

1789.

1. Gentilis, Christianus: De parte de non alienando.
2. Kappff, Iacobus: De fundamento communioris bonorum coniugalium Germanicorum.
3. Pfeiderer, Christoph Fried: Therium inaug. pars mathemato-physica.

1791.

1. Major, Iacobus Barthaeus: De regimine territoriali ergoque habitu et iura quaesita substitutione
2. Schmid, Carol. Frider. Gust: De foro principali et a substitutis curven Forum australis.

1792

1. Kappff, Iacobus: De effectu divorcei quesit bona speciatione secundum ius Wislem Longicum.
2. Kappff, Iacobus: Ante natus, qui in conventione ambigua clavis legui debunet.
3. Pfeiderer, Christoph Fried: Therium inaug. pars mathemato-physica.

1795

1. Gmelin, Christianus: *De Transachorio natione canque
est incundis modis ex iure Romani principio*

1796.

1. Gmelin, Christianus: *De indele bonorum possessonis
contra fabb. jura doctrinam iuris Romani.*
2. Gmelin, Christianus: *De praescriptione actionis pignoratikae*

1797.

1. Kappff, Antonius: *De jure protinicos Germanos.*
2. Pfleiderer, Christophorus Thaddeus: *Scholia in librum
secum Iuris clementorium Euclidis.*
3. Steeb, Elias Gottlieb: *De quantitate danni cum
in rebus locatis dati, mox eti remittendae locum
pariente.*

1798.

1. Major, Ioannes Christianus: *De relatione iuris civitatis
Romani et iuris naturae secundum 1.6. T. I. iustitia et iure*

1798

2. Malblanc, Iulianus Fridericus: De remedio nullitatis. Commentatio ad Ord. Pue. Sec. Elect. L. S. 38 Thuntr.
3. Malblanc, Iulianus Fridericus: De causis improbati parti hereditatis ex iure Romano.
4. Pfeiderer, Christophorus Fridericus: Scholia in librum secundum Iuniorum elementorum Euclidis II.

1799.

1. Gmelin, Christian Gottlieb: De jure separacionis, quod ex alto super bonis emitoris concurred venditori in re vendita competit.
2. Gmelin, Christianus Theraphalus: De supplicio capituli et paenitentiarum cœlestium foris processu bendis
3. Pfeiderer, Christophorus Fridericus: Scholia in librum secundum elementorum Euclidis

1800

1. Gmelin, Christianus: Fructuum perceptio modis argumentandi dominii vindicata seu patius rectificata

1800

2. Pfeiderer, Christophorus Prolegomena Scholia
in Grammaticam elementorum Euclidis

DISSERTATIO IMPERIALIS IURIDICA
FACTA PER NOVUM HENANDO

UNIVERSITATIS IMPERIALENSIS
PRAESIVO DUCI
DOMIN

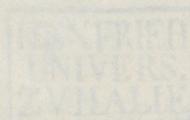
CAROLI
PROSPECTUS
REL REL

MENTE ILLUSTRI JCTORVM ORDINE
PRAESEDE
PRO ILLUSTRE ET CONSPECTISSIMO
CHRISTIANO GMELIN
PROSPECTUS ORDINI RECTORIS REGIS CIVIL
MAGISTRATI FRANCIS AD SCIR CONC

FRANCIS

FRANCIS

FRANCIS



18

DISSERTATIO IN AVGVRALIS JVRIDICA
DE
PACKO DE NON ALIENANDO

RECTORE UNIVERSITATIS MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO DVCE AC DOMINO

QVAM
DOMINO
C A R O L O
DVCE WIRTEMBERGIÆ ET TECCIAE REGNANTE
REL. REL.

CONSENTIENTE ILLVSTRI JCTORVM ORDINE

PRAESIDE
VIRO ILLVSTRI ET CONSVLTISSIMO

CHRISTIANO GMELIN

PHIL. ET V. I. D. AC IVR. PROF. PVBL. ORDIN. SERENISS. DVCIS CONSIL.
NEC NON SER. MARGGRAV. BRANDENB. AB AVLÆ CONS.

H. T. DECANO

PRO GRADV DOCTORIS RITE OBTINENDO

EXAMINI PVBLICO SVBIICIT

AVCTOR

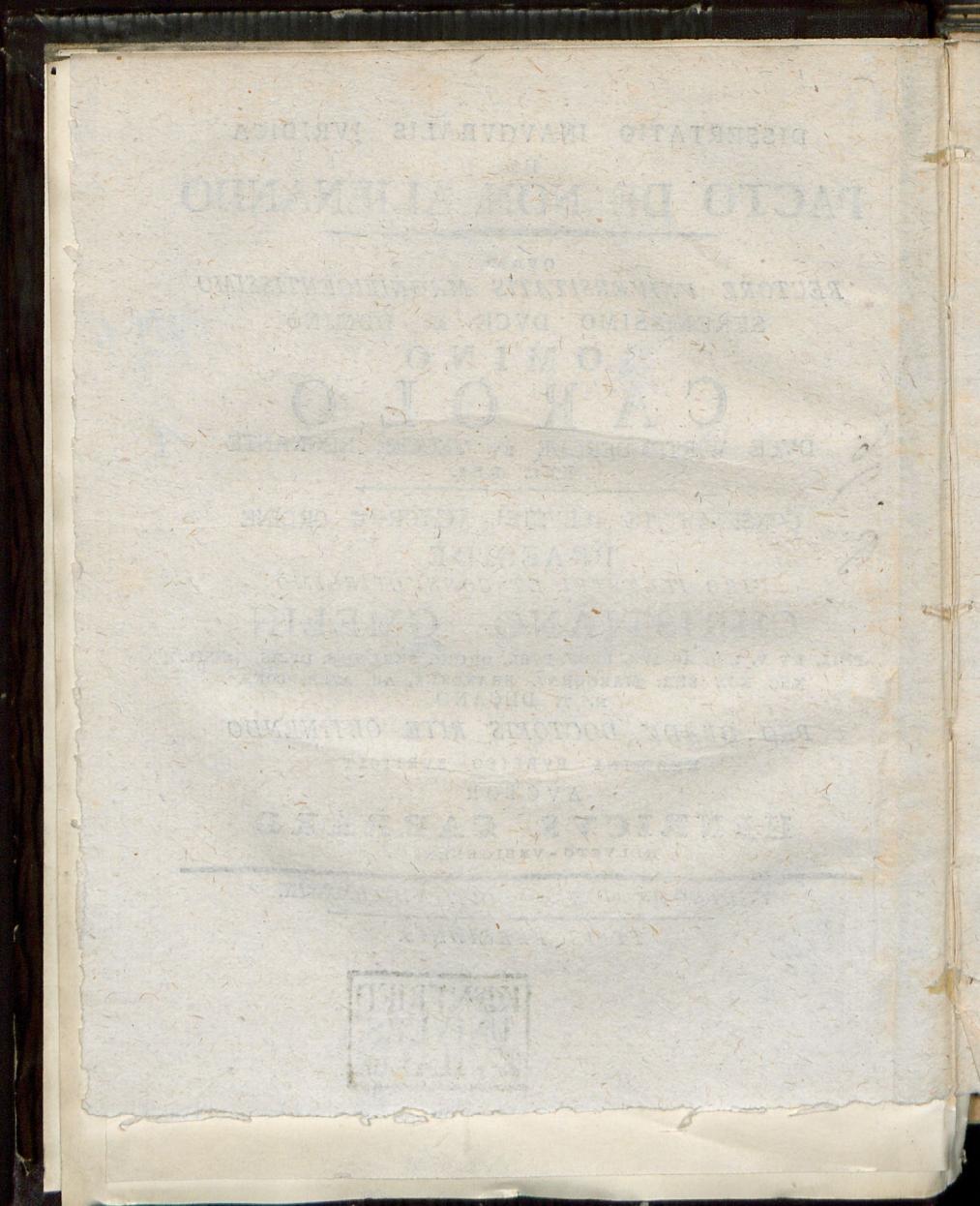
HENRICVS CARRARD

HELVETO - VRBigenensis.

TUBINGAE DIE OCT. MDCCCLXXXIX.

TYPOGRAPHIS FVESIANIS.





PRO O E M I V M.

Quod scribendi argumentum præ aliis elegeram, difficile profecto, multisque tricis impeditum, probe sentio, atque eo magis æquorum lectorum veniam mereri mihi videor, si juvenilis ætatis, nondum satis instructæ solidioris eruditionis copia, dictionisque elegantia atque facilitate, vestigia in hac qualicunque scriptiuncula frequentia appareant, qui ab omni inclarescendi cupidine prorsus alienus in divulganda præsenti opella ad id unice intentus essem, ut legibus academicis momerem gererem.

I N S T I T U T I R A T I O.

Differam scilicet de effectibus præcipuis pasti de non alienando; primarium igitur hujus tractationis caput in eo consistit, an & quatenus jus alienandi conventionibus restringi possit? Atque in eam rem solertius inquirens statim animadverti, in duas quasi partes naturali quodam ordine expositionem meam distri-buendam esse, quandoquidem scilicet aliquis, qui non dominus est, per ejusmodi conventionem domino alieijus rei legem imponere studet, ne huic rem suam alienare liceat, vel cum

A 2

do-

dominus præfens illi, in quem rei suæ dominium transferre intendit, ita pacto inito manus ligare sibi consulit, ne eam rem in posterum in alterum alienare possit. Hac igitur duplici ratione pacti de non alienando indolem atque effectus sub examen revocabo. Ac ne hic libellus in nimiam molem excrescat, tantum positivi juris Romani præcepta in ea re in medium adhibeo; relictis iis, quæ ex jure naturali de efficacia ejusmodi conventionis disputari possent.

§. I.

Primo igitur in eam paictionis speciem investigaturus sum, cum non dominus cum domino paciscatur, ne rem suam alienet. De ea autem Pomponius in l. pen. D. de pactis, sequentia pronunciat: *Nemo pacificando efficere potest, ne sibi liceat vicino invito fundum suum alienare.* Quo certius autem constat, JCTum in ea lege de priori conventionis nostræ specie tractasse, de eo tamen inter interpres admodum controvertitur, utrum legis argumentum ad alteram quoque pacti de non alienando speciem extendendum sit.

Strictiori legis sensui inhæret Raguellus, eam extentionem oppido rejiciens. Et si dicendum, quod res est, ipsa legis verba illius sententiae admodum patrocinari videntur. Ait enim JCTus ne *sibi* liceat fundum *suum* alienare; qui vero paciscitur de re, quam accepturus est, non alienanda, non paciscitur de re *sua*, sed de re aliena, quæ sua futura est, non alienanda.

Con-

Confirmatur præterea Raguelli sententia alii Juris nostri textibus, primo l. 21. D. de A. E. V. qua quippe proponitur, inter emptorem & venditorem convenisse, ne illi liceret, rem emptam alienare, nisi in vendoris gratiam; habes igitur pactum de non alienando a domino, non quidem traditioni rei suæ, sed tamen contractui emptionis venditionis adjectum, ne emptori, qui nondum dominus rei erat, liceret, rem illam alienare; Paulus autem empti actionem coacedit, qua ad implendum pactum vendor experiri potest contra emptorem. Ex quo autem id statim consequitur, ejusmodi pactum validum & efficax esse, & actionem ex ipso contractu oriundam propterea ad illud quoque pertingere, quod bonæ fidei contractui in continentि adjectum fuit. Quodsi igitur utriusque Jcti doctrinas inter se comparemus, & simul perpendimus, easdem & diametro oppositas sibi esse, si quidem illæ generaliori sensu accipientur, ad unicum illud interpretationis remedium consugiendum nobis erit, quo Pomponii sententia ad priorem pactionis nostræ speciem, Pauli contra præceptum ad alteram accommodatur. Sed nondum res salva videtur. Raguelli sententiae præprimis obstare videtur L. II. D. de rel. & sumpt. fun. cuius hæc sunt verba; *quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in illum inferrentur, quos jus est inferri: pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione opus est.* Ut vero vis argumenti, quod ex ea lege deducitur, eo melius possit ponderari, sciendum est, in lege pen. D. de pactione: Pomponium idem, quod de pacto de non alienando prædicaverat, etiam de pacto, ne sibi in suo sepelire liceat, constituisse.

A 3

Nunc



Nunc audi a Sande ita contra Franciscum Raguelum dispitantem: Ragueli sententiam non esse solidam, ex eo solo, quod in d. l. i. proponitur, satis demonstratur, ibi enim aliquis fundum vendiderat, & respondet Paulus, venditorem pacto efficer non posse, ne emptor in eum mortuum inferat, pactum, inquit Jctus, ad hoc non sufficit, sed stipulatione opus est. Ecce hic dominus in traditione rei suae pactum de mortuo non inferendo adjecit, & nihilominus ex Pauli sententia inutile & inefficax est, ex quibus igitur argumentis inter se collatis a Sande adversus Raguelum contendere amittitur, Pomponium in l. pen. D. de pactis, non solum de pacto a non domino cum domino inito, ne huic liceat rem suam alienare, loquutum esse, sed etiam de pacto, quod a domino cum non domino initum est.

Sed haec sunt vitoris momenti: Cui enim non statim in oculos incidit, rationem legis II. de rel. & sumpt. fun. in favore religionis ita quidem sitam esse, ut ex ea regula generalis, qua pacti de non alienando indeles definitur, neutriquam derivari queat.

At ut ut multum veritatis specie Ragueli causa ornata sit, opinio tamen illius constitutione quadam Justiniani, quae continetur I. ult. C. de pact. int. emp. & vend. non parum labefactatur. In ea autem imp. nos primo edocet, quod de ea re veteres olim Jcti inter se dissenserint, quapropter quoque argumentum, quod ex comparatione textuum desumptum est, omnino condidit. Etiam si enim Justinianus expresse in I. ult. C. de pact. inter emp. & vend. de pacto de non alienando mentionem non

non faciat, ex legis tamen ratione subjecta illum de eo sensisse, manifestissimum est. Cum autem hoc jam certum sit, de ea re inter veteres jureconsultos controversiam fuisse, ex loco quodam Pauli Pomponii sententia neutiquam erui poterit. Adde vero simile Noodtii argumentum in Tract. ejus de pactis pag. 323.

Quod autem ad verba ipsius legis pen. D. de pact. attinet, ea generalia sunt, & cum pactum de non alienando venditioni appositum dominii translationi non impedimento sit; posita hujusmodi passionis validitate, non potest non evenire, ut propter illud pactum non liceat domino rem suam alienare. Veritati igitur magis consentanea videtur Cujacii, Sandii, aliorumque plurimorum certe interpretum sententia, cui & nos calculos nostros lubentes adjicimus, quod Pomponii præceptum utramque passionis speciem complectatur, neque cum Raguello tali modo limitanda sit, ut eam tantum conventionem contineat, qua non dominus dominum rei suæ alienatione privare studet.

§. II.

Ipsum autem Pomponii locum momentis suis diligentius ponderabimus. Verba, quibus utitur Ictus, generalia profecto sunt. Ait is; nemo pacificando efficere potest &c. Pacifici autem est vocabulum générale, omnia genera passionum sub se continens. Quod ex eo bene probatur, quod pacti & conventionis definitio sit una & eadem; sicut enim conventio est plurimum in idem placitum consensus, ita & pactum, unde consequens est,

ut

ut pactum tam late pateat, quam conventio. al Dönnellus ad rubr.
C. de pact. n. 2. & seqq. Franzkius ad Tit. Pand. de pact. n. 6.
Ludov. Charond Veros L. 1. C. 4. Schilter exerc. ad P. T. I. de
pact. §. 6. Cum quibus confer. Georg. Com. Crispi Disq. 12.
& seqq. Duaren. ad Tit. Pand. de pacti Q. b. al. Disq. 8.

Scrupulam quidem mihi movet Bachovius ad Ante Fab.
Dec. LXXXVIII. Er. 1. qui existimat dictam l. pen. loqui tantum
de pacto nudo, & mirum non esse, quod ibi tradat Pomponius,
simili pacto non effici posse &c. & hoc ex l. 1. i. D. de rel. &
sumpt. sun., de qua jam præcedenti §. quedam notavi, pro-
bare contendit.

Sed cadet Bachovii argumentum, si dicta lex 11. non de
stipulatione quavis, sed de poenali stipulatione intelligatur, a
Sande de proh. rer. alien. P. 4. C. 2. §. 13. de stipulatione au-
tem poenali hanc legem intelligi, necessarium esse reputo, ex
ista scilicet ratione, quod ea l. loquatur de pacto emptioni
venditioni adjecto, quod vi ipsius contractus jam sustinetur,
cujusque efficaciam non minorem esse ac stipulationis, satis
notum est.

§. III.

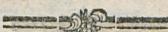
Sed ulterius in explicatione legis nostræ pen. progredienti-
bus nunc nobis dispiciendum est, an de quolibet pacto de re
fua non alienanda intelligendus sit Pomponius, an vero di-
stinguat, utrum pacientis interfit, pactum observari, an non?
Generalis Doctorum est opinio, Pomponium hic non respicere
ad tale pactum, quod observari pacientis interest, sed parti
de

de quo loquitur, unicam causam fuisse, ne vicino invito vici-nus incommodus adjungatur.

Sententiam istam comprobare studet Bachovius ex ipsius legis nostrae verbis. Ait nempe Pomponius, insit Bachovius, pa-cto non posse effici, ne vicino invito alicui rem suam aliena-re liceat; ex quo vocabulo *vicino invito* contendit is, ratio-nem moventem pacti, de quo tractat Pomponius, eam unicam fuisse, ne vicino invito incommodus adjungeretur vicinus. Sed me non intelligere, ingenue fateor, quo modo id ex ipsis ver-bis commode deduci possit. Vicino invito enim rem suam alienare nihil aliud est, quam id contra voluntatem ejus face-re. Neque meo sensu intereat, quanam causa motus vicinus no-lit, modo nolit, res eo invito alienatur, & quisnam, obtestor, unquam audivit, inviti vocabulum ad unam & unicam nolun-tatis causam restringi posse. At quod Bachovii sententiam ma-gis suspectam reddit, in eo præterea querendum putaverim, quod Pomponius in loc. cit. non de solo pacto de non alienan-do egerit, sed etiam de eo, quo cayetur, ne alicui liceat rem suam dedicare, vel in suo mortuum sepelire, quæ omnia pacta inutilia esse affirmat, non addita distinctione, an, & quo-modo pacientis intersit; ex quo autem prono alveo consequi-videtur, quod omnia pacta de non alienando, omni rejecta di-finitione, ex sententia Pomponii improbata fuerint, secundum regulam illam tritissimam, lege non distingueente, Jcti non est distingueere.

B

A ve-



A veritatis tramite eos remotores adhuc esse existimo, qui de validitate pacti de non alienando judicantes, distinctionem adhibent, utrum in eo qualecumque paciscentium interesse versetur, vel nullum plane ex eo in quemquam paciscentium redundet.

Contra quos egregie admodum disputat Donellus ad I. 135. D. de V. O. Mihi autem silentio prætermis illis, quæ à Donello satis jam sunt disputata, sufficiet, si rationes, quibus eorum sententia nititur, proponam atque refellam.

Et primo ajunt, cuivis licere de re sua disponere quomodocumque sibi placuerit, sicut enim naturalis est dominii qualitas, ut dominus rem suam alienare possit, ita in eo etiam versatur ejus libertas, ut pacto hanc facultatem sibi adimat, vel saltem, quod in nostra specie est, se ad non alienandum obliget. Sed hæcce parum me movent, & quidem libenter fateor, in jure dominii naturaliter contineri jus, de re sua disponendi quovis modo, & quidem libertati dominorum conveniens esse, ut quisque obligationes relate ad rem suam suscipiat, quas velit, modo non sint indecoræ. Sed liceat limitationem adjicere, quam nemo, opinor, rejicit, nisi lege ea dominorum libertas coarctata sit, id quod præprimis in nostram speciem cadit.

Adducunt porro leges a nobis jam citatas, inter quas veniunt I. 75. D. de cont. Empt. I. 21. §. 5. de A. E. V. I. 135. D. de V. O. in quibus proponuntur pacta de non alienando, quæ Jure valent, & ad agendum prosunt. Sed cum jam supra

præmonuerim, quæstionem inter veteres fuisse controversam, an pactum de non alienando valeat, parum Doctoribus prodest textuum comparatio; ex ea enim id tantum derivari potest, Pomponij sententiam ab omnibus non fuisse receptam, & nequidem ex l. cit. probari commode potest, in hoc dissensisse Pomponium ab aliis Jureconsultis, qui contendenter, quodcumque pactum de non alienando, modo pacifcentis interesset, jure esse validum, quod infra probabo.

Adducunt etiam l. 114. §. 14. D. de Leg. 1., cuius vim probandi non sentio.

Ex eo enim, quod testator non possit rei legatæ alienationem efficaciter prohibere, si causam non addat, id quidem, (si ex casuum comparatione argumentari licet), sequi video, quod contrahentes quoque sine causa alienationem prohibere nequeant. At enim vero ex eo, quod testatori aliquid facere licet, argumentari converso modo neutquam possumus, quod idem quoque pactionibus pacifcentes ad effectum deducere possint.

§. IV.

Istis ita disputatis, ad sanctionem legis pen. D. de pact. pervenio. Nemo, inquit Pomponius, pacifendo efficere potest, ne sibi liceat, vicino invito, rem suam alienare. Energice loquitur Ictus, ad defectum potestatis in persona pacifcentis respiciens, quem potestatis defectum non ad alienationis facultatem, sed ad alienandi licentiam referit: Nemo, inquit, pacifendo efficere

poteſt, ne ſibi liceat . . . Eſt enim alienandi facultas juri domini adeo naturalis, ut vix ab eo ſeparari, & ex lege noſtra vix reſtrinxi poſſit.

Quid autem? Si in domini perſona deſiciat poſteſt effiendi, ne ſibi liceat rem ſuam alienare, dicendum etiam erit, tale paſtum ab eo initum eſſe omni modo ineſſicax, ideoque eum alienantem contra fidem paſti non facere, unde etiam intellectu facile eſt, ad intereſſe præſtantum eum non teneri, cum ſciliſet fecerit, quod ei licebat.

Hæc eſt communis Jureconfuſtorum ſententia, quam juris ſcientiæ Romanæ omnino conſentaneam exiſtimaverim. Vnicum ſcio, qui diſſentiat, Donellum nempe, qui ad legem 135. D. de V.O. legem noſtram ſequenti modo interpretatur: Ait, hujus legis orationem non eſſe de inutilitate conventionis, ſed de ejus effectu, itaque non ſignificare poſſe, hujusmodi conventionem eſſe inutilem, ſed ea non poſſe effici, ut dominus prædiuim ſuum alienare non poſſit. Non enim dicit Pomponius, neminem paciſci poſſe, ne prædiuim ſuum alienet, ſed potius ita, neminem paciſcendo efficeri poſſe, ne vicino invito prædiuim ſuum alienet. Hæc ita Donellus. Sed ei obſtat, quod Pomponius loquatur de alienandi licentia, ad quam reſpicit tota ejus deſicio, non vero ad alienandi poſteſtatem. Non enim dicit JCtus neminem paciſcendo efficeri poſſe, ne prædiuim ſuum alienet, vel ne fundum ſuum alienare poſſit, quod fi dixiſſet, verofimilis admodum mihi videretur Donelli ſententia. Sed hæc ſunt ejus verba, nemo paciſcendo efficeri poſteſt, ne ſibi liceat —. Quid ergo? Si paſtum ſecun-

secundum Donelli sententiam valet, ad non alienandum obligatur pacifcens, & si ad non alienandum obligatur, ei non licet prædium suum alienare, quod est id ipsum, quod in l. nostra negat JCtus. Hac potissimum ratione motus, Donelli castra relinquo, communemque Jureconsultorum sententiam probo, statuentium, ex Pomponii sententia pactum de non alienando ad actionem producendam esse inefficax.

Sed an tale pactum obligationem saltem naturalem producat, alia est quæstio. Quam negandam esse arbitror, quod, ut ex pacto obligatio naturalis sequatur, duo simul in persona pacifcentis requiruntur, nempe consentiendi facultas, & potestas se obligandi. Priorem in specie nostra adesse non nego, sed posteriorem deficere, ex l. nostra evidenter appareat. Sed fortasse aliquis reponet, potestatem sibi talem legem dicendi secundum jus naturæ Domino non esse ademptam, ideoque, quæ de jure civili obtinent, ad ea non esse applicanda, quæ ex jure naturali prorsus dijudicari debent. At enim vero, huic argumentationi non tantam vim inesse, persuasus sum, ut ea a sententia, quam tuitus sum, dimoveri me paterer, si quidem cardo rei in eo potius versatur, quod hic non talis obligatio in medio sit, quæ ex principiis juris mere naturalis dijudicari debeat, sed potius ejusmodi obligatio ad animum revocanda sit, quæ secundum juris civilis præcepta aliquis etiam producit effectus.

A. 3

§. V.

Nihil autem nunc aliud supereft, nisi ut legis, quam supra explicavi, rationem quærām. Ea probabiliter fuit, quod jus alienandi juri dominii adeo inhereat, ut ab eo vix separari, vix restringi possit. Quapropter Romanis aliquando incongruum videbatur, ut, qui dominus non erat, rem alienaret, atque, quod multam veritatis speciem præ se fert, ex eodem principio Pomponium regulam suam, tamquam corollarium derivasse, existimandum est, quod dominus pactio tali in jure suo alienandi turbaretur, quod tamen Dominio adeo naturaliter inesse credebant; præprimis cum plerumque ejusmodi pactis interpositis paciscentium vel minimi interfit, cum fides conventionis violaretur; Neque ei favendum esset, qui Domino libertatem de re sua pro arbitrio utendi, restringere vel adimere cupit. Noodt de pactis & Transactionibus Cap. XI.

Sed quod majoris ponderis esse videtur, timebat Pomponius, ne hujusmodi pactis utilitas commerciorum, si non omnino tolleretur, saltem quam maxime turbaretur. Incivile enim videbatur, id pacto caveri, quo commercium impediatur, inquit Duarenus ad l. 135. de V.O. neque memovet, quod a Donello ad d. l. opponitur, hujusmodi pactis non impediri commercium, cum rem non afficiant, & res, pacto non obstante, alienari tamen possit. Quod etsi libenter fateamur, rem, non obstante pacto, alienari posse, semper tamen remainet commercium impeditum, cum ex tali pacto, nisi Jure infirmaretur, descenderet actio ad inter-

interesse consequendum, cuius timore Dominus ad non alienandum invitum saepius impelleretur.

§. VI.

Neque autem injucundum, neque inutile erit, Jureconsultorum Romanorum de ea re sententias colligere, atque inter se comparare, quo instituto ad id facile pervenire possumus, in quibus capitibus illi consenserint, in quibus dissenserint.

Diffensisse a Pomponio, Hermogenianum, Paulum, Scaevolam, ex l. 75. D. de Cont. Empt. Vend. l. 21. de A. E. V. l. 135. D. de V. O. patet, Antequam autem ulterius procedam, id hermeneuticæ artis præceptum in comparandis veterum Jureconsultorum fragmentis semper præ oculis habui, quod nulla inter eosdem pugna, nisi eadem manifesta sit, admitti debeat. Hac autem via incendens deprehendi, Paulum, qui Proculianorum, quorum castra Pomponius noster secutus est, principiis non omnino favebat, neque tamen penitus ab iisdem discedebat, interfumnum jus & æquitatem medium quasi constitisse, ac propter ea pæcum de non alienando non in universum tamquam inutile rejecisse. Audi eum ita loquentem in l. 2. D. de A. E. V. Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii, quam mihi, venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii eum vendideris.

Paulus non loquitur de quovis pacto de non alienando, sed de eo tantum, quod a domino rei contractui emptionis venditionis adjectum est, aliter fortasse decisurus, si de pacto, quod aliquis cum domino rei jam existente inivisset, sermo ei fuisset.

Mo-



Movebat scilicet Paulum, quod tale pactum peculiarem habeat æquitatem, cum a domino in transferendo dominio rei sue apponatur, qui aliter fortasse alienatus non fuisset. Neque ferebat æquitas, ut dominus, rem sub ea lege tradens, deciperetur. Unde Gajus in lege 48. D. de pactis inquit. *In traditionibus rerum quocumque pactum sit, id valere manifestissimum est, & ad ea respicit Imperator Justinianus in l. ult. C. de pact. int. Empt. & Vend.* *Cum etenim venditor vel aliter alienator non alia lege jus suum transferri possit, nisi tali fretus conventione: Quomodo ferendum est aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione.*

Præterea Paulus in l. cit. pactum approbat, quo non omnis alienatio, sed tantum ea, quæ per venditionem fit, prohibebatur: Id enim inter pacifcentes convenerat, ut fundus nulli alii, quam pacifcenti, venderetur, venditio autem est titulus aliquis specialis, sub quo reliqua alienationum genera non continentur; unde evenit, ut ratio, qua imprimis movebatur Pomponius, in specie a Paulo proposita, si non tolleretur, saltem quam maxime debilitaretur, timorem intelligo commerciorum impediendum. Venditione enim prohibita, neque donatio, neque permutatio, aliæque alienationes simul prohibitæ censendæ sunt. Addunt aliqui pactum, quod hic proponitur, relate ad personas esse limitatum, id enim non fuerat cautum, ut nulli accipiens venderet, sed ut nulli alii, quam pacifcenti fundus tradendus venderetur. Sed hæcce mihi non placent, cum in quovis pacto de non alienando pactum apponens semper exceptus appareat, neque

neque mellioris conditionis sit, qui rem tali lege accepit, quam is, qui sub generali lege non alienandi, nullo scilicet personæ pacientis respectu habito, rem in se transferri passus est. Quemadmodum enim in priori casu ad arbitrium pacientis semper referendum est, an rem emere velit, aut nolit? ita in posteriori, si rem emere velit paciens, nullus est, qui venditionem impugnare possit. Neque interpretationem accipere potest pactum l. 21. D. de A. E. V. ex eo, quod in l. 122. §. 3. D. de V. O. proponitur; in posteriori enim non conventum fuerat, ut nulli alii, quam coheredi, fundus communis alienaretur, sed ut si fundus communis veniret, coheredi vel ejus successori venderetur. Unde in pacto l. 21. D. de A. E. V. ad id obligabatur promittens, ut nulli alii, quam pactum apponenti, rem accipiendo venderet; in lege vero 122. §. 3. D. de V. O. ad id tantum obligabatur mulier coheres, ut potius coheredi, quam alii, venderet.

§. VII.

Ad l. 75. D. de Cont. Empt. Vend. pauca sunt, quæ moneam, cum lex ista in omnibus fere cum l. 21. D. de A. E. V. coincidat. In illa enim proponitur pactum de non vendendo, quod contractui emptionis venditionis appositum est.

Id autem præterea inter pacientes convenerat, ut, si venderet Emptor, non alii, nisi venditori venderet, ideoque pactum non ad quamvis alienationem ex quovis titulo factam respiciebat, sed ad eam restringebatur, quæ ex titulo venditionis fit. Atque de hoc, inquam, pacto idem affirmat Hermogenianus,

C quod

quod Paulus de eo in l. 21. D. de A. E. V. præceperat, nempe, illud efficax esse, & ad agendum prodeesse.

Etiam si aliquis dubitare possit, an tanta sit pæcti in l. d. descripti vis, ut ad non alienandum absolute obligetur promittens, cum potius vendorum nihil aliud, quam jus aliquod protimeseos sibi reservasse videatur. Dubitationem enim ipsa Legis verba inducunt, quæ ita sonant: *Qui fundum vendidit, ut pro certa mercede conditum habeat, vel si vendat, non alii, sed sibi distrahat, ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.* Verba: *non alii distrahat, restringi videntur verbis insequentibus sed sibi, quasi convenisset ut potius sibi, quam alii distrahat,* quod magis firmatur ex prioribus pæcti verbis, *pactum est enim, ut si emptor vendat;* unde videtur, facultatem alienandi obligatio-
nem contraria non esse ligatam, sed tantum venditorem aliquam prælationem sibi cavisse; quod si autem legis mens ita repræ-
sentaretur, in aprico sane est, l. 75. D. ad causam nostram plane non pertinere.

§. VIII.

In l. 135. D. de V. O. facti species sequens exhibetur. Seia fratri suo servum dñaverat, ea donationi lege adjecta, ne ad fratrem aliasque in stipulatione personas expressas servus per-
veniret. Post biennium decepsit frater donatarius, heredes relin-
quens eamdem sororem suam & fratrem, cui ne serviret servus,
stipulatum fuerat. Quæritur, an Seia contra fratrem coheredem
ex stipulatu agere possit? & a Jcto respondetur, actionem ex stipu-
latu in id, quod interest, ei competere. Prætermissois eis, quæ

ad

ad quæstionem nostram immediate non faciunt, ea breviter attingam, quæ ad rem meam pertinent.

In l. cit. agitur de pacto, quod traditioni rei suæ a domino appositum est, & quidem traditioni rei suæ ex titulo gratuito. In hoc autem species ista præcedentibus prorsus similis est, quod paciscatur dominus rei adhuc existens cum eo, qui dominus futurus est.

Adest præterea pactum de *non alienando*, ex quo vis titulo alienatio fiat. Id enim inter pacientes convenit, ne servus ad fratrem & personas in stipulatione expressas perveniret. In hisce igitur jam differt species nostra a præcedentibus, quod pactum sit de non alienando, quod pactum sit relate ad personas limitatum, & tandem sit donationi appositum.

Tandem decisio Scævolæ huic speciei accommodata eadem certe est, quam Paulus & Hermogenianus in casibus similibus jam protulerant; nempe pactum valere, & ex stipulatu actionem dari, si contra fidem pacti actum esse dicatur.

§. IX.

Suadet nunc ordo, ut quæ specialiter in §§ præcedentibus exposita sunt, ad principia generalia reducentur.

Hoc primum mihi omnino verosimile esse videtur, in eo dissensisse a Pomponio Jureconsulti, de quibus supra mentionem feci, quod ille quocunque pactum de non alienando inutile esse traderet, hi vero distinguerent; an pactum de non alienan-

C 2

do-

do à domino appositum sit, an vero a non domino eadem lex futurò domino scripta esset. Posteriori in casu Pomponio assentiebant, cum eos dissensisse nullibi legatur, quæ enim ex l. 7. D. de dist. pig. contra thesin sequi videntur, alibi resellam; priori vero in casu ab ejus sententia recedebant. Sed in quantum & quomodo, an ita, ut quocunque pactum de non alienando a domino appositum utile pronuntiarent, an vero eo modo, ut rursus distinguerent, an pactum de non alienando speciatim ad personas quasdam, ad quas ne res perveniat, pacto cautum fuit, restringeretur, vel utrum illud ad ipsam alienationis prohibitionem limitatum vel illimitatum esset, an tandem ita, ut in specialibus remanerent, quæstio difficultis vertitur.

Quodsi ex generali ratione, qua movebantur Paulus & alii, tuto argumentari fas esset, facile admireremus, quocunque pactum de non alienando a domino rei appositum utile pronuntiatum ab eis suisse; sed vereor, ne audacius, quam justum est, ex paritate rationis leges interpretemur, cum in juris auctorum controversiis componendis versemur; & quidem nihil obstat, quicquid dicatur, legum rationem fortius in quibusdam, debilius in aliis militare, unde ab una specie ad aliam concludere fas non esset. Quid ergo? Imperitiam fateor, & inter tot dubia in diversas partes eodem tempore propulsus, dubitans recedo.

§. X.

Hæc ita de jure antiquo disputata sunt, nunc ad jus novum pervenimus, quid juris statuerit, dispiciendum est. Primus qui

qui mihi occurrit, locus est lex ult. C. de pact. int. empt. & vend. In ea Justinianus veterum tollens dubitationem, expresse sancit, ut pactum foveatur, quo quis in venditionis vel alienationis contractu cavit, ne novo domino ullo modo liceat in loco vendito, vel alio modo sibi concesso, monumentum extruere, vel alio modo humano juri eum eximere. Addit rationem, *forsitan*, haec sunt Imperatoris verba, multum ejus intererat, ne ei vicinus non solum quem nollet, aggregaretur, sed etiam pro quo specialiter erat interdictum. Rationem superaddens generaliorem: *Cum enim venditor vel aliter alienator, non alia lege jus suum transfiri possit, nisi tali fretus conventione, quomodo serendum est, aliquam captionem ex varia eum pati interpretatione.* Nihil quidem de pacto de non alienando expresse constituit Justinianus, sed illud tamen eundem in mente habuisse, ex subjecta ratione patet. Qui enim fundum Juri humano eximit, sive dedicando, sive mortuum inferendo, vicino vicinum non aggregat, sed is solus, qui fundum in alium transfert. Supplendum est igitur id, quod constitutioni desit, sive ex incuria Imperatoris solita, sive ex injuria temporum desit. Et quemadmodum cuique pacisci licet, ne novo domino ullo modo liceat fundum suum Juri humano eximere, ita etiam dicendum est, licere pacisci, ne novo domino ullo modo liceat fundum suum alienare, modo pacientis intersit. Cujacius ad I. ult. C. de pact. inter Empt. & Vend. a Sande in Tract. ejus de prohibita rerum alienatione p. 4. §. 12. Hoc interesse vero duplicit generis esse potest, prius, quod venditor, cum esset rei dominus, aliter, quam hacce con-



ventione fretus, fortasse non fuisset alienatus Galvanus de usuf.
Cap. XXXI. §. 8. in fin.; posterius, quod non parum interst, vi-
cinum habere pacatum cum bonis moribus, neque parva sint
vicinitatis commoda & incommoda. l. 1. §. 16. D. si quid in fraud.
l. 35. §. ult. D. de contrah. empt. vend. Ad legem nostram red-
euntes, quæ ibi exposuit Justinianus ad generalia principia revo-
cemos. Jam monuimus, ad pactum de non alienando a do-
mino rei adhuc existente cum domino futuro initum Imperatorem
oculos quoque intendisse: Id non solum ex toto legis contextu,
sed etiam ex ejus ratione cognitum atque apertum fit. Sermo
enim ei est de pactis a venditore contractui venditionis appositis,
si quis ita pacificatur in venditionis vel alienationis contractu, . . .
At præter hanc speciem legem non esse extendendam, monet ra-
tio, qua ipsa lex suffulcitur, nempe ferri non posse, ut varia in-
terpretatione decipiatur is, qui non aliter, quam hujusmodi fre-
tus conventione, rem suam in aliud transferri passus est. Sed
cum ratio legis, si illa ad speciem in ea contentam referatur,
generalis sit, affirmare non dubito, eam quæcumque pacta de
non alienando a domino, sive in traditione rei suæ, sive ante
eam apposita, comprehendere, cum jam Imperator in jure cer-
to constituendo versetur, neque leges modo anteriores corrigere,
sed potius autoritate legislatoria omnem prorsus dubi-
tationem tollere & evertere innitatur. Medium igitur iter
tenens arbitror, Justinianum quodcumque pactum de non alienando
a domino, sive traditioni rei, de qua non alienanda
agitatur, sive contractui alienationis appositum, validum pro-
nun-

nuntiasse; Pactum contra de non alienando a non domino appositum veteris juris principiis subjectum reliquisse.

Thesi propositae non obstat. 1. 7. C. de Reb. al. non al., ubi Imperator Justinianus quamcumque pacto alienationis prohibitionem factam approbare primo aspectu videtur. Attentius vero legem consideranti apparebit, Justinianum in constitutione ista de nulla alia re sollicitum fuisse, quam de determinanda alienationis notione. Unde non de omni pacto de non alienando, sed de eo tantum, quod jure valet, eum loqui oportuit. Quod si limites hos egredieremur, eodem quoque jure contendere possemus, Imperatorem, omni sublata juris antiqui distinctione, disposuisse, ut quæcumque facta a testatore alienationis prohibitio valeret. Sit igitur ex hac tenus disputatis conclusio hæc: Pactum de non alienando a non domino cum domino rei, de qua non alienanda agitur, initum, jure invalidum atque inefficax est, quod fundamentum in sequentibus dicendorum erit.

§. XI.

In præcedentibus docui, pactum de non alienando a non domino appositum, neque naturalem, neque civilem obligacionem producere, non tamen eo processi, ut talem pactionem legibus adversam, atque ab eis prohibitam esse contulerem. Etiamsi enim tradat Pomponius, neminem paciscendo efficere posse, ne sibi vicino invito licet rem suam alienare, inde tamen non consequitur, hanc conventionem jure esse prohibitam; scimus enim non pauca in jure nostro pacta inveniri, quæ etiamsi

etiamsi neque naturaliem neque civilem obligationem producant, tamen non prohibentur, cuius rei argumentum est, quod eis poena conventionalis adjici possit.

Hoc igitur posito, poenam conventionalem pacto de non alienando a non domino apposito adjici posse, non dubitamus, huic principio insistentes, quod poena conventionalis non sit accessio & sequela quaedam alterius obligationis, sed principale aliquod, per se stans, etiamsi promissionem aliquam semper presupponat. Lauterbach. Disp. de poen. conv. Cap. VIII. §. 56. unde mirum haud est, poenam, etiamsi pacto naturaliter & civiliter inutili adiectam, valere, cum stipulatio inutilis utilem vietare nunquam possit. Exemplum exhibet l. 38. D. de V. O. unde desumitur §. 18. Inst. de inut. stip.; stipulationem enim in istis locis propositam prouersa inutilem esse probat. §. 4. Inst. de inut. stip. & contra dissentientes egregie disputat Donellus ad l. 38. D. de V. O. §. 17.

Neque iis, quae praefati sumus, obest, quod stipulatio penalitatis, quae impossibili vel turpi stipulationi adiecta est, non committatur. Turpis est enim poena, quae stipulationi turpi est adiecta, & ad delinquendum invitat, & pro impossibili habetur poena, quae impossibili stipulationi adjicitur. Vinnius ad §. 18. Inst. de inut. stip.

Cum autem pactum de non alienando factum neque impossibile neque turpe contineat, juris suadet analogia, ut poenam, quae ei adjicitur, valere dicamus. Sed quemnam ea pro-

producat effectum, adhuc disquirere licet. Poena autem conventionalis adjecta nunquam id efficere potest, ut pacto de non alienando obligationem, quam per se non habet, inducat. Sed semper adsunt duo pacta, utraque principalia; alterum, quo factum, alterum, quo poena promittitur, prius ex supra dictis inutile manet, posterius utile est: quemadmodum enim poena conventionalis obligationi, cui adjicitur, nihil detrahere, ita neque ei vim aliquam directe addere potest arg. l. 14. C. de paet. §. 18. Inst. de inut. stip. l. 38. D. de V. O. Lau-
terbach. d. D. C. IX. §. 66.

Quibus tamen non obstantibus, nihilominus poenae vis quodammodo etiam in pactum de non alienando redundat, & quamvis directe ei vim non adjiciat, illud tamen per indirectum poena conventionali adjecta adjuvatur, quod scilicet promittens metu poenae ad promissa praestanda compellatur. Poena autem committitur, si alienatio inequuta fuerit, & quidem, si stipulatione poena promissa fuit, actio ex stipulatu ad poenam consequendam competit. Si vero pacto de non alienando sine stipulatione poena adjecta fuerit, in terminis nudi parti consistit.

§. XII.

Si pignus in securitatem conventionis de non alienando constitutum sit, an valeat pignoris constitutio, insciendum nunc est. Quodsi vero perpendamus, conventionem de non alienando neque civilem neque naturalem obligationem produ-

D

ce-

cere, juris sane ratio suadet, ut pignoris vel hypothecæ constitutionem nullam esse pronunciemus. Est enim pignus accessio & sequela obligationis principalis, in cuius securitatem constituitur. Unde pignus cogitari non potest, nisi præcedente aliqua obligatione, saltem naturali. Bachovius Tract. de Pign. & Hyp. L. II. C. I. l. 33. D. de pig. & hyp. I. 1. & 2. C. si pig. conv. num. pec. seq. non sit.

Sed adverfari nobis videtur I. 7. §. ult. D. de dift. pign., cuius verba ita sonant: *Quaritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus; quid juris sit? Et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita; ideoque veniri possit? Et certum est nullam esse venditionem, ut pactio fieri. In explicanda hac lege magna est jurisconsultorum pugna. Quidam enim eam Tribonianismum redolere putant, alii Triboniani causam defendunt, alii Baldi & aliorum lectionem contra Bartolum & Lectionem Florentinam tuentur, alii, lectione Florentina retenta, in eruendo sensu legis idoneo conjecturantur, alii tandem legem corrigunt, truncant. Nos autem nunc singula momenta, quæ ex lege citata nostræ sententiae obmota fuerunt, attentius considerabimus.*

Duo ex lege ista superioribus dogmatibus contraria primo aspectu consequi videntur, 1o pactiōnē de non alienando a non domino appositam jure esse efficacem, & 2o quod prioris propositionis corollarium est, pignus hujusmodi pactiōni adjectum jure esse validum.

Agitur

Agitur in lege citata, de pacto, quod quis, pignus sibi jam constitutum habens, cum domino rei oppignoratae initivit, ne huic liceat, rem suam pignori jam subjectam alienare; pactum enim apponit *creditor*, & pactum est de pignore non alienando, quæstionem vero movet Marcianus de tali pactione, an valeat? Illam vero non esse planam & omni difficultate expeditam ex ipsius Marciani verbis cognoscimus. Quærerit enim, an pactio nulla sit, quasi contra jus sit posita? quænam autem illi subfuerit dubitandi ratio, ex superioribus facile animadver-
ti potest.

Marciani autem responsum ad solum pactum de non alienando pignore, quod a creditore cum debitore atque simul rei oppignoratae domino initum est, pertinere arbitror; unde mirum mihi videtur, juris interpretes non paucos, eosque adeo eminentioris ingenii, ex lege ista ratiocinari, ut probent, conventionem de non alienando a non domino cum domino initiam, si postea pignore sit stabilita, non solum valere, sed etiam alienationem contra fidem pacti inseguunt nullam effi-
cere. Hos autem terminos justæ interpretationis transfilire ego quidem arbitror; nam ex inspectione legis facile patet, Marcianum unice de conventione, qua pignoris jam constituti alienatio prohibetur, sermonem facere, non vero de pacto de re non alienanda, cui pignus postea subjicitur. Id autem quivis facile mihi concedet, rationes talium pactorum admodum inter se discrepantes esse. In priori enim pacificatur is, qui jus in re habet, & quidem pignus, in posteriori vero pacicens

D 2

con-



conspicitur, qui nullo jure in re prædictus est; quod igitur de priori pacto affirmat Marcianus, nempe paſtioni ſtari, de poſteriori certe affirmari non potest, ſi non legum terminos oppido confundere, atque id, quod in quadam ſpecie ſub certo modo conſtitutum fuit, ad aliam eamque diſcretam ſpeciem prorogare atque extendere velimus. Cum igitur excitata lege neutriquam demonstrari poſſit, alienationis prohiſionem a non domino factam utilem eſſe, atque in eadem lege id tantum, ſi leſtioni Florentinæ fides habeatur, conlineatur, quod ſecundum Marciani doſtriṇam paſtum de pignore non alienando a creditore cum debitore ſuo initum valeat, ſimul quoque altera propositio, quæ prioris quaſi confeſtarium eſt, cum hac concidit. Si enim in lege allegata pignus adeſt validum, illud profeſto in ſecuritatem principalis debiti, conyentionem de non alienando pignore jam præcedentis, conſtitutum ſit, neceſſe eſt.

PARS POSTERIOR.

De paſto de non alienando a domino alienante cum futuro domino inito.

In poſteriori hujus libelli parte hunc ſervabo ordinem, ut pri-
mum de paſto de non alienando, quod quis dominus rei præ-
fens alienationis contractui adjecit, poſtea de eo, quod quis
dominus in actu ipsius traditionis appofuit, diſferam.

§. XIV.

De pacto de non alienando contractui alienationis apposito.

Pactum de non alienando, quod contractui alienationis appositum est, jure esse efficax, in præcedentibus probavi, rem igitur jam actam non repetam, sed statim ad hujusmodi pacti effectus transeo.

Est tale pactum civiliter obligatorium, igitur ad agendum prodest, vi enim contractus, cui coheret, illud sustinetur, & ab eo omnem vim civilem, qua gaudet, mutuat. Ut vero melius intelligatur, quanam actione tale pactum servetur, pauca quædam de indole pactorum adjectorum in genere delibamus. Ubi apud Romanos invaluit, ut ex partis nudis actio non nasceretur, in eo a simplicitate juris gentium recedentes, non, quod pacta omni efficacia privarent, (naturaliter enim obligandi eis inherat virtus,) sed quod civilem obligationem ad agendum efficacem eis denegarent.

Hæc, inquam, usu obtinuerunt; cum enim formulæ verba que solemnia inventa fuissent, quibus promissiones reprobmissionesque inter cives Romanos continerentur, incongruum visum fuit, ut promissionibus, hujusmodi formulæ verbisque solemnis destitutis, civiliter obligandi virtus relinqueretur. Cui, quæsto, bono Prudentum Romanorum cura fuisset, inveniendis concipiendisque formulæ istis occupata, si eis ad producendam obligationem civilem non fuisset opus? vid. Christ. Frid. Georg Meister in Diff. de in factum actionibus §. 3. & seqq. in Opusc.

Tom. I. p. 309. Verum enim vero cum hæc omnia magis subtilitate juris niterentur, quam ex ipsis rerum qualitatibus naturalibus profluerent, paulatim obtinuit, ut pacta quædam, quæ ex juris antiqui rigore in terminis nudi pacti remanserant, vim civiliter obligandi tum ex legibus postea latius tum ex interpretatione prudentium nanciscerentur, inde prodierunt pacta legitima & pacta contractibus adjecta. Bynkershoek D. de pact.

Pactorum autem adjectorum nomine veniunt ea, quæ ex continenti vel ex intervallo contractibus apposita *eis insunt*; contractui vero pactum inesse dicitur, quod ipsum contractum ita ingreditur, ut pars ejus aliqua fiat; Noodt in Tract. de pact. & trans. c. XI. sive quod contractu ipso continetur l. 72. D. de Cont. Emp. Vend. Tale pactum autem adjectum, quod contractui inest, vim omnem, quam habet, a contractu mutuat, vel potius contractus virtute, non propria, sustinetur, cum sit pars ejus quædam; nihilominus autem in contractum ipsum vim, quam ab eo accipit, reflectit, ita ut contractus ipse quasi ab eo formetur atque modifetur. Illud autem pactum nunquam contractui inesse potest, quod vel indoli contractus repugnat, vel tempore idoneo non appositum est; sed potius in terminis nudi pacti sese continent, nisi aliunde vis civiliter obligandi ei accedat.

Hæc generaliter de notione pactorum adjectorum dicta sunt, omissis specialioribus, quæ huc non pertinent. Ad effectum hu-
jus-

jusmodi passionum, ratione potissimum habita actionis, quā ad implementum ejusmodi pacti adjecti agitur, nunc pervenio.

Ex notione pacti adjecti, quam supra exposui, facile dijudicari poterit, quanam actione illud servetur. Cum enim pactum adiectum contractui insit, de ejus vi participet, nihil notio ejus tam congruum est, quam ut pactum adiectum actione ex ipso contractu descendente servetur.

Duplici igitur modo pacti adjecti, pro duplice ejus natura, effectus sese produnt: Ubi enim pactum obligationem extendit, extenditur, ubi minuit, restringitur actio ex ipso contractu descendens; ex quo simul intelligitur, quod jam mouit, pacta adiecta vim, quam habent, a contractu recipere, eamque inde, quasi speculo quodam, in ipsum contractum reflectere. Haec omnino certa esse videntur & analogiae juris convenientia, neque defunct leges quibus haec Theoria confirmetur. Vid. Franzium ad Tit. D. de Contr. Emp. Vend. Nro. 409. & seq. & II. ab eo cit. Ad rem meam proxime faciunt I. 75. D. de Cont. Emp. vend. I. 21. D. de A. E. V.

Quibus ita positis, ad pactum nostrum de non alienando, quod contractui alienationis appositum est, nos nunc convertimus, in quo judicatu difficile non erit, quanam illud actione servetur. Cum enim tale pactum tamquam pactum adiectum nunc consideremus, ea quoque, quae de pactis adjectis jam præmisimus, de illo etiam prædicari possunt. Servatur igitur actione ipsius contractus, cui appositum est; & cum actio ex contractu

def.



descendens in rem dari non possit, sed tantum in personam, consequens erit, talem legem contractui datam solam personam pacientis, non vero rem, de qua pacificimur, afficere posse. Neque hunc effectum traditione insequa fortiri potest; quemadmodum enim ex contractu, sive traditio subsecuta ad perfectionem, sive ad consummationem contractus pertineat, nunquam actio in rem descendit, ita quoque ex pacto adjecto, licet postea rei traditio subsecuta fuerit, nunquam actio in rem gigni potest; cum pactum ipsum sit pars quædam contractus, deque de natura ejus participare debeat.

Quid ergo, si contra legem conventionis alienatum sit? Si termini habiles ad dominii translationem adsint, transfertur dominium, quod in specie nostra eo magis certum est, quia obligatio in non faciendo consistit, & cum ex præcedentibus pacto contractui adjecto res affici non possit, nihil adesse potest, quod translationem dominii impediret.

§. XV.

De pacto de non alienando in traditione rei suæ initio.

Si quis in actu ipsius traditionis pactus sit, ne domino rei futuro liceat rem alienare, an pactum utile sit? prima inspectio est. Utile illud esse, supra jam demonstravi; pactum enim a domino ad hoc existente apponitur, etiam si in actu traditionis, & cum traditione pactum sustineatur, ideoque subsit causa ad obligandum civiliter efficax, eo ipso patet, civilem obligationem

tionem adesse. Quæ quidem omnia utut certa prouersus atque confirmata sint, tamen adhuc disquirendum erit, quænam actio ad pactum servandum a Jctis Romanis suppeditetur.

Si stipulatione conventio de re non alienanda munita sit, competit actio ex stipulatu adversus pacifcentem ejusque heredes, si contra legem traditioni datam alienatio suscepta fuerit; ut præstetur id, quod interest, alienationem non factam fuisse.

L. 135. D. de V. O.

Si vero verbis solemnis conventio non sit munita, docet a Sande in Tract. de Proh. Rer. alien. P. IV. C. 11. §. 12. & dominus in traditione rei suæ pactum de non alienando adjiciat, & emptor dominus factus nihilominus alienaverit, hunc imprimis teneri actione venditi in id, quod venditoris interest.

Quod tamen non omnino confectum esse existimaverim; quid enim, si postquam contrahentes ad alia discesserunt negotia, perfecta jam emptione venditione, traditioni rei pactum sit adjectum? Venditi actio competere non potest, quod scilicet tale pactum emptioni venditioni inesse non potest, quippe quod ex intervallo apponitur, & obligationi quidquam adjicit.

Ad sequentia igitur momenta respicendum esse arbitror: Aut enim pactum de non alienando in tali conditione conspicitur, ut contractui alienationis inesse possit. Si verbi gratia traditio ad perfectionem contractus pertineat; tunc enim pactum traditioni appositorum apponitur contractui, & quidem in continentia; si præterea traditio contractui tali modo accedat, ut, antequam

E

con-

— — —

contrahentes ad alia discedant negotia, ea peragatur, & tum quoque eadem ratione pactum de non alienando contractui in continentि adjicitur. Quibus igitur in casibus, cum pactum adjectum principali contractu contineatur, competit actio ipsius contractus principalis, si contra fidem legis date res fuerit alienata, ut praeſtet id, quod pacientis intereat, rem non fuisse alienatam.

Aut, quae altera inspectio est, pactum de non alienando ita comparatum est, ut pro pacto contractui principali adjecto haberi nequeat, si verbi caufa pactum contractui stricti juris adjectum sit, si traditioni ad contractus perfectionem non pertinenti, perfecto jam contractu ex intervallo adjiciatur, tunc actio contractus principalis competere non potest, quod tale pactum ab eo separatum nihil de vi & natura ejus participat, ideoque ope actionis ex contractu oriundae servari non potest. Neque tamen propterea hujusmodi pacto vim civiliter obligandi actionemque denegamus, cum ei subſit caufa; nempe traditio, juxta illud Gaii: *In traditionibus rerum quocunque pactum fit, id valere manifestissimum est.* L. 48. D. de pact. & illud Ulpiani sed etiā in alium contractum res non transeat, subſit tamen caufa: *Eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem.* L. 7. D. de pact.

Pactum ideo nostrum traditioni appositum, ubi pro pacto contractui alienationis adjecto haberi non potest, naturam induit contractus alicujus innominati, do ut non facias, & inde actio oritur praescriptis verbis, ut praeſtet id, quod intereat, rem alienatam non fuisse.

§. XV.

 §. XV.

Sed nunc quæstio emergit altioris indaginis, an scilicet pactum de non alienando traditioni rei suæ appositum adeo sit efficax, ut translationem dominii impedit, si alienatio insequa fuerit? Fuit quæstio fere a primis restauratae jurisprudentiæ cunabulis controversa. Inter glossatores tres potissimum enatæ sunt de ea re sententiæ, prima Rogeri & Martini, qui dominium transire negabant, secunda Azonis, qui dominium transire affirmabat, tertia Bulgari, distinguenter, an pactum contractui & traditioni simul, vel traditioni tantum, vel contractui tantum, adjiceretur? duabus prioribus conditionibus positis, dominium transferri negabat, posteriori autem dominii translationem admittebat. Horum autem vestigia Jurisconsulti usque ad tempora nostra prementes, pro diversis ingenis, in diversas etiam nunc abeunt sententias. Quorum nomina, ne longior sim, taceo, præsertim cum aliis locis illorum scripta longa serie enumerata sint. Licit autem me imparem probe sentiam, qui tantam Jurisconsultorum pugnam finire possim, attamen vires meas in hac re tentabo, &, quæ probabilior mihi videtur, sententiam argumentis, e legum fontibus haustis, firmare atque in apricum ponere studebo.

§. XVI.

Azonis sententiam amplector, ad quam probandum his utor rationibus: 1.) Pactum de non alienando alienandi facultatem in pacifcente non tollit, & 2.) eodem pacto res ipsa non

E 2

affici-

afficitur, ita ut inalienabilis fiat; Quodsi autem vel altera ex his conditionibus desiceret, Azonis sententia manifesto veritati repugnaret; siquidem ab eo, qui alienandi potestate destitutus est, alienatio de facto suscepta non potest non inutilis ac nulla esse, uti ea quoque non valeret, si quis rem inalienabilem, neglecta rei conditione, alienare præsumeret.

An paustum de non alienando in traditione rei suæ appositiū alienandi facultatem in domino tollat, vel non? ex principiis obligationum generalioribus dijudicandum est. Generale autem obligationum, quæ ex contractu descendunt, principium est, quod facultatem in contrarium agendi non tollant, & eam esse puto inter obligationes, quæ ex contractu, & eas, quæ ex lege descendunt, differentiam, ut priores facultatem in contrarium agendi non tollant, posteriores vero tollant, ita ut si contra actum sit, quod actum est, nullum & invalidum sit, nisi actus natura repugnet.

Quod autem generaliter de obligationibus ex contractu descendenteribus verum esse arbitror, id multo magis de eis, quæ factum vel non factum continent, verum erit. Harum enim obligationum conditio ex propria illarum natura ea est, ut quenquam ad faciendum non absolute obstringant, sed semper arbitrio obligati expositum sit, utrum facere, an vero interesse præstare velit. Quo posteriori præstito, tollitur ad faciendum obligatio. Quod colligitur ex l. 14. D. de V. O. juncta cum l. 13. in fin. de re jud. l. 72. proem. de V. O. l. 112. §. ult. D. eod.

Obliga-

Obligationes autem non faciendi in eo natura ac obligationum faciendi convenient, quod factum etiam non factum in jure contineat; l. 2. §. pen. D. de V. O. ex quo evenit, ut Justinianus in §. 7. Inst. de V. O. tamenix suadeat, ut in obligationibus, quae factum vel non factum continent, poena stipuletur, quoniam scilicet interesse, quod in hujusmodi obligationibus semper continetur, sit incertum, & probatu, præfertim quoad quantitatem, difficultimum. Ex omnibus istis hoc saltem consequi videtur, pactum de non alienando, cum non faciendi obligationem contineat, & præstationi hujus, quod interest, dominus, alienatione facta, obnoxius tantum sit, alienandi facultatem in domino nullo modo tollere. Id quod primum erat, quod mihi probandum incumbebat.

Alterum quod æque verum sit, necesse est, si ipsa haec sententia juris systemati congruit, in eo juris præcepto latet: Pacto de non alienando res, de qua non alienanda agitur, non afficitur, neque igitur inalienabilis fit.

Si jam ex analogia juris rem perpendamus, manifeste apparebit, nunquam pacta id efficere posse, ut qualitas rei inhærens eaque permanens ipsi rei, de qua pacificimur, imprimatur, sed ad hunc effectum producendum traditione opus esse. l. 21. C. de pac. III. Hofacker in Elem. J. C. §. 229. n^a a. Galvanus de usu fructu, Cap. XVIII. §. IX. Ad id enim inventæ sunt pactiones, ut obligationem producant, neque vero ulterius pactorum conventionumque fines pertingunt. *Obligationis vero substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat,*

—————

ciat, sed ut aliquem nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. L. 3. D. de O. & Aet.

§. XVII.

Enimvero cum paſti de non alienando in traditione rei ſuæ adjecti effectus attentius conſideremus, quæſtio adhuc diſcutienda ſupererit, nonne in eo, quod paſtum de non alienando in ipſo traditionis actu apponatur, ratio quædam idonea lateat, propter quam ipſi rei qualitas quædam realis, quæ ſcilicet rem comittatur, atque cum eadem in ſuccēſſorem tranſit, ad exemplum ſervitutis constitutæ, accedat? refugium quærunt adverſarii, ut ſuam opinionem probabilem reddant in l. 32. D. de uſuſ. l. 19. D. de ſerv. l. 34. D. de ſerv. præd. urb. l. 33. de ſerv. præd. ruſt. l. 3. com. præd. l. 13. eod. L. 5. C. ſi manc. ita fuerit al. a Sande de proli. R. al. P. IV. C. II. §. 23. Legi 5. C. ſi manc. ita fuerit al. ſufficienter respondit Bachovius ad Ant. Fab. D. LXXXVII. Er. 6. ex aliis vero penitus inspectis, ego quidem non video, quid commodi in adverſariorum cauſam redundare poſſit. Duas ex citatis legib⁹ eligo, quarum interpretatione adverſariorum argumenta ex iſtis, & aliis deſumpta, omnino confutari poſſe conſido.

§. XVIII.

In lege enim 33. D. de ſerv. præd. ruſt. proponitur facti ſpecies ſequens. In diſtione duorum fundorum ruſticonum inter condonios conuenit, ut alteri per alterum aquam duce-

ducere liceat, respondet Africanus; servitutem recte esse impositam. Ecce igitur, inquit, servitus pacto solo imposta, quod scilicet pactum in traditione rei sue sit appositum. Sed hoc gratis adsumitur, quasi traditione servitutis opus non esse, ut servitus pro acquisita haberi possit, quod enim ab Africano respondetur, servitutem recte esse impositam, sub ea, tantum conditione accipendum est, si omnia, quae ad constitutionem servitutis sunt necessaria, adsint. Nec haec loquendi formula adeo insolita est. Ita enim servitudes pacto constitui non unico loco dicitur §. 4. Inst. de serv. etiamsi quasi traditione juris ad earum constitutionem opus sit l. ult. D. de serv. l. 19. D. quem serv. amit. & ususfructus eodem modo pactionibus constitui dicitur L. 3. D. de usufr.

Neque quod obiter tantum monere velim, in ea lege de eo quæstio agitabatur, utrum pacto solo servitus constitui possit, sed cardo rei in eo potius vertebatur, quod servitus fundo communis constitueretur. Cujac. ad Africanum tract. 9.

Ad l. 3. com. serv. eadem fere respondere possem, quæ jam ad legem præcedentem dixeram, & præterea aliud prorsus argumentum, quod ad causam nostram plane non pertinet, in ea tractatur. De eo scilicet dubitatio movebatur, utrum in ipsa traditione servitus constitui possit, cum tamen prædium, antequam alteri traderetur, adhuc in dominio constituentis esset; notum enim est, rem propriam nemini servire: Tantum autem abest, ut ista lex nobis aduersetur, ut illa potius, omnibus ponderatis, mirifice ad firmandam causam nostram faciat;

in



in ea enim Gajus præcipit, jure impositam esse servitutem, si duorum prædiorum dominus in traditione alterius paciscatur, ut *prædium, quod retinet, tradito serviat*, hic enim non amplius quæstio est de pacto reservativo, traditioni rei suæ apposito; nihil enim sibi reservat dominus tradens, cum potius jura futuri domini augeat. Nec amplius dominus legem rei suæ, quam tradit, dat, sed prædio, quod retinet, neque de tali pacto prædicari poterit, quod in ipsam traditionem tali modo influat, ut accipiens non amplius plenum rei dominium, sed imminutum consequatur. Neque quidquam commune habet traditio prædii cum impositione servitutis in prædio, de quo tradendo non agitur, nisi fortasse dicas, servitutem in traditione prædii ita contineri, ut mediante prædii traditione servitus in prædio retento constituta pro tradita etiam habeatur; quod autem naturæ rei manifesto repugnaret; nemo enim nescit, jura servitutum tradi non posse eodem modo, quo res corporalis traditur, sed usum & Domini patieatiam in constitutione servitutum pro traditione haberri. I. ult. de serv.

Sed age; servitus in legibus istis solo pacto constituta dicitur, quid inde contra Thiesin nostram sequitur? puto nihil; cum jam adsit juris in re quasi traditio. Cum dominus, qui rem tradit, reservato sibi in ea jure in re, jam in usu hujus juris sit, neque opus sit novo aliquo factio, quo usum juris hujus, quod jam exerceat, adipiscatur. Sed perge disputando, hoc rursus a nobis concessio, usum talem pro quasi traditione haberri non posse, nondum tamen confecta res est. Cum sem-

semper adesset inter pactum juris alicujus reservativum, & pactum nostrum de non alienando differentia, ideoque ab illo ad hoc consequentia deduci non posset; in pacto enim, quo dominus sibi jus aliquod in re reservat, nunquam agitur de jure novo in re constituendo, sed de jure, quod jam habet pacificens, post traditionem retinendo, quae si pacto nostro de non alienando applicentur, quam diversa ejus sit causa, facile intelligi poterit. Vide tamen Lauterbach Coll. Pand. Libr. II. Tit. XIV. §. 54.

§. XIX.

Quod analogiae juris conveniens esse probavi, id quoque legibus, quae ad speciem nostram pertinent, in §§. sequentibus probabitur. Fatti speciem in I. 135. D. de V. O. contentam jam supra §. X. exposui; restat ergo, ut quae in dicta lege propugnandæ doctrinæ, cui nomen dedi, inserviunt uberioris, nunc persequar. In ea autem continetur pactum de non alienando a domino in traditione rei suæ initum, alienatione contra fidem pacti facta, respondet jurisconsultus, actionem ex stipulatu in id, quod interest, Seize donatrici competere, dominium vero ad fratrem coheredem transferri, expresse non docet jurisconsultus, sed id ex eo bene deducitur, quod detur actio ad interesse prosequendum; nisi enim translatum suisset dominium, & servus ad fratrem heredem pervenisset, dari non posset actio ex stipulatu in id, quod interest, cum nullum, dominio in fratre haud translato, cogitari posset interesse, quod Seia specie veri allegare valeret. Unde consequens esse videtur, ut alienatione contra pactum in traditione rei suæ appositum facta, transferatur dominium, & sola competit actio ad interesse consequendum.

F

§. XX.

 §. XX.

Alter locus, quo sententiæ nostræ firmamentum quoddam accedit, est l. 3. C. de Cond. ob Caus., de qua hic aliquid differendum est; cuius legis verba ita sonant: *Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandæ suæ portionis facultas illa competenteret, id efficit, ne alteruter vestrām prorsus alienet: Vel ut donatori, vel ejus heredi, si non fuerit conditio servata, conditio queratur.*

Fines dissertationis academicæ profecto transgrederebamus, si varias de sensu legis nostræ sententias Interpretum congerere, inter se comparare, atque refutare vellemus. Statim nostram interpretationem subjeciamus. Ajunt imperatores, conventionem de non alienando traditioni rei suæ appositam efficere, ut res prorsus non alienetur, vel conditio donatori competit, si conditio non fuerit servata. Non dicunt Imperatores, conventionem id efficere, ut res alienari non possit; quodsi ii dissident, vereor sane, ne in castra adversariorum transiturus sim; sed hæc fuit Imperatorum sententia, ut prior propositio ad statum, posterior ad jus respiceret, quodsi admittas, omnia plana erunt. Nempe Imperatores duos casus sibi proponunt. 1.) donatarium legi sibi dictæ parere, quo in casu nihil habent Imperatores, quod jubeant, observata enim lege traditioni scripta, res in suo statu permanet. 2.) Donatarium fidem rumpere, atque contra pactum alienare, quo in casu conditio donatori competit.

Neque me movet verbum; *efficere*, quod in priori propositione invenitur. Id enim verum est, passionem causam esse, cur

cur res non alienetur, nempe causam impulsivam, nisi enim lex traditioni fuisset data, donatarius forte fuisset alienatus; sed talis pactio non est causa necessaria, id est, non efficit, ut dominus nullo modo alienare possit; id quod ex eo quoque, luculententer probatur, quod in secundo casu, quem singunt Imperatores, rem revera esse alienatam, supponunt. Tantum igitur abest, ut lex hæc sententia nostræ adversetur, ut illa potius, omnibus, quæ ea continentur, momentis consideratis, sententiam nostram confirmet, atque uberioris commonshret, alienationem contra pactum factam subsistere, cum ex pactione, alienatione contra pactum facta, actio personalis tantum oriatur, in alienantem dirigenda, non vero actio realis.

§. XXI.

Sed hic tractationi nostræ finem imponimus. Plura profecto addere potuissimus, si ad singula adversariorum argumenta, quæ jam inde a pluribus seculis opposita fuerunt, respondere voluissimus. Sed ea plerumque levidensia, atque argutiis & subtilitatibus nimis repleta sunt, quo titulo præprimis Ant. Faber reprehendendus videtur. Me in eo saltem nunc partibus meis satisfecisse existimo, qui in priori hujus libelli sectione ostenderam, ex Pomponii doctrina, nullum prorsus de non alienando pactum efficax fuisse, licet ab eo alii Jcti Romani diffenserentur, quod domino de re sua non alienanda pacisci facultatem concesserint, quibus autem præmissis, postea in altera sectione uberioris monstraveram, Justinianum Pomponii sententiam pro parte deseruisse, dominoque potestatem dedisse, ut contra eum, in quem rem suam transferre parabat, pacto sibi cavere posset,

posset, ne res in eum transferenda ab illo alienetur, hac tamen conditione servata, ut nunquam conventione ipsa res afficeretur, atque, ut ita dicam, inalienabilis redderetur, sed saltim actio in personam adversus eum praestō sit, qui contra fidem pacti rem alienasset, atque in alium transstulisset, qua id, quod ejus intererat, alienationem factam haud fuisse, consequeretur.

PRÆNOMINISSIMO ATQVE DOCTISSIMO
DOMINO
CANDIDATO CARRARD
S. P.
P R A E S E S.

*R*ecipis Dissertationem, quam mihi exhibuisti, integrum, puram, non sententiis opinionibusque meis imbutam. Nolui profecto, vel addendo, vel detrahendo, vel interpolando nativam partur ingenii Tui formam immutare. Neque certe illo erubescendum Tibi esse putem, cum tam præclarum eruditio[n]is Tua reddat testimonium. Perge iter, quod secundis auspiciis ingressus es, & prorsus persuasum Tibi habe, Te aliquando ad propositum Tibi honoris finem nominisque gloriam, qua Gens Tua splendidissima & apud exteror[um] jam dudum jure meritoque ornatur, p[ro]venturum esse. Et ut denique Tuam in me amicitiam nunquam non commendatam Tibi habeas, omni studio abs Te, proxime in patriam discedente, contendeo. Dabam d. XXIV. Octobr. a. C. MDCCLXXXIX.

W18

ULB Halle
005 361 877



3



B.I.G.

Black

19

18

17

16

15

14

13

12

11

10

9

8

7

6

5

4

3

2

1

Farbkarte #13

Yellow

8

7

6

5

4

3

2

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

1

<p