





1795, 3
1046
5/

DISSERTATIO INAUGURALIS
DE
VI ET EFFICACIA CAUTELARVM
PRO
TVENDO IVRE CONDUCTORIS
ADVERSVS
EMTOREM REI LOCATAE EXPELLENTEM

QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
PRO
CONSEQVENDIS
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS

D. XXX. IVN. MDCCXCV.

PVBLICE DEFENDET

AVCTOR
HENRICVS LAMPE
BREMANS.

GOETTINGAE
TYPIS IO. CHR. DIETERICH.

DISSERTATIO INVALENTIIS
VI ET EFFICACIA CAUSAE ANIMI
TUENDO VITI CONDUCTORIS
PETERUM REI LOCALIA EXPERIENTIA
DISTRICTUS ICTORUM ORDINIS VICTORICAE



LECTOR
HENRICHUS LAMPE
HALLAE

GOTTINGEN
P. H. H. C. H. P. H. H.



LIBERAE ATQVE INCLVTAE
S. R. I.
HANSEATICAE CIVITATIS BREMENSIS

SENATVI SPLENDIDISSIMO

VIRIS

MAGNIFICIS, PERILLVSTREBVS, EXCELLENTISSIMIS,
CONSVLTISSIMIS, AMPLISSIMIS, GRAVISSIMIS

CONSVLIBVS

SYNDICIS

SENATORIBVS

ET INTER HOS
PARENTI SVO AETATEM DEVENERANDO

PATRIAE PATRIBVS OPTIMIS

PATRONIS ATQVE FAVTORIBVS SVIS

SVMMO HONORIS AC PIETATIS CVLTV MAXIMOPERE
PROSEQVENDIS

HAS QVALESCVNQVE
ACADEMICORVM STVDIORVM PRIMITIAS

EA QVA PAR EST

ANIMI DEVOTI SVBMISSIONE

SACRAS FACIT

TANTORVM NOMINVM

CULTOR OBSERVANTISSIMVS

AVCTOR.

DE
VI ET EFFICACIA CAU TELARVM

PRO
TVENDO IVRE CONDVECTORIS

ADVERSVS
EMTOREM REI LOCATAE EXPELLENTEM.

§. 1.

Argumenti ratio.

Tam antiqua sane quaestio est, tamque foecunda semper controuersiis iuris, recentiori quoque aetate subinde magnis animorum motibus agitata, et ad rauim et nau-seam vsque decantata, an scil. *entor*, *aliusue successor singularis*, stare debeat *locatione antecessoris*, vt, si LIPENII *Bibliothecam realem* (1) et ION. CHR. LVDEWIGIVM *in diss. de emtore non stante locationi antecessoris* (2) adeas, in-

gens

(1) *Ed. Lipsiae* 1757. Tom. I. *contr. iuris civ.* Sect. 3. cap. 4. pag. 297. 453. 852. et suppl. Vol. I. memb. 4. subs. 2. §. 12. et *Hallsche Beyträge zu der juristischen Gelehrten-Geschichte*, 7tes Stück. pag. 113. 312. — nec non Vol. II. pag. 264.

(2) *Habita Goettingae* 1762. Adde CAR. FRID. WALCHII *introd. in* pag. 525.

A

gens tibi L. B. scriptorum cohors occurrat, qui in enucleando et excutiendo hoc quotidiani vsus argumento industriam suam exercuerunt.

Principem causam litis, sub finem seculi XVII. agitatae HERM. ZOLLIVM, *antecessorem Rintheliensem* (3) fuisse, inter omnes constat. Is enim in communem opinionem et in enatum illud vulgare: *Kauf geht vor Miethe*, egregia et singulari sane diligentia, nouiore aetate primus inquisiuit, illudque *tritum* pro viribus impugnauit: cui deinde acriter sese opposuit OTTO PHIL. ZAVNSCHLEIFFERVS (4) ICTus *Marburgensis*, defensionem communis opinionis in se suscipiendo eamque eadem industria persequendo, qua aduersarius grauissimus illius oppugnationem inceperat. Subsecutis deinde ex vtraque parte responsionibus (5), EPHR. GERHARDVM in diss. de reg. iuris Germ. *Kauf geht vor Miethe* (6) litem diremisse, tantum non omnes fatentur; de cuius assertionis veritate equidem arbiter esse nolo; hinc iudicent alii, qui scientiis doctrinis et auctoritatibus mihi longe excellunt.

In foris nostris eorum sententiam vsu receptam esse scimus, qui iuxta mentem constitutionis *Alexandri Imp.* quae continetur in *L. 9. C. de loc. cond.* hanc quaestionem

(3) In diss. ad L. 9. C. loc. cond. Rinth. 1687. in opp. ZAVNSCHL. pag. 59.

(4) In vindiciis sec. comm. interpret. L. 9. C. de loc. cond. — in opp. iurid. Francf. ad Moen. 1699. pag. 76.

(5) Quas vide apud EISENHART in den Grunds. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern — ed. d. a. 1759. p. 353. — vide etiam WALCHIVM l. c.

(6) Quae habita est Altorf. 1718.

nem decidunt; scil. necesse non esse emtorem fundi stare colono, cui prior dominus locauit. Nec obstat regula *iuris naturae* (7), quae etiam iure Rom. agnita est (8), *neminem scil. plus iuris in alterum transferre posse, quam ipse haberet*. Est enim haec regula a) *generalis*, quae in substratis materiis circumspecte et prudenter adplicari debet, quod eleganter probatum dedit LVDWIG l. c. §. 54. sqq. Deinde β) restrictio illa dominii rei locatae personam tantum locatoris afficere videtur, quae personam successoris singularis ideo tangere non potest, quod aperte deficit animus locatoris, illam simul transferendi; hinc etiam rem aliter se habere videmus, cum emtor rei locatae promiserit, se nolle conductorem expellere; certo et euidenti sane indicio, restrictiones personales non aliter transferri, quam voluntate partium. Quibus accedit γ), quod aliae leges speciales non deficiant, *regulae isti generali* aperte repugnantes, et expresse definientes, nec emtorem, nec legatarium, nec quemcunque alium successorem singularem teneri stare contractibus antecessoris (9). Sed quidquid eius rei sit, licet probetur nec iuri naturae nec iuri rom. esse conueniens, vt emtor expellat conductorem: habet et ius nostrum sua παράδοξα δέματα, non minus quam

A 2

(7) Cf. tamen WOLF in *I. N.* Tom. 3. §. 363. TREVER et EV. OTTO in *notis ad Pufend. de offic. hominis et civ.* Lib. I. cap. 15. §. 10.

(8) L. 54. de R. I., L. 20. pr. de A. R. D., L. 160. §. 2. de R. I.

(9) L. fin. ff. de iure fisci, L. 3. C. de mancipiis et colon. patrim., L. 32. ff. locati. Adde IO. DOMATI *les loix civiles dans leur Ordre naturel.* Liv. I. tit. IV. sect. 3. §. 4. — *Allgemeines Landrecht Preussischer Staaten Th. 1. Tit. 19. §. 3.*

porti-

porticus *Chryssippi*, *Crantoris* atque *Zenonis*, quo tunc omnino referri deberet constitutio ista *Alexandrina*, de qua monuisse sufficiat, illam in foris Germaniae tandiu obtinere, donec specialis legis dispositio ab illa faciat diuortium ⁽¹⁰⁾.

Hinc

(10) Eiusmodi diuortia vide sis in sequentibus: et quidem

I. *ex iure rom. communi*

- a) si emtor ea lege emit, vt conductor permaneat in eadem conductione. L. 9. C. loc., L. 25. §. 1. eod. RICHTER in dec., part. 2. dec. 82. n. 6. — Vtrum in hoc casu necesse sit, vt conductori ius cedatur aduersus entorem, controuersum est. Affirmant MEVIVS part. 6. dec. 144. — HVBER in prael. ad tit. Inst. de loc. cond. §. 11. in fine. — Negat CONNANVS in comment. iuris civ. L. 7. c. 2.
- b) Si quis a fisco conduxit. L. fin. ff. de iure fisci. Quae tamen lex, cum nominatim de fundo fiscali disponit, ad venditiones auctoritate fisci factas, vix extendi poterit.
- c) Si de bonis locatoris concursus oritur, et res conducta distrahitur. L. 5. §. 1. ff. de reb. auct. ind. possid. — Quod tamen aliter se habet, si conductor est *credarius*. Cf. vir perill. G. L. BOEHMER in progr.

de iure circa conductionem orto aduersus conductorem obaeratum concursu. — in eiusd. Electis iur. civ. Tom. I. exerc. XI.

II. *Ex iure Germ. statuario*

- a) in statutis Hamburg. part. 2. tit. 9. §. 13.
- b) In reform. Francof. part. 2. tit. 14. §. 11.
- c) In statuto Verdensi XII. sub rubro: *Koop brecht Hüre*. — Quod statutum typis expressum videre est apud PVFEND. in obs. iur. univ. Tom. I. append. pag. 82.
- d) In multis aliis legibus specialibus, quas recenset LVDEWIG l. c. §. 51. — In statutis *Bremensibus*, quorum historiam egregie elaboratam exhibet GERH. VON DEM BVSCH, in scripto elegantissimo: *continiens quaestiones de mercede in loc. cond. ex iure roman. et statuto Bremensi LXXIV. part. 2. pag. 29 seqq.* nihil de hac materia dispositum legimus; hinc ius commune sequendum esse videtur.

Hinc missa hac controversia iuris, in praesentiarum id tantum anquirere apud me constitui, *an et quatenus consilia conductori a ICtis hinc inde suppeditata, tanti sint ponderis et efficaciae, ut ne is a SUCCESSORE SINGULARI VLLA RATIONE EXPELLI POSSIT.* Quod lemma, cum a *viris doctis* sigillatim et data opera ita penitus exhaustum non intelligatur, quin reliquis nil plane restaret pertexendum; nihil praeter rem me facturum existimo, si occasione summorum in vtroque iure honorum rite capessendorum, dicti argumenti pro modulo virium, tractandi explicandique consilium cepisse profiteor.



SECTIO I.

G E N E R A L I A

SISTENS

DE CAUTELIS CONDUCTORI A ICTIS COMMENDATIS.

Cautelae recensentur generatim.

Cum canon iste vel centies decantatus: *Kauf bricht Miete*, in foris nostris ita inueteratus inueniatur, vt de loco suo moueri nequeat, difficilis aleae profecto res est, conducere aedes siue ad modicum siue ad longius tempus, propterea, quod locator ceu dominus, durante contractu, suo iure illas alienare potest, ita, vt iuxta sententiam receptam successor singularis expellere possit conductorem: cui tamen, quamuis actione in personam regressum habeat aduersus venditorem ad consequendum id quod eius interest, ingens nimium saepe damnum exinde oritur, nouam sedem et habitationem circumspectando, remque suam familiarem inutilibus sumtibus aliter constituendo. Hinc ICTi, qui receptam sententiam defendunt, operam suam in suppeditandis cautionibus iam dudum collocarunt, et iis adhibitis, conductorem ex omni parte securum esse, suis auctoritatibus statuere arbitrati sunt. Quas cautiones vt iam *generatim* recenseam, ordo rei postulare videtur.

Prima

Prima cautio in pactum aliquod desinit, inter locatorem et conductorem ineundum, de re locata pendente contractu a locatore non alienanda. Quod pactum commendant TITIVS (1), EISENHART (2) et alii; — quibus tamen haud pauci contradicunt non sine iure. *Alter*a auctorem habet Ictum BARBOSAM (3), et consistit in iurata locatoris promissione de re conducta ante vsum finitum et sine voluntate conductoris non alienanda. *Tertia* delabitur in ius pignoris conductori in re locanda ad securitatem constituendum. Hanc cautionem commendant BARTOLVS, BALDVS, SALICETVS (4), CARPZOVIVS (5), STRYKIVS (6), MYLLER AD STRVVIVM (7), HOHEISELIVS (8), EISENHART (9), LYDEWIG (10) et alii complures. *Quarta* absoluitur constitutione hypothecae in re locata, cum pacto de non alienando coniunctae. Illius mentionem iniiciunt, et magni faciunt, STRYK (11), WERNER (12), SCHAVMBVRG (13), ORTH

(1) Ad LAVTERB. Lib. XIX. tit. 2.
verbis: non alienaturum.

(2) In den Grunds. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern l. c.
(3) Ad L. 9. C. locati. Adde SEPHARIN in tr. de priuil. iurium. Francof. 1679.

(4) Omnes ad L. 9. Cod. locati.
(5) Part. II. const. 37. def. 4. n. 5.
(6) In caut. contr. Sect. 2. cap. 9. §. 15. Idem in V. M. Lib. 19. tit. 2. §. 81.

(7) Exerc. 24. thes. 27. litt. e.

(8) In diss. vtrum successor singularis expellere queat cond. §. 9. l. c. Halae 1735.

(9) In den Grunds. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern l. c.

(10) In laudata diss. §. 21.

(11) In caut. contr. Sect. 2. c. 9. §. 16.

(12) In obs. for. part. 2. obs. 360.

(13) In notis ad STRVV. Lib. 3. tit. 12. §. 15. n. 9.

ORTH⁽¹⁴⁾, AYRER⁽¹⁵⁾, CLAPROTH⁽¹⁶⁾ etc. Quinta consistit in constituendo usufructu, iure emphyteuticario et superficiei in re locanda conducenda. Cuius mentionem faciunt GOTHOFREDVS⁽¹⁷⁾, HOHEISELIVS⁽¹⁸⁾ et alii.

Quae cautiones, an reuera tanti sint roboris et efficaciae, vt conductorem aduersus successorem singularem plene et ex omni parte securum reddant, et hinc commendatione dignae intelligantur, iam meum est acquirere. Priusquam autem arcem ipsius rei adgrediar, operae pretium erit, vt definiam, in quonam momento vis et euentus harum cautelarum consistere debeat, si plenum effectum aduersus emtorem etc. rei locatae habere dicantur.

§. 3.

Cuius virtutis et euentus esse debeat cautio, si plenum effectum aduersus emtorem expellentem habere dicatur.

Naturam et indolem cuiuscunque cautionis verae et generatim sumtae, in eo consistere oportet, vt, ea prudenter adhibita, damnum iuste metuendum contrahentibus auertatur. Deficiente cautioni hacce vi et virtute, imperfecta dici posset, quae nec nomen cautionis meretur. Si cautio effectus quidem habeat, qui tamen non tanti sunt ponderis et efficaciae, vt impediunt, quo minus

(14) *Ueber die Frankf. Reform.* erste Forts. pag. 248.

(15) *In diatr. de genere act. aduersus cond. emtori cedere nolentem* — in eiusd. opusc. varii arg. T. I. n. 6.

(16) *In iurisprud. heurematica,* part. 2. §. 303.

(17) *In notis ad cit. L. 9. C. de loc. cond.*

(18) *In diss. iam laudata* §. 13. sqq.

negotium celebratum penitus tollatur, quamvis ratione eius quod interest agentes securos reddat, dum ius competens iam nunc facilius persequi liceat, quam antea: eam *minus quam perfectam* vocare nullus plane dubito. Quod si tandem consilium suppeditatum illius est euentus, vt contrahentibus *plene* prospiciat, ita, vt negotium gestum nulla ratione inuerti patiatur, nomine cautionis *perfectae et plenae* dignum omnino censebitur (1).

Dum Icti suis consiliis conductoribus prospicere gestiunt, ea ita sane comparata sint, necesse est, vt *plene* et cum euentu opinato iis prospiciatur. *Plene* autem conductoribus non consulitur, si consiliis datis non neglectis, id tantum obtinetur, quod illorum interest (2). Quae assertio, quamvis paradoxa videatur, tamen ita vera intelligitur, quam quae verissima. Cum enim experiri actione per se iam sit incommodum, et probatio eius quod interest admodum difficilis, quae multoties ideo non procedit, quia detrimentum quod conductor expulsionem capit, ob varias res quae circumstant, mente tantum percipere liceat, non ante oculos ponere: quilibet rerum locandarum aestimator facile mihi concedet, eas cautiones esse *minus quam perfectas*, quae id tantum operantur, vt conductor

(1) Divisionem *cautelarum* in *perfectas*, *minus quam perfectas*, et *imperfectas*, quamvis nullibi eam inuenire mihi licuerit: tamen naturae rei et analogiae divisionis legum in *perfectas*, *imperfectas*, et *minus quam perfectas*, conuenire, mihi persuasum est.

(2) Cf. VOET. in comm. ad D., Lib. XIX. tit. 2. §. 18.

ductor in subsidium *miserum illud quod interest* consequatur, quatenus scil. argumentis et rationibus probari potest. Quibus praemissis, iam nunc facilis erit responsio ad quaestionem propositam: cuius scil. virtutis et eventus esse debeat cautio, si plenum effectum aduersus emtorem expellentem habere dicatur? *Nimirum ita comparata esse debet, ut conductor, non obstante alienatione, re conducta quiete frui, et ad finem usque contractus in possessione illius sine contradictione et turbatione alterius permanere queat.*

Quem eventum, an suppeditata consilia virorum doctorum, conductoribus praestent, iam modeste et pro viribus meis dispiciam.

SECTIO II.

DE

CAUTIONIBVS A ICTIS CONDVCTORI SYPPEditatis
SIGILLATIM ET DEINCEPS.

§. 4.

I. *De pacto inter locatorem et conductorem ineundo, de re locata pendente conductione a locatore non alienanda.*

Prima cautio, de qua iuxta ordinem praescriptum tractare constitui, in pactum aliquod desinit, inter locatorem et conductorem ineundum, de re scil. locata, pendente conductionis tempore a locatore non alienanda. Quoad efficaciam et euentum illius pacti, vti mea fert sententia, respiciendum esse puto, vtrum sit reseruatium seu tale pactum, quo dominus rem suam alienans, ante illius traditionem sibi stipulatus est a successore singulari, ne eam alienet: an constitutum, quo quis scil. a domino rei, tanquam possessore illius ciuili actu tali, sibi demum promitti curat, ne eam donet, vendat etc. — Priori casu pactum in se omnimode validum est, testante id claris verbis Imp. Iustiniano (1): Sancimus, licet hoc apud veteres dubitatur, tale pactum ex nostra lege esse fouendum, et immutilatum permanere. Cuius decisionis ratio desumta videtur ex comment. Gaji ad Legg. XII. nec

B 2

(1) In L. fin. C. de pactis inter emt. et vend.

non ex scriptis *Pauli* ad Edictum (2). Sed an talis conventio etiam illius sit roboris et euentus, vt conductorem plene ex omni parte tutum reddat aduersus emtorem expellentem? iam alia quaestio est. Et si in re ancipite sententiam dicere licet, ob restrictam naturam dominii voluntate partium translata, eam omnino illius euentus esse credo, vt conductorem plene tutum reddat. Quae sententia, sicuti naturae rei conueniens est, ita nec legibus destituitur. Ait enim Ictus *Marcianus* (3) in Lib. I. Inst.: *qui hac lege venerint, ne manumittantur — licet manumittantur, tamen ad libertatem non perueniunt.* Quod deinde sua constitutione confirmavit Imp. *Gordianus* (4) seqq. verbis: *ea quidem mancipia, quorum venditio eam legem accepit, ne ad libertatem perducantur, etiamsi manumittantur, nancisci libertatem non possunt.* Et ne quis obmoueat, in his legibus tantum sermonem esse de mancipiis, quorum manumissiones vt restringerentur, admodum saepius intererat reipublicae, ne ad libertatem peruenirent, quia plerumque erant vilissima, et inutilia pondera terrae: prouoco ad ipsum Imp. *Iustinianum*, qui generatim, et non habito respectu ad certam classem rerum, ita disponit (5): *Sancimus, siue lex alienationem inhibuerit, siue testator hoc fecerit, siue PACTIO contractuentium*

(2) L. 48. ff. de pactis, L. 20. §. 1. ff. de pactis dotal.

(4) In L. 5. C. si mancipium ita fuerit alienatum.

(3) In L. 9. §. 2. ff. qui et a quibus. — adde L. 9. ff. de manumiss. testam.

(5) In L. fin. C. de rebus alienis non alien.

hentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed et ususfructus dationem vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. Ex quibus legibus coniunctim sumtis haud obscure conficitur, alienationem rei contra eiusmodi pactum susceptam, non tantum actionem personalem operari aduersus alienantem ad id quod interest; sed potius illius effectus esse, vt ea ex omni parte sit nulla; quam sententiam etiam defendunt SANDE ⁽⁶⁾ et HERTIVS ⁽⁷⁾, ICTi eruditione et auctoritate nulli cedentes. Sed quo rariores apud nos occurrunt venditiones rerum eiusmodi generis, quo scil. dominus rem suam alienans, in ipso actu contractus eam ab emtore rursus conducit: eo sane infrequentiora multo magis erunt pacta eiusdem conditionis, quibus conductores sibi *plene* prospicere possunt. At in casu *posteriore*, quo nimirum pactum est *constitutiuum*, illud quidem, si rem generatim spectamus, efficax esse potest: modo ponamus, promissarium probare posse, sua interesse rem non alienari; alias inutilis manet conventio, nisi poena conuentionalis sit adiecta ⁽⁸⁾; sed in casu nostro, quo scil. conductor rei alterius in ipso contractu sibi stipulatur, ne res alienetur, illud nullius momenti esse in aprico est. Nec pro hac assertione probanda opus est auctoritate *Pomponii* ⁽⁹⁾, qui dicit: *nemo paci-*

B 3 scendo

(6) *De prohib. rer. alienat.*, Part. IV. cap. 2. §. 18. sqq.

(7) *In diss. de pacto ne dominus rem suam alienet.* §. 12. sqq.

(8) Arg. L. 38. §. 17. ff. de verb. obl. Io. A SANDE l. c. §. 1.

(9) In L. pen. ff. de pactis.

scendo efficere potest, ne vicino inuito praedium alienet. Hic enim locus de illo casu ab omnibus recte intelligitur, quo vicini haud interest, praedium non alienari: sed sunt aliae rationes iuris, quae me mouent, vt hanc cautionem reiciendam esse putem. Scil. conuentio ius tantum in personam tribuit, rem ipsam non afficit. Emor rei locatae est successor singularis, qui ex facto auctoris obligari nequit, cum non succedat in illius obligationes personales: hinc nec actio inde oriens contra emtorem efficax esse potest. Et hoc est, quid VLPIANVS (10) docet verbis: *actio in personam semper aduersus eundem locum habet; et resolutio iure locantis, ius quoque conductoris extinctum intelligitur, ita, vt omni fundamento agendi destitutus sit conductor aduersus emtorem expellentem.* Quae cum ita sint, vera est sententia eorum, qui hanc cautionem inutilem reputant; hinc caue, tu illius suasoribus confestim quidquam tribuas. Obligat enim eiusmodi conuentio tantummodo personam locatoris ad praestandum id, quod conductoris interest, quae tamen obligatio per se iam adest, ideoque iam vi contractus adimpleri debet. Quo facilius autem atque simplicior est haecce argumentatio, eo magis sane mirandum est, quid causae fuerit, quare TRITIVS (11) et EISENHART (12) Icti de iurisprudencia ceteroquin bene meriti, et tantum quae προς τα αλφωτα pertinent, docere non adsueti, hanc cautionem de nouo quasi conductori-

(10) In L. 25. pr. ff. de oblig. et act.

(12) In den Grunds. der deut.

(11) Ad LAVTERBACHIVM Lib.

schen Rechte in Sprüchwörtern l. c.

XIX. tit. 2. verbis: non alienaturum.

pag. 353.

ductoribus commendandam propinauerint. Merito igitur a *viris doctis*, harum rerum intelligentibus, WERNERO (¹³), MULLERO (¹⁴), ORTH (¹⁵) aliisque reicitur; et vt insufficiens et imperfecta denotatur.

Et hoc iure etiam vtuntur in *vrbe patria*, et quidem nullo habito respectu, vtrum contractus locati ineatur cum ciue, an cum extraneo. Quamuis enim iuxta *statutum XXIX.* (¹⁶) prohibita sit cuiuscunque generis alienatio rerum immobilium in extraneos; tamen haec prohibitio cum Io. ALMERO in *Glossa ad cit. statutum*, non adeo extendenda est, vt etiam ad contractum locati porrigatur; propterea, quod testante VLPIANO (¹⁷) locatio dominium mutare non solet, ideoque ad species alienationis haud pertineat; hinc pactum de non alienando, siue cum ciue conductore, siue cum extraneo ineatur, secundum principia iuris communis diiudicandum esse existimo.

§. 5.

II. *De iurata promissione locatoris de re locata non alienanda.*

Sed nec praestabilior est *altera cautio*, qua conductoribus prospicere student *ICTi*, et quae in iuratam promissionem locatoris de re pendente conductionis tempore non alienanda,

(13) In obs. for. Tom. I. Part. 2. obs. 360.

(14) Ad STRUVIVM exerc. 24. thes. 27. not. 7.

(15) *Ueber die Frankf. Reform.* 1. Fortsetzung pag. 248.

(16) Conf. GERH. OELRICHS in *der Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der freyen Reichsstadt Bremen*, pag. 462.

(17) In L. 39. ff. locati. STRYK in *caut. cont.* Sect. 2. cap. 9. §. 6.

alienanda, delabitur. Scilicet putat BARBOSA ⁽¹⁾ princeps illius auctor et suasor, praestito iureiurando locatoris, emtorem ceu successorem singularem ideo stare debere locationibus auctoris sui, nec soluendo eo quod interest liberari, quod conductor propter iusiurandum nanciscatur specialem hypothecam in re conducta, adeoque ius in re, cui deinde possit insistere eodem effectu, ac si bona locatoris ipsi expresse essent obligata. Quae oratio, si genuinis rationibus niteretur, laudata cautio conductorem respectu eius quod interest securiorem omnino redditura videri posset, quam ea neglecta; praesertim cum hypotheca per praestitum iuramentum effecta, vt legalis et tacita considerari deberet, quae nec confirmatione iudiciali opus haberet ⁽²⁾. Sed vix credo, hodie aliquem futurum esse, qui in castra *auctoris* illius statim transeat. *Primo* enim, posita etiam aliquamdiu propositione vt vera, conductorem iuramento locatoris nancisci hypothecam specialem in re locata; in § sequente probatum dabo, cautionem hypothecariam conductori tantum prospicere ratione eius quod interest, neutiquam ratione continuationis contractus. *Secundo* falsissimum est, iusiurandum tanti esse roboris et efficaciae, vt ei, cui iuratum est, tribuat ius aliquod in re. Deficiunt enim leges, sine quarum adiumento nemo sibi ius hypothecarium arrogare potest. Potius

(1) In comment. ad Cod. ad L. 9. C. de loc. cond. n. 16. — cui ad stipulatur SERAPHIN de priv. iuram. pag 158. n. 2.

(2) Cf. PVFEND. Obs., Tom. 3. obs. 180. STRYBE *R. B.*, Th. I. Bed. 19.

tius obligatio ex iureiurando oriunda, mere est personalis (3), quae emtorem ceu tertium non stringit, nec locatori ius alienandi aufert (4).

Proinde aperte sequitur, vt conductor, si illius locator, cui nec ara nec fides est, non obstante iureiurando rem locatam alienat, et factae locationis rei mentionem in contractu non facit, iuramentum contra emtorem allegare nequeat, salvo tantum ipsi regressu contra locatorem ad id quod eius interest, vti recte rationes subducunt COCCII (5) et alii. Nec mouet, quod nonnulli vrgent (6), contractum quidem locationis non per locatorem, sed per nouum successorem singularem violari, ius tamen emtoris ex facto locatoris dependere; iurantem autem se aliquid facturum non esse, nec per alium efficere oportere. Ex hac enim ratiocinatione illud tantum conficitur, quod locator rem locatam nihilominus alienans, fiat periurus: periurium autem est delictum, et reatus delicti ne quidem ad successorem vniuersalem, multo minus ad singularem extendi potest: quamuis locator iustis poenis subiiciendus censeatur, ob violatam fidem iuratam.

Nec secus sane quam hactenus dictum est, res comparata esse videtur iuxta *ius patrium Bremense*. In statutis enim nihil dispositum legimus, de hypotheca mediante iuramento efficienda; hinc iterum laudata cautio secundum ius commune diiudicanda venit.

(3) Vir perill. G. L. BOEHMER
in *princip. iur. can.* §. 338.

(4) AYRES in *opusc. varii arg.*
pag. 245.

(5) In *Iur. contr.* L. XIX. tit. 2. qu. 23.

(6) STRYK et TITIVS in notis ad
LAVTERB. Lib. XIX. tit. 2. verbis:
irauerit.

III. *De iure pignoris conductori in re locata constituendo.*

Tertia cautio ad cuius excussionem progredior, absoluitur iure pignoris in re locata conductori constituendo. Sed etiam illius auctores et suasores, uti mea fert sententia, egregie fallunt et falluntur, si ea opinione ducuntur, ut statuunt, conductorem ob ius in rem, quod nactus est, iam nunc plene et ex omni parte contra emtorem expellentem sese fieri posse. Potius cautio commendata ad minus quam perfectas referenda censebitur, non solum si rem ex iure communi aestimauerimus, sed et si mente nostra ius Bremense circumspexerimus. Si enim rem

I. *ex iure communi aestimamus, inter omnes constat, indolem et naturam constituti iuris hypothecarii id tantum operari atque efficere, ut conductor rem locatam et sibi oppignoratam tamdiu retineat, donec id quod eius interest fuerit consecutus: quo ipsi a successore singulari praestito, nihilominus cedere debeat. Quae sententia nec rationibus iuris destituta videtur. Cum enim praestito eo quod conductoris interest, in cuius securitatem hypotheca constituta apparet, nexus pignoris constituti solvatur⁽¹⁾, naturae rei nil magis conueniens esse potest, quam ut conductor cedat emtori, etiam ante finitum locationis tempus. Quibus nec obstat dubium, quod mouent DAN. FRID. HOHEISELIUS⁽²⁾ et alii: scil. actionem ad id quod interest sua*

(1) Audias verba VLP. in L. 6. §. 1. ff. quibus modis pignus — “qui paratus est soluere, merito pignus
videtur liberasse.” Adde L. 12. §. 1. cod., et L. 16. §. 3. ff. de pign.

(2) *In diss. cit.* §. 9.

sua natura esse actionem subsidiariam dicentes, qua, vt quis experiatur, non ante cogi possit, quam quatenus id quod est in obligatione principali, amplius praestari nequeat; quod tamen eo casu, quo conductor adhuc incumbat rei locatae, eamque detineat, secus se habere putant. Sed quis in hoc dubio obmoto non statim perspiciet, illud tantum esse apparens. Si conductori lis tantum est cum locatore, qui iuxta tenorem contractus locati promissa non seruat, cum forsitan ipsum negotii iam poeniteat, et hinc paratus est ad praestandum id quod interest, veram esse sententiam prolatam concedo. In persona enim locatoris duplicem obligationem intelligimus, quae tamen *alternativa* non est: *alteram* scilicet ad concedendum usum rei locatae secundum naturam contractus, quae est *princeps* obligatio: *alteram* ad praestandum id quod interest, quae est *subsidiaria*. Iam vero inter omnes constat, neminem cogi posse vt ad implementum obligationis subsidiariae agat, quoad implementum obligationis principalis adhuc fieri potest. Sed ex facto supposito conductori lis non est cum locatore, sed cum *emtore* seu quocunque alio successore singulari. In successore autem singulari duplex ista obligatio non conspicitur. Is enim, cum dominium rei locatae semel adquisiuerit, siue traditione rei, siue quacunque alia ratione, suo iure iam petit rem locatam a conductore iusta actione hunc in finem instituenda, siue sit imploratio officii iudicis, siue remedium spoli, siue rei vindicatio, siue condictio ex lege, siue aliud cuiuscunque generis remedium. Et quamuis conductor virtute

iuris hypothecarii, gaudeat iure retentionis qualificato, illud tamen iuxta sui ipsius naturam, tandiu tantum exercere potest, donec de eo quod ab actore vicissim debetur, sit satisfactum. Emtor autem rei locatae ad id tantum tenetur, quod conductoris interest: cuius praestatione is tanto magis contentus esse debet, quo certius constat, naturam pignoris ordinariam id quidem non aliter ferre, ceu supra monere iam licuit. Quibus omnibus id consequens est, ut obligatio ad concedendum usum rei locatae, personam emtoris plane non stringat, hinc omnia in condemnationem eius quod conductoris interest, desinunt atque delabuntur, nihil praeterea operante iure pignoris conductori in securitatem iuris sui constituto. Ita post cohortem veterum Ictorum, nouiori aetate sentiunt et docent HERTIVS (3), WERNER (4), VOET (5), SCHAVMBURG (6), ORTH (7), AYRER (8) et alii complures.

II. Quodsi rem adeo aestimamus secundum *Themidem Bremensem*, tot noua obstacula et impedimenta se nobis offerunt, quot ad cautionem hypothecariam, de qua in praesentiarum sermo est, inutilem atque inanem fere reddendam sufficiunt, e quorum numero potiora tantum

recen-

(3) *In comment. et opusc.* Vol. I. tom. 3. pag. 486. n. 5.

(6) In notis ad STRVVIVM Lib. 3. tit. 12. § 15.

(4) *In obs. for.*, Tom. II. Part. VII. obs. 227.

(7) *In der ersten Fortsetzung der Anmerk. über die Frankf. Reform.* Part. 2. Tit. XIV. §. 11.

(5) *In comment. ad Dig.*, Lib. XIX. tit. 2. §. 18.

(8) *In diatr. de genere act. adversus conductorem etc.* — in eiusd. *opusc. varii arg.* pag. 246.

recensebo. Quem fugit, nouiori aetate in Germania generatim fere introductum esse, vt cuiuscunque generis alienationes rerum immobilium, ideoque etiam constitutiones hypothecarum in rebus immobilibus non aliter vim et efficaciam habeant, quam si iudiciali auctoritate peragantur (9). Qui mos, cum etiam suo modo in vrbe patria viget, illius simul mentionem facere iuvat. Scilicet distinguunt inter urbem veterem et nouam. In urbis veteris aedibus, quas vocant *Weichbilde*, laudatus mos in viridi est obseruantia, ita, vt extraiudicialis constitutio nullius effectus censeatur, iuxta tenorem Ordal. XLVII. et XLVIII. "*Nen man en mach setten wicbilde he en dut vor den radmennen, dar erer mer syn den de helfste gegenwardich*" (10). — Ratione immobilium autem urbis

C 3 nouae,

(9) CLAPROTH *V. C. in iurisprud. extraiud.* §. 25. ibique not. b. cit. DD. — RYNDE *V. C. in deutschen Privatrecht* §. 221.

(10) GERH. OELRICHS l. c. pag. 522. — Cf. etiam PAVL. KOCH in *synopsi et concordantia statutorum Lib. Reipubl. Bremensis, nec non ciuitatis Verdensis et Oldenburgeris*, tit. 3. §. 65. ibi: *pignori non possunt dari immobilia in vrbe sita, nisi dimidietas magistratus praesens sit.* — Ordeel XLVII. — Quae sententia ad propositam in Senatu quaestionem: *Ob Weichbilder außserhalb Gerichts verpfändet wer-*

den können, wenigstens dahin, dass solche Verpfändung andern Buchschulden, schlechten Handschriften und mündlichen Verpflichtungen vorzuziehen sey? — conclusio Amplissimi Senatus Bremensis de anno 1652. d. 25. Febr. confirmatur, cuius tenor fere hic est:

Wcil das Stadtbuch im Ordeel 47 und 48 diese Frage also bereits erörtert: dass Niemand Weichbilde setzen, oder verpfänden möge, es geschehe dann vor den Rath-Männern, da ihrer mehr denn die Hälfte gegenwärtig seyn. — Es auch also bisher zugehal-

ten

notuae, ius commune Rom. sequuntur, ita vt hypotheca in his rebus etiam extra locum iudicii cum effectu constitui posse videatur ⁽¹¹⁾. Sed quia iuxta *Statutum XXIX.* supra iam cit. cuiuscunque generis alienationes rerum immobilium in extraneos seu Nonciues sunt prohibitaee, et verba *statuti* expresse oppignorationis et constitutionis annuorum reddituum mentionem faciunt, sequi sane videtur, laudatam cautionem *extraneis* non prodesse, sed *ciuibus* tantum, et quidem ratione eius quod interest, non ratione continuationis contractus; modo ponamus, non adesse alios creditores ciues, quibus antiquius ius hypothecarium

in

ten, und der Vorfahren Meynung zu verschiedenen Mahlen ausdrücklich dahin gangen, das in Kraft solches Stadtrechtens, die auferhalb Gerichts, und nicht vor mehr denn die Hälfte der Rathmänner geschene Verpfändung der Weichbildern belegener Erb und Gründe, sie seyen insbesondere, oder unter dem Namen aller Güter insgemein vorgenommen, für nichtig und von keinen Würden zu achten, und daher auch keinen anderen bloßen Schulden vorzuziehen seyen. Das es darumb allerdings sein Verbleiben haben müsse und solle.

Adde sis IO. WACHMANNVM in notis ad Ordeel 48, qui decisionis iudicialis mentionem facit de anno 1617

in causa concursus cred. ALLRICH ALLRICH: "dass die extrajudicialen hypothecationes der Weichbilde pro nullis allerdings zu halten; und den chirographariis nullo modo zu präferiren." — Quinimo teste HENRICO KREFTINGIO in Glossa ad Ord. 48. ne quidem hypotheca a venditore in re vendita reseruata, absque confirmatione iudiciali valida censetur.

(11) Ita nimirum conclusum est in Amplissimo Senatu Bremensi anno 1667. d. 17. Dec. scil. dass in der Neustadt frey bleibet die Hypothecation der Häuser und Gärten sowohl extrajudicialiter kräftig zu verrichten; und eines jeden Recht, quoad ipsam constitutionem ex die hypothecationis zu rechnen sey.

in re locata competat, quippe cum in hac materia iuri communi non sit derogatum.

Sed superest alia difficultas in *vrbe patria* dominans, quae prae reliquis excellit, et hinc cautionem hypothecariam in plerisque casibus inutilem fere efficit, cuius indolem iam breuiter describam. Scilicet iuxta Ordal. XLVIII. (12) creditoribus generatim, ideoque et creditoribus locatoris, ius competit, constitutioni hypothecae intra mensem contradicendi et vim et effectum illius impediendi, quod vocant *den Beyspruch der Hypothek*. — Breuem, sed accuratam delineationem huius iuris exhibet PAVL. KOCH l. c. §. 68. sqq. verbis: “hypothecae, ait, qui dicto modo dat immobilia, et iam *alteri* debet, ille, cui debet, in instrumento, quod confectum est, potest contradicere intra mensem, et debitum suum probare: vt autem eo melius id fieri possit, instrumentum hypothecae Senatores tandiu apud se debent retinere, nisi debitor eo nomine dederit fideiussorem.” Ita enim verba *Ordulii* cit. sonant: *Were he ok sculdich de ghenne deme he sculdich is de mach de sate bispraken bynnen deme negesten manete, also vele he syner sculde vullenkommen mach alse enes stades recht is, wurden dar ok breue uppe willekort, de scolen de rademanne under sik holden ok to eneme manete id en sy also dat de genne de de hantveste gift se beborgen mochte* (13). — Ceterum hoc iure gaudent non solum creditores hypothecarii antiquiores, sed et omnes reliqui

(12) Idem l. c. pag. 523.

(13) Cf. Idem in glossario ad statuta Bremensia, voce: *Byspraken*.

in personam tantum ius habentes, cuiuscunque sint generis, siue ciues siue peregrini; certo et euidenti sane iudicio, effectum huius iuris non illum esse, vt creditores ius aliquod in re consequantur, sed vt potius impediunt, quo minus debitor bona sua in ipsorum praeiudicium aliis efficaciter obligare queat. Cumque etiam hoc ius in effectu *arresto* proximum et simile esse videatur, exercitium illius ad formam arresti extraiudicialis adstrictum esse apparet. Scilicet praecedat legitima arresti impetratio necesse est, quam deinde sequitur legitima illius introductio et iustificatio in iudicio. Subsecuta tandem conclusione in causa, de iustitia arresti impetrati fertur sententia, qua illud *vel* confirmatur: quo casu hypotheca tollitur; *vel* relaxatur arrestum, iuncta condemnatione in expensas, et imposita simul obligatione impetranti, aduersario resarciendi damnum cuiuscunque generis exinde illatum.

Ex quibus omnibus id aperte conficitur, esse et manere cautelam hypothecariam conductori *minus quam perfectam* (14), immo interdum penitus fere *inutilem*, prouti vel respicias ius commune, vel ius patrium *Bremense*.

§. 7.

IV. *De coniungenda hypotheca in re locata cum pacto de non alienando.*

Sed iam ad *quartam* cautionem res peruenit, quam Icti prae ceteris et omnino commendatione dignam iudicant,

(14) Cf. HORNISEL in diss. cit. §. 10.

cant, et quae in coniunctione hypothecae in re locata consistit, cum pacto de non alienando ⁽¹⁾. Quotquot autem sunt, qui hac ratione suis consiliis prospexisse putant, omnes effectum consiliorum in nullitatem alienationis desinere statuunt, et hinc conductores iam nunc *plene* tutos esse aduersus emtorem expellentem, arbitrantur; licet nullus eorum huius sententiae rationes adferre audeat: quod tanto magis mirandum est, quo confidentius cuncti fatentur, nec solam hypothecam in re conducta id effectus habere, nec solum pactum de non alienando absque hypotheca, Quo autem pacto fieri possit, vt duo *entia iuridica* ⁽²⁾, quorum quoduis in se spectatum conductorem aduersus emtorem *plene* tutum reddere non valet, tantum effectum producant, si inter se coniungantur, et cuius rei ratio non in singulo quouis *ente*, sed in eorum coniunctione collocandum est: id omnino iam esset, de quo quaestio mouenda. Equidem, si dicendum quod res est, ingenue fateor, mihi non licere tam esse felici, vt rationem huius vis et efficaciae perspicere queam; hinc etiam a me hucusque impetrare non potui, vt in *Tanorum Virorum* castra transirem, qui arbitrantur, cautionem laudatam conductores *plene* tutos reddere aduersus emtorem expellentem.

§. 3.

(1) *Auctores et suasores* illius vide sis supra §. 2.

(2) Sit venia verbis. — In physicis rem se aliter habere scimus ab effectu euidentissimo.

D

§. 8.

Continuatio, qua sensus L. 7. §. 2. ff. de distr. pign. eruitur.

Nihilo tamen secius *res ipsa* fundata videtur in libro sing. Icti *Marciani* ⁽¹⁾, cuius verba ita se habent: *quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit: talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est, nullam esse venditionem ut pactione stetur.*

En verba clara, quae idem id continent, quod *Viri Docti* suadent! Sed antequam dicam quod sentio, temperare mihi haud possum, quin breuibus moneam, de genuino huius fragmenti sensu iam olim litem fuisse inter interpretes: *BARTOLO* nullam esse venditionem, et sic pactum istud contra ius non esse defendente: *BALDO* autem nullam esse conuentionem contendente: aliis confugium quaerentibus in arte critica, inter quos nonnulli loco *debitori*, legendum esse statuerunt, *debitoris*. Alii verba finalia transponenda esse crediderunt, et loco: *nullam esse pactionem ut venditione stetur*, legi voluerunt: *nullam esse pactionem ut venditione stetur*. Alii denique ad alia confugerunt. Sed recte monet *STRECKIVS* ⁽²⁾, *ICTus et Commissarius quondam generalis Reipubl. Bernensis*, pericu-

(1) L. 7. §. 2. ff. de distract. pign.

(2) *In observationibus* anticrit. apud Ev. *ORTONEM* in Thes. T.I. pag. 523.

periculosas esse eiusmodi correctiones, propterea quod inde ius lubricum reddatur, quo in republica maius malum non existit. Quae cum ita sint, lectionem vulgarem retinendam esse credo, idque tanto magis, quo certius constat, mihi ut iuueni, metas *Legis quinauicennariae* nondum praeteruecto, eiusmodi correctiones temerarias non conuenire: hinc aliam eluctandi viam mihi quaerendam esse satius duxi. Quae ut rite ineatur, consilium GVIL. FORSTERI⁽³⁾ sequor, qui in legibus interpretandis *ad rationem* potius, quae anima legis est, quam ad verba respiciendum esse iuste et recte censet. Ratio autem laudatae decisionis non *plenissimum* defectum obligationis inter debitorem et emtorem concernit, sed *effectum* tantum alienationis rei hypothecatae respectu creditoris hypothecarii respicit. Cuius rei consequens est, omnia iam eo redire, utrum verba legis: *nullam esse venditionem*, hic idem denotare, ac *obligationem plane nullam inter contrahentes producere*, ita, ut totum negotium *generatim* in abstracto et absolute nullum sit, quia aut ex natura rei defectu substantiali laborat, aut lege aliqua positua expresse nullum declaratum est: an vero idem, ac *effectibus suis tantum destitui*, scilicet ratione creditoris, ita, ut venditio tantum in concreto, uti dicunt, et *respectiue* sit nulla, quae, quia iuri quaesito creditoris contrariatur, exceptione elidi potest⁽⁴⁾.

D 2

catus

(3) *De iuris interpretatione* L. 2. cap. 2. apud EV. OTTONEM in Thes. Tom. II. pag. 1006.

(4) Vir perill. IO. STEPH. PÜTTER in *progr. quod sistit theoriã generalem de nullitate*. Gott. 1759.

catus huc ideo non pertinet, quod *partim* venditio rei tertio oppignoratae, iuxta naturam rei defectu aliquo substantiali non laborat, cum res transeat cum sua causa: *partim* quod alia lex positiva antiquior non suppetit, quae eiusmodi venditionem sub lege nullitatis absolutae prohibet: *partim* denique, quod eiusmodi venditio, nulla ratione valida reddi posset, ne quidem consentiente in posterum creditore. Hinc *posterior* significatus huc spectet necesse est, qui tam ex ipsa legis ratione clarissime euincitur, quam rebus quae circumstant et vsui loquendi optime conueniens esse intelligitur. Sicuti enim *actio* interdum dicitur *nulla*, quae vel exceptione remoueri potest, vel propter inopiam aduersarii cum effectu institui nequit⁽⁵⁾: ita sane in lege nostra venditio *nulla* vocatur, cui scil. ex parte creditoris contradicere licet, quod nimirum ius illius quaesitum adhuc perdurans est. Hoc enim sublato, nec venditio amplius nulla censebitur, quemadmodum actio *nulla* et sine effectu non est, quando exceptioni oppositae sit satisfactum. Quibus rebus ita comparatis, quemlibet intelligere arbitror, me, dum adiicio, venditionem rei hypothecatae contra pactum conuentum susceptam esse nullam, eam tamdiu tantum nullam esse velle, quoad creditori hypothecario de credito suo non sit satisfactum. Id enim paciscendo nunquam poterit effici, vt in perpetuum debitori pigno-

(5) Cf. L. 6. ff., L. 7. §. 8. ff. de VICAT in vocabulario iuris vtriusdolo malo. BAON. BRISSONIVS de que — voce: nullum. verb. sign. voce: nullus. B. PHILIP.

pignoris alienatione interdicatur, quod foret pactum contra ius et fas, ideoque nullum in significatione priore, et non obligatorium: verum interdicatur tantum, quamdiu nexus pignoris consistit. Cum enim creditor hac ratione paciscendo id tantum efficere studeat, ut *partim* sit securus ratione commodi possessionis, quia satius est pignori incumbere, quam illud vindicare aut condicere: *partim* ut ne pignore penes tertium existente, onus probandi subire cogatur, rem pertinuisse ad bona debitoris eo tempore, quo ita convenit: *partim* denique ne exceptione excussionis, quae nouo iure tertio possessori competit, oneretur, *reliqu.*: consequi sane videtur, ut praestito creditori ab emtore rei hypothecatae eo quod interest, cessare etiam debeat vis pacti, ita, ut venditio rei contra pactum suscepta, iam nunc pleno effectu valere incipiat.

His omnibus ad *cautionem* de qua mihi sermo est, rite et circumspecte adcommodatis, omnia sane, ubi ad verum ventum est, eo desiniunt atque delabuntur: scilicet constitutio hypothecae in re locata, accedente licet pacto de non alienando, conductorem tantum securum reddit ratione eius quod interest, non ratione continuationis contractus; hinc *plene* et ex omni parte aequae minus praestat securitatem aduersus emtorem expellentem, ac sola hypotheca absque pacto conueno (6). Hinc inconcussa stat

D 3

senten-

(6) Cf. Dyonis. Gothofredi *anti-* Ev. OTTONEM Tom. III. p. 302. —
maduersiones iuris civ. cap. 14. apud Io. Nic. Hertius in *diss. de pacto*
nie

sententia, quam supra iam dicere licuit, cunctas nimirum cautiones a Viris Doctis hactenus *suppeditatas*, *partim* esse imperfectas, et plane inutiles; *partim* minus quam *perfectas*, ideoque non tanti euentus, vt conductorem in possessione rei locatae vsque ad finem contractus tueantur.

§. 9.

V. *De constituendo vsufructu, iure emphyteuticario et iure superficiei in re locanda conducenda.*

Quae hactenus disserui de insufficientia cautionum, quibus ICTi conductoribus prospicere student, certe eam cautionem non semper et vbique tangunt, quae vltimo loco posita apparet, et quae constitutione vsusfructus iuris emphyteuticarii et superficiei in re locanda conducenda absoluitur. Quod enim

I. *ius vsusfructus* attinet, illud a iure pignoris et hypothecae in eo quam maxime differt, quod sit constitutum non tam in *securitatem*, quam potius in *utilitatem* alterius, scilicet vt omnibus emolumentis frui liceat, quae ex re aliqua ad hominis utilitatem peruenire possunt, et propter quam res est comparata, plerumque salua substantia

ne dominus rem suam alienet. — tur. Conductor enim pacto de non in eiusd. *comment. et opusc.* Vol. I. alienando dominium rei conductae Tom. III. pag. 95, — qui ita con- non adquisiuit: transit itaque do- cludit §. 22: "sed nec pactum, vt minium ad emtorem, sed ita, si ne res alienetur, licet cum hypo- propter ius hypothecae interesse conductori praestiterit."

stantia rei, interdum etiam ea absunta. Cum autem natura huius iuris ita ferre non videatur, ut in pignore et hypotheca, ut is qui iure vsusfructus rem persequitur, a vindicatione illius remoueri soleat, si qualiscunque possessor offerre velit: per se iam cessat in emtore rei fructuariae facultas praestandi id quod possessoris interest; et hinc utilitas cautionis prae ceteris in aprico posita est, quae commendatione omnino digna censi potest.

Nec obstat, quod constitutio vsusfructus in re aliena per se tantum titulum iuris contineat, ut cuius utilitates rei percipere licet, ad cuius dominium consequendum traditione rei fructiferae ideo opus est, quia conuentione nititur (1). Etenim contrahentibus vias ingredi licet, quibus traditio *vel* actu fit, *vel* in certum euentum pro facta assumi potest. Scilicet partes vel statim ab initio loco contractus locati conducti, emtionem venditionem vsusfructus rei locandae ad certum tempus inire possunt, cuius iustam formulam exhibet HOHEISELIVS l. c. — Quo facto conductor, seu potius fructuarius, *plene* et ex omni parte tutus est, aduersus emtorem expellentem, propterea, quod natura vsusfructus non patitur, aliquem offerre possessori id, quod eius interest, ad effectum, ut ille iam re ipsa carere debeat. Potest vero etiam ab initio locatio conductio a partibus celebrari, in euentum tamen alienationis subsequatae, vsusfructus constitui, adiecto scilicet pacto

consti-

(1) L. 3. pr. ff. de vsufr., L. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.

constituti possessorii (2). Cum enim vis huius pacti in eo consistat, ut una cum possessione ius ipsum in alterum transeat, cuius ratio in traditione breui manu posita apparet, quae pacto inesse dicitur: conductor casu eueniente ut fructuarius considerari debet, propterea, quod conditio iam existit, in cuius euentum ius usufructuarium est constitutum.

Deinde nec obstat, conductorem iuxta naturam ususfructus, a momento, quo ut fructuarius consideratur, rem fructuariam reficere teneri, illumque de restitutione futura cautionem praestare, onera et tributa, quatenus rei imposita sunt, sustinere oportere. Nam omnes hae difficultates *naturalia* tantum ususfructus constituunt, *essentialiam* illius non ingrediuntur; cuius rei consequens est, ut iusto pacto iis possit derogari.

Sed restat alia inspectio, eaque haud parui sane momenti, de qua breuiter disserere constitui. Scilicet notum est, vsumfructum in heredes non transire, sed morte fructuarii finiri, saltem morte heredis primi gradus (3), quia usufructus aliter nunquam ad suam rediret proprietatem. Qua hinc ratione cautio laudata heredibus illius, qui

(2) Cuius vera sedes esse videtur L. 18. pr. ff. de acqu. vel am. poss. — IO. CHR. FALCKNER *de traditione per constitutum*. Ienae 1663. — PETR. MÜLLER *de constituto possessorio*. ibid. 1689. —

HIER. FRID. SCHORCH *de constituto possessorio in legibus Rom. non fundato*. Erf. 1732. — GODFR. MASCOV *de constituto possessorio*. Harderonici 1732.

(3) §. 3. I. de usufr., L. 14. C. eod.

qui ea vitur, vtilitatem praestare queat, iam quaestio moueri posset. Sed hoc dubio non obstante, cautionem in saluo esse puto. *Primo enim leges, quibus sancitum legimus, morte fructuarii vsufructum finiri, plerumque de vsufructu testamento relicto loquuntur: ne igitur in vniuersum inutilis esset proprietas, semper abscedente* (i. e. separato seu seiuncto) *vsufructu, placuit vsufructum certis modis extinguere, et ad proprietatem reuerti, vt mea faciam verba Icti Gaji in L. 3. §. 2. ff. de vsufructu, et inter hos modos finiendi primum locum tenet mors fructuarii. Cuius rei princeps ratio in praesumta voluntate testatoris posita, apparet. Si enim testator alicui in testamento prospicit, non simul heredibus illius prospexisse videtur, quippe quos nimium saepe ne quidem nomine noscit; hinc et successore tam vniuersali quam singulari, ante testatorem defuncto, expirat emolumentum, nec ad heredes illius transit; certo et euidenti sane indicio, leges non velle, vt vltra intentionem testatoris, voluntas illius extendatur. Deinde quamuis et leges inueniantur, quibus ob similitudinem et aequalitatem rationis, generatim statutum est (4), vt morte fructuarii vsufructus finiatur, ita, vt de vsufructu quacunque ratione constituto loquantur: tamen eiusmodi dispositiones non prohibitiuae sunt, sed regulam tantum aliquam constituunt, quae semper intelligi debent, saluo arbitrio partium, ita, vt huc collimare videatur tritum illud, prouisionem hominis tollere prouisio-*

(4) Cit. §. 3. I. de vsufr.

provisionem legis. Naturam autem et indolem vsusfructus rite formati, abscisse ita non ferre, vt semper et in omni casu morte finiatur, nec vnquam in heredes fructuarii transeat, id iam suo modo videre est ex constitutione IUSTINIANEA in L. 17. C. de vsufr. — potissimum autem id videre licebit ex loco VLPiani ⁽⁵⁾ quem vt adiiciam, operae pretium erit. Scilicet ait Ictus: *Si quis ita stipulatus fuerit, vti frui sibi licere: ad heredem ista stipulatio non pertinet. Sed etsi addiderit sibi, non puto stipulationem de vsufructu ad heredem transire, eoque iure vtimur.* Quia autem in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestum est ⁽⁶⁾, prudenter addit VLPIANVS l. c. *sed si quis vti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit: videamus an heres ex stipulatu agere possit? Et putem posse.* Quid igitur multis? Fert ergo natura vsusfructus, vt in heredes ad tempus transeat, non modo si voluntati testatoris id quidem conuenit ⁽⁷⁾, sed et si quis sibi heredique suo ita stipulatus est. Et cum iura, quibus hodie vtimur, simplici conuentioni eundem effectum tribuant, quem olim stipulatio habere solebat; nec inde nouum dubium mihi obstare putarem.

Sed ita sane res comparatae videntur, si eas aestimamus secundum principia iuris Romani. Quodsi enim ius German-

⁽⁵⁾ L. 38. §. 10. 11. 12. ff. de V. obl.

⁽⁷⁾ L. cit. 14. C. de vsufr.,

⁽⁶⁾ L. 48. ff. de pactis. — Adde HOEISEL l. c. §. 19. L. 20. §. 1. de pactis dot.

Germanicum, et sigillatim ius patrium *Bremense* respiciamus; facies rei perquam mutata intelligitur; quae tamen mutatio rei, laudatam cautionem non penitus euertit, sed usum tantum illius difficultatibus quibusdam inuoluit. Quarum difficultatum *vis* in quonam consistat, quemlibet intellecturum esse arbitror, si animo perpendat, constitutionem vsusfructus aedium per se iam continere alienationem (8), quae, si plenum effectum habere debet, ex moribus totius fere Germaniae, iudiciali confirmatione eget. Quae confirmatio iudicialis, an etiam iure patrio *Bremensi* sit de necessitate nec ne? quaestionem mouere solent. — Et posterior sententia verior omnino videri posset, quia in *statutis* neque de vsufructu, neque de emphyteusi et superficie, nominatim et specificè quidquam dispositum legimus, nec ea *statutorum* loca, quae de confirmatione hypothecae disponunt, huc vlla ratione quadrare videntur, cum sint ad instar constitutionum specialium, quae ad consequentias trahi non possunt. Sed his dubiis non obstantibus, eorum sententiam tutiorem esse credo, qui confirmationem, non quidem semper et ubique, sed tantum *suo modo*, necessariam esse statuunt. Scilicet distinguendum esse puto, inter immobilia *urbis veteris* et *nouioris*. In *his* auctoritate iudiciali ideo opus non est, quod neque lex specialis, neque obseruantia, quae ad instar legis est, eam necessariam reddit; deficiente autem lege speciali et obseruantia, *ius commune Romanum*

(8) L. 3. §. 5. ff. de reb. eorum qui sub tut., L. fin. C. de reb. alienis non alien.

num sequamur necesse est, quod nec sequi dubitant *Populares*, quoties de constitutione hypothecae in his rebus agitur intra priuatos parietes. — Quod autem constitutionem vsusfructus attinet, in *illis* immobilibus quae in *vrbe vetere* sita sunt, illius confirmationem iudicalem ideo necessariam esse puto, quod adeo hypothecarum constitutio in his rebus, illam praecise requirat, iuxta iam cit. Ordeel. XLVII. et XLVIII. — cuius dispositionis ratio, ne scilicet clandestinis hypothecarum constitutionibus creditores laedantur, ita generalis est, vt omnem omnino alienationem complecti videatur. Quam philosophiam etiam agnoscere mihi quidem videtur *Codex nouissimus legum Borussicarum*, legislatoria prudentia et perspicuitate excellens (9).

Quibus rebus ita comparatis, suppeditata cautio iam nunc in saluo apparet, non solum si eam ex iure communi Romano, sed et si eam ex iure patrio *Bremensi* aestimamus (10). Licet enim inficias ire nemo possit, illius exercitium iuxta *ius patrium* multis modis impediri posse; tamen superatis his difficultatibus, quibus inuoluta conspicitur, plene illa tutum reddit conductorem aduersus successorem singularem expellentem.

§. 10.

(9) *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Th. I. Tit. 21. §. 73.* nos, ceu supra §. 4. in fine iam monere licuit. Cf. IAC. BREVELS *diss. de alienatione et oppignoratione iure statutorio Bremensi re-*

(10) Seruata tamen distinctione *inter ciues et nonciues s. peregrin-* stricta. Goett. 1773.

§. 10.

Continuatio cum epilogo.

Sed restant *reliqua iura* realia, quorum mentionem feci § anteced. quibus conductores aequae felici successu sibi consulere poterunt aduersus successores singulares, quo illos prospexisse sibi constituendo vsumfructum cognovimus. Sunt autem haec iura

II. *ius emphyteuticarium* et *superficiae* in re locanda conducenda constituenda, de quibus adhuc paucissimis agendum est. Scilicet utrumque ius, tam emphyteuticarium quam *superficiae* (1) illius naturae et indolis esse intelligitur (2), ut vero dominio proximum dicatur, propterea, quod praeter ius utendi fruendi, partem adeo *proprietas* cum iure vindicandi a quocunque possessore complectitur, quod *utile* vocari consuevit. Hinc naturae rei admodum conveniens esse videtur, ut et effectus pariat, qui dominio respondeant. Inter quos refero, ut is, qui hoc iure nititur, ab emtore partis proprietatis seu *dominii directi* (3), praestatione eius quod interest, nulla ratione

(1) In superficie *subiective* sumta, duplex ius distinguendum venit:

1) *ius in fundo alieno*. Hoc est ius, suo sumtu habendi aedificium in fundo alieno, et vocatur *ius superficiarium*, quod tam in rem, quam in personam esse potest.

2) *Ius in aedificio* seu ius, cuius obiectum est aedificium. — Et

hoc est *ius superficiae*, quod semper reale est. De quo posteriore significato mihi h. l. sermo est.

(2) L. 1. §. 1. in fin. ff. si ager vect., L. 1. §. 1. in fine et §. 6. ff. de superf.

(3) Iuxta veriore sententiam *directum* idem est quod *principale*. arg. L. 3. §. 13. ff. ad exhib.

F

tionem expelli possit; nec non ut sit ius *perdurans*, et cum effectu ad heredes quoscunque *transiens*. Quae indoles iuris id certe efficere videtur, ut conventionem partium non solum tempus aliquod definiatur, quamdiu sit duraturum, sed et de praestatione casus agatur, ad quem ista pertineat etc. Cum autem datio in emphyteusim etc. ad *alienationem* referri debeat, siue usum loquendi Romanum veterem et *Iustinianum* (4), siue *hodiernum* respicias, quo superficiario et emphyteutae verum dominium, quod utile dicimus, tribuitur: consequens esse videtur, ut conductores, si his iuribus in Germania cum effectu uti velint, eo laborent omnemque lapidem moueant, ut constitutio ipsa fiat auctoritate iudiciali. Quae cum ita sint, eadem difficultates iam superandae veniunt, quibus remouendis opus erat in constitutione ususfructus in re locanda. Sed multa supersunt, quae de his rebus dici possunt et debent, quorum ulteriorem excussionem praestantioris ingenii scriptoribus libenti animo relinquo. Hinc sufficiant haec pro temporis et occasionis ratione: quibus tantum iungere liceat deuotissima vota pro sempiterna *urbis patriae et optimi parentis* salute, ad quam si quid in posterum conferre valeo, studia mea quam maxime coronata et remunerata censebo, et mens mea laetabitur, habebitque omnino de quo sibi gratulari possit.

(4) L. fin. C. de reb. alien., Nov. 7. c. 1.

COROLLARIA.

I.

In contractu aestimatorio dominium non transfertur.

II.

Pacta adiecta in essentialibus negotii nihil mutant.

III.

Negotiorum gestor culpam praestat leuissimam.

IV.

Solutione iurata compensatio non excluditur.

V.

Si is, qui compensare potest, soluit, duplicem habet actionem electivae competentem.

VI.

Super iis, quae in testamento relicta sunt, etiam non inspectis tabulis, iure transigi potest.

VII.

Discrimen inter suos et emancipatos in totum sublatum non est.

VIII.

Interpretationem extensivam sanctio L. 3. C. de reuocandis don. simpliciter non admittit.

EMEN-

EMENDANDA.

pag. 14. lin. 10. quid Vlpiano l. quod Vlpiano.

pag. 24. lin. 3. iudicio l. iudicio.

pag. 23. not. (5) lin. 2. BAON. J. BARN.

pag. 29. lin. 19. desiniunt l. desinunt.

(x 228 2109)

ULB Halle

005 458 358

3





1795, 3
~~1046~~
5/

DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE
VI ET EFFICACIA CAVTELARVM
PRO
TVENDO IVRE CONDVCCTORIS
ADVERSVS
EMTOREM REI LOCATAE EXPELLENTEM

QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
PRO
CONSEQVENDIS
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS

D. XXX. IVN. MDCCXCV.

PVBLICE DEFENDET

AVCTOR
HENRICVS LAMPE
BREMANVS.

GOETTINGAE
TYPIS IO. CHR. DIETERICH.

