



Wd. 67.



73

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
FVNDAMENTO
RETRACTVS DVPLICIS
IN AGRIS
HAMBVRGENSIVM
VSITATI

Occasione art. 61. des Land-Rechts

QVAM
INDVLTV FACVLTATIS IVRIDICAE
IN REGIA FRIDERICIANA

PRAESIDE

ACADEMIAE PRORECTORE

DN. IVSTO HENNING. BÖHNERO
ICTO

POTENTISS. REG. BORVSS. CONSIL. INTIM.
PROF. IVR. ORDINARIO

PRO LICENTIA

SVMOS IN VTROVQVE IVRE CAPESSENDI HONORES
ET PRIVILEGIA DOCTORALIA

D. XVIII. SEPTEMB. MDCCXXII.

H. L. Q. C.

PVBlico ERVDITORVM EXAMINI
SVBMITTIT

CHRISTIANVS DRESKY
HAMBVRG.

HALAE MAGDEBVRGICAE
Typis IOANNIS GRVNERI, Academ. Typogr.

UNIVERSITÄT HAMBURG
FUNDAMENTO
RETRACTUS DIVERSIS
IN REBUS
HAMBURGENSIVM
VSA TI
Oratione in die 20. Junii 1708
HAMBURGENSIVM
DR. JOHANN BERNHARDT
ALPHABETICA
CHRISTIANUS
HAMBURG



INCLYTAE AC LIBERAE REIPUBLICAE
HAMBVRGENSIS

MAGISTRATI
AMPLISSIMO ET SPLENDIDISSIMO
VIRIS

ILLVSTRIBVS, MAGNIFICIS,
EXCELLENTISSIMIS, PRAENOBILISSIMIS,
AMPLISSIMIS, AC CONSVLTISSIMIS

DOMINIS DOMINIS
CONSVLIBVS
SYNDICIS

SENATORIBVS
PROTONOTARIO
SECRETARIIS

ET
ARCHIVARIO

PATRIAE PATRIBVS OPTIMIS
MVNERIS DIGNITATE SCIENTIARVM SOLIDITATE
PRVDENTIAE SINGVLARIS PERSPICVITATE VIRTVTVM
PIETATE IVSTITIAE ATQVE AEQVITATIS
ADMINISTRATIONE

SPECTATISSIMIS

DOMINIS
MAECENATIBVS AC PATRONIS

OMNI HONORIS OBSERVANTIA ET CVLTV
SVBMISSE ET OBSEQVIOSE
DEVENERANDIS PROSEQVENDIS

HANC DISSERTATIONEM INAVGVRALEM

IN
PROMTISSIMAE VOLVNTATIS DOCUMENTVM
ET

OBSEQVII MONVMENTVM
PIE RELIGIOSE ATQVE DECENTER
DEVOTO CVM VOTO

PROSPERITATIS OMNIGENAE
FELICITATIS PERPETVAE
FORTVNAEQVE AMPLISSIMAE
DICERE DEDICARE ET CONSECRARE

SIMVLQVE
GRATIAM ET PATROCINIVM
EORVM

SIBI EXORARE
VOLVIT DEBVI

AVCTOR

CHRISTIANVS DRESKY.



DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE

FVNDAMENTO
RETRACTVS DVPLICIS
IN AGRIS
HAMBVRGENSIUM
VSITATI.

PROOEMIUM.



Timur hodie in Ger-^{Duplex in}
mania duplici iure ^{Germania}
^{ius commu-}
communi, domestico, ^{ne, dome-}
^{sticum &}
& peregrino. Illo ^{peregrini-}
^{num}
ius antiquum Germa-
nicum indigito, cuius primaria pars

A

in

in *iure Saxonico* continetur: per hoc vero *ius Romanum* intelligo, quod, ubi, introductis Academicis, vniuersam peragrauit Germaniam, passim in iudiciis auctoritatem accepit insignem. Vtrumque ius tamen proprias diuersasque habet rationes, quarum confusio & combinatio non potest non institutis antiquis Germaniae summum adferre praeiudicium. Ponderandum utique est, ius Romanum tantum esse receptum in *subsidiu*, & quidem imprimis iis in materiis, quae a Romanis ad Germanos sunt deuolutae, & antea iisdem fuerunt incognitae; quae autem ex peculiaribus Germaniae scitis dependent, vnice ex horum principiis esse aestimanda & decidenda. Et enim

*utrumque
diuersas
rationes
habet*

enim hoc discrimen olim ab his, <sup>non semper
a Ictis ob-
servatas</sup> qui iurisprudentiam Germaniae excoluerunt, haud obseruatum fuisse, scripta publica docent, quod existimarent, omnia & quaeuis Germaniae instituta ex iure Romano, diuersis instructo principiis, illustranda esse, vtpote quod fere vnice tantum in Academiis traditum, inculcatum, & explicatum est. Quanta vero confusio <sup>unde confu-
sio insignis
orta</sup> inde orta fuerit, meo non indiget testimonio, quum ipsa rerum argumenta hanc satis superque comprobent. Longe prudentius censuit SCHILTERVS *in dedic. pr. iur. Rom. aiens: Fons & origo huius mali non alius arbitror potest ostendi, nisi defectus prudentiae ciuilis, quae sicut in Romanorum Ictis excellens*

*cellens existit, ita in coniungendis
 legibus patriis atque peregrinis
 quam maxime requiritur.* Sicuti
 vero haec prudentia civilis iuris pa-
 trii & peregrini scientiam solidam
 praesupponit; ita ignorantia iuris
 patrii eiusque neglectus in Acade-
 miis in causa fuit, quod de con-
 iunctione harum legum earumque
 diuersa ratione solidum ferri non
 potuerit iudicium. Si *retractum*
 eiusque singulares species in Ger-
 mania, & maxime in patria mea,
 usitatas intueor, fere vnice in iure
 antiquo Germanico sedem suam
 habent, & a rationibus legum Ro-
 manarum abhorrent. Inde ergo
 eius iura petenda: inde aestimanda;
 non vero ex penu iurisprudentiae
 Romanae exornanda, id quod
 qui

*maxime in
 retractu*

qui more SVTORII, REINKINGII,
 TIRAQVELLI aliorumque fece-
 runt, magis hanc doctrinam de-
 prauarunt, quam illustrarunt.
 Qua de causa cum in animum in-
 duxerim meum, *retractum dupli-*
cem, cuius fit mentio in *art. 61. des*
 Hamburgischen Land-Rechtes hac
 inaugurali dissertatione excutien-
 di, & *fundamenta* eius euoluendi,
 meum vtique erit, fontes eius ge-
 nuinos, vnde manauit, in Germa-
 nia quaerere, & ex iis potiores
 conclusiones, tanquam riuulos,
 deducere. Id quod duobus capi-
 tibus expediam, quorum alterum
 occupatum erit in *retractus genti-*
litii fundamentis; alterum vero
 in *retractu vicinitatis*. Vtriusque
 sententiam exprimit *cit. art. 61. se-*
ntentia.

*& Ham-
 burgensi in
 agris visi-
 tato*

*verba Sta-
 tui.*

quentis tenoris : **W**eßtehr een
Erve verkopen will, de schall idt vor-
heer Vader und Moder, und den
negsten Fründen, und dem negsten
Naber, da hee up watert, ankündi-
gen, und so ferne desilvigen dat Erve
innerhalb 2. Mandt nicht besprecken
werden, mag hee idt unverbindert
verköpen, woer heen he will, und
schall de Koop stede gehalten werden.
Huius itaque legis hac dissertatio-
ne commentarium dabo. Faxit
DEVS feliciter!

CAP.

CAP. I.

De

Retractus gentilitii in agris Hamburgensium vsitati fundamento.

§. I.

Ius nostrum, quod Hamburgensi in districtu Ius Hamburgense duplex obtinet, est duplex, alterum quod ipsam urbem concernit, eiusque ciues & incolas obligat, vocaturque das Stadt-Recht; alterum vero, das Stadt-Recht quod obtinet in agris seu villis in territorio Hamburgensi sitis, vocaturque das Land-Recht; Hae das Land-Recht speciatim quidem recitantur in *art. I.* & comprehendunt *die Untersaten wanhaftig in dem Billwerder / Utschlage / Offenwerder / Mohrwerder / und Zinkenwerder / Mohrberg / Zaten / Barge / und Spaden-Lande.* cuius termini adferuntur. Sed non omnia loca in districtu Hamburgensi sic his recitatis absolui, plus quam manifestum est, cum incolae in denem *Ham- und Horner-Länder* / proxime ipsam urbem nostram attingentes haud referantur; adeoque saepe etiam dubitetur, vtrum illos ius hoc, agris datum, quoque obliget, prout infra declarandi, & de peculiari natura & ratione horum locorum *cap. seq.* commodior agendi locus erit.

§. II.

Iura ipsa tum *urbi* tum *agris* praescripta non Non conueniunt haec iura ubique prorsus conueniunt inter se. Habent quidem fontem quandam communem, vnde tanquam riuuli pluri-

*licet ex iure
Saxonico anti-
quuo fluant*

*quod illustra-
tur ex anti-
quitatibus*

plurima fluunt, *ius* scilicet *Saxonicum* h. e. antiquis-
simum ius Germaniae commune; sed sicuti quae-
libet ciuitas suas rationes peculiare habet; ita paul-
latim propria quaedam iuri communi in singulis
locis & sic etiam Hamburgi superaddita, quaedam
pedetentim immutata, quaedam etiam ex iure
Romano recepta sunt. Ceterum iura antiqua Saxo-
num fontem communem legum Hamburgensium
esse tum ipsa conuenientia earundem cum illis do-
cet, tum inprimis confirmat HELMOLDVS in
Chron. Slauor. lib. I. cap. 47. apud LEIBNITIVM
tom. II. rer. Brunswic. p. 577. aiens: *tres autem sunt
Nordalbingorum populi, Stormarii, Holzati, Thet-
marzi, nec habitu nec lingua multum discrepantes,*
TENENTES SAXONVM IURA. Completebatur
olim dioecesis Hamburgensis hos tres populos, vt
diserte IDEM *cit. l. c. 6.* testatur. Nam praeter ho-
noremetropolitanae sedis, qua omnes nationes siue
regna complectitur aquilonis, habet utique Hammer-
burgensis ecclesia praescriptos terminos suae parochiae,
VLTIMAM SCIL. PARTEM SAXONIAE, quae
*est trans Albiam, & dicitur Nordalbingia, continens
tres populos, Tethmarsos, Holsatos, Stormarios,*
Vltimam ergo partem Saxoniae dioecesis Hamburg-
ensis complecti dicitur, adeoque non dubitandum,
quin, quod vrbs cum agris in terra Saxonica, & vl-
tima quidem parte Saxoniae, sita fuerit, & iure com-
muni Saxonico quoque vsa fuerit, quod etiam praee-
ceteris inter nostros ciues illustrauit, variisque tes-
timoniis ostendit doctissimus D. MATTHAEVS
SCHLVTERTVS vom Erb-Recht der Ehe-Leute tum
in prooemio §. 155. seqq. tum tit. II. & III. Ex hoc
fonte

fonte itaque etiam in dubio ius vtrumque tum quod in vrbe tum quod in agris Hamburgensium obtinet, explicandum, quatenus eidem conueniunt, & rationes suas inde petunt. Ipsa tamen iura, des *Stadt- und Land-Rechts* / in peculiaribus suis scitis vltra suum districtum & suos terminos haud extendenda, adeoque ius agris datum nec ad urbem trahendum, nec temere huius peculiaria scita agris applicanda; vt prae laudatus SCHLVTERVS *loc. cit. tit. 3. §. 18. sqq.* docet.

Ex hoc iure Statutum Hamburgense explicandum.

§. III.

His praesuppositis facile liquet, me hic potissimum sollicitum esse de *retractu in agris vsitato*. *Retractus a retrahendo dicitur, eodem modo vt contractus a contrahendo.* Est autem *retrahere*, rem ad se ab alio, qui in ea ius praetendebat, rursus reuocare, id quod quidem ex vario fieri potest iure, potissimum autem in sensu iuridico ex iure cuiusdam *praeferentiae* vel in *consanguinitate* vel in aliis fundatae causis. STRYK *de success. ab intest. diff. VI. c. I. §. 2.* vulgo *das Näher-Recht / das Einstands-Recht*. Dicitur alias etiam solet ius *περιουσιως*, quod tamen praedicatur primario de *praeferentia*, quae per pactum venditori est *speciatim* reseruata. Est enim retractus potissimum duplex vel *conventionalis* vel *legalis*. Ille per pactum, hic per legem vel statutum constituitur. Ille tantum operatur, vt re adhuc integra, vel ea re nondum tradita, praefertentiam prior venditor, qui hoc ius sibi reseruauit, prae extraneo sibi asserere, & praetendere possit, vt res vendenda sibi potius quam extraneo vendatur pro eodem pretio; non autem praebet

Retractus de nominatio

est duplex vel conuenionalis vel legalis.

facultatem rem reuocandi a tertio possessore, cui iam tradita est, quod ea pactorum non sit efficacia, vt contra tertium possessorem agi possit, sed tantum promittentem obliget. Diuersa vero *retractus legalis* ratio est; haec enim non tantum ius, quod adductum est, tribuit, sed etiam concedit facultatem rem a tertio, cui iam tradita est, reuocandi, quod *legis* dispositio potentior sit *pactorum* obligatione.

§. IV.

*Inter species
legales retra-
ctus eminet
consanguini-
tatis*

Hic tantum agimus de *retractu legali*, quem ius nostrum *agris* concessit, & quidem ex iure *consanguinitatis*, vi cuius proximi consanguinei res immobiles extraneo venditas reuocare & praetendere possunt, vt sibi potius vendantur iisdem cum extraneo initis pactis, eodemque prorsus pretio. Natales huius iuris, quod *retractum gentilitium* vulgo vocant, obscurarunt admodum Dd. fluctuantes sententiae & opiniones. Apud Romanos tale ius olim obtinuisse indicat *L. 14. C. de contrah. emt. & vend.* quae docet, ante VALENTINIANI iunior. & THEODOSII M. tempora proximos confortesque extraneis in emtione praelatos fuisse. Enim vero non diu in republica Romana id viguisse multa demonstrant. Sub gentilibus Imperatoribus eius vsus non fuit, vt DIOCLETIANI constitutio relata in *L. 3. C. de commun. res. alien.* docet. CONSTANTINVM primum fuisse arbitratur IACOBVS GOTHOFREDVS in *comment. ad l. 1. C. Theodos. de contrah. emt. vend.* qui exemplo forsitan legis Mosaicae inductus hoc in Christianam Republicam introducere studuit. Sed non diu stetit viguitque praedicta lex, quam anno 391. sustulerunt
Impe-

*Romanis non
diu cognitus*

Imperatores ex ea ratione, *quia grauis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inuiti.*

Antiquarunt vero rursus hanc legem seculo X. reductus a Constantino Porphyrogeneta CONSTANTINVS Porphyrogeneta, & ROMANVS Lacopenus in *Nov. I.* quam recitat LEVNCLAVIVS in *iure Graeco-Romano tom. II. p. 139.* particulam vero eius refert HARMENOPVLVS in *promtuar. iur. ciu. l. III. tit. 3. n. 118.* Certus ordo in hac Nouella est praescriptus iis, quibus praerogatiuam concesserunt, ut in re communi (I.) praeferantur proximi cognati: (II.) cognatis communionem non habentibus, socii: (III.) post hos qui tantum permixti sunt, h. e. quorum fundi quodammodo inclusi sunt fundis venditis, vel ita ab his circumdati, ut non commode separari queant: (IV.) Post hos simul censiti, seu quotquot sub eodem censore perscripti sunt & in censum publicum relati: denique (V.) vicini. Inde vero recte infert GOTHOFREDVS *cit. l.* ius hoc non *cognitioni* fuisse datum sed *consortio, permixtioni & viciniae*; adeoque ad illustrandas natales retractus *gentilitii* nihil facit.

§. V.

Aliunde ergo fontes huius iuris sunt petendi. Si consulimus interpretes, incertis ut plurimum nauigant procellis, ita ut parum subsidii nobis suppeditare videantur. Quidam prouocant ad *ius canonicum*, quo hoc ius approbatum est in *c. 8. X. de restit. in integr.* Enim vero *consuetudinis municipii Parrosimensis* ibidem fit mentio, qua hoc ius approbatum erat, quae ad Germaniae praxin nihil omnino confert. Tantum id euincit hic textus, ius hoc

Non fuit ex iure canonico

*nec ex favore
familiae.*

non adeo iniquum esse, sed consuetudinem, vbi haec viget, obseruandam. Alii ad fauorem *familiae* prouocant, constituentes, *cognitionis & proximitatis* habendam esse rationem: statutum *cognitionis* causa introductum fauorabile esse: & consuetudinem retractus tanquam generis, *familiae*, nominis & domus conseruatricem fouendam: satis lugubre & deplorandum fore, videre *paternas & auitas* domus, ac antiqua maiorum praedia in extraneas peruenire manus: in his etiam, quae fuerunt maiorum nostrorum, nos esse *exterioris* singulari quadam in eos affectione praeferebimus. SVTORIVS *de retractu thes. 3. 4. 11.* TIRAQVELL. *de retractu linear. in praefat. p. 8. n. 36.* Conglomerat plures alias iuris rationes TIRAQVELLVS *cit. l. n. 37. seqq.* quae rebus maiorum fauere videntur, veluti, quod mandatum procuratori datum repudiandi, non trahatur ad res maiorum: quod sola prohibitio, ne res maiorum alienetur, sufficiat, licet nulla prohibitionis causa addatur: quod, vbi agitur de remittenda quantitate debiti, suffragia consanguineorum praeferri debeant extraneis, & quae sunt aliae huius farinae assertiones.

§. VI.

Fauor familiae aut affectio per se non vincunt ius constitutum.

Omnes itaque hae rationes fundantur vel in fauore *consanguinitatis* vel in peculiari *affectionis* ratione, quae tamen per se non euincunt *ius constitutum*, nec necessitatem tale ius constituendi, sed vel *suasoriae* tantum sunt, quibus legislator moueri & induci possent ad tale ius introducendum, vel *iustificae* si tale ius constitutum est, quibus demonstratur, non inique retractum consanguineis concessum

sum esse. Enimuero de eo non quaerimus, quid constitui possit? nec in quaestione est, an tale ius rationale sit? sed potius in *originem & fundamentum adaequatum*, quo apud Germanos tale ius constitutum est, inquirimus, quod in huiusmodi rationibus certe quaeri non potest. Si magnus est fauor *consanguinitatis*, non leuis quoque est fauor *fidei datae*, & contractuum seruandorum curae: *affectio* sola nemini ius tribuit perfectum prae extraneo, & quae a TIRAQUELLO sine iudicio accumulatur assertiones, rem non explicant, sed vaga collectanea suppeditant, ex quibus nulla certa conclusio in hac doctrina neci potest.

§. VII.

Quidam recurrunt ad mores gentium communes, animaduertentes, simile ius retrahendi apud plures gentes hodie obtinere, quorum nonnullos memorat ANDREAS TIRAQUELLVS *cit. bent l. in praef. num. 1.* Imo adeo antiquitate sua sese hoc ius commendare ait REINKING *de retractu consangu. qu. 1. n. 9. sq.* vt iam eius natales in *politia nec politia Iudaica* reperiantur, & ita *legum diuinarum auctoritate praefulgeant. Lev. XXV, 25. Ruth. IV, 4. Jer. XXXII, 7. sq.* Ab Hebraeis postea ius idem transiisse ad Graecos & ab his ad Romanos peruenisse, rursusque a Romanis aliis gentibus communicatum & inde factum forsitan fuisse, vt in *ius gentium* fere mutatum fuerit, idem docet. Plura in hac relatione supponuntur erronea & fabulosa. Non enim statim iuris gentium dici potest, quod apud plures gentes receptum. Ius tale rectius *ciuile plurium gentium* dici posse ait GROTIYS, quod

*iuris Iudaici
singularis ra-
tio.*

vel vna gens ab altera simile ius receperit, vel tantum simile ius esse videatur, cum tamen non fit idem. In Republica Iudaica *ius reuolutionis* praescriptum, peculiare suas rationes, a nobis prorsus alienas, habebat. Ad leges fundamentales huius Republicae *lex agraria* spectabat, cuius primario capite cautum erat, ne fundi in perpetuum alienari possent. Qui necessitate adacti alienauerant agrum, illum redimere poterant, vt ad veteres dominos transiret. Si inops autem dominus redimere alienatum fundum non poterat, agnati suo aere illum intra annum reluebant. Imo *annus Iubilaeus* tandem omnia pauperibus restituebat, ne paucorum auaritia omnia ad se raperet, pauperes vero opprimerentur, quorum magnam curam DEUS habuit. Non inepte censuit LEIDEKKER *de republ. Hebr. lib. V. c. II.* magis vsus fundorum eorumque fructus venditos fuisse, quam *plenam proprietatem* alienatam, cuius alienatio erat nulla. Et hae quidem iuris Hebraici rationes ostendunt, singulares admodum huius retractus fuisse conditiones & circumstantias, aliis gentibus haud communes. Quis ergo sibi aliisque persuaderet, ab his ad Graecos, & horum propagine ad Romanos aliasque gentes idem ius peragrassse, cum ne quidem idem ius gentes, quibus *ius retractus* vsitatum fuit, habuerint. Habuere Germani sua propria instituta, ex quibus ius reluendi proximiori indulgebant, non eodem cum Hebraeis modo. Imo antequam ius Romanum, secundum quod ne quidem retractus, nisi breui admodum tempore vsus habuit, Germanis obtruderetur, ex legibus domesticis iam praxin

praxin retrahendi exercuere, & ex eodem fonte hodie quoque idem ius in viridi est obseruantia.

§. VIII.

Rurfus alii recurrunt ad constitutionem Nec peti pos-
est hic retra-
tus ex confi-
tutione Friderici. FRIDERICI s. Feud. 13. & 14. relata, quae agit de iure et agrorum. De eius autem obseruantia & vsu pluribus disputat REINKING. cit. l. n. 23. sqq. quamquam haec contentio meo iudico satis otiosa sit. Legem enim hanc Italis latam fuisse quis ignorat? Non ergo quaeritur, an in Italia vsum habuerit, sed an Germani fontem sui iuris, quod in retrahendo exercent, petere exinde debeant. Hoc ius Germanis iam vsitatum fuit, antequam FRIDERICVS hanc ederet constitutionem, nec quod ius Italis datum, Germanis quoque datum fuisse, asserendum est. Denique quid inconuenientius est, quam fundamenta huius iuris petere ex Italia, cuius propriam rationem ab omni aevo Germania habuit?

§. IX.

Tandem plures eo dilabuntur, vt censeant, Nec denique
debetur Sta-
tus particu-
laribus. non iuri communi aut constitutionibus Principum, sed consuetudinibus & Statutis locorum illud vnice adscribendum esse. GAIL. lib. 2. obs. 19. n. 1. BERLICH. P. 2. concl. 39. n. 12. Rationes qui ita subducunt, 1.) in eo errant, quod opinentur, tantum ius Romanum esse *ius commune*, quem errorem iam dudum alii profligarunt, cum *ius Germanicum antiquum* in sensu potentiori *ius commune* censendum sit. 2.) Etiam consuetudinibus, maxime *vniversalibus*, suae rationes sunt, quae potissimum ex moribus & institutis populorum vniformibus nascuntur. Haec ergo indaganda, haec euoluenda, vt consuetudi-

NUM

num Germanicarum sua stet certitudo & auctori-
tas. 3.) Statuta primario quidem in hac doctrina
respicienda, quae hoc ius varie determinant, &
pedetentim plura in eo innouarunt, & mutarunt,
prout particulares ciuitatum rationes id postula-
runt; ast ex quo fonte haec statuta profluxerint,
primario indagandum erat. Sunt in plerisque Ger-
maniae ciuitatibus statuta de *successione coniugum* &
certa iis assignata portione ex communibus coniu-
gum bonis, quae *causam communem* habent, fun-
datam in *communione bonorum* inter coniuges, olim
per totam Germaniam vsitatam. Hoc itaque fun-
damento adstructo, huius statuti sensus perspicuus
est, omnesque inde resultantes difficultates supe-
rari possunt. Pari etiam ratione statuta de hoc *re-
tractu vniuersalem causam* agnoscere debent, cum
enclamatum sit, vix deesse prouinciam, in qua
eius ratio non habeatur.

§. X.

Germani in
immobilibus
primarium
constituere
patrimonium

Qua de causa perueniamus tandem ad ipsa
instituta Germaniae antiqua, quae originem huic
iuri dedere. Bona, vt notum est, sunt vel *mobilia*
vel *immobilia*. In his primarium Germani patri-
monium constituerunt, operamque dederunt, ne
temere alienarentur. Mobilium non aequae curam
habuerunt, vt pote quae vel facile consumuntur vel
ea affectione tamen, vt immobilia, non appetuntur,
vti optime obseruarunt illustr. DN. THOMASIVS
in select. feud. §. VI. p. 13. sq. & DN. SCHLYTER *von*
unbeweglichen Gütern P. 1. l. 1. §. 5. Immobilia
maiores in duas distinxerunt classes; nempe quod
essent vel nouiter *acquisita* vel *hereditaria*. Illa
dicuntur,

sunt vel ac-
quisita vel
hereditaria

dicuntur, quae a praesente possessore nouiter acquisita sunt titulo singulari legitimo; vid. COTHMAN. vol. 1. resp. 38. vol. 2. resp. 12. n. 13. quae enim titulo *uniuersali*, vel simili, sunt potius *hereditaria* dicenda. Iure patrio Hamburgensi P. III. tit. 1. §. 7. haec bona euidenter satis distinguuntur. Unde wird *distinctio de-*
 disfalls für Erbgut gehalten und genennet / nicht *claratur ex*
 allein was jemand von seinen Eltern oder nächsten *Statuto Ham-*
 Freunden durch tödtliche Fälle angeerbet / sondern *burgensi*
 auch / mit was Gute die Eltern ihre Kinder / oder die nächste Freunde ihre nächste Erben / bey derselben Vollmacht berathen und ausgesteuret haben. Aber was sonst aus sonderlicher Gunst und Zuneigung gegeben wird / oder durch Vernumst und sorgfältige Arbeit von jemand erworben / das darf man für kein Erbgut rechnen oder halten. In an- & *antiquis*
 tiquis diplomatibus saepius vtriusque patrimonii *formulis*
 iniicitur expressa mentio, certo indicio, Germanos, Gallosque distinctionis huius admodum rationem habuisse. In *formulis* MARCVLFI lib. I. c. 12. tres bonorum species referuntur: 1) quae aut *munere regio* 2.) aut *de alode parentum*, vel 3.) *undecunq*
ue ad praesens tenere videntur. Prima species *acq*
uisita denotat atque innuit. IDEM lib. II. c. 7. itidem distinguit facultates, tam *de alode*, quam *de comparato* & post pauca ita differit: *dono tibi omni corpore facultatis meae vbicunq*
ue, *undecunq*ue, tam *de hereditate parentum*, quam *de comparato vel quod pariter laborauimus*. In praecepto CLODOVEI, *vi & capitu-*
 quod recitat CAROLVS COINTIUS tom. 1. *Annal. laribus*, *Franc. eccles. ad ann. 496. n. 3. p. 173. sqq.* fit mentio bono-

bonorum, quae hereditate vel iudicio fuerint delegata, tam ex munere nostro (regio) quam de paterno & proprio vel in reliquum de comparato. In CAROLI calui capitul. de anno 860. tit. 31. c. 7. apud BALVTZ. tom. II. capit. p. 144. eadem distinctio occurrit: & illorum alodes de hereditate & de conquestu. Similiter tit. 32. c. 4. p. 145. alodes illorum quos de hereditate & de tali conquestu qui de nostra donatione non venit, habuerunt. Itemque lib. 1. formul. iam alleg. MARCVLF. c. 33. p. 392. tam quod regio munere perceperat, quam & quod per venditionis, donationis, cessionis, commutationis titulum vel de alode parentum possidebat. In append. Formul. p. 461. c. 46. Quidquid ex accessione parentum aut ex contractu habebat & c. 47. tam ex alode parentum meorum, quam ex meo contractu mihi obuenit & c. 49. p. 463. omnes res meas, tam ex alode parentum, quam ex meo contractu mihi obueniunt. Item c. 52. p. 464. tam de alode quam de comparato vel de quolibet adtractu.

§. XI.

Textus itaque adducti docent, appellationem *alode*, quatenus comparato opponitur, bona hereditaria denotare, quamuis generalior acceptio nonnunquam quaeuis propria bona, feudalibus opposita, complectatur. Simili ratione etiam in idiomate nostro bona hereditaria variis appellationibus veniunt. Nam (1.) vocantur Stamm- & Gütther / cum anstammen idem sit ac erben / iuxta vulgatum illud: Was einmahl in den Stamm gekommen muß bey den Stamme bleiben. Ius Electorale Saxonicum huc alludit P. II. c. 12. Stamm-Gütther sind solche Gütther / welche der Donator nicht selbst acquiriret oder

Alode olim bona hereditaria denotauit

item Stamm-Gütther /

oder erlanget / sondern die von seinen Vorfahren als Groß-Vater und dergleichen gewonnen / und von denselben ihren Ursprung haben. Rursus P. II. *const.* 31. Jedoch daß unter Stamm-Güther diese verstanden werden / die nicht von Eltern allein / sondern von Groß-Eltern gekommen. Non ergo 1.) *bona fideicommissaria tantum*, vt censuisse videtur KNIPSCHILD *de fideic. famil. cap. I. n. 13. sqq. nec 2.) bona agnatica* hac appellatione veniunt, vt IDEM *c. 9. n. 5. sqq.* statuisse videtur; sed quandoque tantum *gentilitia* in masculos solum transitoria, quandoque in genere *hereditaria* denotant. (II.) Vocantur etiam κατ' ἐξῆς *eigen* / eodem sensu, quo *alode* primario *bona hereditaria* significat, vt antea monui. Occurrit in hoc sensu *lib. I. art. 34. sein eigen h. e. alode*, *bona auita*, *hereditaria*.

§. XII.

Nostro iure Hamburgens. talia bona (III.) *Erb-Güther* vocantur *Erb-Güther* / vt docent *art. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. P. III. tit. I.* Videlicet quod iure *hereditario* acquisitum vel *quasi hereditario*, nam etiam in *dotem* data huc pertinent, die *Aussteuer*. Latior est appellationis vocis *Erbe* / quae in primis bona immobilia, quocumque modo acquisita, denotat, vt ostendit *art. 3. P. II. tit. VIII. Stat. Hamb.* Wer sein *Erbe* / es sey *Brau-oder Wohn-Haus* / so er geerbet / befreiet / oder auch mit seinen wohlgewonnenen Gelde an sich gebracht / verkauffen will &c. In *cod. MS. Stat. Hamb.* antiquissimo, quem Illustr. Dn. Cancellarius huius Academiae a LUDWIG possidet, & mihi benigne communicavit, dicitur: *tit. vom Erbe / Eigen n. lit. G. art. 1.* So wol sin *ERBE* / dat *ehme*

ehme nicht angeeruet iß / verkopen will &c. item *tit. cit. art. 5.* So wor ein Man effte Fruwe ERBE köpen &c. Neque vero tantum praedia *urbana* vocantur Erbe / sed etiam *rustica*, vt docet Dn. SCHLVTER von unbeweglichen Güttern *P. 1. tit. 1. p. 23.* Vnde etiam beerbte Bürger alibi vocantur possessores rerum immobilium, Gütter die jemand erb- und eigenthümlich zu gehören.

§. XIII.

Vsum huius distinctionis quaesuerunt Germani in alienandi facultate

hereditaria familiae reseruata

Discrimen horum bonorum primario quaesitum fuit in *alienatione* eorumdem, quae quidem libera fuit in *acquisitis*, negata autem vel saltem restricta in *hereditariis*, ad minimum ne sine *heredum consensu* alienentur, secundum antiquum iuris proverbium: Was einmahl in den Erbgang gekommen / soll in denselben verbleiben. Studuerunt in primis Germani, ne *bona hereditaria* heredibus legitimis subtraherentur, & in primis agnatis, pro quorum conseruatione admodum solliciti erant. Imo olim ne quidem filiae in iis succedebant sed excludebantur. In lege *Ripuar. 3. tit. 56.* ita cauetur: *sed dum virilis sexus extiterit, femina in hereditatem auiticam non succedat, h. e. in bona hereditaria als väterliche Stamm Gütter.* Docet idem *MARCVLFVS* in *Form. l. 2. c. 12. diuturna*, sed *impia*, inter nos *consuetudo tenetur, vt de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant.* *IDEM cit. l. c. 10. dum & per legem cum ceteris filiis meis, auunculis vestris, in alode meo* (quod primario *bona hereditaria* denotat) *accedere minime potueritis*; quibus verbis indigitabat, filiarum liberorum cum suis auunculis seu matris fratribus succedere per legem non potuisse

potuisse in *bonis hereditariis*. *Acquisitorum* diuersa *acquisita liberat ratio*, quae liberae dispositioni possessoris relinquebant, quod nondum heredibus legitimis in iis ius esset quaesitum, & quibus demum in ea ius acquirebatur, *iure hereditario*. Vestigia huius iuris antiqui in multis supersunt locis, maxime inter nobiles *immediatos*, imo & *mediatos*, quod vel ex *iure Bremensi nobilium* liquet adducto a B. STRYK. in *usu mod. tit. de suis & legit. hered. §. 3.* secundum quod *die Erb-Stamm-Güther* tantum ad *agnatos*, & in horum defectu demum ad *cognatos* deuoluuntur; acquisita vero ad liberos utriusque sexus. Ius Romanum, quod distinctionem inter *agnatos & cognatos* sustulit, hinc inde plura innouauit, effecitque ut in plurimis locis *bona hereditaria* indistincte heredibus legitimis obuenant, nec sine horum consensu alienari queant.

sed ius Romanum multa hic innouauit.

§. XIV.

In iure *Saxon. Provinc. lib. I. art. 34.* ius antiquum repetitum *Ane des Richters Drloff mach eyn Wean sin egen wol vergeuen mit Eruen Gelosse / h. e. cum heredum consensu.* Porro *lib. I. art. 52.* *Ane Erven Geloff / und ane echte Dink / mot nymant sin Egen noch sine Lude geuen. Geuet he id weder Recht ane Erven Geloff / de Erven underwindens siet mit rechten Ordelen / also oft he dot wer (quasi mortuus esset) de dat gaff / so he is nicht geuen en moeste. Alle varnde habe geuet eyn Mann ane der Erven Geloff &c.* Sic itaque *bona mobilia* facilius alienari possunt quam *immobilia*, quod etiam Serenissimus Legislator Saxoniae Elector-

item statuti
Hamburgens.
fis iuri anti-
quo conformis

Et oralis P. II. Const. 12. repetit. Wie den aus eben diesen Ursachen das Sachsen-Recht / so von unbeweglichen Gütern redet / auf die beweglichen nicht zu erstrecken. Iure etiam patrio Hamburgensi ius antiquum Germaniae retentum & libera quidem dispositio de bonis *acquisitis* non item de *hereditariis* permessa est. Expresse enim P. III. Tit. 1. art. 4. ita cautum est: Ferner mag ein jglicher / er sey gesund oder krank / doch bey guter ungeschwächter Vernunft / in seinen Testament / welches er obgesetzter massen verordnet / seine wohl gewonnene Güther / nach Abziehung der Schulden hingeben / wie und welchem er will / ohne einigen Einspruch und Hinderung / aber vom Erb-Gut ist niemand / vermügte dieser Stadt-Rechten / ohne seiner Nächsten Erben Erlaubniß oder Bewilligung zu testiren bemächtiget / sondern dasselbe seinen rechten Erben ungeschmälet zu lassen schuldig. In re ipsa quidem ius nostrum *statutarium cum iure Saxonico antiquo* convenit; in eo autem tantum discrepat, quod de *acquisitis* libera relicta permittaque possessori dispositio er sey gesund oder krank / id quod ex iuris Romani principii superadditum est. Nam iure Saxon. l. 1. art. 32. infirmus & aegrotus nihil amplius donare poterat, quod pluribus explicavit ill. Dn. a LVDEWIG in *Differ. iur. Rom. & Germ. de donation.* p. 96. Declarantur vterius iuris antiqui scita in art. 5. tit. 1. P. III. Stat. Hamb. Hätte auch jemand Erbgut empfangen / und darzu Gut gewonnen / so soll und mag er seinen rechten Erben zukehren / so viel er zu Erb empfangen / oder mehr / ob er will / und das übrige hinwenden und geben / wohin

hin es ihm beliebet und gefällig ist. In *Codice MSCo* supra laudato Tit. Wann Vertruwinghe und Erffschichtinghe *lit. I. art. 6.* idem etiam prouisum paulo specialius: Allerhande Erbe effte gudt/ dat einem Manne ahnfallen mach/ edder anfället van sinen Oidern effte Fründen / dat hedt/ Erffgudt / und weleken Manne so dane Suedt ankumpt/ de nicht hoch genoch tho Stadt-Rechte is beseten / de mach dat nicht verkopen / edder in Liffgedinghe leeren / ahne siner rechten Erven Dulbordt / und de dat gudt van sich andtwordet / de schal of weten / wor dat gudt werde belecht up dat ist den rechten Erven nicht werde entfirdiget. Porro *l. c. art. 18.* So wann ein Mann sin Ding berichten will / he sy gesund effte krank / de schal sine schuldt allererst geladen / darnegest heft he wol tho gevende dorch Gott und sinen armen Fründen / so vell he will / und dat schall he geben van sinen gewonnen Gude / In Glossa *MSCra* haec adduntur: Wente Erffgudt schal wedder tho den Erven kamen / den he dat nicht entfrembden mach / wo in mehr steden vorclaret werdt / und dat Landrecht in velen Artickeln mitbringet / und sünderges im anderen Boeke *c. 91.* Derhalven dat selvige Boek an mennigen steden beschadet / dat man der Seele ehr deel geben schall van varenden habe. Wo dat den wer dede van Erffgude ahne Willen der Erven / de dede dufft / in deme he nicht gebe / van dem sinen / sündern van eines andren Gude. Et recte ita explicat Glossator *ius nostrum ex iure communi Germanico seu Saxónico*, indeque refert, eum qui de hereditariis aliquid in alterum transfert, magis de alienis (quod secun-

secundum quid accipiendum) quam de propriis disponere.

§. XV.

Consensus iuris Lubecensis.

Conspirat etiam cum hoc iure nostro ius Lubecense, vt pote quod eundem cum statuto nostro fontem habet. De bonis enim acquisitis *lib. I. tit. 10. art. 3.* ita cauet: Hat ein Mann wohl gewonnen Guth / es seyn liegende Gründe oder stehende Erbe / welches ihm in den obristen Stadt-Buche als er kauft Guth zugeschrieben stehet / der mag damit seines gefallens gebahren nicht anders als mit seiner fahrende Haabe / doch so ferne er zu Wege und Stege gehet / und seiner Sinne und Gliedmassen mächtig ist nach Lübschen Rechte. Quoad hereditaria vera *ibidem art. 6.* libera dispositio possessoribus est adempta: solch Erbgut mag man ohne der Erben Erlaubniß nicht alieniren, es erforderte den solches / die äußerste Ehrhaffte Noth. Dem nun das Erbgut zugehöret / muß bey seinen Eyde daß er sonst kein ander Guth habe / darzu er greiffen könne / versichern. Wenn solches geschiehet / so haben die nächsten Erben den Kauff daran / wenn sie wollen / doch vor so viel Geld / als frembde dafür geben wollen.

§. XVI.

Hereditaria alienata sine consensu hereditum, reuocari poterant a proximiori

Haec iuris Lubecensis dispositio proximius ad iuris antiqui scita accessit eorumque mentem assēcuta est. Ratio autem horum bonorum peculiaris haec erat, quod alienare inuitis proximis cognatis non possent: si fieret alienatio erat ipso iure nulla, vt recte censuit MEVIUS *ad cit. l. n. 82.* & ill. Dn. a LVDEWIG, *cit. l. p. 99. §. 7.* illustrauit. Vnde etiam

etiam nec *retractu* hoc casu opus erat, sed simpliciter res vindicari, & quidem *statim*, poterat, quasi alienans foret mortuus, vt ius Saxonicum antiquum rationes subducit, & idem repetit *ius Lubec. P. III. tit. VII. art. 2.* Wäre ihm das Haus oder Erbe von seinen Verfabren angeerbet / so kan er dasselbe ohne seiner Kinder und Erben Laub / nicht veräußern / sondern es muß bey dem Erb gange bleiben. Excipiebant tamen casum *necessitatis* Germani & quidem *optima ratione*, quod debiti soluendi vel alterius *necessitatis* extare posset casus, quem euitare horum bonorum possessor non posset, quo casu admodum durum fuisset, ita constringere Dominum, vt egere nosceretur, praesertim cum casus *necessitatis* omnem dispositionem limitaret. Ne tamen, quod familiae quaesitum erat, ius interuerteretur, magis idoneum temperamentum vix excogitari potuit, quam *retractus* seu ius *protimiseos*, quo & in *saluo tamen* dignitiae possessoris succurrebatur, & ius heredum *retractu gentilitio*. quodammodo intactum & incolume seruaretur.

§. XVII.

Quae speciatim de iure Lubecensi tradidi, *Quod illustratur ulterius* iuris antiqui communis sententia fuisse videtur. Alienationem enim omnem in his bonis fuisse interdictam, supra simul demonstraui. Inde vero fluxit ius vindicandi bona a quouis possessore, sine heredum consensu alienata, vtpote quorum dominium haud erat translatum. Vti vero in §. *antedecenti* monui, veteres Germanos excipisse sine dubio *casum necessitatis*, quippe qui secundum rectae rationis ductum omnem alienationis prohibitionem limitat & restringit, eosque etiam hoc casu iustum putasse,

D

*Impressio ex
statutis anti-
quis Hambur-
genfis.*

putasse, vt proximis heredibus praerogatiua prae extraneo daretur, ita hoc ius antiquum maiores quoque nostri agnouerunt, vt *codex MSCt. Stat. Hamb. supra laudatus tit. vnn Erbe / Egen ic. art. 5. lit. G.* docet: So wor een Mann effte Fruwe Erbe köpen/ des sin se wäldich tho gevende und tho sellende wen se willen/ de wille se beside leven. Wen averst ehret ene stervet / so het idt Erffgudt/ so dane Erffgudt alse hier schreven seidt/ mach niemand fetten effte sellen ohne Erven Vorloff/ idt en si dat idt ehme noedt do dem de idt höret / de noedt schall he bewisen mit ehrhafftigen Lüden / und verkopen dat wen he will. Jedoch dat de nögesten Erven des Kopes sin. Hoc itaque iure ante omnia legitima probanda erat necessitas testibus fide dignis, & hac demum probata, alienatio permiffa erat salvo iure protimiseos. Vnde etiam non poterat non causae cognitio & sententia iudicis praemitti, quia *probatio necessitatis* desiderabatur.

§. XVIII.

*Inde originem
tractus retractus
gentilitii.*

His vero praesuppositis, iam fontes huius iuris *retractus gentilitii* aperui ostendique, illum ex qualitate *bonorum hereditariorum* fluxisse, & quidem in casu, quo alienatio eorum erat licita & permiffa. Sed hic fere tantum ad *emptionem* restringebatur, quippe qua necessitati, quae solummodo alienandi facultatem possessori dabat, vnice consuli poterat. De *donatione* frustra quaerebatur, quae *necessitatem* nullam arguit, & ex *libera voluntate*, plerumque fieri solet, nullo necessitatis duro telo vrgente. Neque etiam de alienatione per *ultimam voluntatem*

tenet

tem quaestio moueri poterat, quod olim testamenta non essent in vsu, sed demum ex iure Romano in Germania inualuerint. Libera etiam dispositio in *acquisitis* singulis erat permessa, nec vllum agnatis seu heredibus legitimis ius in his quaesitum, quo ipso fiebat, vt *ius retractus* quoque in iis haud obtineret, quippe quo tantum gaudebant propter ius illud in *bonis hereditariis* quaesitum.

§. XIX.

Sicuti vero haec ratio Germanis aliisque populis communis fuit, ita non mirandum est, retractum per varias gentes dilatatum, Romanis vero incognitum fuisse, vtpote quorum principiis non aequae respondebat. Ignorabant enim differentiam inter bona *acquisita* & *hereditaria*. Potestatem vero aequalem dominis de suis rebus & facultatibus disponendi concedebant, & dominii sui *libertatem*, Quiritibus admodum conuenientem, in eo collocabant, quod pro lubitu inter viuos & mortis causa, maxime per testamenta, illa in quemcunque transferre possent. Excogitata quidem tandem sunt *fideicommissa*, quae forti bonorum alienabilitatem ea eximerent, quae familiae & gentis vsibus erant destinata; sed haec qualitas bonis supperaddita demum id efficiebat, quod apud Germanos sola *qualitas hereditaria* operabatur. Ex his itaque manifestum est, Romani iuris scita a Germanorum institutis fuisse alienissima.

§. XX.

Quae cum ita sint, facile coniectura quilibet assequi potest, insignes motus, confusionem & turbas excitasse ius Romanum, postquam ad foras Germaniae datae

Germanica pedetentim tractum est. Quous enim modo hoc libertati alienandi bona quaeuis fauebat: ius Germanicum autem reclamabat, repugnabat, contradicebat. Porro testamenta commendabat ius Romanum, suadebatque, imo haec rursus *libertatem* alebat & promouebat *l. i. C. de SS. eccles.* cui principia iuris Germanici aduersabantur quo ad bona *hereditaria*. In hac autem vtriusque iuris lucta, plerisque in locis praeualuit ius Romanum, effecitque vt differentia inter bona *acquisita* & *hereditaria* euilesceret, & libertas ea alienandi, soli iuri Romano propria, in plerisque prouinciis contra iura patria introduceretur, ita tamen vt quaedam iuris pristini vestigia, quae magis *ruinae* & *rudera* iuris Germanici fuere, relinquerentur. Verum enimvero corruptio haec vnice debetur ICtis, qui solis iuris Romani traditis operam dederunt, iura patria prorsus neglexerunt, & omnes in id fuerunt, vt *ius peregrinum*, ex praeconcepta opinione de praestantia huius iuris, principatum prae iure patrio haberet. Inprimis etiam iudicia plerorumque locorum iudicibus huiusmodi erant obnoxia, qui vnice iuri Romano operam nauarunt, quique, neglecto iure Germanico, ius, quo imbuti erant, applicare studuerunt. Ostendunt id ipsum quoque glossatores, qui varia dubia ad *ius Saxonicum prouinciale* mouerunt ex principiis iuris Romani, a iure Germanico alienis. Sic enim GLOSSATOR ad *lib. 1. art. 34. iur. Saxon.* philosophatur. *Hie möchtestu fragen/ wie mag der Richter einen datz zu zwingen/ daß er dieses behalten muß/ well doch nichts redlicheres ist* (secundum iuris Romani principia)

quae distinctionem inter bona sustulerunt

cooperantibus ICtis

& glossatoribus.

cipia) den daß ein jeder Macht habe sein eigen Gutß
 seinen Willen nach zulassen oder zu vergeben. Hac
 ratione hoc dubium inepte resoluit glossator, quia
 iuris patrii principiis haud sufficienter imbutus fuit.
 Petiit rationem dubitandi ex iure peregrino, quam
 facili negotio declinare potuisset, si ostendisset, iure
 Germanico, talem liberam alienandi potestatem
 non obtinuisse in bonis hereditariis. Pari modo et-
 iam antiquus glossator ad *cod. MSCt. stat. Hamb.*
Tit. van Erve/ Egen x. art. 1. ita rationes subdu-
 cit: Hirjegen schinet de Regel des gemenen Rechtes:
 (intelligit ius Romanum) de recht hefft een Dinc
 tho vorgebende/ de hefft mer rechtes dat sulvoige tho
 verkopende vt *l. cui ius est. ff. de R. 1.* Mach man
 den Erve und egen geven wor man will/ also hira
 schinet *art. 5.* so mach man idt ock verkopen/ wor men
 will/ dat doch hie so nicht en isß.

§. XXI.

Introducta itaque est libera facultas disponen-
 di de bonis quibuscunque in plerisque Germaniae
 locis ex iure Romano, *bonaque hereditaria ex illo*
 cum *acquisitis* parem fere acceperunt sortem, ex-
 ceptis illis locis, in quibus *ius antiquum* vel in *to-*
tum vel *secundum quid* retentum est. Hoc vnicum
 fere ex iure antiquo solummodo remansit vestigi-
 um, quod in bonis hereditariis proximis confan-
 guineis *ius retractus* relictum sit. Hoc autem olim
 tantum locum habebat, vbi alienatio per *venditionem*
 erat permessa, in casu scil. *necessitatis*. Sed
 postquam secundum iuris Romani principia hoc
 extra casum *necessitatis* permitti etiam cepit, *ius re-*
tractus quoque insignes fecit accessiones. Est vide-

Remansit ra-
men in bonis
hereditariis
ius retractus.

licet hic *ius illud gentilitium*, quod in bonis *hereditariis* per vniuersam fere Germaniam adhuc obtinet, nec aliunde peti debet, quam ex antiqua horum bonorum distinctione, adeoque ad *acquisita* regulariter extendi nequit.

§. XXII.

*Conclusiones
variae ex his
fundamentis.*

Quodsi ergo de conclusionibus quae in doctrina de retractu gentilitio adducuntur, sanum iudicium ferendum, ante omnia praecauendum est, ne principiis iuris Romani decipiamur, sed rationes earum potius ex *iuris Germanici* principiis petamus, quae hic demum omne ferunt punctum. Longum foret, ire per singula, & omnes controuersias examinare, quae a Dd. excitantur, & tamen facillimo negotio sedari possunt, si ad *iura Germanica*, quibus ortum hic retractus debet, vnice respicimus. Sic enim (I.) apertum est, tantum retractum obtinere in bonis *immobilibus* & quae *pro talibus* habentur; non item in *mobilibus*, ad quae distinctio adducta iure Germanico applicata non fuit vid. STRYK. *cit. l. c. I. §. 20.* REINKING, *de retractu consanguin. qu. 3. n. 105. sq.* (II.) Retractum obtinere in quibusuis bonis *hereditario* iure ad possessorem delatis, nec praecise *auita* requiri; quod enim *ius Saxon. Elect. P. II. c. 12. §. 31.* non alia quam quae ab auo profecta sunt, sub *hereditariis* intelligat, id interpretationi authenticae legislatoris Saxonici debetur, quae legem Saxoniae constituit, ad alia autem loca extendi nequit, in quibus etiam a *patre* in filium delata bona retrahi a fratre eius possunt, cum sufficit, quod respectu alienantis sint *hereditaria*. (III.) Tantum ius retractus obtinere in *emtionem venditione*

ditione & huic simili contractu, non vero in donatione alioue, cum olim tantum *venditio* permiffa fuerit in *casu necessitatis*, & quidem probata *necessitate*, quae non aequè in aliis alienationibus deprehenditur. (IV.) Libera alienandi potestate introducta, non potuiffè ius retractus omnibus alienandi speciebus applicari, sed illud in alienatione, quae fit interueniente pretio, substituisse, & in qua olim etiam tantum vfitata fuit. (V.) Cessare illud in bonis nouiter acquisitis. (VI.) Proximos heredes & quidem intuitu venditoris ad retractum vocari, sicuti olim ius proximum in bona hereditaria habebant, adeoque etiam eo ordine retrahi bona alienata, pro vt succeditur TIRAQVELL. *de retract. lin. §. 1. gl. 9. n. 21.* (VII.) Liberos quoque, viuente patre, eadem retrahere posse, quod prae ceteris consanguineis ius iis sit quaesitum, qua de causa in antiquis diplomatibus etiam saepe occurrit clausula: *cum consensu filii mei* N. N. STRYK. *cit. l. c. 2. §. 23. sq.* Rationes dubitandi quae hic adferuntur, petitae sunt ex penu iurisprudentiae Romanae, quae minus stringunt. (VIII.) Hodie feminas etiam ad retractum admitti, postquam *iuris hereditarii* participes factae sunt. (IX.) Proximio re tractui renunciantem, sequentem in ordine admitti. (X.) Cessare retractum, si venditioni consensum dedere legitimi heredes, quia olim hoc modo valide alienabatur hereditaria, etiam omni cessante necessitate, quamuis de hoc casu mirifice dissentiant Dd. (XI.) Multo minus venditorem ipsum bona alienata retrahere posse, quod principaliter consensum alienationi dederit; qui autem consentit alienationi, nihil

nihil contra eam audere potest. STRYK. *cit. l. c. 2. §. 27.* (XII.) Exheredatos ex iusta causa, excludi a retractu, utpote qui nullum ius in bona hereditaria habent. SVTOR de *retractu thes. 181.* Plures addere conclusiones superfedeo, cum paucissimas tantum exempli loco adduxerim, ut viam monstrem, qua ei incedendum sit, qui inoffenso pede per tot difficultates, ab interpretibus motas, transire intendit.

§. XXIII.

Transitus fit ad statutum Hamburgense.

Paulo propius nunc ad retractum gentilitium in patria mea, inprimis etiam in agris vi statutorum receptum, accedo, inquisiturus utrum hic ad ea, quae adducta sunt, prorsus accommodari debeat. In dubium id vix vocandum videtur, cum antea observauerim, 1.) ius antiquum Saxonicum nostri iuris fontem esse: 2.) ius Lubecense accurate conspirare cum huius iuris principiis, cuius scita in plerisque sequitur statutum Hamburgense. 3.) In nostro statuto adhuc retentum esse differentiam inter *acquisita & hereditaria* bona, nec de his aequè ut de illis disponi posse, unde etiam 4.) concludendum videtur, non in illis sed tantum in his retractui locum fore. Inprimis enim hisce in locis, ubi haec distinctio honorum obtinet, huic retractui locus est, quod praeter ius Lubecensium declarat *statutum Luneburg. P. II. Tit. 4. his verbis: Wird ein Haus/ Bude/ Garten/ Pfannen-Wissel oder ander auf unser Stülge gelegenes Gut/ so der Besitzer zuvor nicht selbst Kauffsweise an sich gebracht/ sondern das durch Erbfall an ihm kommen ist/ verkauft/ so hat der nächste Bluts-Freund/ der in absteigender*

steigender Linie (auch bis ins vierde Glied einschließ-
lich) demjenigen verwandt / von welchen solch Gut
anfänglich herkommen ist / gute Nacht und Zug / in-
nerhalb Jahr und Tag nach gescheneher Auflassung /
es sey ihm gleich vorher das Gut zu kaufen ange-
bothen worden / und er sey innerhalb Landes gewe-
sen oder nicht / in den Kauff zu treten / und den
frembden Käufer gegen Erlegung des angegebenen
und abgeredeten Kauff-Geldes davon abzutreiben /
und ist hierin kein Unterscheid / ob die Kinder vom
Vater abgetheilet / oder noch in seinen Gewehren
sind. Verkauft auch ein beerbter Mann seiner
Frauen Erb-Guth / in den Fall sind der Frauen
Kinder / und da die nicht geneigt in den Kauff zu
treten / ihre der Frauen / aber nicht des Mannes /
nächste Bluts-Freunde bis in das angezeigte vierde
Glied niederwärts einschließlich / der Nähergeltung
befugt / und hat disfalls allezeit der nächste ver-
wandte Bluts-Freund den Vortritt.

§. XXIV.

Praeterea in nostra ciuitate iam iure antiquis-
simo idem obrinuisse supra §. XVII. ex codice illo Ius antiquum
Hamburgense
iuri veteri
Germanico
conforme fuit
MSE. statut. Hamb. antiquissimo obseruari, adeo vt
absque necessitate, quae ante omnia probanda erat,
ne quidem hereditariarum alienatio permilla, & si
tandem permilla, proximior prae extraneo ad ven-
ditionem admissus fuerit. Quod autem, hoc ius
etiam iam olim extensum fuerit ad *acquistā*, vt iam olim ta-
men suo modo
retractus ex-
tensus fuit ad
acquistā.
indicat *codex MSE. tit. vān Erbe / Egen x. lit. G.*
art. 1. So wol sū Erbe / dat ehme nicht angeer-
bet iß / verkopen will / dat binnen disse Stadt und

E

Wick

Wiltbelde iß / de schall dat beden twen sinen negesten
 Fränden / dar sin Erve upfallen mach / und will
 idt ehrer neen kopen / so mach he sin Erve woll
 verkopen demjennen / de ehme dat meiste dar vor geren
 will. Id ex rationibus, nostrae ciuitati propriis,
 cautum; nec tamen hoc ipso fuit sublata, quo ad alie-
 nationem inter viuos, distinctio inter *acquisita* & *he-
 reditaria*, cum illa pro lubitu sine heredum consen-
 su alienari queunt, vt tamen venditio propter ius
 protimiseos iis denunciatur, qua denunciatione ta-
 men requisitio *consensus* haud includitur; haec ve-
 ro olim *sine consensu heredum*, extra casum necessita-
 tis, prorsus alienari non potuerunt, eo tamen pro-
 bato, ius praecipuum heredibus legitimis conces-
 sum fuit. Et hoc modo etiam intelligendus *art.*
6. cod. MSZi antiq. tit. vnn vorruwinghe und
Erffschichtinghe lit. I. vbi talia bona vendi & in dota-
 litium dari prohibentur, ahne siner Rechten Erven
 Vult ordt / und de dat Gude van sic antwordet / de
 schal oet weten / wor dat Gude werde belecht / up
 dat idt den rechten Erven nicht werde entfer-
 diget. Quae ratio certe ex intima iuris antiqui
 Germanici prudentia fluxit, quae maxime pro *bo-
 nis hereditariis* conseruandis sollicita fuit, concessit-
 que per necessariam consequentiam retractum a
 quocunque possessore, vt finem suum obtineret.
 Neque etiam simplex *ius protimiseos*, quod re ad-
 huc integra & nondum emtori tradita, tantum sese
 exferit, reuocationem autem bonorum a tertio
 possessore non admittit, sufficere visum fuit, quod
 bona gentilitia legitimis heredibus conseruare haud
 poterat:

poterat: sed ius pinguius legitimis heredibus concessum, ipsa scil. *reuocatio bonorum alienatorum a quouis possessore, quod inde nomen iuris retractus accepit.*

S. XXV.

Ius Hamburgense nouum non nihil hic remississe videtur, concessa maiori libertate vendendi bona immobilia. Distinguendum autem inter alienationem mortis causa & inter viuos. Illa adhuc ex principiis iuris antiqui in bonis hereditariis absque heredum consensu est interdicta, vid. Part. III. tit. 1. art. 4. stat. Hamb. & hoc deficiente, testamentum tantum subsistit quo ad acquisita, corruiit vero quo ad hereditaria, quae heredibus legitimis obueniunt: proinde etiam iure nostro facilius contingere potest, vt quis pro parte testatus & intestatus decedat, quod ius Romanum non admittit. Imo hoc quoque in casu alienationis de retractu proprie dicto eo minus laborandum, quod illa nulliter facta censeri debeat, adeoque simpliciter iure hereditario peti bona queant. Qualitas vero, quod sint bona hereditaria, de quibus in vltima voluntate dispositum, ab heredibus legitimis probanda, tum quod actoris vices sustineant, cui regulariter onus probandi incumbit, tum ob dispositionem statuti P. III. tit. 1. art. 6. vbi ita cauetur: und damit das Erbgut bey den rechten Erben bleibe/ so soll ein Jeglicher auf seine letzte Stunde des Todes nehmen/ was und wie viel er vom Erbgut empfangen/ es wäre dann/ daß mans anders könnte beweisen mit Gericht und Rath der Stadt/ dar solch Erbgut mit Rechte wäre gefordert und erwe ben. Hac ratione

Ius nouum in nonnullis a veteri recessit.

is, qui de bonis suis immobilibus vltima disponit voluntate, suae salutis non viderur immemor fuisse, cum ex statuti nostri dispositione sciat & scire debeat, suae conscientiae hanc rem commissam esse, & sic quoque vbi de iis bonis ordinatum est testamentum, tam diu pro *acquisitis* habentur, donec *qualitas hereditaria* fuerit probata.

§. XXVI.

Maxime in
alienatione
inter viuos.

Quod autem alienationem *inter viuos* concernit, illa non aequè secundum statuta nostra novissima restricta est, sed paulo liberior reddita; imprimis illa quae fit per *venditionem*, de qua in §. *subsequenti*, non autem aequè ea, quae per donationem. Haec enim *inter viuos* de his bonis sine heredum consensu vix fieri potest, tum quod hoc iuri antiquo congruit, cui merito standum, tum quod nec legata, quae sunt *donatio quaedam*, de iis valeant, *Part. 3. tit. 2. art. 2. stat. Hamb.* nisi quod vigesimam illorum partem ad pias causas destinare queat testator. Ius Saxonicum provinciale *lib. 1. art. 5. 2.* id quoque confirmat: *Ohne der Erben Laub und ohne Gericht mag kein Mann sein eigen Gut / noch seine Leute / vergeben.* Sed ius Saxonicum electorale *P. II. const. 12.* hoc de *donatione* potissimum intelligit, quamvis rationes adductae doceant, de quavis *alienationis* specie, qua hereditaria legitimis subtrahuntur heredibus, hoc potius intelligendum. Vnde etiam sine dubio dispositionem vltima voluntate comprehendit, vt recte censuit *ius nostrum statutarium alleg. loc.* quae itidem cadit ratio iuris Germanici, ne *hereditaria* legitimis *heredibus* subtraherentur. Supra
iam

iam a me dictum est, iuris Romani principia passim iuri Germanico insignem attulisse cladem, postquam interpretes eius ius Germanicum ex illis interpretandum, & quantum fieri possit, restringendum esse censuerunt, ne nimium scilicet ab iis recederet, cum tamen diuersissima principia in hac materia habuerit. Haec confusio etiam effecit, ut iure Saxonico electorali *cit. l. testamenti factio* de his bonis fuerit permessa: Es soll einen jeden frey stehen/ sonsten solcher Güther halben Testamenta und andere beständige letzte Willen aufzurichten/ welchen auch stracks nachzusetzen. Similiter nec *venditio bonorum* hoc iure est interdicta, & quamquam heredes *descendentes*, non alii, ad ius retractus admittantur, hoc tamen rursus ex stricta voce Erben *in cit. art. 52. contra legum antiquarum mentem tractum* est. vid. *P. II. Const. Elect. const. 12. & 31. ibique CARPZ. def. 13. sq.*

§. XXVII.

Sed, uti monui in principio §. antecedentis, *Et quidem per iure etiam nostro nouiori alienatio inter viuos bo-* *uenditionem.*
 norum hereditariorum, quae fit per *uenditionem*, paulo iam liberior reddita est, cum non amplius, prout quidem olim, tot illa sit difficultatibus subiecta, sed etiam extra casum *necessitatis* permessa. Cautum etenim est *P. II. tit. VIII. art. 3. stat. Hamb.*
 Wer sein Erbe/ es sey Brau. oder Wohn. Haus/ so er geerbet/ befreiet/ oder auch mit seinen wohl-
 gewonnenen Gelde an sich gebracht/ verkaufen will/
 der soll es zusehen durch zweien Erbgesessene Büt-
 ger/ den beyden seiner nächsten Freunden/ dar
 sein Gut auf fallen mag/ an praesentiren/ und wann
 die

die es nicht begehren / denen verkauffen / so das meiste dafür geben wollen. Cum hoc textu admodum conuenit *art. 61. des Land-Rechtes* / quem statim in prooemio tradidi, nisi quod non ita distincte *bonorum qualitas* exprimitur.

§. XXVIII.

Qua fieri potest sine heredum consensu

Ex utroque itaque obseruo textu, inprimis *uenditionem bonorum hereditariorum* etiam sine *heredum proximorum consensu* fieri posse, quia generaliter dicitur sine vlla limitatione, wer sein ERBE verkauffen will / item *Belecker een ERBE verkopen will*. Verum enim vero in *art. 61. des Land-Rechts* tantum fit mentio des *ERBES* / qua appellatione *res immobiles* veniunt; nec diserte additur, nihil referre, vtrum haec bona sint *acquistia* an *hereditaria*? pro vt tamen diserte addit *cit. art. 3. statuti*. Inde ergo quaestio enascitur, an de utroque bonorum genere *art. 61. des Land-Rechts* intelligi debeat? Hoc expeditum est, quod & *Dn. SCHLÜTTER* Von den Erb-Recht der Ehe-Leuthe *tit. 3.* iam obseruauit, non semper tuto argumentum trahi posse a *iure urbis*, ad *ius* quod in agris obtinet: & quamuis bona hereditaria secundum *articulum 3. stat.* libere vendi possint, magis tamen in agris insistendum videtur *iuri antiquo Saxonico* seu *Germanico*, quo *bonorum hereditariorum* venditio fieri nequit sine heredum consensu. Accedit quod *antiq. statut. Hamb. §. 24.* Disput. adductus *art. 1. sententiam art. 3. P. II. tit. VIII. stat. Hamb.* fere referat, nec tamen de aliis bonis, quam *acquistis* loquatur, vt diserte innuunt verba: So wol sin Erbe / dat ehme nicht angeerbet

an etiam in agris?

erbet iß verkopen will &c. Hoc correxit statutum nouissimum *cit. art. 3.* Wer sein Erbe / so er geerbet / befreiet / oder auch mit seinem wohlgetwonnenem Gelde / an sich gebracht / verkauffen will. *Discrepat itaque in hoc statutum antiquum & nouum, quod illud tantum permittat venditionem acqvisitorum saluo iure protimiseos; hoc vero & acqvisitorum & hereditariorum: illud magis cum iure antiquo Germanico conueniat non hoc. Qualis vero hoc rerum statu cit. art. 61. des Land-Rechts arripienda sit interpretatio, admodum ambiguum & dubium est.*

§. XXIX.

Si libere sententiam proferre concessum est, *Voce Erbe in art. 61. acqvisita intelligi videntur.* ego, saluo aliorum rectius sentientium iudicio, sic arbitror. Praesupponendum ante omnia, ius Saxonicum commune fontem esse, vnde ius nostrum in agris obtinens interpretationem suam recipiat. Hoc posito, distincte procedendum, & vox Erbe pro substrata materia accipienda. In *cit. art. 61. des Land-Rechts* duo casus traduntur. Primus est de *retractu ex capite consanguinitatis*: alter de *retractu vicinitatis*. Vltimus casus quidem ad *quacuis bona* accommodari posse videtur, non item primus. Hic enim *liberam venditionem* immobilium praesupponit, quae iure Saxonico & antiquo Hamburgensi tantum obtinuit in *acqvisitis* tam in vrbe quam agris, quod diseritis etiam declaratum verbis in *tit. vnn Erbe / Egen x. art. 1. cod. MS.* Sowol sin Erbe / dat ehme nicht angeerbet iß / verkopen will / dat

dat binnen disse Stadt und Wickelbe ist etc.
 Haec verba satis indicant loqui hunc textum
 1.) de bonis *acquisitis* 2.) tam in vrbe quam extra
 eam in territorio Hamburgensi sitis, 3.) eisque
 eadem tribuere iura, *quae art. 61. des Land-Rechts*
 exhibet, quod indicant verba sequentia: *De schall*
dat beden twen sinen negesten Frunden/ dar sin
Erve upfallen mach/ und will id ebrer neen kopen/
so maghe sin Erve wol verkopen/ de ehine dat meiste
darvor geven will. Imo facile vnusquisque cognos-
 cet, cum hoc conspirare *art. cit. 61. des Land-*
Rechts/ nisi quod hic 1.) indefinite loquatur, 2.) vi-
cinis etiam ius retractus indulgeat 3.) duos menses
praestituat, intra quos retrahentes suam manifestare
debeant voluntatem. Quamuis itaque vox Erbe
quaeuis immobilia, vndequaue acquisita, deno-
tet, pro substrata tamen materia tantum acquisita de-
notare potest, & in art. 61. des Land-Rechts etiam de-
notare videtur. Indicat enim hoc, vt supra monui,
 1.) ius antiquum Hamburgense *tit. cit. art. 1.* quod per
 totum tractum Hamburgensem, & sic etiam in
 agris obseruatum, 2.) confirmat hoc ius antiquum
 Saxonicum, ad quod saepius prouocauit; nec 3.) sta-
 tutum nouissimum *cit. art. 3. tit. VIII. Part. II.*,
 huc trahi potest, quod cum correctorium sit, ad
 urbem tantum pertinet, & ita ad *agros* referri
 nequit, in quibus *pro iure veteri*, quod olim in iis
 obtinuit, firma stat praesumptio. Hoc autem posito,
 bona *hereditaria* in agris *sine consensu heredum*
 vendi nequeunt, excepto casu *necessitatis*, quo ex-
 istente & probato, proximi heredes in emtione
 praeferruntur, & iure retractus utuntur, secundum
 iuris

*bona autem
 hereditaria
 sine heredum
 consensu ven-
 di nequeunt.*

iuris antiqui Germanici mores, cum quibus accurate conuenit *stat. antiq. art. 5. tit. van Erve/ Egen* quem supra §. XVII. tradidi, nullibi correctum.

§. XXX.

Hactenus itaque dictum est, quid sentiam de voce **ERVEN** in *art. 61. des Land-Rechts* occurrente, & quid *cit. l. speciatim* illa significet; id autem porro iure nostro, tam quod in *vrbe*, quam quod in *agris* obtinet, singulare est, quod etiam in acquisitione *ius protimiseos* obtineat, in quibus tamen ratio huius iuris, secundum principia supra posita, cessat, nec in aliis locis regulariter eius habetur ratio. Certum quidem est, id fauori, quem omnes pro immobilibus in genere gerere solent, datum fuisse, vt eo magis conseruationi familiarum studeretur, quae in primis per *immobilia* conseruatur. Sed cum hereditibus in *acquisita* non aequale ius, quod iis in *hereditaria* iure Germanico debetur, competat, non leuis dubitatio emergit, vtrum simplex *ius protimiseos*, an vero praeterea *ius retrahendi* in *art. 61. des Land-Rechts* iis indultum sit? h. e. an re adhuc integra, cognati sese offerre tantum possint ad idem pretium soluendum, an vero, si, denunciatione neglecta, vendita fuerint, etiam ab extraneo emtore eadem reuocare queant? Etenim in *cit. art. 61.* tantum dicitur: quod venditor bona immobilia, quorum venditionem intendit, prius offerre debeat proximis consanguineis, & his intra duos menses ad illa emenda sese haud declarantibus, extraneis demum vendere queat. Verum quia 1.) hoc *de iure* ius, proximis consanguineis debetur ex statuto, quod fortius ius quam ex sola conuentione illis attribuit;

F

tribuit;

tribuit; 2.) statutum praeterea certam formam emtioni huic praescribit, qua non servata, illa nulla est; *l. f. c. de LL.* hoc vero posito 3.) res adhuc integra videtur, vt proximus consanguineus ius suum exercere & bona reuocare queat, cum non censeatur alienatum & translatum, quod debita forma haud peractum, euidentis omnino est, ipsum ius retractus hoc ipso proximis consanguineis indultum esse. Collineare huc quoque videtur ipsum *statut. Hamb. P. II. tit. VIII. art. 16.* Ist aber die Gewehre vor Freunde und Fremde von dem Verkäuffer angelobet / so soll er seiner Zusage nachkommen. Quid enim est die Gewehr vor Freunde angeloben? quam euictionis praestationem promittere in casu, quo iure retractus a consanguineis fuerit euicta?

§. XXXI.

*SUCCESSORIUM
EDICTUM IN
AGRIS LOCUM
HABET.*

Tandem etiam hanc obseruo differentiam inter ius vrbi & quod agris datum est, quod illud nihil aliud desideret, quam vt bona offerantur den beyden seiner nechsten Freunden iuxta *stat. Hamb. P. II. tit VIII. §. 3.* id quod communiter intelligunt de consanguineis duobus tam lineae paternae quam maternae, ita tamen vt si plures in eodem gradu sint, illis pariter offerri debeat, quia aequale ius habent. Qui si praerogatiua, in emtione vti nolint, mox immobilia extraneis vendere permissum est. Ex quo concludo, *successorium edictum* nostro iure in vrbe cessare, cui alias in retractu locum concedunt. *CARPZ. P. II. c. 49. def. 7. BERLICH P. II. concl. 39. n. 30.* Idem vero admittendum esse in agris, quia in *art. 61. des Land-Rechts* generatim cauetur, offerenda esse immobilia Vader und Moder und den

den nechsten Fründens; quo ipso, proximioribus iure suo vti nolentibus, non censentur exclusi remotiores, vti obseruat B. STRYK. *de success. ab intest. diff. VI. c. 3. §. 37.* sed tantum designatur ordo succedendi, quod secus in iure statutorio, quo *oblatio* restringitur ad duos propinquiores. Cetera, quae alias in hac materia amplissima tradi solent, non regustabo, qui tantum fontes indicare volui, vnde ius hoc *retractus*, consanguineis proprium, deriuandum sit.

CAP. II.

DE

Retractu vicinitatis in agris Hamburgensium vsitato.

§. I.

Obseruauit *cap. antec.* retractum consanguinitatis tum in ciuitate tum in agris Hamburgensium obtinere. Retractus ex vicinitatis capite diuersa videtur ratio, cuius tantum fit mentio in dem Land-Recht *art. 61.* non vero in statuto vrbi dato. Sicuti vero ab hoc ad ius agris praescriptum, non valet consequentia; ita quoque, vt supra iam monui, hoc ipsum ad urbem Hamburgensem trahi nequit, adeoque ius retractus vicinitatis cum agris solis datum sit, non extendendum ad urbem. Sunt etiam praeterea propriae *agrorum* rationes,

quae hunc retractum desiderant, quae ad praedia
urbana applicari nequeant, vt mox videbimus.

§. II.

*Non dependet
ex constitutio-
ne Friderici.* Equidem constitutio Friderici, de qua iam *cap.*
§. VIII. mentem aperui meam, suo modo
retractui vicinitatis fauere eumque firmare videtur
aeque vt ius antiquum graecorum, de quo *c. 1. §. 4.*
egi. Enimvero illa Germaniae regno non fuit data
sed Longobardico, nec inde auctoritatem accepit,
quod iuri feudali adiecta. Vnde fatentur ICTI
Germaniae longe celeberrimi & inter hos etiam
STRYKIVS *de success. ab intest. diss. VI. c. 1. §. 16.*
retractum hunc in peculiaribus territoriorum ra-
tionibus fundari, nec aliter eius rationem haberi,
quam probata lege prouinciali, statuto vel consue-
tudine. conf. SVTORIVS *de retractu thes. 84.*

§. III.

*Differt a iure
congrui.*

Ante omnia vero cauendum ne *ius congrui*
& retractum *vicinitatis* confundamus, quae duo
iura, licet propinqua & vicina sint, adhuc tamen
differunt, quum illud longe frequentiore vsum
quam hoc habeat, vt recte obseruat EISENHART
de retractu territor. c. 1. §. 6. Ius congrui *vicinitatem*
quidem desiderat, in hac tamen non subsistit, sed
praeterea requirit, vt pars vendita cum illa, quam
retrahens possidet, antea fuerit vnita, & abhinc
aliquot annis separatim ab ea alienata, siue per di-
uisionem siue alio modo, vt recte censet SVTO-
RIVS *cit. l. th. §.* quamquam non adeo hoc ius a
retractu vicinitatis distinguat. Inde etiam vocatur
das Gespülde / quasi das gespaltene Gut / & ius con-
grui, quod admodum *congruum* sit, vt bona diuisa
con-

consolidentur, tum propter onera publica, quae saepe hoc modo confusionem quandam patiuntur, tum ob ipsam vicinitatis rationem, quae plura parit incommoda. Hoc requisito deficiente ius retractus exerceri nequit. COTHMANN. Vol. IV. *conf. 42. n. 3.* Retractus vicinitatis simplex autem simpliciter vicinis hoc ius indulget sine respectu *unio- nis praecedentis*. Addit praeterea EISENHART *cit. l.* hoc discrimen, quod hoc ius in *praediis urbanis* sibi inuicem vicinitate iunctis; *ius congrui* vero in *praediis confinibus rusticis* obtineat, argumento tracto ex *l. 4. §. 10. ff. fin. regund.* quod praedia rustica dicantur *confinia*, urbana vero *vicina*. Hoc autem discrimen vel ideo reprobato, tum quia a sola *appellatione & nominatione*, iuri Romano propria, desumptum est, quae ne quidem idiomati Germanico congruit, quum *vicinitatem* in solo Germanico aequae praediis *rusticis* quam *urbanis* applicemus: tum quia experientia docet, ius congrui in pluribus locis etiam praediis urbanis applicari. Imo statuta patria hoc discrimen prorsus etiam reiiciunt, quae retractum ex capite vicinitatis *agris solis* seu praediis rusticis indulgent, in *urbe* vero eidem nullum tribuunt locum.

§. IV.

Videlicet demonstrat id omnium optime iam *Natura agro-*
rum Hambur-
genstum.
saepius cit. art. 61. des Land-Rechts / in quo conce-
ditur retractus dem negsten Naber / da he up wa-
tert. Sed ut huius iuris vera ratio & adaequata,
 quae solis agris propria est, in aprico sit, obseruan-
 dum est, agros, quibus hoc ius datum, & qui
art. 1. des Land-Rechts referuntur, quosque supra
 enu-

enumeravi, in pratis fere vnice consistere, indeque etiam vocari *die Marsch-Länder*. Alluunt haec praedia vel Albis vel Billus, flumina, & inter haec ad ipsam urbem tendunt, tandemque inter se vnita e latere urbis ad ipsum mare currunt. Saepe autem contingit, vt flumina haec tempore vernali vel hyberno, quo illa niuibus & pluuia nimium crescunt, limites riparum vtrinque transcendant, & ita vicinis agris *denn Marsch-Ländern* admodum inundatione hac graua & molestia sint. Inprimis vero hoc incommodo afficiuntur praedia inferiora ad urbem vergentia, cum naturale sit, vt, praeter inundationem ipsam, ex superioribus agris aqua pluuia sese potissimum in illis colligat, id quod possessores eorum, quum, vt dixi, ex operatione ipsius naturae fiat, aequo animo ferre & tolerare debent. Vocatur ea de causa hoc onus in iure ciuili *seruitus naturalis*, cuius semper haec est indoles, vt praedia inferiora aquam excipiant praediorum superiorum *l. l. §. 22. ff. de aq. & aq. plu. arc.* Verum enim vero hoc incommodum tunc maxime sese exferit, quando paulatim aqua decrescit, & intra limites naturales riparum sese rursus continere incipit; quamquam enim hoc ipso fiat, vt praedia superiora facilius exsiccentur, attamen inferiores agri aqua, quam potius hoc casu ex superioribus excipiunt, paulo difficilius liberantur. Sunt praeterea per praedia haecce plures ductae fossae, per quas, molendinorum ope, quae in agris depressis vbique pro abigenda aqua sunt exstructa, aqua, ex superioribus ad inferiora defluens, eo rectius ducitur; sed haec rursus praediis inferioribus non leuem pariunt

pariunt molestiam, si vicini inter se non conspirant, nec iuncta opera ope molarum aquam abigant, cum alioquin superior admodum grauis esse possit inferiori, in aqua hac ad eius praedia abigenda, quod vocare solent der oberste Nachbahr mahlet dem untern das Wasser auf den Leib zu dessen fernerer Fortbringung/ & perpetuae quasi oneri exponere, quia semper inferior superiori seruit *cit. l. §. 23.*

§. V.

Equidem censuerunt Romani ICTi commodo quodam hoc onus compensari, vt dicitur *cit. §. 23.* *Inde retractus vicinitatis ortus* quod scilicet omnis pinguetudo terrae ex superiori ad inferiorem agrum cum aqua simul decurrat; sed haec ratio vbique, maxime in agris planis, applicari non potest; quamquam interim ostendat, aequum esse, vt possessores agrorum inferiorum aliquod commodi pro hoc incommodo sentiant. Hoc ipso etiam maiores nostri sine dubio adducti sunt, vt vicino inferioris agri, qualis hic dicitur eius, cuius ager vergit ad urbem, retractum concesserint. Iuxta fluminum cursum enim agri ipsi aestimantur, & quia haec per agros ad ipsam urbem tendunt, eamque proxime alluentes sese tandem in ipsum mare effundunt, hinc *superiores* agri semper dicuntur *relatiue* seu in relatione eorum agrorum qui versus urbem siti sunt, hi autem, respectu *superiorum*, semper inferiores. *Et quidem tantum praedii inferioribus datum.* Inde prima obseruatio est, *praedio inferiori* tantum hoc ius datum esse, non item *superiori*, imo ea de causa iuxta articuli, nostri statuti, verba, *inferiori* tantum venditionem denunciandam esse, non item *superiori*, quod indicant verba: *da he up water t h. e.* cuius praedium

um ex vicino praedio, inundatione facta, aquam per fossas ductam, excipere cogitur.

§. VI.

Quod illustratur.

Exemplo res fiet clorior. Titius vendere intendit suum agrum: duos habet vicinos, alterum *inferiorem*, cuius praedium ad urbem, *Stadtwerth* / vergit, alterum ex altero latere superiorem, qui respectu venditoris vergit ad reliquos vicinos & agros. Uterque retractum ex capite *vicinitatis* praetendit, quaeritur quis praefereendus? Ex ratione statuti, *inferioris* praedii dominus, quia is reuera est, *da he up watert* adeo vt si hic, facta denunciatione, iure suo vti nolit, nequidem *superioris* agri vicini dominus, retractum ambiens audiendus sed repellendus sit. Ita olim etiam pronunciatum est in causa v. Campe contra Wichmann *d. 1. Maii anno 1656. daß / weil Kläger den Beklagten über die Hand lieget / Kläger nicht besüget / den Kauff zurück zu treiben / sondern der getroffene Kauff bey Würden seyn sollte.* Pariter *d. 21. Mart. 1643.* vicinus superior ex eadem ratione repulsam tulit.

§. VII.

Quid si via publica intercedat.

Solet alias vicinitas in hoc retractu ex praediorum contiguitate aestimari, vt censuit B. STRYKIVS *cit. l. §. XXV.* cum alioquin in seruitutibus paulo laxius habeat spatium vicinitas, & magis ex *commoditate* iudicetur. Quid ergo si *via publica* separet duos agros vel *vicinalis* vel *privata*? Equidem *illam* impedire retractum ex capite *vicinitatis* arguit SVTORIVS *de retract. §. 2.* non aequè *hanc*, quod & admitti potest in retractu, vbi solummodo vicini-

vicinitatis habetur ratio; ad agros autem Hamburgenses non adeo extendi posse, arbitror, in quibus tantum praefertur inferioris praedii Dominus. Enimvero si vel maxime via qualiscunque interuenit, tamen respectu *superioris*, a quo inferior via distinguitur, manet inferior, & ratio quoque statuti aequae huic applicari poterit.

§. VIII.

Sicuti autem domino inferioris praedii tantum hoc ius datum est, ita facile liquet 1.) conductori praedii rustici proprio nomine illud non competere, sed locatoris arbitrio solum hoc relictum. 2.) Vsufructuarium quoque excludendum esse, quippe qui non est *dominus* nec proprio nomine possidet agrum inferiorem; e contrario autem proprietarium admittendum. Quamquam enim non possidere videatur agrum inferiorem; attamen palam est, eum possidere per usufructuarium, & de hoc in iure asseri, quod non possideat, *ciuiliter* scilicet, animo sibi habendi. §. 4. I. *per quas pers. cuique acquir.* Creditorem autem antichreticum 3) admittendum esse facilius concesserim; vt enim non sit dominus, habet tamen iura dominii in multis articulis iuris, ita vt fere actiones, quae dominis tantum indulgentur, etiam extensae sint ad creditores antichreticos.

§. IX.

Quae cum ita sint, quaeritur, an qui retractu hoc vti intendit, dominium vel ius simile probare & se ita ad hanc causam legitimare debeat? Quod secundum quid affirmandum esse censeo. Videlicet cum in hac causa dominii quaestio non vertatur

Tantum domino agrorum hoc ius competit.

Non tamen dominium probare debet.

G

princi-

principaliter, vt in rei vindicatione, sed duntaxat *incidenter*, vt se ad causam legitimare queat; tali casu etiam sufficit, si modo *quasi dominium* seu *b. f. possessionem* ostenderit. Hoc vero facili conatu efficere potest. Nam 1.) bonam fidem non tenetur probare, quippe quae praesumitur: 2.) possessio in oculos incurrit nec indiget probatione. Superest ergo tantum 3.) titulus, quem itidem facillime ut plurimum ostendere poterit, vel si etiam id statim forsan fieri nequeat, iuramento eius committi solet, quod agrum titulo *pro suo* possideat, quia in punctis incidentibus non cunctandum.

§. X.

*Ad quae loca
pertineat,*

Altera observatio est, quod hoc ius retractus quidem restrictum videatur ad illa loca, quae *art. I. des Land-Rechts* referuntur, & quibus hoc speciatim datum dicitur; sed nihilominus recte quoque ad alia loca ibidem non relata, applicari possit & debeat, quatenus scilicet eadem ratio in his adest. Sunt vero ea loca quae *art. cit. I.* non inserta sunt, agri illi, qui vocantur, *die Hamm- und Hörner-Länder*/ vrbi nostrae admodum vicini, quibus aequo retractus competit, vti ex praeiudiciiis observauimus. Sic enim *d. 2. Nou. 1706.* ab Assessioribus iudicii, quod vulgo vocatur *das Noth-Gericht* / decisum: *In Sachen Hieronymi lordans Klägers* / contra *das Amt der Knochen-Hauer im alten Schranke* / *Beflagtes* / haben die *Hamm- und Hörner Land- Leute* gefunden / daß das *Geböfste* des Klägers wieder in den vorzigen *Stande* / als es vorhin gewesen / von das *Beflagte* gebracht / und die *Scheide* aleidwals in den vorzigen *Gränzen* reduciret werden soll. *Woll-*
te

te Beklagtes es denn hiermedt verkauffen/ so soll es schuldig seyn/ solches vorhero dem Kläger als seinen Nachbahren anzupraesentiren / mit Erstattung der Unkosten. *Pari ratione anno 1652. d. 23. Mart.* haec sententia lata:

In Sachen Johann Bostelinmann Kläger/ contra Johann Spitzenberg / Beklagten / haben die Hamm- und Hörner Land-Leute gefunden/ wird Johann Spitzenberg beweisen daß er Klägern vorhero/ das Land zu kauffen anbieten lassen/ und daß Kläger das Land zu kauffen nicht begehret/ alsdenn soll der mit Friderich Schulzen getroffene Kauff bey Wörden seyn.

§. XI.

Denique tertia observatio est, consanguineos, An consanguineus vicino praefertur. cum vicino concurrentes, merito praefereandos esse, quamvis aequae illis ac huic res offerenda sit. De hac differentia alias admodum disputant, quatenus in eodem loco utrumque ius receptum est. Quidam vicinum praefertunt, quod eius ius sit reale, ratione rei concessum; reale autem semper potentius quovis altero iure censi debet. In aliam sententiam iuit B. STRYK. *cit. tr. diff. VI. c. 3. §. 25.*; neutri scilicet praeferentiam indulgens, sed vel praeuenientem tantum audiendum, vel in re ambigua forti rem committendam, existimans. Ego vero iudicium meum de hac decisione *in genere* prolata suspendo, & tantum quaestionem secundum *art. 61. des Land-Rechts* examino atque resolvo. Multum alias in verbis statuti operatur *ordo personarum* ad idem ius vocatarum; quem si in adducto textu intueor, primo

nominantur *Bader und Moder* und de *negsten Fränden* / deinde vero, de *negste Naber* / *da he up watter* / id quod non alio consilio ordinatum esse arbitror, quam quod consanguineis prae vicino praerogatiua sit tributa, & hic demum ad retractum vocatus veniat, si consanguineus rem retrahere nolit *intra duos menses*. His praeterlapsis proximior exclusus est, sed non aequè *vicinus*, cui, cum demum post illum admittatur, idem tempus, quod primus habuit, concedi debet. Quodsi autem proximiores statim renunciant suo iuri, statim etiam duorum mensium praescriptio vicino currere incipit.

§. XII.

Conclusio.

Nolo autem hic excurrere ad alias quaestiones, quae in retractu vicinitatis ab interpretibus iuris moueri solent, & quae parum ad hanc speciem, quam staturum nostrum tradit, faciunt, inprimis, cum ex antea dictis constet, hoc ius vicinitatis proprias suas rationes limitesque, quibus inclusum est, habere, & ex adductis principiis quaeuis alia facile decidi posse.

T A N T V M.



23. / Thomas. De concubinitate.

24. / V. de viri de pleunib. p. m. n. d. t. r.

25. / id. De tractat. omne n. m. n. d. s. p. v. n. d. e. s. p. e. t. e.

26. / Boetius de pecc. uir. sibi dicitur sine iudice.

27. / Thomas. De presumpt. futuri. etc.

28. / id. De p. u. r. i. t. a. s. o. m. n. i. a. e. t. i. n. f. o. r. m. a. t. i. o. n. e.

29. / id. De crimine bigamia.

30. / Notu de turisimo.

Kd 118.

8^m

ULB Halle

3

002 174 405



W 119







B.I.G.

Black

3/Color

White

Magenta

Red

Yellow

Green

Cyan

Blue

Farbkarte #13

Centimetres

73

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
FVNDAMENTO
RETRACTVS DVPLICIS
IN AGRIS
HAMBVRGENSIVM
VSITATI

Occasione art. 61. des Land-Rechts

QVAM
INDVLTV FACVLTATIS IVRIDICAE
IN REGIA FRIDERICIANA

PRAESIDE

ACADEMIAE PRORECTORE

DN. IVSTO HENNING. BÖHNERO

ICTO

POTENTISS. REG. BORVSS. CONSIL. INTIM.
PROF. IVR. ORDINARIO

PRO LICENTIA

SVMOS IN VTROVQVE IVRE CAPESSENDI HONORES
ET PRIVILEGIA DOCTORALIA

D. XVII. SEPTEMB. MDCCXXII.

H. L. Q. C.

PVBLCO ERVDITORVM EXAMINI
SVBMITTIT

CHRISTIANVS DRESKY
HAMBVRG.

HALAE MAGDEBVRGICAE
Typis IOANNIS GRVNERI, Academ. Typogr.