

RETRACTVM LEGALEM
IN
LOCATIONE LOCVM
NON HABERE

1744
15/17

PRAESIDE
ANDREA FLORENTE RIVINO D
POTENTISSIMO POLONIARVM REGI ET PRIN
CIPi ELECTORI SAXONI A CONSILII AVLAE
INSTITVTIONVM PROFESSORE PVBLICO CVRIAE
PROVINCIALIS ET SCABINATVS ASSESSORE ITEMQVE
ORDINIS IVRIDICI VITEMBERGENSIS
H. T. DECANO

PRO GRADV DOCTORIS

CAPESSENDO

D. APRIL. CIO IO CCXLIV

PVBLICE DISSERET

AVCTOR

MAGNVS GOTHOFREDVS LICHTWER

WVRCENENSIS

VITEMBERGAE

PRELO EPHRAIM GOTTLOB EICHSFELDI
ACADEMIAE A TYPIS



RECTORIUS
LOCATUM IN
HABITATIONE
ANDREAS WILHELMUS
CHRISTIANO ALBINO
V. A. H. N.
MAGNVS
OMNIVM
MAGNVS



V I R O
ILLVSTRI AMPLISSIMO
ATQVE
EXCELLENTISSIMO
CHRISTIANO ALBINO
Z A H N
POTENTISSIMI POLONIARVM REGIS
ET PRINCIPIS ELECTORIS SAXONIS
IN EPISCOPATV MISNICO
CANCELLARIO

TVTORI SVO
OLIM VIGILANTISSIMO
IAM PATRONO SVMME DEVENERANDO

V I R
ILLVSTRIS ET EXCELLEN
TISSIME

CHRISTIANO

ALBINO

POTENTISSIMO

ET PRINCIPIS

EPISCOPATI

QUEM NON

OVIS

ATORIS

AVD

AVD

AVD

AVD

AVD

Rationem consilii mei, quare hanc disser-
tationem Illustri Nomini TVO inscri-
berem, etiamsi ipse tacerem, TVORVM tamen
in

in me meritorum conscientia TIBI reddidisset. Sunt ea tanta ac tam singularia, ut ingrattissimae mentis vitio me contaminarem, nisi hac peropportune oblata occasione vterer, obsequium et obseruantiam in TE meam declarandi. Fateor enim et profitebor, dum vita suppetet, TE mihi a tenera aetate Parentis numero fuisse, et quum in me adolescente literarum amorem accendisses, ita postea consilio, praeceptis, opera me adiuuissse, ut nullum fere diem annus habeat, quem non aliquod TVVM beneficium signauerit. Haec et maiora me impulerunt, ut hoc primum specimen qualiscunque industriae meae TIBI VIR ILLVSTRIS consecrarem, quem meum conatum comiter, ut soles excipias, etiam atque

que etiam rogo. Ego vero pro incolumita-
te TUA GENTISQUE ILLUSTRIS TVAE vota
facere non defistam, omnem in eo collocatu-
rus operam, vt in posterum appellari me-
rear

**VIR ILLUSTRIS ET EXCELLEN-
TISSIME**

ILLUSTRIS NOMINIS TVI

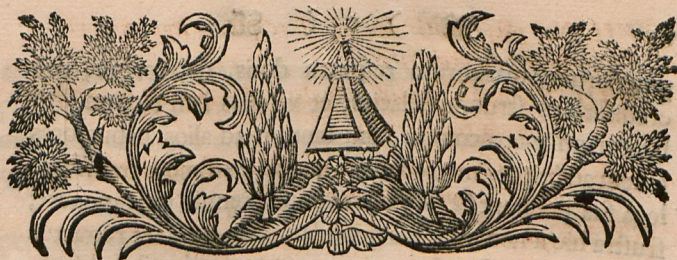
OBSERVANTISSIMVS CLIENS

MAGNVS GÖTHOFREDVS LICHTWER.

C O N S P E C T V S

- I. Dominus interdum res suas iure non alienat. Verus sensus
l. vn. C. Non licere habit. traditur.
- II. Origo retractus conuentionalis, testamentarii,
- III. Et legalis. Noua ratione illustrata *l. 14. C. de contrab. emt.*
- IV. *L. 14. C. de contrab. emt. moribus antiquata. Retractus et*
περιουσίως iuris discrimen.
- V. Vis atque natura iuris περιουσίως et retractus conuen-
 tionalis et testamentarii.
- VI. Retractus legalis ubi locum habeat? An in locatione?
- VII. Rationes sententiae negantis I. quia locatio non est alienatio.
 II. quia retractus est ius singulare.
- VIII. III. Quia in locatione personarum ratio habetur.
- IX. Dissidentium argumenta recensentur,
- X. Discutiuntur: praesertim eorum, qui locationem alienatio-
 nem esse autumant.
- XI. Leges obstantes explanantur.
- XII. Retractus locum non habere in locatione ad longum tem-
 pus, vel in perpetuum, probatur. Baldi et Covasii obie-
 ctiones referuntur.
- XIII. Confutantur. Differz haec locatio ab emphyteusi.
- XIV. Bona locata retractui non subsunt. Coniectura de consti-
 tutione Friderici I.
- XV. Nemo eorum, qui retractum in venditione habent, in loca-
 tione eundem exercere potest. Non domini emphy-
 teuseos.
- XVI. Nec domini directi, nisi sit locatio fraudulenta.

- XVII. *Nec proprietatis domini. Exceptio in lege antiqua Germanorum occurrit.*
 XVIII. *Nec domini iurisdictionales. Exceptio est in operis rusticorum conducendis.*
 XIX. *Nec agnati et simultanee inuestiti. Exceptio est, si locans simul feudum oppignorat.*
 XX. *Nec propinqui.*
 XXI. *Berlichius confutatur. Differentia inter venditionem cum pacto retrovenditionis ad tempus, et locationem stabilitur.*
 XXII. *Nec Socii. Dubia remouentur.*
 XXIII. *Ex argumento aduersariorum de dominio Socii, nostra sententia firmatur.*
 XXIV. *Respondetur Strykii obiectionibus. Leges obstantes diluuntur.*
 XXV. *Paulo lux data in l. 2. §. 5. D. de ag. et ag. plu. arc.*
 XXVI. *Occurritur reliquis Strykii argumentis.*
 XXVII. *Nec ob iuris duplicationem Socius ius προμηθεως poterit exercere in locatione. Veteri conductori extraneo contra Socium non semper prodest ius προμηθεως ex pacto.*
 XXVIII. *Nec vicini iure congrui in locatione vruntur. Contraria est praxis, sed ob metum incendii.*
 XXIX. *Nec conductores. Exceptio iuris Romani in conductibus praediorum publicorum. Ratio huius priuilegii. An apud nos valeat?*
 XXX. *Nec debitorum, si post immissionem a creditoribus bona locantur.*



RETRACTVM LEGALEM
IN LOCATIONE NON HABERE
LOCVM



I

Libertatis naturalis prima lex est, ut cuique de re sua, quid velit, faciendi, omittendiue plena ac liberrima sit potestas. Haec autem apud Romanos maxime cernitur in iure res suas alienandi, ac bonorum suorum proprietatem in quoscunque libitum est, transferendi. Quiritibus certe hac in re fere omnia licuisse, nisi, vel lex, vel conuentio, vel voluntas testatoris obstiterit, ^(a) nemo ibit inficias. Nonnunquam tamen dominos res suas iure non alienasse, quod inter ὁμάται παράδοξα refert THEOPHILVS ^(b), exempla docent pupil-

A 3

(a) *l. ult. C. de reb. alien. non alien. l. 21. C. mandat.* (b) *ad tit. I. quib. alien. licet vel non licet.*

pupillorum, maritorum respectu doris, debitorum, qui creditoribus struunt fallacias, et vt alios iam taceam, habitatorum metrocomiae, qui tantum ad alios habitatores eidem adscriptos metrocomiae non ad extraneos tranſſerre loca ſua poterant^(c). Quocirca haut alienum erit, monere, frustra hic a nonnullis ius quoddam προτιμήσεως et retractus quaeri. Nam dicta lex vnica non praeferri vult habitatores metrocomiae extraneis, sed extraneos ab emtione omnino arceri, et factam in eos translationem, ipſo iure nullam eſſe iubet. Porro testamento ac pacto, ne dominus rem ſuam alienet, effici poſſe, ex l. ult. C. de reb. alien. non alien. et l. 7. §. ult. D. distr. pign. ſatis conſtat. Quamuis enim POMPONIVS lib. IX. ad Sabinum in l. 61. D. de pact. ſtatuat, neminem pacifcendo efficere poſſe, ne vicino inuito praedium alienet, haec tamen lex, vel cum ANTONIO FABRO^(d) de eo caſu, ſi pacifcentis non interfit^(e), vel cum IOANNE NICOLAO HERTIO^(f) de nudo pacto accipi debet^(g).

II

Quamquam autem iure communi nemo poſſit adigi, vt cum eo potius, quam cum alio pacifcatur, aut contrahat^(h), infringit tamen hanc libertatem ius προτιμήσεως, certos homines in contrahendo anteponeſſis reliquis, quod illo conſilio receptum eſt, ne bona extra familiam egrediantur,

(c) l. vn. C. Non liceve habit. (d) in Ration. ad dict. l. (e) a. l. 15. D. de Seruit. et l. 38. §. 17. D. de V. O. (f) in differ. de pacto, ne dominus rem ſuam alienet, §. 2. (g) a. l. ii. D. de relig. et Sumt. fun. (h) arg. l. 30. in fin. C. de pact. l. 25. §. 1. D. Solut. matr.

tur, ⁽ⁱ⁾ aut, ut ad eum veniant, quem aequius est illa possidere, quam extraneum ^(k). Praesertim enim Romanis curae cordique erat, ut auitae ac paternae domus tanquam

decora alta parentum

penes familiam manerent, quod ipsis lugubre videbatur, vendi domum, in qua defecit pater, minorque creuit, ut CONSTANTIVS Imperator ^(l) loquitur. Quam ob causam, nominis gentilitii conseruandi studio, ne bona ac possessiones e gente exirent, aut, ut ad eam redire possent, tam testamentis et fideicommissis ^(m), quam pactis ⁽ⁿ⁾ Romani sibi prospiciebant. Hinc quoque enata est conditio illa, in legibus saepius obuia, ne fundus de nomine familiae meae exeat. Ita in *l. 38. §. 1. D. de leg. 3.* dicitur: Fundum Cornelianum de nomine meorum exire veto. *§. 2. eod.* Vero autem, aedificium de nomine meo exire, et *§. 3. eod.* Ut fundus Titianus de nomine vestro nunquam exeat ^(o), et huc etiam pertinent inscriptiones apud GRVTERVM ^(p). Saepius autem testantes ac paciscentes facultatem alienandi quidem dominis permittebant, iisdem tamen quosdam praerogatiuos sistebant emtores, quibus fundus ante extrane-

(i) *arg. l. 35. D. de minor.* (k) *arg. l. 16. D. de reb. auct. iud. pass.* (l) *in l. 22. §. Nec vero domum C. de admin. tut. et ad b. l. FER. ADDVENS. l. 2. Explic. p. 573. in thesauvo Iur. Otton. T. II.* (m) *l. 69. §. 3. l. 76. §. 5. l. 88. §. 15. D. de leg. 2. l. 38. §. 4. D. de leg. 3.* (n) *l. 75. D. de contrab. emt. l. 21. §. 5. D. de act. emt.* (o) *Conf. Consultiiff. TROTZ. de memoria propag. l. 1. C. III. §. 2. p. 142.* (p) *pag. 307. v. 7. et p. 755. n. 1.*

traneum emendus offerretur, ut est in *l. 122. §. 3. D. d. V. O.* Hisce igitur pactis ac testamentis nascebatur ius quoddam *προτιμήσεως*, vi cuius is, qui hoc gaudebat, si tantum, quantum alius, soluere paratus esset, cuius extraneo emtori anteibat⁽⁹⁾.

III

Comprobarunt illud leges, et partim conseruandi nominis studio, partim aliis ex causis ius simile certis in casibus et certis personis dederunt. Digna notatu est *l. 35. D. de minor.* qua minor adiectione pretii et licitatione victus restituitur in integrum, si eius interesse, emtam ab eo rem fuisse, approbetur: veluti quod maiorum eius fuisset, ita tamen, ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori. De emtorum priuilegio euolui potest *l. 8. D. de add. in diem.* Cognatis etiam ac confortibus olim datum erat, ut extraneos ab emtione remouerent. Postea tamen hoc retractus ius constitutione Imperatorum plane fuit immutatum, neque vlla cognatis et confortibus prae extraneis relicta praerogatiua, dum in *l. 14. C. de contrah. emt.* grauis iniuria visa est Imperatoribus, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inuiti. Quo vero tempore retractus ille, ratione sanguinis gentilitius, cuius nulla vsquam vestigia in iure legi audacter asserit VL. R. H. V. B. E. R. V. S.⁽¹⁰⁾, inualuerit, inter eruditos non constat. Elegans equidem est coniectura Viri Magni, IACOBI GOTHOFRE

DI,

(9) *l. 75. D. de contr. emt.* (10) *in Praelect. ad tit. D. de resc. vend. Cap. de iure retractus, n. 14.*

DI, qui ad *l. 6. C. Theodos. de contrab. emt.* suspicatur, reiiciendum illum esse ad CONSTANTINI M. aetatem, et sub eo quandam fuisse latam legem, qua cognati potuerint extraneos ab emtione amouere, nixus praesertim et SYMMACHI *epistola* ^(s), et *l. 3. C. de commun. rer. alien.* quae est Diocletiani. Sed ius quoddam προτιμήσεως necessariis personis jam ANTONINI et VERI temporibus concessum fuisse, maiori verisimilitudine ex *l. 60. D. de Pact.* asseueramus. Namque PAPIRIUS IVSTVS, qui scripsit *Constitutionum libros XX.* in quibus ANTONINI et VERI Impp. Constitutiones eum collegisse credibile est, ^(t) eiusmodi ANTONINI rescriptum, AVIDIO CASSIO datum, nobis conseruauit. Fisco praeterea praelatio in metallis emendis relicta, *l. 1. C. de metall. et Met.* et Emphyteuseos domino, *l. 3. C. de iure emphyt.* menses concessi sunt duo, intra quos iisdem conditionibus, quas alius offert, emere ab emphyteuta ius emphyteuseos potest.

IV

A *l. 14. C. de contr. emt.* dispositione recesserunt mores Longobardorum, qui agnatis ius προτιμήσεως ac retractus dant prae extraneo emtore feudi ^(u), quod beneficium ^(x) FRIDRICI Imp. constitutione ad socios vicinosque prolatum est. Immo passim quoque mores institutaque singularum Germaniae ciuitatum proxima propinquitate

B

con-

(s) *CXVII. lib. IX.* (t) Vid. CORN. VAN ECK *in tit. D. de O. I. §. 31.* (u) *Feud. 2. tit. 3. §. Sed etiam et tit. 9. §. 1.* (x) *Feud. V. C. XIII.*

coniunctis, fociis vicinisque ius simile προτιμήσεως ac retractus concefferunt, quorum illud in alienando fundo auito, communi, vicinoue, extraneis eos antepositum emtoribus: hoc autem, si alienatus fundus est, ipsis intra certum tempus recuperandi eius tribuit potestatem, modo utroque casu tantundem soluere parati sint, ac extranei. Ius retractus enim, si accurate loqui velimus, pro effectu iuris προτιμήσεως habetur, et licet haut dissimulem, haec vocabula vsu forensi non satis accurate discerni, re ipsa tamen maximopere differunt. Ius προτιμήσεως ad futuram alienationem impediendam spectat, retractus autem consummatam alienationem respicit. Sic, cui competit der Näherkauf, ex lege, vel statuto, ille non tantum ius habet impediendi nouum emtorem, sed etiam, si res ipso inscio distracta, ius illam retrahendi intra annum et diem habet. (y)

V

Ab his fontibus, qui partim in iure Romano, partim in consuetudinibus Germanicarum nationum quaerendi sunt, ius illud manauit προτιμήσεως, datum nonnullis hac lege, vt in quibusdam contractibus, si conditiones ab extraneo oblatas praestiterint, huic praeferantur. Perspicuum autem est ex iis, quae supra diximus, tripartitum hoc ius esse, atque aliud ex testamento, aliud ex pacto, aliud ex lege proficisci. Quod attinet ad retractum conventionalem, illud addere liceat, post resignationem dominii et traditionem iudicalem ei locum non esse, nisi vel hypotheca muni-

(y) 2. F. 26. §. Titius Dec. Elect. XI. et Constit. XXXII. P. II.

munitus fuerit, vel emtoris fraus subfit ^(z), vel in subhastatione adjudicatione nondum facta fit: ^(a) alias namque ad id tantum, quod interest, erit agendum. Secus res se habet, si hoc ius ex lege, vel testamento competit. Valde enim errat CARPZOVIVS ^(b), quod ne iuri quidem προτιμήσεως ex testamento nato, vim tribuat maiorem, cum tamen contra testatoris voluntatem facta alienatio nullius plane momenti fit ^(c), ac praeterea l. 1. C. *commun. de leg. actionem* praebeat legatario hypothecariam ^(d). Quodsi ex iure statuario, vel prouinciali ius προτιμήσεως ac retractus, sic dictum Nähergeltungs-Recht, profluit, hoc, modo tempus zum Einstande, lege definitum, non fit praeterlapsum, licet resignatio dominii fundi venditi sit facta, et confirmatio iudicialis secuta, adhuc tamen potest vrgeri, quod confirmatio iudicialis nihil noui dat, nec actum inualidum firmat ^(e), vti respondit *Facultas Iur. Vitemb. Mens. Oct. 1743.* Quocunque igitur modo, pacto, testamentoue ius cuidam προτιμήσεως constitutum sit, eo valere illud debere, non est, cur dubitemus, adeo, vt hoc ius in dubio quoque ad heredes transeat, ^(f) dum non minus hisce quam no-

B 2

bis

(z) CARPZOV. *Iurisp. for. P. II. C. XXXII. D. XXI.* WERNHER P. I. *Obs. CXXXI. et P. II. Obs. CCCCXXV.* (a) Sic enim accipio WERNHER. *Obs. CCLXXXVI. P. VI.* vid. HORN. *Cl. XIII. resp. VII. n. 2.* (b) *def. IX. l. c.* (c) *ob l. 69. §. 3. D. de leg. 2.* (d) Conf. Illustr. A LEYSER *in Medir. Spec. CXCVII. p. 497. in Coroll.* (e) *c. 1. X. de confirm. c. 6. porro de fid. instr. Vid. HORN. Class. IX. Resp. 201. 550. ac Ordinat. Gotb. P. II. C. II. T. XIV.* (f) *l. 40. pr. D. de pacr. l. 13. C. de contr. stipul. l. 10. C. de loc.*

bis ipsis cauiffe praefumimur^(g), et extraneis possit cedi.^(h)

VI

Nec tamen in emtione solum constitui poterit eiusmodi retractus, verum etiam in aliis contractibus, praesertim in locatione conductione⁽ⁱ⁾. Arctioribus circumscriptus limitibus est retractus, quem ex lege nonnullis dari, diximus. Hic in alienatione, quae pretio fit, maxime in venditione obtinet. Quanquam et aliae alienationes, aestimatione quae fiunt, a ICtis, ut, si quid in solutum, vel res aestimata in dotem data sit, non male huc referuntur^(k): Praecipuam vero eius sedem in venditione esse, non solum ex casibus, quibus ius Romanum et Canonicum^(l) illum permittit; sed etiam ex Feudali iure et Saxonico constat^(m). Et inde quoque apparet, ius retractus locum non habere in donatione, neque in permutatione,⁽ⁿ⁾ neque in transactione^(o). In locatione conductione autem, an locus sit iuri *περὶ ἀπόσεως* ac retractui legali, in utramque partem disputatur, ideoque hanc quaestionem in praesenti fusius deducere, induxi animum.

VII

(g) *l. 9. D. de probar.* MOLLER. *Comment. ad Const. XXXII. P. II. n. 33. seqq.* (h) *l. ult. C. de hered. et act. vend.* CARPZOV. *ad dict. Const. d. XX. n. 5. seqq.* (i) *l. 32. C. de loc.* (k) IMMAN. SVTORIVS *de Reractu, C. XII. Tb. 263.* (l) *c. 8. X. in integr. rest.* (m) *Const. El. XXXII. P. II. Land Rechz l. i. art. LII. gloss.* (n) HEINECCIUS *in Instir. lib. III. tit. XXIV. §. CMVIII. in nota.* (o) *Contitit Illustris A LEYSER Spec. CXCIV. Med. V.*

VII

Est autem locatio conductio ex numero eorum contractuum, qui consensu perficiuntur, et in usu rei, vel opera certa mercede praestandis versatur ^(p). Vnde Ovidius ^(q):

Omnia conductor soluit: mercede soluta,
Non manet officio debitor ille tuo.

Iam vero usus iste, qui a locatore conceditur, nec dominium mutat ^(r), nec possessionem ^(s). Vnde locationem non esse alienationem ^(t), facile apparet. Ius autem προτιμήσεως et retractus nonnisi in alienatione locum habere, iam diximus. Ex quo necessario fluit, illud a locatione conductione, quae talis non est, dum nec res ex familia in alteram transit, plane exulare. Accedit, ius προτιμήσεως et retractus ius esse quoddam singulare, priuam legem: quae enim veteres priua dixerunt, nos singula dicimus, inquit GELLIVS ^(v). Iuris vero singularis ea natura est, vt strictissimae sit interpretationis ^(w), et ad exemplum trahi non possit. Cum igitur de iure προτιμήσεως ac retractus in locatione conductione nihil in legibus dispositum reperiamus, non male huc applicari potest illud Baldi: Quod lege non cauetur, nec in practica habetur ^(x). De Saxoniam Electora-

B 3

li

(p) l. 1. §. ult. D. et §. ult. l. Mandati. (q) AMOR. l. 1. Eleg. X.
(r) l. 80. §. 3. D. de contrab. emt. l. 39. D. loc. cond. (s) l. 60.
§. 1. D. loc. cond. l. 9. D. de R. V. WERNHER P. I. Obs.
LXXXVII. (t) l. 63. D. de contrab. emt. (v) l. X. cap.
XX. (x) l. 14. 15. et 16. D. de LL. (y) CAPZOV. Jurispr.
for. P. II. C. XXXI. D. VIII.

li eo minor dubitatio oriri potest, cum ius προτιμήσεως et retractus hereditariis in bonis ibidem prorsus abrogatum ⁽²⁾, et solis liberis in venditione fundi aucti, agnatis et simultanee inuestitis autem in feudis, vsque dum eadem sub hasta venierint ^(a), relictum sit. Bonis igitur sub hasta venditis, vel etiam, si simultanee inuestiti per pactum, aut literas reuersales dispositionem inter viuos et mortis causa possessoribus feudi concesserint, aut reliquerint, sibi quoque modo certam pecuniae summam, Lehntamm, reseruauerint, postea iure προτιμήσεως, vel reluendi vti non possunt ^(b).

VIII

Praeterea in locatione sine dubio personarum ratio habetur, idque cum in hac comparatiua propositione citra iniuriam non facile ad liquidum deduci possit, consanguineus, aut quiuis alius, cui alias, si fundus alienaretur, competeret ius retractus, conductor, non debet obrudi, quam eadem condiciones offerat, et cautionem de mercede accurate soluenda praestet. Hic certe valet, quod **VLPIANVS** ait ^(c) interesse nostra, scire nationem, si seruum emimus. Multo igitur magis indolem et ingenium intueri debemus hominum, quibuscum contrahimus. Parumne

(2) *Resol. Grau. 1661. Const. Elect. XXXI. P. II. et CARPZOV. P. II. C. XLIV. D. IV.* (a) *O. P. S. R. ad tit. XL. §. 3. in fine.* (b) *Vid. Diss. Illustr. GEBAVERI de iure reluendi per generalem consensum simultanee inuestiti in alienationem feudi extrinseco, ibique §. 20. auctent. interpr. Const. XLV. P. II. Potentiss. Regis nostri.* (c) *l. 31. §. 21. D. de Aedil. Edict.*

ne tu putas referre, cum homine inquieto, et malo in con-
ubernio esse; an cum alio, cuius mores sunt temperatio-
res? Ego vero inter felicitatis humanae partes ponendum
esse puto, placabiles ac mites habere conductores, non da-
mnosos, non rixosos.

IX

Solent quidem, qui a nobis dissentiunt, prouocare ad si-
militudinem, quae est inter emtionem venditionem, et
locationem conductionem, quam proximam esse emtioni
venditioni, iisdemque iuris regulis consistere, ipse IVSTI-
NIANVS ^(d) docet. Quin etiam locationem dicunt esse a-
lienationem, siue potius venditionem vsus, vel fructu-
um ^(e), eamque opinionem mirifice locus SENECAE adiu-
uare videtur, qui *lib. VII. de benef. c. V.* vbi de dono in
sapientem collato agit: Nec mirum est, inquit, aliquid ei,
cuius totum est, posse donari. Conduxi domum a te. In
hac aliquid tuum, aliquid meum. Res tua est, vsus rei
tuae meus est. Capite autem sequenti ita pergit: In om-
nibus istis, quae modo reruli, vterque eiusdem rei domi-
nus est. Quomodo? quia alter rei dominus est, alter v-
sus. Haec ille. Quidni igitur locationem ius in re transf-
erre, et genus esse alienationis, existimemus? Huc quo-
que collineare videntur *l. ult. C. de reb. alien. non alien. et*
l. 1. in pr. C. de iure emphyt. quae ipsi CARPZOVIO ^(f) con-
fessionem extorquent, locationem omnino esse alienatio-
nem.

(d) *pr. 1. de loc. cond.* (e) BERLICHIVS *Decis. 166. n. 39. P.*
II. (f) *P. II. C. XXXVII. D. II. n. 7.*

nem. Idem tradi aiunt in *l. 31. D. locat. cond.* Accedit nouum robur ex constitutione illa notissima FRIDRICI I Imperatoris ^(g), vbi ius *περιουήσεως* tribus casibus locum habere ait, e quibus vnus est, si quis alienare voluerit per locationem.

X

Sed facile excipi atque auerti poterunt tela eorum, qui similitudine rei mouentur. Similia enim non sunt nimis extendenda. In emtione dominium transit, non in locatione conductione. Nemo enim potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed, vt LABEO ait ^(h), hoc, aut locatio est, aut aliud genus contractus. Est autem locatio modo concessus percipiendi fructus, quamdiu durat contractus, non translatio ipsius rei, seu proprietatis. Quodsi dominium ad conductorem peruenisset, caussa non esset, cur cedere successori singulari cogeretur. Deinde perfecta venditione, rei venditae periculum ad emtorem statim pertinet. Vnde sequeretur, si locatio esset venditio fructuum, similiter, perfecto contractu, a conductore ferendum esse periculum fructuum: Est autem illud sine dubio locatoris, si vi tempestatis calamitosae sterilitas contigerit, vt eleganter hanc illustrat VLPIANVS *l. 15. §. 2. D. locati* ⁽ⁱ⁾. Quod vero ad locum SENECAE attinet, aliter philosophi loquuntur, aliter Icti,

(g) *Feud. V. XIII.* (h) *l. 80. §. ult. D. de contrab. emt.*
 (i) *Iung. Dissert. Ampl. EV. OTTONIS de praestazione casuum solit. insolit. et insolentiff. ad b. l.*

ICTI, quamvis etiam conductor, quoad perceptionem fructuum, improprie dominus vocari possit, verus tamen non est dominus. Recte enim dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est, vt PAULVS ait in *l. 25. D. de V. S.*

XI

Nec magis nobis officiant memoratae leges, quarum duas priores, si cum cura paullo maiori perpenderit, plus elici ex iis, quam in ipsis re vera inest, facile constabit. Namque *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* aperte de emphyteusi agit, in qua transire dominii particulam, prorsus nullum est dubium. In lege autem *l. pr. C. de iur. emph.* ZENO Imperator conductionem ab alienatione nominatim seiungit, dicens, ius emphyteuticarium, neque conductionis, neque alienationis titulo adiiciendum, sed hoc ius tertium a se constitui. Quod autem ad *l. 31. D. loc. cond.* attinet, fateor equidem, ALFENVM rerum locatarum duo genera distinxisse, alterum, in quo eadem species sit reddenda, alterum, in quo idem genus duntaxat, sed notanter adiicit, vbi idem genus est reddendum, in creditum iri, h. e. degenerare in alium contractum, scilicet, casum hunc incidere in speciem mutui, ex quo dominium transit ^(k). Denique in constitutione FRIDRICI I Imperatoris, ius προσημωσας in locationem transferri non nego. Verum quicquid asserat CUIACIVS ^(l), qui hanc et ceteras confi-

C

tutio-

(k) BYNKERSHOEK *l. VIII. Obs. IV.* (l) *de feud. l. IV. tit. 73.*

tiones feudalibus consuetudinibus adiecit, non persuasit Germanis, ut eis auctoritatis, vel ponderis quicquam tribuerent. Nunquam enim inter leges, quibus utimur, illae relatae et collocatae sunt ^(m).

XII

Manet igitur firma sententia nostra, alienum a locatione esse ius *προτιμήσεως* ac retractus, adeo, ut ne in ea quidem locatione, quae in longum tempus, vel in perpetuum fit ⁽ⁿ⁾, illud locum habeat. Tempus enim mutationem contractui afferre non potest ^(o), sed manebit potius eadem locationis natura, tamen quis in mille annos locauerit, ut ait glossa *ad l. 88. §. 15. D. de leg. 2.* Diffidet quidem a nobis BALDVS et alii ^(p), qui locatione in perpetuum, vel ad longum tempus, i. e. ad decennium transferri vtile quoddam dominium opinantur, prouocantes ad *l. 1. §. 3. D. de Superfic. et ad l. 1. §. 1. D. Si ager vectig.* in quibus praetor actionem in rem pollicetur iis, qui superficiem in perpetuum, vel in tempus non modicum conduxerunt, unde ius nasci in re ac dominio affine conductoribus in locatione BALDVS coniicit. Patrocinari ei videtur *l. 2. C. de loc. praed. civil.* qua perpetuariis fisci colonis potestas vendendi donandi ac reliqua faciendi, quae dominis iure mancipii, ut olim loquebantur, in re sua facere licebat, afferitur. Qua ex causa etiam IOANN. CORASIVS

(m) Conf. Illust. A LEYSER *Spec. CXCVI. Med. III.* (n) *l. 7. §. 15. D. de exerr. act. l. 10. C. de loc.* (o) *l. 8. D. Mandat.*

(p) Vid. CARPZOV. *l. V. Resp. XVII. ibique D. D.*

VS TOLOS. (q) locationem in perpetuum ab emphyteusi quae non procul ab alienatione distat (r), non effectu, sed solo nomine putat differre.

XIII

At in conventionibus semper illud est intuendum, quod contrahentes agunt, qui certe in omni locatione, siue ad tempus ea inita fuerit, siue in perpetuum, non ideo hoc faciunt, vt ius quoddam dominii, scilicet ipsius rei, s. fundi in conductorem transferant, sed, vt illud locatoris totum maneat, et fructus, vel vsus fundi locati modo conductori cedant. Regula enim iuris, fructus pendentes facere partem fundi (s), hoc indicat, vendito fundo, venditos quoque censeri fructus, qui nondum excisi et percepti sunt (t). Secus est, si sine fundo fructus vendantur. Quod autem Praetor in dictis legibus actiones in rem de iis, qui non ad modicum tempus conduxerunt, ex hoc ipso apparet, iure ciuili id non licere, sed ex aequitate iure honorario ad euitandas cedendarum actionum molestias hoc competere (u), vnde etiam praetor in dicta l. i. §. i. *D. de superfic.* solummodo quasi in rem actionem pollicetur. In l. 2. *C. de loc. praed. ciu.* singulare datur priuilegium iis, qui fundos publicos in perpetuum conduxere, et inde quoque constat, idem non licere in conductionibus

C 2

bus

(q) *de Iure Emphyt. p. 121.* (r) *Nou. VII. C. 1.* (s) *l. 44. D. de rei vind.* (t) *l. fin. §. 6. D. quae in fraud. cred. l. 25. D. de act. emt.* (u) *Conf. FRANZKIVS ad D. tit. loc. cond. n. 29. seqq.*

bus priuatorum. Namque non sine caussa alliciebantur coloni, vt cum fisco contraherent, cui scimus, multa in iure concessa esse, quibus conditio eorum, qui cum illo contrahebant, multo grauior reddebatur, quam si cum priuato pacti fuissent. Ita tacita fisco hypotheca competit in bonis eorum, qui cum eo contraxerunt ^(x), et in contractibus contra eum compensationis exceptio non semper locum habet ^(y). Ex isto tamen priuilegio minime colligi potest, locationem in perpetuum esse emphyteusin, quia locatio, quantumcunque etiam temporis ipsi adiicias, titulus non est habilis ad transferendum dominium, cum e contrario emphyteuta dominium possessionis, non ipsius rei habeat ^(z). Pugnancia loquuntur, qui dicunt, eum, qui in perpetuum conduxit, i. e. qui in perpetuum alieno nomine possidere coepit, ius in re acquisuisse, h. e. in perpetuum suo nomine possidere coepisse. Neque hic locus est praescriptioni, quia conductor causam possessionis sibi metipsum mutare non potest per l. 3. §. 19. *D. de acq. poss.* Nec mera de verbis controuersia est, emphyteusin a locatione in perpetuum magnopere differre. Emphyteuta enim non solum fructus percipit ordinarios, verum etiam extraordinarios, velut inuentum in agro emphyteutico thesaurum, qui tamen ad perpetuum colonum non pertinet. Emphyteuta vindicat fundum etiam a domino ^(a), non conductor, cui ius tantum est in personam,

cum

(x) l. 28. *D. de iur. fisc.* (y) l. 1. *C. de compens.* (z) l. 72. §. ult. *D. de leg. 1. l. 12. C. de fund. patrim.* GALVANVS de *Vsu fructu*, C. XXXVII. pag. 348. (a) l. 1. in f. *D. si ager. vectig.*

cum qua contraxit. Emphyteuta excepta venditione, infcio domino fundum emphyteuticarium alienat, non conductor. Emphyteutae ob sterilitatem canon non minuetur: omne enim particulare damnum eum grauat, et ad integri canonis praestationem deuinctus manet ^(b), minuetur contra conductori ^(c). Emphyteuta tandem canone intra triennium ciuilibus in bonis non soluto, ius suum perdit, conductor post biennium, si non soluit, expellitur, ac denique successori cedit singulari, quod secus est in emphyteuta.

XIV.

Illud praeterea de iure Saxonico monendum est, nec in praediis vulgo dictis *Laß Güter*, transire dominium. Sunt ea praedia eiusmodi, quae ex contractu locationis conductionis in incertum tempus, fructuum percipiendorum gratia, possessori pro certa pensione, *Laß-Zins*, conceduntur, ita, vt quodocunque libuerit, a domino reuocari possint ^(d). Quanquam enim, si quis ab altero fundum repetat, reus autem, se atque antecessores suos ultra triginta annos, annum et diem pro vniformi pensione fundum possedisse praetendat, in dubio reus exceptione tutus sit; ac pro eo pronuncietur iuxta *Const. Elect. XL. P. II.* neque tamen inde efficitur, vt locatio haec sit alienatio, et iuri *προτιμήσεως* aditum faciat. Namque si actor locationis

C 3

titu-

(b) l. 1. C. de iur. emphyt. (c) l. 15. §. 4. D. locat. cond. (c)
Vid. Diss. DN. PRAESIDIS de Praediis, quae vulgo *Laß-Güter* appellantur, §. VI. et VIII.

titulum probauerit, dilabitur ius omne excipientis, ac fundus locatori restituendus erit. Facile autem ab omni incommodo declinabit talis locator, si pensionem saepius mutandam curauerit, quod in agris Ecclesiae senis annis fieri iubet *Ordin. Eccles. Sax.* (e) Ceterum hanc locationem in longum tempus forsitan intellexit FRIDRICVS I in constitutione, cuius supra mentionem fecimus, dum ibi ait, per locationem alienari. Nam ex reliquis feudorum consuetudinibus apparet, locationem non esse habitam pro alienatione (f). Omittam id, quod etiam HVBERO (g) mirum videtur, consentaneum non esse, ius προτιμήσεως in locatione concedere FRIDRICVM, qui abesse illud voluerit a permutatione, quae multo propius accedit ad venditionem.

XV

Hiscē igitur consideratis, deueniamus iam ad eos, quibus in venditione retractus ius datur, quos quidem simile ius in locatione conductione praetendere non posse, in aprico est. In venditione autem, quibus ius προτιμήσεως ac retractus competit, hi fere sunt: domini directi, agnati, ac simultanee inuestiti in feudo, propinqui, focii, vicini, creditores, et iure Saxonico debitores. Procul dubio vtuntur iure προτιμήσεως in venditione emphyteusis domini

(e) *art. gen. 29. et Synodal. Decret. de anno 1624. ac Reuis. Syn. Decr. gen. de anno 1673. in Cod. Aug. T. I. p. 796. et 837.*
 (f) §. *Donare, tit. 9. Feud. II.* (g) *P. II. Praelect. Cap. de Iur. Retract. §. 22.*

domini directi intra duos menses ab eo tempore, quo iis denunciata est ^(h). Sed, si locatur emphyteufis, extraneus conductor, domino emphyteufis, cedere non tenetur. Emphyteuta enim est dominus utilis. Itaque pro libitu locabit. Merito igitur venditioni ius istud inhaeret, quod confirmat *l. 3. C. de iur. emphyt.* vbi mentio fit pretii, quod solius venditionis proprium est ⁽ⁱ⁾, et conditiones, quas lex praescripsit, seruandae sunt.

XVI.

Neque magis praeferrī se cupiet dominus directus in locatione feudi extraneo, quamuis ius προτιμήσεως alias in eiusdem venditione ei competat ^(k), adeo, vt etiam statutum, vel priuilegium, quod vasallo sine domini directi consensu feudum alienare permittit, saluo tamen iure προτιμήσεως eidem competente intelligatur ^(l). Antiquitus enim datum fuit vasallis, vt libere locent ^(m), nisi locatio sit fraudulenta, quae alienationem inuoluit, qualis est libellariae concessionis feudi pro vilissima duorum denariorum pensione perpetuo factae, seu vno numo, quae in iure pro nulla habetur ⁽ⁿ⁾, scilicet, si numus interuenerit ad simulandam locationem, et nulla adsit proportio numi ad vsum rei ^(o). Tunc tamen opus non est iure προτιμήσεως quia

(h) *l. fin. C. de iur. Emphyt.* (i) *l. 1. D. de contrab. emr. Iung. GVIL. FORNER. Select. l. II. C. XXX in Thes. Otton. T. II. p. 80. seqq.* (k) *2 F. 9. §. porro.* (l) WERNHER. P. X. O. CCIX. (m) *2 F. 9. §. 1. STRVVIVS Syntagm. iur. Feud. C. XII. §. VII.* (n) *l. 46. D. loc.* (o) AVERIN. *Interpret. Iur. lib. I. C. XXXI,*

quia ob feloniam ad dominum redit feudum ^(p). Simulatione enim detecta totus corrumpitur actus.

XVII

Proprietatis dominum, si fructuarius fundum locat, licet eandem mercedem offerat, extraneo potiore non esse, facile exinde colligitur, quod fructuario sine vlla restrictione suo arbitrio conductoris eligendi potestas per leges est tributa ^(q). Neque SCHILTERI ^(r) obest obiectio, qui vocem, inuitus, in dicta l. 67. de eo explicat, qui prohibetur contradicit venditioni, vel locationi. Sine dubio enim is, qui cupit, ut alter potius secum, quam cum alio contrahat, eo ipso prohibet et contradicit emtioni, vel locationi cum alio faciendae. Nec a venditione ad locationem in praesenti materia argumentum duci posse, supra ostendi. Quam ob rem frustra quidem dissentiret SCHILTERVS, ut probe animaduertit BERGER. ^(s) nisi firmiter adhuc afferret argumentum, legem scilicet antiquam Germanorum, quae in *Kaysersl. und Roeniglich. Landrecht*, fol. 64. Edit. Meichs. et in *glossa Weichbildi*, art. 31. 9. 10. Sie soll es den Erben zu loesen geben, wegert das der Erbe, sie thu es aus um Zins, wollen es aber die Erben um solchen Zins annehmen, als man es anderswo bestehen wolt, die Erben seind es neher zu behalten um solchen Zins, denn andre

(p) Vid. Diff. inaug. GEORG. AD. SCHVBERTI *de Iure locandi Vasall.* (q) l. 12. §. 2. l. 67. *D. de Vusufructu.* BERGER. in *Oecon. de loc. cond. n. 2.* CARPZOV. *P. II. C. XLII. D. III.* (r) *Exercit. ad D. XVII. XXXIV.* (s) *loc. cit.*

andre Leuthe etc. sed hic adest exceptio a regula, quae attendenda tum demum, cum ius retractus lege, vel consuetudine diuturna locorum proprietario sit ratum (1).

XVIII

Pariter quoque dominis iurisdictionis, qui ne in emtione quidem προτιμωσιον habent (u), neganda est praelatio in conductione, si excipias ius προτιμήσεως, quod in operis rusticorum eorumque liberorum conducendis (x) exercent. Illud quidem a CARPZOVIO (y) et BERGERO (z) ita restringitur, ut eo demum casu locum habeat, si nihil rusticorum interest, operas suas domino, an extraneo locent. Hoc autem eo valet, ut subditorum liberi, non priuigni (a), dominis iurisdictionis prae extraneis operas suas pro mercede definita per biennium offerant (b). Praeterea sacerdotibus quoque illud ius concessum est in *Ordin. Eccles. art. gen. 27.* verbis: Dafs die Bauern fremde Aecker um Geld zu beschicken nicht eher annehmen, es sind denn zuvor des Pfarrers und Schreibers Aecker um ein gebühlich und gleichmäffig Lohn beschicket (c). Differt autem hoc ius ab operis necessariis agrestium, Germanice Frohndienste, Dienst-Zwang. Nam qui ius προτιμήσεως habet, non

(t) VOET. *ad tit. Dig. locar. conduct. §. 13.* (u) BARTH. *HODEG forens. p. 430.* (x) *Ord. Polit. de Ao. 1661. tit. XXIII. C. III.* (y) *lib. I. Resp. LIX.* (z) *Oecon. tit. locar. cond. XXV. n. 2.* (a) BERGER. *Elect. D. F. Suppl. II. p. 203.* (b) MENCKEN. *Synops. Pand. tit. loc. cond. §. IV.* (c) *Conf. Synod. Decret. de Ao. 1674. §. 69.*

non statim etiam habet ius cogendi ^(d). Necessariae operae ab inuitis exiguntur, et quando lubet dominis, ac pro iis secundum consuetudinem locorum, aut nihil soluitur, aut merces exigua, quam pacta ac statuta definiuerunt ^(e). Sed secus se res habet in iure illo προτιμήσεως operarum. Huic enim locus tum demum est, cum rustici in animo habent, operas suas aliis locare.

XIX

Multo minus vero agnati et simultanee inuestiti, si vafallus feudum locat, προτιμήσεως et retractus ius, quod in feudi alienatione illis competit, exercere possunt. Leges enim, quae ipsis hunc retractum largiuntur, de venditione loquuntur ^(f). Singularem casum ab HORNIO ^(g) relatum legimus, cum Titius vafallus mentis alienationem pateretur, bonaque eius locanda essent, sororem Titii cum Caio ac Seio, simultanee inuestitis, de conductionis praerogatiua valde certasse, dum ab his ad ius προτιμήσεως ac retractus ipsis alias in alienatione ex simultanea inuestitura competens, a sorore autem ad propinquitatis iura prouocaretur, Scabinos Vitembergenfes super hac quaestione consultos, plus offerentibus ex ratione, quod nec forori, nec Caio et Seio ius praelationis competat, bona locanda censuisse, partim quod simultanea inuestitura ipsis, neque posses-

(d) BERG. Decif. XIV. (e) arg. l. 18. l. 20. D. de oper. libert.

(f) 2. F. 26. ff. Tit. 2. F. 3. §. Sed etiam Constit. Elect. XLVIII. P. II. STRVV. Synr. Iur. Feud. C. XIII. aph. 21. n. 1. (g) Iurisprud. Feud. C. XX. 10.

possessionem feudi, neque facultatem, de eo, viuento vafallo ftatuendi tribueret, partim etiam, quod locatio feudi fubftantiam non afficeret, ac nemo vnquam ius προτιμήσεως fimultanee inueftitis in locatione afferuiffet. Si tamen praerogatiua concedenda fuiffet, potius forori eam competiiffe dicendum effe arbitramur, quod locatio folummodo fructus feudi afficit, qui poft fratris mortem ad ipfam pertinebant, quemadmodum et alias vafallo abfente, cura feudi non proximo agnato, fed heredi allodiali merito committi folet ^(h). Si quis tamen, feudum locans extraneo, fimul oppignoret, nihil ambigo, tunc iure προτιμήσεως vt poffe agnatum ac fimultanee inueftitum. Refpectu domini directi enim dubitationem omnem eximit *Decifio Elect. XXXI.* Firmiffimum illud affertur argumentum, quod ius pignoris feudo adhaerefceus cum iure diftrahendi coniunctum fit, et pignoratio ⁽ⁱ⁾ vocabulo alienationis contineatur. Qua ex cauffa factum effe ait BERGER. ^(k) vt haec fententia Saxonico in foro inualefceret, in eamque ordo ICtorum Vitembergenfium ampliffimus pronunciarer.

XX

Neque maior vis erit confanguinitatis, cui demum in in venditione fundi auiti nafcitur ius προτιμήσεως et retractus. BERLICHIVS ^(l) quidem hanc relinquit fententiam,

D 2

tiam,

(h) Generofiff. A LEYSER *Medit. ad Pand. Spec. XCVII. de berede abfentis curatore, Med. VII.* (i) *L. ult. C. de reb. alien. non alien.* (k) *Suppl. I. D. F. 409.* (l) *P. II. Concl. XXXIX. LXX et LXXI.*

tiam, et in alia omnia discedit, opinionis suae hanc afferens causam, cum in venditione, quae fit sub lege, rem intra certum tempus redimendi, consanguineo, donec illud venerit, iure retractus utendi, et habendi illam commoditatem, quam emtor consequitur, facultas detur, idem quoque ei licere oportere in locatione, ad cuius similitudinem venditio cum pacto hocce redimendi intra certum tempus proxime accedere videatur.

XXI

Sed tantum abest, ut ex eiusmodi venditione et cadente in illam iure προτιμώσεως simile ius in locatione competere statuamus, ut potius tam ex ipsa horum contractuum comparatione et discordi eorum natura de contraria sententia firmiter sumus persuasi. Quamvis enim extra omnem dubitationem positum non sit, an retractus ius eo in casu, si fundus venditur adiecta redimendi intra certum tempus facultate, statim competat, cum venditionem istam conditionem non male dixeris, ac lex ipsa pactum istiusmodi de retrouendendo et redhibitionis conventionem conditionem vocet ^(m), ut adeo ius retractus quidem ex tali venditione nascatur, sed tempus, quo cum effectu exerceri possit, pendere ex incerta redemptionis executione videatur. At tamen per venditionem saepius dictam vera fit alienatio, haut secus ac per illam antiquam fiduciam Romanorum ⁽ⁿ⁾, ita ut non possessio solum, verum

(m) l. 2. C. de pact. inter emt. et vend.
FR. in Cod. Theod. Tom. 1. p. 254.

(n) IACOB. GOTHOF.

rūm etiam dominium transeat ^(o), vi cuius emtor periculum fert rei ^(p), licet ad tempus ei venditae, immo transferre eam valide in alium potest, et ob id tantum ad interessere ^(q) tenetur, quae etiam causa est, quare cautelae loco suadere venditori Pragmatici solent, ut sibi dominium referuet. Vnde non erit vitio vertendum consanguineo, si iure προτιμήσεως utitur, et ipse potius fundum autum, quamquam ad tempus comparat, quam eum in alienas manus devenire patiat. Verum cum in locatione, per quam nulla alienatio fit, nihil tale timendum fit, nec committendum erit, ut consanguinei ius sibi arrogent προτιμήσεως in conductione.

XXII

Venio nunc ad focios, qui an arcendi a retractu ac iure προτιμήσεως in locatione sint, minus in promptu videtur. Aseuerat illud STRYKIVS ^(r) societatem enim ius quodammodo fraternitatis continere, fratres autem et consanguineos extraneis ex aequitate naturali praeferrere ^(s), deinde leges non committere, ut alicui inuito alius obtrudatur focus, et ita altercationibus et diffidiis locus detur ^(t), indeque focium potioem in retractu esse illo, qui gaudet iure vicinitatis ^(u), quin etiam fiscum in re communi focio

D 3

cogi

(o) l. 7. C. de Pact. int. emt. et vend. (p) l. 8. de per. et com. mod. rei vend. CARPZOV. P. II. C. I. et XVII. It. lib. F. Resp. XXVII. (q) GALLIVS lib. II. Obs. XVI. (r) Vsu Modern. rit. locat. §. LXXVI. (s) l. 16. D. de reb. auct. iud. poss. CARPZOV. P. I. Dec. LIV. n. 10. (t) l. 65. §. II. D. pro focio. (u) SVTOR. de retractu rh. 124.

cogi offerre partem suam ^(x), et denique opinionem communiter receptam esse a DD. quod si domus communis locanda, socium volentem habitare, extraneo, si idem offerat, praefendum esse, praesertim cum haec sententia aequitati sit consentanea, et quod nobis non noceat, alteri proficit, id ei concedamus per *l. 2. §. 5. D. de aq. et aq. plu. arcend.* et iudicem in iudicando, si communis sententia nitatur aequitate, hancce praeferre debere iuri stricto ^(y). Addunt huic opinioni nouum argumentum ^(z) qui socium simul esse dominum monent rei locandae, qui sine dubio, quum ipse re sua vti velit, extraneo conductori praefendus sit.

XXIII

Verum enim vero id ipsum, quod de aequali sociorum iure assertur, maximum est contrariae sententiae munimentum. Namque cum sociorum, si fundum pro diuiso possident, tam sit arcta coniunctio, vt in re, vel fundo communi nulla sit gleba, cuius non dimidiatum penes vnumquemque sociorum sit dominium ^(a), fit, vt vnus socius postulare quid in tali fundo non possit, quin etiam alter socius idem exigere queat. Vnde etiam a LIVIO ^(b) societas haut immerito aequatio iuris vocatur. Aliter enim inuito socio aliquid faceret socius, quod leges non permittunt ^(c). Iam, si ius praelationis in locatione socius

(x) BERLICH. *P. II. C. XXXIX. n. XI.* (y) *l. 8. C. de iudic.*
 (z) ANDR. WEGEN *de locat. conduct. Cap. III. 237.* (a) *l. 25. ff. 1. D. de V. S.* (b) *lib. IIX. Cap. III.* (c) *l. 28. D. Comm. Diuid.*

us flagitat, cogere socium conatur, ut cum ipso potius, quam cum extraneo contrahat, et ita eripit alteri aequale ius, quod ei est in re communi. In re autem pari h. e. in ea, in qua par utriusque ius est, potior est causa prohibentis. Unde satis, opinor, constat, in re communi locanda socium efficere non posse, ut alii conductori anteponatur. At enim inquiet fortasse aliquis, retorqueri in te tua tela possunt. Dum enim res alteri locatur, socius locans in ius intrat eius, qui praeferrere se cupit, et eo etiam invito locat. Sed notandum est, illum qui ius *πρωτε μίσθωσις* petit in locatione, ei tantum locationi, quae sibi non fit, contradicere, et dum sibi locari petit, tacite consentire, ut locetur. A quo conatu cum depulsus sit, iam causa non est, quare intercedat contra locationem alii faciendam, praesertim cum prohibere socius non debeat id, quod necessitas et utilitas rei postulant communis.

XXIV

Sed praesertim me iam accingo ad ea, quae a STRYKIO opposita sunt. Equidem largior, societatem ius quodammodo fraternitatis ^(d) in se habere, et TVLLIVM ^(e) amicitiam, societatem, propinquitatem in eundem censum referre, unde fieri videmus, ut pleraque, quae de fratribus constituta sunt, ad socios in iure trahantur. At iam probauimus, conductione ne fratres quidem et consanguineos praerogatiuam sibi arrogare posse. In l. 16. D. de reb. auct. iud. poss. ratio habetur propinquorum post creditores in publica bonorum venditione, quae nullam habet cognationem cum loca-

(d) l. 63. pr. D. pro socio. (e) Orat. pro Quincio, Cap. VI.

locatione; ideo vero motus aequitate Praetor, ut propinquus ius prae extraneis concederet, ut alienata praedia in eadem familia conferuentur et retineantur. A quo metu cum vacui esse possint propinqui in locatione, nihil etiam adiumenti ipsis feret lex illa ad nouum ius προτιμήσεως gignendum. Neque huc quadrat, quod praeterea obiicit STRYKIVS, iura vetare, ne cui inuito alius obrudatur socius, et ita discordiis ansa detur. Ecquis vnquam dixerit, locationem verum socium efficere eum, qui a socio conduxit? Alia longeque diuersa ratio habetur conductoris, qui colonus partiarius dicitur a GAIO.^(f) Namque res, quae fructus ex se producant, etiam pro parte fructuum recte locantur,^(g) vnde LIVIVS^(h) locare frumento ait, sed tunc hoc negotium magis accedit ad societatem⁽ⁱ⁾ et conductor societatis iure damnus et lucrum cum domino fundi partitur. Licebit igitur ab initio contradicere, vel agere iudicio communi dipidando, quia nemo cogitur inuitus manere in societate. Quae vero de sociis vicino potioribus, et de fisco partem suam socio offerente, dicuntur, plane aliena ab hoc loco sunt, et locationi accommodari nequeunt.

XXV

Quodsi pugnandum auctoritatibus esset, nobiscum conspirant PEREZIVS^(k), RICHTERVS⁽¹⁾, CARP
ZONI

(f) in l. 25. §. 6. D. locat. et ad eum LAVTERBACHII dissert.

(g) l. 35. §. 1. D. et l. 21. C. loc. cond. (h) l. XXVII. C. III.

(i) l. 25. et l. 52. §. 1. D. pro socio. PLINIVS l. IX. ep. XXVII.

(k) ad C. de pact. inter emt. et vend. n. 27. (1) P. II. Dec. LXXVI. num. 184.

ZOVIVS ^(m), BERGER. ⁽ⁿ⁾ et alii. Eorum autem, qui vsurpant PAVLLINVM illud, quod tibi non nocet, et mihi prodest, id a te est permittendum, honesta quidem oratio est, sed magnas habet cautiones. Etenim naturae lege docemur, alterum ab altero cogi tantum ad ea officia posse, quae necessitas exigit: ea vero, quae commoditas et utilitas desiderant, violentiam, ne remedia duriora sint sine, respuere. Legislator tamen eiusmodi officia, in necessaria, et ius imperfectum, in perfectum conuertere potest, concedens remedia coactiua, i. e. actionem, qua petere possumus ea, quae alter inhumane recusat, ^(o) vnde enatae sunt actiones noxales, ad exhibendum et aliae. Quodsi nulla data est lege actio, nostra interpretatio ius imperfectum, reddere perfectum, non potest, nisi aequitas illud suggerat, vt PAVLLVS docet ^(p). Sed hoc in loco, nec aequitas nobis aliquid suadet, nisi tunc, cum damnum auertere cupimus sine damno alterius, vbi alter sine suo damno aliquid pati teneretur. Dices: PAVLLVM non loqui de eo, quod nobis damnum minatur, sed quod prodesse potest. Videlicet, vox ista prodesse, non tantum sumitur pro mera commoditate, sed simul damnum aliquod significat, quod istam commoditatem nacti euitamus. Ita PLINIVS ^(q) hoc verbum accipit, PAVLLVM vero hoc loco ita illud adhibuisse, patet ex adiecto exemplo de agere

(m) P. II. C. XXXI. D. VIII. (n) Oecon. Iur. L. III. T. IV §. XII. nor. 3. (o) THOMAS. Iurisprud. diuin. l. II. C. VI. (p) l. 2. §. 5. D. de aqua et aqu. plu. arc. (q) Hist. Natur. lib. XXXIII. C. I. lib. XXXVII. C. X.

gere restituendo ad aquam pluuiam agris cohibendam. Itaque si solum commodum agitur meum, et alterius damnum, quanquam leuiusculum concurrat, applicari non potest PAVLLINA ista regula. Non oportet enim, vt idem PAVLLVS ^(r) hac de re monet, ius ciuile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid dicatur, animaduertere conuenit. Quae cum ita sint, intellectu est facillimum, praeceptum PAVLLI in nostram quaestionem minime cadere. Namque non solum sine suo damno abstinere iure προσημίσεως in locatione socius potest, sed quod caput est, si non abstinet, nociturus est alteri, a quo illud petit. Arciores enim in fines redigere conatur ius alterius, secum eum contrahere cogens, et obtrudens ipsi conductorem, a quo sperare tantum emolumenti, quantum a delecto non potest: immo saepe plurima ipsi instant eaque grauissima incommoda. Quid enim si tam difficile et illiberale socii ingenium sit, quod non nisi turbas acrixas cedere solet, aliisque negotium facessere in deliciis habet? quod saepe numero fit ab his, quibuscum non tam voluntas, quam fortuna nos congregauit, i. e. in quos casu incidimus, vt PAVLLVS ^(s) loquitur.

XXVI

Socium denique domus communis communi fere ICtorum suffragio potiore conductore extraneo STRYKYVS habet, de cuius asserti veritate valde dubito. Nam ne venditori quidem extraneo, nisi ipse coheres sit, eum praeponi

(r) l. 19. D. ad exhib. (s) in l. 25. §. 16. D. famil. ercisc.

poni volunt CARPZOVIVS ⁽¹⁾ et MENCKEN. ^(v). Sed demus, ita sentire multos, sine lege tamen loqui erubescendum est. Nec aequitate hic commouemur, quam adesse tamen statuunt ii, qui ius προτιμίας in locatione concedunt. Quod enim ab vna parte aequum, illud ab altera parte iniquum foret, quum tamen vtriusque aequale esse debeat ius in re communi. Et denique non exemplis, sed legibus iudicandum ^(x). Minima enim circumstantia variat rem. Nec desunt res iudicatae in contrarium, vti de Amplissimo huius Academiae Ictorum ordine testatur BERGER ^(y).

XXVII

Pariter quoque non audiendum esse existimo focium, quamuis easdem et meliores condiciones offerat, extraneo, cautionemque de mercede accurate soluenda praestet: in sociorum enim voluntate est positum, an huius augmenti commodum acquirere velint, an minus. Sed quid? Si quis duplici iure munitus v. c. socius vna ac propinquus sit, annon vinculi duplicatio efficiet, vt socius extraneo potior sit in conductione? Certe in retractu gentilitio aiunt, cognatum qui simul vicinus est, aequè cognato praefendum, quoniam duo vincula, vt HVBERTVS ait ^(z) fortius adstringunt, quam vnum. Quin etiam in l. 60 D. de pact. creditores, qui simul cognati sunt, reliquis praeferuntur. Ad ista vero respondeo, duplex vinculum ipsum

E 2

qui-

(1) P. II. C. XXXI. D. XXII. (v) *tract. Synops. Pandect. tit. de emt. vend. p. 248. n. 4.* (x) l. 13. C. de sens. et interloc. omn. iud. (y) *Oecon. iur. L. III. T. V. §. XII. n. 3.* (z) P. II. Prael. tit. de rescind. Vend. Cap. de Iure Retract. §. 15.

quidem ius, quod antea adest, corroborare, nouum vero non inducere, quale ius esset προτιμήσεως ac retractus in locatione. Quamuis igitur socius socium, vt sibi prae extraneo locet, cogere nequeat, adigere tamen non nunquam potest extraneum conductorem, vt rem conductam sibi cedat. Fingamus, socios duos fundum ad certum tempus locasse Caio, ac ius προτιμήσεως prae futuris conductoribus eidem pacto concessisse, an is vi iuris προτιμήσεως ex pacto competentis praeferendus sit socio, conducere cupienti, quaeritur? Repellendum veterem conductorem censet WEGEN^(a), cui ego etiam eatenus assentio, vt pactum tale stricte esse interpretandum ac locum hic esse l. 3. C. de loc. statuam. Ante omnia tamen videndum, an focii concordent in hoc negotio, nec ne? Quodsi enim alter sociorum repugnat, socius conducere volens, desistere a suo proposito debet.

XXVIII

Denique ex constitutione FRIDRICI I^(b) nec non institutis quorundam locorum datur ius congrui, quod a nostratibus das Gespielde Recht appellatur. Viget illud imprimis in Thuringia, et ansam dat quaerendi, annon ad locationem possit proferri? De constitutione FRIDRICI iam dixi, ac praeterea eaedem vicinis obstant rationes, ob quas abesse a locatione retractum supra iam probare allaborauit. Praefertim autem in Thuringia notum est, ius congrui in venditione tantum exerceri ab iis, quorum praedio

(a) *de locat. conduct. Cap. III. 137.* (b) *V. Feud. XIII.*

dio quondam fuit vnita illa pars, quae est vendita, ^(c) vt hic non tam vicinitas, quam vnitas consideretur. Vnde liquet, in locatione, in qua deficit haec ratio, ius congrui locum non habere. Notandum tamen est, propter periculum incendii vsu fori tribui illud vicinitati in aedium conductione, vt vicinus extraneo conductori praferatur, prout RICHTER ^(d) monet. Sed iterum constat, non vicinitatis, sed metuendi incendii rationem haberi, sicut verba sententiae apud RICHTERVM satis declarant: ob zwarn das nachbarrecht vor sich zur naehergeltung nicht gnugsamb, dannoch dieweil die angedeutete Feuersbrunst etc.

XXIX

Quemadmodum autem locatio ius in re non tribuit conductori, ita nec ius *περιμίσσεως*, nec retractum. Statuto tamen Mindensi intra tres menses teste BERGERO ^(e) extraneo emtori is, qui conductum fundum habuerat, praefertur. Sed, quod ad locationem attinet, discrimen Romanae leges faciunt inter praedia publica et priuatorum. Finito locationis tempore in priuatis praediis, locatoris in arbitrio est, vtrum eundem conductorem retinere, an dimisso priore alteri fundum elocare velit. Ea de re edictum exstat ZENONIS ^(f), virgas, exilium et multam intendants contra facientibus. Aliter se res habet in publicorum praediorum conductoribus, quibus, vel perpetuo iure, vel

E 3

(c) CARPZOV. P. II. C. XXXI. D. III. (d) Decif. LXXXVI. num. 71. (e) Oecon. Iur. L. III. T. V. §. XII. n. 5. (f) In l. 32. C. de loc.

ad tempus ea locata sunt. Qui enim perpetuo iure ea conduxere, quasi domini vtilis efficiuntur, et non solum expelli non possunt, sed etiam vendendi ius suum et transferendi ^(g) in alios pro libitu potestatem nanciscuntur. Ii contra, quibus ad tempus locatum, ^(h) si facta per alios augmenta suscipiunt, nouis conductoribus praeferruntur. Atque is iure ciuili vnicus afferri videtur casus, quo ius *περιουσιώσεως* ex lege in locatione conceditur ⁽ⁱ⁾. Causam huius beneficii perorauit Vir Summe Reuerendus IO. FLOR. RIVINVS, Academiae Lipsiensis Antecessor celeberrimus ^(k) statuitque ^(l) compensatum hoc ipso alias publicanis impositum onus, quo finito conductionis tempore, scilicet quinquennio, siue lustro, ^(m) et postea Constantini temporibus triennio, ⁽ⁿ⁾ pro priore pensione conducere cogebantur, quando maximos fructus ex conductione consecuti ^(o) essent. Extendunt hoc priuilegium nonnulli ad praefectos nostros ^(p) et conductores honorum ciuitatis et curiae ^(q). Sed merito in contrarias partes abit Excellentissimus RIVINVS ^(r) ius singulare vrgens, et diuersam bonorum

(g) l. 2. et 5. C. de loc. praed. ciu. (h) l. 4. C. et l. 5. §. fin. D. de loc. praed. ciu. (i) WERNHER. P. X. O. 330. seqq. (k) In Dissert. An et quatenus in locatione fundorum publicorum veteres possessores praeferrendi sint? (l) §. VII. laud. diff. (m) l. 3. §. 6. de iur. fisci. (n) l. 4. C. de vectig. BURMANN. de Vectigal. pop. Rom. C. VIII. et IX. p. 105. et 138. (o) l. ii. §. 5. D. de publ. et vectig. WERNHER P. IV. Obs. LXXXV. (p) STRYK. Vfs. Mod. de loc. LXXXV. (q) BERGER. Elect. D. F. XL. Obs. V. n. 1. (r) §. XIII. dict. diff.

norum publicorum naturam a bonis ciuitatis, quae priuatorum loco habentur ^(s). Sic quoque conductoribus ecclesiasticorum bonorum, quia leges de iis silent ^(t), plane non proderit illud priuilegium, quanquam in rubrica *tit. C. de loc. praed. ciu.* vox occurrat templorum, quoniam illa significat delubra et aedes, profanis imbutas religionibus, quae abdicatis, quibus sacratae fuerant, Diis, in fiscum Christianorum Principum inferebantur ^(v). Praeterea huius legis vix esse vsum nostris in foris, tum ob alias rationes, tum ob iniquitatem et detrimentum, quod inde res publica capere possset, merito statuitur.

XXX

Tandem creditorum habendam esse rationem prae extraneo emtore bonorum debitoris *l. 16. D. de reb. auct. iud. poss.* iubet, et iure Saxonico debitori olim intra annum, hodie secundum *O. P. S. R.* ^(x) intra sex menses datur facultas bona immobilia sub hasta vendita oblato eodem pretio reuocandi, quando, aut vnus saltem licitator exstiterit, aut iudex eodem deficiente creditoribus fundum in solutum dederit. Et denique in foro obrinet, vt cum immissus in bona debitoris creditor esset, illa conductori certa mercede locari soleant, quo aes alienum annua pensione minuatur, donec

(s) *l. 16. D. de V. S.* (t) WERNHER. *P. III. O. C. V.*
 (v) Illustris A LEYSER *Spec. CCXV. Med. V.* (x) *ad Tit. XXX. §. XIX. et ad eundem Diss. Consult. CONRADI de iure reuendi bona sub hasta vendita.*

donec vendendi commoditatem creditor nanciscatur. Oritur ergo quaestio, an debitor, cuius bona locanda sunt, extraneo conductori praefendus sit? Ita videtur BRVN NEMANNO^(y) ac sane aequitatis speciem habet, vt dominus in re sua extraneo praeferatur. At notum est, immiffione tribui creditori possessionem, et facultatem fructus percipiendi adiecta lege de reddendis quotannis rationibus^(z). In *Ordinat. autem Proc. Sax. Reu.* ^(a) disertis verbis optio conceditur creditori, vtrum ipse administrare, an sequestrum magistratus auctoritate constitui velit, ad quod ad euitandas administrationis difficultates et ob reddendas rationes consultius^(b). Iam vero, cui administrandi facultas datur, ei locandi etiam potestatem dari manifestum est. Qui enim locat, sine dubio in effectu per alium administrat. Quodsi vero penes debitorem est, vt conductori creditoris se praeferat, turbabit ius liberae administrationis, quod ex immiffione creditori competit. Ceterum quae obiiici idcirco ab aduersariis solent, ea facillimo negotio ex superioribus refelli possunt, immo a CARPZOVIO^(c) accurate satis sunt explosa.

(y) *ad l. 32. C. de loc.* (z) *Ovd. Proc. Sax. tit. XXXIX. §. IX.*

(a) *ad eund. tit. §. IV.* (b) Vid. B. RIVINI *Emunc. ad Tit. XXXIX. O. P. S. En. XXIII.* (c) *lib. I. Resp. XIX.*



Wittenberg, Diss., 1744-45

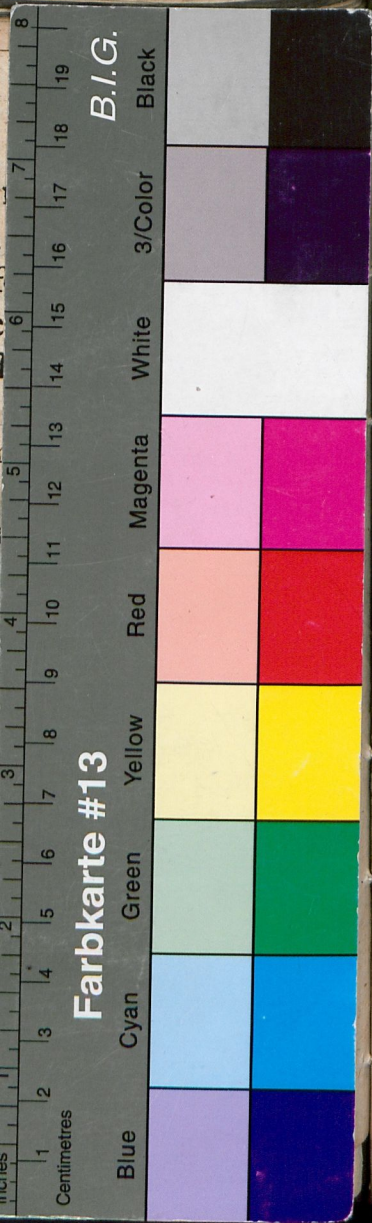
ULB Halle

005 310 547

3







RETRACTVM LEGALEM
IN
LOCATIONE LOCVM
NON HABERE

1744
15/17

PRAESIDE
ANDREA FLORENTE RIVINO D
POTENTISSIMO POLONIARVM REGI ET PRIN
CIPi ELECTORI SAXONI A CONSILIIIS AVLAE
INSTITVTIONVM PROFESSORE PVBLICO CVRIAE
PROVINCIALIS ET SCABINATVS ASSESSORE ITEMQVE
ORDINIS IVRIDICI VITEMBERGENSIS
H. T. DECANO

PRO GRADV DOCTORIS

CAPESSENDO

D. APRIL. CID ID CC XLIV

PVBLICE DISSERET

AVCTOR

MAGNVS GOTHOFREDVS LICHTWER

WVRGENSIS

VITEMBERGAE

PRELO EPHRAIM GOTTLOB EICHSFELDI
ACADEMIAE A TYPIS