisset, nisi tali fuisset fretus conventionem per l.
8. § ult. C. de pact. inter emt. & vend. § l. 13. pr. ff. comm.
pred. Huic argumento affine est quando II. dicunt quod
talis reservatio pars sit contractus, et ita una conven-
tio. vid. PINELLUS ad l. 1. C. de bon. matern. P. 3. n. 52.
emptio venditio autem rerum immobilium etiam sine
judiciali solennitate valeat. Et. L. 1. art. 34. conf. Addit.
Weichb. sub rubr. von kauffen und verkauffen tit. Was
ein Mann kaufft ic. nec liceat unum contractum pro
parte acceptare & pro parte repudiare. vid. WESENB.
Conf. 232. n. 13. III. quod venditor non nisi cum hac refer-
vatione fidem habuerit, & si hæc satisfactio corruet
atque fides habita cesset, nec dominium in emto-
rem sit translatum a. §. vendit. c. 7. de Res. div. IV. quod
d. Const. 23. loquatur de debitore sua bona oppignorante,
& hæc juris statuarii dispositio, à jure communi
devians, non sit trahenda ad nostrum casum, ubi res
empta antequam emtoris sit, obligatur, & non nisi sub
hac conditione ad eum transit. V. Æque ac dissentien-
tes allegant, sapius ita à JCris fuisse judicatum. vid.
CARPZ. c. 1. def. 16. & L. IV. Resp. 27. RICHTER. de Privileg.
Cred. c. 2. m. 1. n. 41. PHILIPP. ad Dec. Elect. 63. n. 7. WE-
SENB. P. 1. conf. 93. RAUCHB. L. I. qv. 6. MARTIN. ad Ord.
Proc. Sax. Tit. XLII. §. 2. n. 12.

§. XVII.

Ex his diversis opinionibus, quænam æquitati & ^{Quænam}
juri convenientior sit, facile, ni fallimur, dijudicandum ^{opinio verior?}
est, ubi posteriorem præferre non dubitamus. Videam9
enim fontem, ex quo hæc reservata hypotheca potis-
simùm suum vigorem & vim habet. Verba Ordin. Proc.
Sax. Tit. 42. §. 2. hæc sunt: Da auch einer etwas ver-
kauffet

kaufft / und ihm alsbald bey solchen Kauff auff den Gut-
te / ehe er es dem Käufer tradiret und einräumet / ein
beständiges Unterpand wegen des hinterstelligen Kauff-
Geldes vorbehält / soll er *x.* Ubi Lator simpliciter loquitur,
nulla mentione consensus judicialis facta, & requirit
reservationem fieri in continenti antequam res tradi-
ta, & dominium resignatum est: notum autem est quod,
sicuti nulla lege exigitur, contractum in iudicio fieri,
ita quoque nunquam fere in loco iudicii contrahant,
sed perfecto jam contractu ad transferendum domi-
nium iste iudici proponi & hoc resignari soleat. Dum
ergo lex ante traditionem judicialem reservationem
fieri suadet, extrajudicalem quoque validam esse
simul affirmat. Amplius hoc colligi potest ex ver-
bis antea allegata mox subsequenter: *In Erwe-
gung / daß der Schuldner solch Gut bald anfangs mit
dem Onere und Beding überkommen / daß es dem Ver-
käufer verpfändet seyn solte x.* in quibus fundamen-
tum antecedentis decisionis subministrat & id ponit *1.)* in
conditione & lege contractui à venditore adjecta, sub
qua ad emtorem res transit, ita ut nec momento fuerit
simpliciter dominus. *conf. l. 2. ff. & rebus eorum qui &c.*
JOSEPH. de SESSE Decis. Regni Arragon. LXXII. n. 12. 2)
quod emtoris creditores in bona ejus potius jus non
habeant quam ipse debitor. Simul ac autem 3) istam
ante judicialem traditionem reservatam hypothecam
dicit onus, eo ipso concedit hoc etiam antea rem affi-
cere & ei inherere: ex quo ulterius sequitur quod non
in judiciali demum traditione vires suas consequatur
ista reservatio. Proinde tam quoad emtorem & ejus
heredes quam quoad ipsius creditores & alios postesso-
res

res nullus iudicis consensus requiritur. Cum enim ipse debitor sua bona extra judicialiter in Saxonia oppignorans & ejus heredes nil contra eam hypothecam excipere possint *v. d. Const. Elect. 23.* multo magis h. l. valide tenebuntur, ut omnis dolus evitetur & sola bona fides observetur. *vid. l. 1. §. 1. ff. de act. emti.* Reliquos autem obligari exinde constat, quod onera realia ad omnes transeant. Magis nostræ assertionis veritas in lucem prodibit, si tam dissentientium rationes, quam eas, quibus nostras refellere student, discutiemus.

§. XVIII.

Quoad Imam nostræ sententiæ rationem concedunt, liberum cuique esse, ut res suas quibus cunque libuerit conditionibus vendat, sed negant id fieri posse absque solennitate legali, sicuti cuique liberum est arbitriū de rebus suis per ultimam voluntatem disponendi & tamen solennitate hac indiget. Verū enim vero quam fallax hæc à testamento ad emtionis venditionis contractum sit argumentatio, in aprico est, non solum quia in ultimis voluntatibus major fraus, ne adulterinæ sint, metuenda, quam in nostro casu, ubi ipsi contrahentes ab utraque parte in hanc reservationem consentiunt; sed etiam quia ibi adest dispositio legis, quod neglecta solennitate testamentum corruere debeat, nullibi autem reservationem sine iudicis licentia fieri prohibitum reperitur. Et dum hanc reservationem dicunt conditionem venditionis, quid aliud affirmant, quam quod si illa non subsistat, nec hæc ad effectum per venire queat *a. l. 31. ff. de O. & A. j. l. 38. §. 1. ff. de A. vel A. P.* id quod tamen negant, convicti axiomate juris, quod semper conventio aliquid operari debeat & pro ea defendenda.

Defensio rationum pro negativa

da juris interpretatio sit facienda. Insuper in hoc casu id quod alias stricti juris est, non esse attendendum apparet ex *al. l. 13. ff. comm. pred.* nec ad rem facit, num stricto jure pacta in valida alias dicantur ex prohibitione juris gentium, an vero ex prohibitione Juris Civilis, etiam si ponamus cum *BERLICHIO c. l.* facilius contra istam veniri, id quod tamen simpliciter concedere merito dubitamus: sufficit enim etiam contra hanc, quamvis difficultius, veniri posse. Accedit, quod lex aliud suadeat.

§. XIX.

Idam rationem negant, duos contractus, unum principalem & alterum accessorium, & illum absque hoc subsistere posse, statuentes, quem in finem allegant *l. 7. §. 5. & 6. ff. de pactis & l. 1. §. fin. ff. de rebus eorum.* Cum autem consensus venditoris tunc sit strictus ad istam modificationem, & pacta, quæ legem dant contractui, huic inesse dicantur *d. §. 5. l. 7. ff. de pactis* non video cur non hoc loco unum tantum contractum individuum adesse dicendum sit. Textus obstantes nil contra nos probant *l. 7.* enim tantum dicit contractum vel ex toto vel ex parte pacto mutari posse, *l. 1.* tanquam jure singulari, contra juris regulas *v. l. 2. ff. eod.* nullum argumentum ad alios casus valet, prout eleganter id deducit, & *l. 1.* iniquitatem ostendit *PINELLUS d. l.* quam tantam reputavit *MATIENSUS L. 2. tit. 3. lib. 5. recop. glossa. 1. n. 17.* ut dixerit, se contrarium judicaturum in Regno Castellæ, quia ibi textus juris Civilis non ut leges sed ut responsa prudentum, quatenus morali & æqua ratione ducuntur, servarentur. *vid. NONACOSTA de Priv. Cred. Reg. 2. ampl. 4. n. 6.*

§. XX.

§. XXI.

Ad IIIam nil amplius regerunt. IVto argumento obijciunt, statuta quoq; esse extendenda, ubi ratio dispositionis est expressa, hoc autem in *Const. 23.* factum esse. Resp. Hoc non procedit contra jus commune & fortioris juris rationem, qualem pro venditore militare ipsa jura agnoscunt, quod non nisi cum onere emtor rem acceperit *v. l. 2. ORD. PROC. SAX. c. 1.* Et ita adhuc salvæ sunt rationes & fundamenta opinionis negativæ.

§. XXI.

Contrariorum argumentorum debilitas mox patebit. Ad Ium enim negatur consequentia ab oppignoratione bonorum debitoris ad reservationem hypothecæ in re vendita, & ejus probatio ex *d. l. 1.* deducta est nimis subtilis, nec secundum ea, quæ sapius dicta sunt, procedit in omnibus casibus. Ita quoad II. diversa subest ratio. *MOLLERUS* equidem *c. l. n. u.* eandem statuit, ita loquens. *Taceo quod si contraria opinio admitteretur, futurum esset, ut non pauci in his terris deciperentur. Cum enim non rarum sit, ut bona immobilia hoc pacto vendantur & tradantur, ut integrum pretium, tanquam pecuniam creditam sub usuris emtor penes se ad tempus conventum retineat, bona autem eadem pro pretio venditor interim ex instrumento contractus obligata sibi habeat, non esset profecto difficile emptori & possessori, illa ipsa bona aliis quoque prioribus hypothecam extra judicium contractam ignorantibus, in judicio postea, tanquam à nexu pignoris prorsus libera, obligare, & sic creditores simul & iudices ipsos circumvenire.* Verum enim vero quis non videt, eadem facilitate lædi posse alium creditorem, etiamsi judicialiter facta sit reservatio, si instrumentum contractus vel acta judicialia non inspicit, & eodem modo eum secure agere,

C

fi

fi privatuum instrumentum emtionis & quietantias super
pretio soluto sibi edi curat, cum nunquam fere venditio rerum
immobilium, nisi sint viliores, celebretur, quæ non
in scripturam redigatur, nec facile emtor, etiam rusticus,
sine judiciali quietantia & abdicatione ohne Quittung
und Verzicht/pretium solvat. Imo ipsum venditorem ad
dire & eum hac de re interrogare potest, quod si enim hic
jus suum reservatum occultet, illo contra interrogan-
tem ob præsumtionem doli uti non poterit. Et casus
sunt plane diversi, atque ex parte venditoris accedit,
contraria ratio æquiritatis: Hinc eandem, solam, & ad æ-
quatam rationem adesse recte negamus, ut taceam, quod
itenditas rationis nil operetur in singularibus contra
jus commune, maxime in odiosis, & ubi contrarium ju-
ris argumentum obstat, vid supra §. 17. Omne omnino
dubium cessaret, si Ordinatio Proc. Saxon. Anno 1699. no-
viter compilata, publicata esset, ibi enim tit. XLI. in pri-
ma classe sub n. 3. ita dicitur: Das rückständige Kauf-
geldt/es sey gleich in oder Tagezeit Gelder / wenn des-
wegen der Verkäufer bey dem Kauf ihm nur die hypo-
thec oder das Eigenthumb an den verkauften Stück
vor oder auch auffer Gericht vor behalten.

§. XXII.

Supereff Tertium ab exemplo deductum. Ast uni-
cum ab omnibus allegatur, quod si recte consideramus,
deprehendimus illud tantum consistere in nuda deli-
beratione Jctorum, ita enim MOLLERUS ad d. Const. 23.
n. 5. Sed his omnibus non obstantibus in proposita questione con-
trarium verius puto, Et ita in curiali judicio Lipsiensi me præ-
sente conclusum scio, in causa creditorum Petri Vercken. Cum
enim unus ex illis prædium quoddam suum Petro Vercken ven-
didisset, reservata sibi hypotheca pro residuo pretio in instru-
men-

mento venditiones, ex eoque sub sigillo publico Judicii ejus lo-
ci, in quo prædium situm erat, producto, Domini Assesores Judi-
cii Curialis intelligerent contractum totum venditionis, & sic
hypothecam quoque in eo constitutam, judici fuisse insinuatam,
unanimes consensu concluderunt, venditorem in revenditâ reli-
quis creditoribus præferendum esse; aliâs autem, si illa solenni-
tas judicialis non intervenisset, hypothecam illi, quod non solven-
do esset debitor, aut difficulter saltem exigi posset, haud qua-
quam profuturam putabant. Obtenet hic, salvo istius Cu-
riae respectu, quod HARTM. PISTOR. L. IV. qv. 25. n. 17.
monet, in judiciis, in quibus plenius deliberandi spa-
tium non superest, multa obiter tractari. Et ab eo allega-
tus FAB. de MONTE in Tr. de emt. vend. dicit: ideo læ-
pe errari; notum enim est, quam multæ causæ brevi tem-
poris spatio 4. sc. vel 5. dierum, in dicta curia decidun-
tur. Cumque nostræ opinioni accedant Jcti Witteber-
genses & Jenenses nec non Domini Scabini Lipsien-
ses, varios casus in terminis ita decidentis, v. Dd. §. 16.
citatos, illa omnino verior est præsumenda, quia verius
& magis integrum est judicium, quod multorum, quam
quod unius aut alterius sententia comprobatur, & opi-
nionum varietate stante ea est sequenda, quæ magis æ-
quitati convenit, & à rigore discedit. v. BARBOSÆ Axiom.
L. XIII. c. 28. ax. 1. & 4. conf. Excell. Domini THOMASII, Diff.
de Jure Consuetudinis & Observantiæ.

§. XXIII.

Nunc ad feuda transitus, ubi quæstio movetur, an *In feudis an*
Domini vel agnatorum consensus sit necessarius ad hanc *Domini con-*
reservationem? Quoad ipsum dominum feudi & qua- *sensus sit ne-*
tenus ejus subest præjudicium, num sc. feudo ad eum *cessarius.*
devoluto istud pretium residuum solvere teneatur, &
absque ejus consensu, si emtor pretium non solvat, ad
pigno.

Affirmatur pignoris distractionem perveniri possit &c. domini
quatenus eius consensum omnino requirimus, quamvis id neget *BER-*
præ iudicium *LICHIUS P. I. concl. 64.* Siquidem natura feudi hæc est ut
sub est. vasallus domino nocere, & feudum onerare nullo mo-
do queat, nisi ipse consensus accedat, idque propter
proprietatem apud eum remanentem *2. F. 8. v. VULTE-*
JUS de Feudis L. I. c. 10. n. 43. Jam autem domini jus, quod
habet in feudo ante venditionem, illud, prout tunc est,
afficit, ergo ipsi invito citra juris auctoritatem adimi
vel deterior reddi nequit. Nec consensum in aliena-
tionem datum, ad hanc reservatam hypothecam ex-
tendere licet, quia iste tantum respicit alienationem ju-
ris Vasalli, non domini, & ideo de non cogitatis mini-
me est accipiendus. *conf. ALVAROTTUS ad 2. F. 55. pr. n. 15.*
imo alienationem, quæ hanc oppignorationem seque-
retur, diversam esse à priori constat.

§. XXIV.

Qualis con-
sensus?

Aliud erit, si ipsi contractus emtionis venditionis
in scripturam redactus, & pignus adjectum continens
offertur, addita generali quæstione, num in hanc alie-
nationem consentire velit, & ipse quoque generaliter
suum consensum declarat, etiam si in investitura nullam
pignoris reservati faciat mentionem: quia generalis
consensus etiam comprehendit ea quæ expresse sunt an-
nexa, & tacitus quoque sufficit. *vid. STRUVIUS in Syn-
Fur. Feud. c. 13. aph. 2. n. 1. SIVENDEND. ad J. Ritt. Lucubr.
Exceptions. Feud. Diss. 13. §. 14.* Ita quoque nec in feudis mere he-
reditariis & alienabilibus necessarius erit. *add. 2. F. 48. v.
Illustr. Dominus STRIKIUS in Exam. Feud. c. IV. 190. 53. item
in fructibus feudi perceptis, quippe qui habent natu-
ram allodii SWENDEND. c. 1. §. 12. verb. Fructus faciendi
suos.*

suos. Item in feudo domine vendito cum tali clausula
conf. VULT. d. 1. n. 43. circa finem.

§. XXV.

Consensum autem agnatorum sc. emtoris, (nam ad ^{Agnatorum} agnatos venditoris, postquam in alienationem consen- ^{consensus non} ferunt, nil amplius spectat) hic excludimus, quia non nisi, ^{requiritur} quoties ipsorum inter est, requiritur; & ideo etiam quoad ipsos & alios impune negligitur & nihilominus ipse emtor ejusque heredes, *conf. STRYKII Exam. J. F. c. XIX. qv. 2. & 9.* & agnati istud debitum solvere tenentur, atque æque ac alii possessores actione hypothecaria ad tradendam creditorum possessionem conveniri possunt, emtoris quoque creditores hypothecarii venditori erunt postponendi. *conf. CARPZ. L. IV. resp. 28. BERLICH. c. 1.*

§. XXVI.

Illud adhuc dubium restat, num quoad hos effectus ^{Num Domini} Domini contentus necessario adhiberi debeat? ^{consensus} Negatur. ^{adesse debeat} Quamvis enim *CARPZ. P. 2. C. 23. def. 18.* consensum domini absque distinctione casuum requirat. *Conf. rem, agnatos & tertium possesorem* *RICHT. Tr. d. Privileg. Cred. cap. IV. Eccl. 2. n. 263.* ex ea ratione, quod ille sit de substantia oppignorationis, cui rationi aliam addit *HARTM. PISTOR. L. I. qv. 31.* ex sæpius ^{atque creditores.} citata *L. 1. def. 1.* desumptam: attamen oppignorationem simplicem seu ordinariam, à Vasallo feudum jam suo nomine possidente factam, à nostra reservata hypotheca etiam in feudo differre, nec ab una ad alteram concludendum esse, ipse *CARPZOVIVS* confitetur *L. IV. Resp. 28.* dum ibi oppignorationem feudi sine consensu agnatorum, vel simultaneè investitorum non valere affirmat illud autem in nostro casu tanquam speciali non procedere dicit, & hinc quamvis oppignoratio feudi sine consensu Domini non consistat, *2. F. 55.* nihilominus

minus hæc reservata hypotheca erit valida, & ista legis dispositio adhuc specialem casum minime trahenda. Ratio quoque, cur domini consensus aliàs est necessarius, ne scilicet ipsi noceatur, h. l. cessat, ita ut salvo jure domini emtor vel ejus successor actione hypothecaria à venditore conveniri possit, ad consequendam feudum possessionem, donec ipsi ex fructibus vel aliunde satisfiat. Ipsa vero distractio pignoris in viro domino fieri nequit, nisi alii creditores, quibus feudum cum consensu domini oppignorum est, illam urgeant, ubi domino non nocebit, quisnam ex creditoribus alteri præferatur. *conf. ORD. PROC. SAX. tit. 45. §. desgleichen. c.* Ipsi creditores autem vel generalem anteriorem vel specialem posteriorem, cum consensu domini impetratam hypothecam habentes plus juris in feudo habere non possunt, quam ipse emtor habuit *a. l. 3. ff. de pign.*

§. XXVII.

Num reservatio post traditionem fieri possit?

Progredimur ad quæstionem, quando & num ante vel post traditionem, vel in ipso traditionis actu reservatio fieri queat? In eo fere omnes Dd. consentiunt, quod post translationem domini factam pignus in præjudicium creditorum anteriorum reservari nequeat, quia hi mox translato dominio jus quæsitum in re habent, cui nec venditor nec emtor aliquid detrahere poterit. Nec videndum quomodo contrarium possit statuere *STRACH. Tr. de Decret. P. ult. n. 6.* in eo casu, quo post traditionem demum instrumentum emtionis venditionis conficitur cum clausula reservatæ hypothecæ, uti eum allegat ab eo dissentiens *BERLICH. P. I. Concl. 64. n. 42. conf. §. 7. supra nisi ponamus,* ad substantiam contractus vi conventionis scripturam requiri, vel ante contractum perfectum spe futuræ venditionis *benwähren den*

ditionis
actus?

Rationes du-
bitandi

MARTINI ad Ord. Pr. Sax. Tit. XLII. §. 2. n. 5. BERLICH. P. I. Concl. 64. n. 40. PHILIPP. ad Dec. Elect. 63. n. 5. RICHT. de Pri-
vil. Credit. C. II. m. 1. n. 42. ZIEGL. ad d. ord. verb. ebe et
dem Käufer tradiret. posterius adhuc dubium vide-
tur, quoad jus prælationis quo alias anterioribus hy-
pothecariis emtoris præferatur, si longe ante traditio-
nis actum contractus fuerit perfectus, & de pretio fi-
des simpliciter habita. Ex hac ratione, quod eo casu
res vendita mox post pure contractam & perfectam em-
tionem emtori debeatur, & eo ipso in ejus bonis sit,
atque sicuti postea oppignorari potest ita quoque
sub priori hypotheca generali comprehendatur & eâ
afficiatur, & ex inde creditorum juri quæsito nil de-
trahi, nec hæc reservatio pars contractus & fides sub
conditione habita dici queat nisi emtor & venditor ini-
tio vel in fine contractus vel mox post contractum de
pignore conveniant. Et in ORD. Process. Sax. dicitur als
bald bey solchen Kauff/ ubi dictio, als bald/ æqui pollens
latin o vocabulo, *incontinenti*, videtur significare in in-
gressu contractus, vel ante eum, vel statim post, sicuti
alias in pactis contractui adjectis à Jctis in l. 7. ff. de
pactis. l. 13. C. eod. l. 3. C. de codil. edit. l. 21. C. d. usuris expo-
nitur. conf. Excell. Dn. BODINI Disp. de eo quod sit in conti-
nenti Cap. I. quam explicationem aliquatenus confir-
mare videtur subsequens particula, bey. Majus adhuc
dubium ex ORD. Proc. Magd. d. §. 3. sumi potest pro-
pter verba: so fort anfangs des Contracts.

§. XXIX.

Rationes de-
cidendi

Nihilominus quia hypotheca nuda conventionem
constitui potest & h. l. juxta l. 2. ff. de rebus eorum. suam
vim & prælationem exinde maxime habet, quod cum
dominio pignus simul sit quæsitum h. e. emtor aliter
non

non fiat dominus, quam quod venditor simul habeat
pignus, & ita magis ad translationem domini quam
ipsum contractum sit respiciendum, haud absurdum est,
quod venditor, qui pro pretio residuo rem venditā qua-
si pignus retinere potest, & jure domini, quamdiu illud
penes eum est, aliis creditoribus praefertur, imo rem
ipsam vindicare potest, in ipsa domini translatione ab
hoc privilegio sub conditione reservatae hypothecae
recedens, hac sibi prospiciat & fruatur. Hinc in ipso tra-
ditionis actu hypothecam valide retineri statuimus.
Nec oppignoratio rei alienae, quamvis oppignoranti
debeatur, in praedictum prioris domini amplius vale-
bit, quam quatenus oppignorans postea dominus fuit
factus. Et quia dictio, *in continenti*, variam habet inter-
pretationes, ideo semper pro substrata materia erit ac-
cipienda vid. *Excell. Dn. BODINVS d. l. & BARBOS.*
Axiom. l. IX. c. 49. axiom. 1. nostramque explicationem ipsa
lex verbis mox subsequentibus *ehe ers dem Käufer*
tradiret, suppeditavit. Quod vero attinet *Ord. Magd.*
notandum est, ibi duos haberi casus, quorum unus con-
tinet reservationem hypothecae, alter reservationem
possessionis & domini: ad hunc pertinent verba,
so fort anfangs des contracts/ prior autem verbis an-
und Lehn gerichtlich übereignet und aufgelassen ihm ein
beständiges Unterpand wegen des hinterstelligen Kauff-
Geldes vorbehalten / ex primitur. Id quod non solum
particula disjunctiva subsequens, *oder/ sed & §. 2.* ante-
cedens suadet, ubi dicitur, quod si res vendita absque
reservatione tradatur, jus praedictionis cesset: ergo, argu-
mento à contrario desumpto, traditio cum reservatione
facta praerogativam operatur. Et dum in §. 5. voca-
D. bu-

bulo, *Dominium*, opponuntur verba bey dem Kauffel atque dictioni, *Hypothec*, vocabulum, *tradition*, respondet, ad duos calus §. 3. respicitur.

§. XXX.

*Quibusnam
verbis?*

Cæterum sicuti hypotheca verbis generalibus, indefinitis, & impropriis constituitur l. 3. §. fin. ff. qui pot. in pign. NEGUS. P. III. m. 1. n. 3. seq. MERLIN. Dec. 50. n. 19. & 20. ita h. l. ejusmodi verba sufficiunt e. lg. es sollen 1000. Gulden auffm Hause stehen bleiben. Item: er habe ferner nichts an dem Hause als 100. Gulden rückständiges Kauffgeld zu prætendiren / nec præcise reservationis & hypothecæ mentio fieri debet. Et ita accipiendi sunt Dd. quando dicunt, quod venditor de expressa hypotheca sibi prospicere & nominatim eam reservare debeat. MARTIN. c. l. n. 6. PHILIPP. ad Dec. 63. pr. Num autem verbis oreprolatis, an vero Scriptura fiat pignoris reservatio, nil interest.

§. XXXI.

*Reservatio
hec probat si-
dem esse ha-
bitam &
dominium
translatum*

Videamus nunc quid opererur? Multum refert, an res vendita emtoris facta, an vero in dominio venditoris manserit, sapiusque de eo lis movetur, quia non constat, num fides de pretio habita nec ne. Quod si igitur venditor rem tradiderit, & in securitatem pretii hypothecam reservaverit, fidem esse habitam apparebit & dominium translatum, unde venditori rei vindicationem esse denegandam, & ita judicatum recte asserit MEVIUS. P. IV. Dec. 280. conf. Illustr. Dominus STRYKIUS de C. C. S. II. c. 9. §. 24. Et magis certum est, quod periculum rei venditæ & oppignoratæ ad emtorem spectet. a. l. 21. §. 2. ff. de pign. l. 6. §. 9. C. de pign. act. conf. Magdeburgerische Policey-Ordn. cap. XXII. §. 4. MUDÆUS de Pign. & Hyp. sub rubr. de Vi & Effectu Pign. & Hypoth.

§. XXXII.

§. XXXII.

Uterius hæc reservatio producit jus reale pignoris ^{Operatur jûs}
a. l. 5. §. 8. 17. & 18. ff. d. trib. act. & l. 7. C. qui potiores. l. 2. ff. de hypotheca in
rebus eorum qui substitut. Ratio enim quæ in d. l. 2. objici- ^{re vendita &}
tur l. 1. §. fin. sc. quod cum dominio pignus quærat, ge- ^{ejus accessio-}
neralis est, & in minore tantum limitata. Afficit autem ^{nibus.}
specialiter rem venditam, & ejus accessiones; l. 1. §. 2.
l. 13. l. 26. §. 1. ff. de pign. l. 3. C. in quibus causis pign. MEVIUS
P. VIII. dec. 214. BRUNNEM. ad. l. 16. ff. de pign. quare in solo
vendito, & venditori oppignorato, constructa domus ei-
dem quoque est obligata v. l. 16. §. 2. ff. de pign. & hyp. BAL-
DUIN. de eadem materia Cap. X. HOFFMANN. de Jure rerum in-
divid. C. III. sect. 3. apb. 3. E contrario reliqua bona non af-
ficit, & quamvis expressa conventione in iis hypothe-
ca constitui queat in majorem securitatem pretii resi-
dui, id tamen cum solemnitate legali h. e. consensu judi-
dicis in re immobili jure Sax. fieri debet, nec idem jus
prælationis venditori competit, nec pacto contrahen-
tium hoc effici potest. Hinc cum quidam venditor
à re vendita recederet, & aliam rem substitui ac in
eam hypothecam antea in re vendita reservatam judi-
cialiter transferri curaret, nullam habebat prioritatem,
quam à die istius judicialiter factæ oppignorationis, ex
Sententia Dominorum Scab. Lips. M. Jan. 1695. in Hens-
schelischen Concurs zu Grümna.

§. XXXIII.

Quum autem juxta *l. 27. ff. de noxal. act.* pignus nul- ^{Hinc nasci-}
lum sit, h. e. inutile, cujus persecutio negatur, nec sine ^{tur interdi-}
judicis autoritate possessionem pignori adipisci liceat ^{etum Salvian-}
l. 3. C. de pign. hinc venditori quoque concedenda sunt ^{num utile &}
remedia, quibus jus suum persequi possit. Competit ei ^{actio hypo-}
ex hoc jure reali utile interdictum Salvianum vid. MER- ^{thecaria}

LIN. ad Tr. de Pign. & Hyp. Dec. S. Rot. Rom. 72. n. 8. et actio hypothecaria l. quasi Serviana §. 7. ff. de Act. Quatenus illud obtineat, & quando id eligere sit consultius vid. Illustr. Dn. STRYK. de J. A. F. Sect. II. m. 5. §. 5. hanc autem non solum ipse venditor, sed etiam ejus successor universalis æque ac singularis a. l. fin. C. de hered. & act. vend. tam contra morosum emtorem, rem venditam possidentem, quam adversus tertium possessorem, l. 13. §. 3. & l. 16. §. 3. ff. de pign. & hyp. recte instituit, etiam si ille nondum sit excussus l. 14. C. eod. & Nov. 112. conf. STRYK. c. l. BERLICH, P. 2. C. 24. n. 67. CARPZ, P. 2. C. 18. d. 18. & L. II. Resp. 72. SCHNEIDEW. ad §. 6. ff. de action. Contrarium tamen Juri Saxonico Electorali magis convenit propter ORD. PROC. SAX. Tit. XLIV. §. Denn obwohl verba enim ibi ita se habent ut de prædio specialiter oppignorato sint accipienda, licet observantia discrepet.

§ XXXIV.

Et venditor
consequitur
possessionem.

Hiscæ remediis venditor consequitur rei venditæ possessionem, vid. l. 66. ff. de Evict. l. 10. ff. de pign. Qualis hæc sit & quæ nam commoda ex ea ad creditorem perveniant, de eo vid. BALDUIN. d. Tr. C. 15. & ex his non ultimum locum occupat jus retentionis propter alia debita venditori competens a. l. un. C. Etiam ob Chirogr. deb. Tandem ad ipsam rei venditæ & oppignoratæ distractionem fit progressus. Quomodo hic sit procedendum, id exhibent Dd. ad Tit. ff. & C. de distr. pign. & de Jure Sax. conf. Excell. Dn. MENCK. Tr. Synopt. Pand. eod. tit. vide tamen quæ de feudo supra §. 26. dicta sunt.

§ XXXV.

Præter hypo-
thecam ha-
bet jus

Ut plurimum tunc fit concursus creditorum, ubi venditor novum commodum ex sua reservatione sen-

sentit, sc. jus singulare prælationis quod ipsi sine hoc ^{prælatio-} pacto non competit. Fundamentum hujus præro- ^{nis vi hujus} gativæ ex antea dictis patet. Venditor sc. in tali ca- ^{hypothecæ.} su vel non vendidisset nisi ei, qui paratam solvisset pe- ^{Fundamen-} cuniam, vel fidem non habuisset, nisi hac reservata hy- ^{tum præro-} potheca fretus, & ita dominium ad emtorem non tran- ^{gative} sivit nisi cum onere hypothecæ, dumque hæc rem affi- cit, antequam ad emtorem per venit, hinc nec ipse em- tor nec alius ab eo plus juris habere potest, quam in ipsum est translatum: adeo, ut secundum strictam ju- ris rationem res vendita quatenus eam hypotheca ufficit, in tributum h. e. distributionem venire non debeat, *l. s. §. 8. 17. ff. de tribut. act. & l. s. C. qui pot. in pign.* unde tali venditori quasi jus separationis tribuit BRUNNEM. *de Concurf. Credit. c. V. §. 13.* Ex hisce amplius fluit, quod nullus creditorum venditori præferri possit, nisi qui jus in re vendita ante hanc reservationem habuit, vel singulari privilegio gaudet, vid. *ORD. PROCESS. SAX. d. l. ubi*: in Erwägung/dasß der Schuldner solch Guth bald Anfangs mit dem Onere und Beding überkommen/dasß es dem Verkäufer verpfändet seyn solte / daher auch kein anderer des Schuldners Gläubiger / vor dem Verkäufer beständiger Weise einig Recht daran erlangen können. *Conf. NEGUS. P. V. m. 2. n. 18.*

§. XXXVI.

Ut autem eo melius constet, quo nam loco venditor ^{Quinque} sit ponendus, repetere liceat V. classes creditores gene- ^{communiter} rales, (nam specialiter classes dici solent ii numeri, qui ^{classes credi-} bus creditorum certi, concursus in sententia designatio- ^{torum faci-} nis inter se distinguntur) ubi Dd. ad primam classem ^{unt Dd.}

referunt eos, qui ex dominio, vel utilitate publica, vel alia causa singulare jus prælationis habent ante omnes reliquas classes; ad secundam illos, quibus hypotheca cum personali privilegio competit, ad tertiam simplices hypothecarios, ad quartam personaliter tantum privilegiatos, & ad ultimam denique chirographarios s. simplices creditores. Et si aliquatenus tantum inquirimus in rationem & connexionem hujus ordinis cur hæc vel illa classis alteri anteferatur, mox ex antea dictis apparet, venditorem nostrum in prima classe locum obtinere.

*Ad primam
pertinet hæc
reservata hy-
potheca*

§. XXXVII.

Ratio hujus.

Inter simplices enim hypothecarios referri nequit venditor, quia præter hypothecam habet privilegium ut omnibus anteferatur. Nec ad secundam classem vocandus est, ipsius enim privilegium non est personale, quia, sive mulier sive alia persona vendiderit, illud non habet, nisi reservaverit hypothecam, sed juri reali & causæ datum, atque hinc reale, & ad personam venditoris ejusque conditionem non restrictum, quod personali omnino præferendum. In privilegiis enim concurrentibus videndum, cujus causa sit potior; quis vero dubitabit venditoris causam esse potiolem, qui dominium suum non nisi cum hoc onere tradidit, nec rem vendidit, nisi hac reservatione fretus? Talis est, qui de damno vitando s. jure amittendo certat, quum è contrario emtoris creditores jus in re emta ambientes agant de jure quærendo, & ita, de lucro captando. Præterea, etiam si de prærogativa realium privilegiorum contra quævis personalia affirmanda non essemus solliciti, hæc tamen cur illis præferri debeant, non videmus. Quod si

Quod si vero utrumque in eorum concursu tolleremus, quia privilegiatus contra æque privilegiatum suo privilegio non utitur, *vid. l. ult. ff. qui pot. in pign. § l. 12. C. eod. Nov. 91. c. 1.* venditoris hypotheca in re vendita prior esset omnino omnibus hypothecis ab emtore vel ejus successore constitutis, aut eorum creditoribus à lege concessis. Imo hæc rem venditam, quatenus hæc reservata hypothecâ onerata est, nunquam affecturunt, & hinc solum personale privilegium istam prærogativam haud posset operari. Merito igitur venditor secundæ classis, & per consequentiam etiam sequentibus præponitur, quam sententiam confirmat *ORD. PROC. MAGD. & SAX. cc. ll.* Dissentit *LAUTERBACHIUS ad Tit. Opinio Lauterbachii res.* *ff. de privil. creditorum p. m. 587.* ubi tali venditori, & ei qui ad rem emendam pecuniam mutuo dedit cum pacto pignoris, eandem tribuens prioritatem, utrumque inter personaliter privilegiatos ad secundam classem refert. Verum quæstionem de casu in *d. l. 7. C. qui potiores in pign.* expresso intactam relinquens, urgemus non solum ea, quæ antea diximus, sed etiam notoriam differentiam inter hanc ab emtore constitutam & nostram à venditore ante translationem domini reservatam hypothecam. Non enim eandem sed majorem in hac esse rationem & causam prælationis apparet, dum hæc ipsam translationem & acquisitionem domini afficit, illa vero tantum rem acquisitam: & alia conditio esse debet domini pignus sibi reservantis, antequam jus proprietatis cum hoc onere transfert in emtorem, & alia creditoris mutuantis in re à debitore emta, nullum jus in ea habentis. *Conf. NONIUS AGOSTA d. Reg. 2. ampl. 4. n. 16.* Et huc quo-

Num talis hypotheca preferatur anteriori docti? Affirmatur.

quoque pertinet quæstio, an venditor vi hujus referatæ hypothecæ doti anteriori sit præferendus, id quod negat *PARLADOR, Rerum quotid, L. I. c. 8, SALICET in l. 5. ff. qui potiores in pign. JASON in l. 29. ff. de R. C.* verum recte affirmat *NONIUS ACOSTA c. l.*

§. XXXVIII.

Quisnam in prima classe ei præponatur?

Num sumtus in utilitatem concursus facti?

Hic non subsistendum est, sed quia in prima classe plures creditores concurrunt, de eorum prærogativa respectu venditoris nostri solliciti esse debemus. Ut de iis taceam qui rem apud debitorem existentem vindicare possunt, prima quæstio sit de sumtibus in communem utilitatem omnium creditorum necessario factis, num hi præferantur? Hos ante omnia deducendos & postea demum bonorum calculum faciendum esse, arguit *l. 4. §. 1. ff. fin. regund. l. 22. C. d. jure de lib. & eum, qui sumtus necessario fecit, semper præcedere jubet l. 5. ff. de positi.* maxime quoad expensas judiciales ob processum concursus faciendas *conf. ORD. PROC. MAGD. c. XLIX.* Et quotidiana observantia, etiam in Saxonia, testatur, ut hi sumtus in sententia designationis mox primo loco ponantur, prout in casu, ubi durante concursus processu frumentum seminarium quis subministraverat, judicabatur à Dominis Scabinis Lips. M. Aug. 1702. in *Hans Frankens Concurs an den Amtmann zu Wiesenburg.* Ita tamen hi sumtus prærogativam habent, ut, quando bona debitoris ad satisfaciendum omnibus creditoribus non sufficiunt, non ante distributionem toti massæ, sed istâ facta iis tantum detrahantur, quibus satisfit, quæ limitatio ipsi quoque tententiæ designa-

gnationis hoc modo inferitur: Dafern aber des Schuldners Vermögen zu aller Gläubiger Befriedigung nicht zureicht/ werden solche (sc. die den Concurs zum besten aufgewandte Unkosten) nur denen jenigen / so ihre Bezahlung erlangen/pro rata gekürzet. Conf. ORD. PROC. MAGD. d. l. §. 7. Hinc cum nullibi, exceptionem venditori ex reservata hypotheca competere, reperiatur, quoad ipsum hæc omnia procedere concludimus.

§. XXXIX

Præter hos sumtus in prima classe locum habent *Impense funeralis* in funus debitoris factæ, quibus de Jure Civili prærogativam concedere non dubitamus *ad l. 20. l. vili præf. §. 1. §. l. 45. ff. de religiof. l. fin. C. d. jure delib. l. 1. §. fin. ad vltimur.* L. Falcidiam licet enim hanc ex jure divino non deducamus cum RODERICO in Tr. de Concursu. P. 1. art. 3. n. 3. utilitate publica tamen nititur, ne mortuorum cadavera maneat insepulta, foeteant, aereque corrumpant, nec non religione atque pietate, quibus omnibus Privata autoritas & stricta juris ratio cedere debet, pro ut in harum impensarum prælatione religionem summam esse rationem dicit Papinianus in d. l. 43. §. 1. vid. l. 3. C. d. primipilo conf. MERLINUS d. Tr. L. IV. qd. 17. n. 15. NONIUS ACOSTA Reg. II. ampl. 1. VANDERANUS de Privoil. Cred. cap. 1. Aliud expresse disponit, strictam juris rationem, quod non nisi cum onere in bonis debitoris sit, *Non de jure Magdeburgio* sequens ORD. PROCESS. MAGD. d. l. §. 12. ubi sumtus funeralis non huic reservato pignori tantum, sed etiam aliis adhuc postponuntur. Et idem de Saxoniam dicendum vid. ORD. PROC. SAX. c. l. §. Nächst diesen; quod *nec in Saxonia.* enim creditores in prima classe positi secundum ordinem, quo in dicta Ordinatione recensentur, sibi invicem

E cem

cem præferri debeant, docent, *Resol. Grav. Tit. von Confisforial-Sachen n. s. hifce: daß der Bezahlung halber die Ordnung / wie die Gläubiger in der neuen Gerichts-Ordnung der Reihe nach erzehlet werden / inskünftige gehalten r. conf. BERLICH. P. 1. concl. 64.*

§. XL.

Eandem differentiam Juris Civilis, Magdeburgici & Saxonici notare debemus circa quæstionem, num fiscus quoad tributa realia priorem locum obtineat? Hifce reservatam hypothecam Jure communi postponendam esse, recte asseritur; nam non personis sed rebus indicuntur *l. 3. C. de annonis*, ita ut ipsa res ad ea præstanda sit obligata *l. 1. C. in quibus causis pign.* nec tam persona quam ipsa res ob cessationem conveniatur juxta *l. 7. ff. de public. & veftig.* & ab eo, qui possidet, etiam si ad reliquum aes alienum defuncti solvendum non sit obligatus, petatur *l. 2. C. de annonis*. Imo in *l. 1. C. si propter publicas pensit.* dicitur, ob tributorum cessationem factam venditionem revocari non posse à creditore jus pignoris in ista re prætendente, quia potior est causa tributorum, & his priore loco omnia bona cessantis sunt obligata. Quid hæc lex aliud dicit, quam quod fiscus ratione tributorum præponendus sit omnibus hypothecariis etiam anterioribus? Nec obstat, quod venditoris hypotheca aliis quoque etiam anterioribus præferatur *a. l. 5. C. qui potiores in pign.* & privilegiata sit ob id, quod non nisi cum onere in bonis sit, uti sæpius dictum; Nam fisco quoque non nuda hypotheca sed jus prælationis ei cohærens competit, & si utriusque tam fisci quam venditoris privilegium consideramus, in hoc utilitatem privatam & strictam juris rationem, in isto uri-

utilitatem publicam, quæ summa ratio est, deprehen-
dimus privilegii causam, ex qua privilegia debent æsti-
mari juxta. *l. 32. ff. de rebus auct. jud.*

§. XLI.

A jure Civili autem recedit *ORD. PROC. MAGD.* quæ *Non jure*
Tit. XLIX. class. 1. postquam in §. 3. huic reservationi *Magdebur-*
prærogativam concessit, in §. 14. sublequenti tributis *logico*
cum assignat. Et eodem modo in Saxonia venditor
locum habet priorem, quam tributa, vid. *ORD. PROC. Nec in Saxo-*
SAX. d. t. 42. conf. supra §. 40. dubiumque circa hanc thesin
ortum, composuit Elector Saxonie in *Dec. LXIII.* di-
stinguendo inter retarda, quæ ante vel post hypothe-
cam excreverunt. Quævis enim debita, quæ non affece-
runt, antequam venditor sibi reservavit hypothecam,
prius solvenda erunt. *Conf. PHILIPP. ad d. Dec. Elect. 63.*
Obs. 2. n. 16. Nec obstat, quod in *d. Ord.* venditor in ordi-
ne verborum prior sit, & creditoribus secundum or-
dinem, quo recensentur, satisfieri debeat, juxta ea quæ
supra dicta sunt: Pro nostra enim opinione militat sum-
ma æquitas, & lex posterior ita erit explicanda, ut ab-
surditas evitetur, quæ omnino adesset, si venditor in
hoc solo, quod ejus hypotheca rem affecerit, ante-
quam in emtoris bona transit, fundamentum præla-
tionis quærens, eandem rationem in aliis agnoscere
nollet. Hinc ad conciliandam antinomiam dicere li-
ceat, quod Ordinatio Process. post eos, qui jure domini-
um apud debitorem existentem vindicare possunt, pon-
nat ordinem eorum, qui ex jure hypothecæ antea, quam
debitor rem acquisivit, competentis, emtoris credito-
ribus præferri debent, & sicuti prior regula ita & hæc
variis casibus sit illustrata, ideoque in uno ordine ven-
ditor

ditor sibi hypotheam reservans & is, qui anteriorem expressam hypotheam in eadem re habuit, comprehendantur. Huc quoque spectant ea, quæ in antecedentibus passim de prælatione venditori competente dicta sunt.

§. XLII.

Num hoc jus
prælationis
ad usuras ex-
tendendum?

Sed num venditor ex reservata hypothea jure prælationis gaudet tam quoad sortem seu pretium, quam quoad usuras? Affirmatur, ita ut usura simul cum sorte in una classe adjudicari debeant *vid. l. 18. ff. qui potiores in pign. & BRUNNEM. ad d. l. RICHTER. de Privileg. Cred. C. VII. n. 29. MOLLER. L. I. Sem. c. 28. CARPZ. P. I. C. 28. def. 160.* nec distinguendum sit, an bona ad satis faciendum omnibus creditoribus sufficiant nec ne, *conf. PHILIPP. ad Del. Elect. VIII. Obs. 5. n. 13.* Dissentit *RICHTER. c. l. n. 38.* Idem procedit in Saxonia Electorali juxta *ORD. PROC. SAX. Tit. 50. §. denn wenn einer.* Quamvis autem in hoc Ducatu Magdeburgico olim Jus civile observatum fuisse testetur *RICHTER. c. l. n. 36.* hodie tamen post *ORD. PROC. MAGD. de anno 1686. h. l.* interessè moræ distinguendum est ab usuris, ita ut illud eadem, qua sors prærogativa gaudeat, hæ verò in tertia demum classe locum obtineant *vid. Cap. 49. §. 4.*

§. XLIII.

Num ad ven-
ditoris here-
des & cesso-
narium?

Porro sicuti supra diximus, actionem hypothecariam competere non tantum ipsi venditori sed etiam ejus successoribus tam universalibus, quam singularibus; ita quoque nullum dubium est, quin in eos jus prælationis transeat, cum non sit jus personale, sed reale & hinc ad heredes transmissibile, quale quid regulariter cedi potest. *Conf. l. 13. qui pot. in pign. Illustr. Domini STRTKII Dissert. de Jure non Cessibili. CODEX. FABR. L. VIII. tit. 9. def. 4.*

§. XLIV.

Debito soluto
hypothea

Quamvis autem soluto debito pignus perire neces-
sum

sum sit, & parte debiti soluta, obligationis pars extingua-
tur; nihilominus, quandiu adhuc aliqua pretii pars resti-
dua est, tota res vendita manet obligata, ita ut emtore
in reliquo solvendo moram faciente, venditor possit to-
tam rem venditam pignoris jure vindicare, & retinere
quoad usque totum ei pretium solvatur, imo rem di-
strahere *l. 6. C. de distr. pign. l. 9. §. 3. ff. de pign. act. l. 2. C. de
bit. vend. pign. imped. non posse COD. FABR. L. W. Tit. 33. def.
6. HARTM. PISTOR. P. 3. qv. 12. n. 6. HOFFMANN. de Jure
Rev. Indiv. Cap. III. Sect. 3. m. 9. ubi pr. j. CARPZ. P. II. const. vel usura
23. def. 31. Id quod non de residua sorte tantum, sed etiam
de usuris nondum solutis accipi debet d. l. 2. l. 11. §. 3. ff.
de pign. act. MERLIN. de Pign. & Hyp. L. V. qv. 1. n. 16. qv. 2. n. 25.
quamprimum autem venditori solutione, compensa-
tione vel alio modo satisfactum est, hypotheca est sub-
lata d. l. 9. & l. 4. ff. qui pot. in pign. l. 6. ff. quib. mod. pign. vel
hyp. solv. Hinc, si ponamus, filium patri vendidisse fun-
dum cum reservatione pignoris pro pretio residuo, &
hoc nondum soluto patrem esse mortuum, atque fili-
um ejus fieri heredem, confusione tollitur debitum &
hypotheca amplius non valebit. *l. 7. C. de pact. l. 22. l. 50.
ff. de fidej. & mand. nisi confecerit inventarium l. 22. §. 9.
C. de jure delib. Item si creditorum sit concursus, nec bo-
na sufficiunt, filio adhuc salvum est debitum & jure præ-
lationis gaudet a. l. pen. §. 1. ff. de Except. rei jud. conf. BRUN-
NEM. ad d. l. MERLIN. L. V. qv. 16.**

§. XLV.

Renunciatione quoque pignus tolli in aprico est, non tantum expressa
sed etiam tacita, ubi jam remissionem pignoris præsumunt. Idem h. l. ob-
tinet, quod si ergo venditor consentiat in aliam venditionem rei sibi
oppignoratae jus hypothecæ & prælationis regulariter amittit a. l. 4. §. 1. in ven-
d. l. 1. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv. l. 2. C. de remiss. pign. Est num consenti-
tionem, vel oppignora-
tionem po-
steriorem?

dendum est, quid actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, an ut ordo seruetur, & prior creditor posteriori loco constituitur; quæstio autem de eo non constat, in dubio venditor jus suum remississe videtur. *l. 9. & 12. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvo. p. l. 2. C. de remiss. pign. HARTM. PISTOR. L. III. qv. 16.* & imputet sibi, quod consensum suum absque restrictione dederit. *l. 4. ff. quib. mod. l. 39. ff. de pign. Dissentit CARPZ. P. I. C. 28. def. 131.* statuens, quod tantum alterius creditoris locum salvo jure hypothecæ occupet. Quæ sententia in Saxonia Electorali quatenus obtineat, *vid. ORD. Proc. Sax. Tit. 46. §. 6. Et fruges etc.*

§. XLVI.

Exspirat rei interitu totali.

Interitu quoque rei venditæ totali jus venditoris reale & prælationis, quia rem venditam specialiter afficit, perit. *l. 8. ff. quib. mod. pign. salv.* non si pars ejus salva maneat. Hinc domo vendita combusta, area manet obligata, & in nova re ædificata venditor pignus habet. *vid. l. 29. ff. de pign. & hyp. HOFFM. c. l. n. 4. conf. CARPZ. P. I. dec. 12.* ubi dicit; domo combusta in cæmentis, ex quibus alio in loco domus fuit ædificata, hypothecam remanere.

§. XLVII.

Præscriptione. Et versio in mutuum jure Magd. (jus prælationis.

Quæ tandem de præscriptione dicere possem, de eo videantur *Dd. ad Tit. ff. d. pign. & Hyp.* Unicum ad huc notandum est ex *ORD. PROC. MAGD. d. l. §. 4.* quod venditor amittat jus prælationis, quando residuum pretium in mutuum mutat, ubi tamen hypotheca ipsi salva manebit, & ita in tertiam classem recedit. Finis esto.

COROLLARIA.

- I. Nulla Ceremonia consensu totius Ecclesiæ Evangelicæ recepta.
- II. Nulla Ceremonia consensu totius Ecclesiæ Evangelicæ rejecta, sed quælibet Ecclesia particularis pro arbitrio mutavit quod ad superstitionem magis, quam ad ædificationem pertinere videret.
- III. Frustra ergo sunt, qui hodie in mutandis Ceremoniis & ad meliorem Ecclesiæ ædificationem dirigendis Principis potestatem ad consensum totius Ecclesiæ adstringunt.
- IV. Una tamen occurrit Ceremonia, quam & Ecclesia Apostolica & Catholica usque ad reformationem Evangelicam ex parte servavit, Ecclesia vero Evangelica non per consensum unanimum, sed per incuriam sustulit, scilicet fractio panis in administratione Sacrae Cænx. Sane nullam Missam esse sine fractione panis, jure Canonico certum est, quod totidem verbis urget Lutherus.

ULB Halle

3

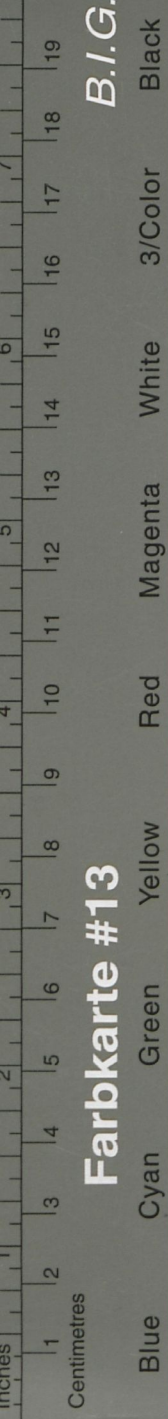
001 871 366



56







B.I.G.

Farbkarte #13

2 D. B. V. 1704
DISSERTATIO JURIDICA

22 19.
14 15

RESERVATIONE
HYPOTHECÆ AVEN-
DITORE FACTA IN SECU-
RITATEM PRETII
RESIDVI.

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DN. FRIDERICO
WILHELMO,

REGNI BORUSSICI ELECTORATUS ET PRO-
VINCiarUM BRANDENBURG. HÆREDE, &c. &c.
IN REGIA ACADEMIA FRIDERICIANA
AVTORITATE ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS
PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO OTTONE
MYLIO, J.V.D.

D. Januarii Anno M. DCCIV.
Eruditorum Examine

sibjiciet

THEODORVS HENRICVS *Sachsensche!*
Luna Westph.
H. L. Q. C.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,
Typis JOHANN. GRUNERI, Acad. Typogr. 1704.

