





18.,

1758 7a
12

DE
JVRE PROTIMISEOS
EIVSQVE
A JVRE RETRACTVS
DISCRIMINE

PRAESIDE
D. GEORGIO SAMVELE MADIHN
REGII SCABINATVS IN DVCATV MAGDEBVRGICO
ADSESSORE.

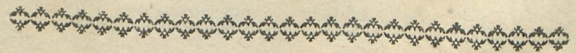
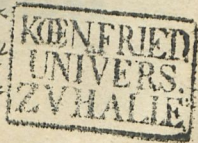
D. XIII. JVLII MDCCLVIII.

H. L. Q. C.

PVBLCICE DISSERET

AVCTOR

JVSTVS ALBERTVS HEERMANN
ISLEBIENSIS.



HALAE MAGDEBVRGICAE
EX OFFICINA SCHNEIDERIANA.

P 224.

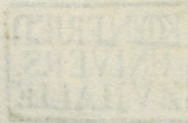


DE
JURE PROTUMISEOS

DISCRIMINE
A JURE RETRACTVS

PRÆSIDII
D. GEORGIO SAMUELE MADHIN
REGII SCABINATVS IN DVCAV MAGDEBVRGICA

ACTOR
JASTVS ALBERTVS HERRMANN



EX OFFICINA SCHEIBERIANA
HALLÆ MAGDEBVRGICÆ

V I R O

PLVRIMVM REVERENDO, CLARISSIMO
ATQVE DOCTISSIMO DOMINO

D O M I N O

GVSTAVO LVDOVICO WETZEL,

PHILOSOPHIAE ATQVE LIBERALIVM ARTIVM
MAGISTRO

AD AEDEM D. PETRI DIACONO ET PASTORE AD AEDEM
SANCTI SPIRITVS IN CIVITATE PATRIA MERITISSIMO

PATRONO ATQVE TVTORI SVO

OMNI QVA PAR EST PIETATE
AETATEM DEVENERANDO



V I R O

REVERENDISSIMO DOMINO
ATQUE DOCTISSIMO DOMINO

D O M I N O

DISSERTATIONEM HANC
EX SOLEMNI VETERVM FORMVLA

■ AT, DICAT, DEDICAT

M E I V S

AD AEDM D. PETRI DIACONO ET PASTORE AD AEDM
SANCTI SPIRITVS IN CIVITATE PATRIA MERITISSIMO

PATRONO ATQUE TUTORI SVO
OMNI QVA PAR EST PIETATE
ATTENTISSIMO DEVERENDO

CULTOR OBSEQUIOSISSIMVS

IUSTVS ALBERTVS HEERMANN.





VIR PLVRIMVM REVERENDE
CLARISSIME ATQVE DOCTISSIME



Si quid vnquam vehementer optaui, illud fuit profecto, vt meae erga TE pietatis, & quae cum ea proxime coniuncta est, REVERENDI TVI NOMINIS venerationis publicum exstaret monumentum. Cuius rei cum nulla adhuc mihi data esset occasio,

❖ ❖ ❖ ❖ ❖

sio, tum praesentem laetabundus adripio, dulci-
nunc defungar officio, studiorum academicorum
rationes redditurus. Omnem, quam abfuisse sensi,
a meo conatu deliberationem, quae alios plerum-
que ancipites reddit, TVA erga me eximia humani-
tas ademit. Si quidem praeterea iure meritoque
existimaui, fieri non posse, ut impietatis animique
ingrati suspicione absoluerer, nisi TE summa animi
contentione colerem. Ita enim VIR PLVRIMVM
REVERENDE tam praeclare de me meritus es, ut
non verbis officiosis tantum, sed re ipsa, & colla-
tis in me beneficiis egregiis TE talem experiri mi-
hi licuerit. Accipias igitur TVTOR AETATEM
COLENDE etiam atque etiam rogo hasce labo-
rum meorum primitias ea benevolentia, qua me
non indignum iudicasti, & fauore TVO me pro-
sequi nunquam desiste. Scribebam Halae Saxo-
num d. XIII. IVLII clo lccc LVIII.



DE
IVRE PROTIMISEOS
EIVSQUE
A IVRE RETRACTVS DISCRIMINE.

§. I.
RATIO ET ORDO DISPVATIONIS.



Quotquot in Germania animum inducunt sincera
mente iurisprudentiae studio vacare, atque in-
tima eiusdem penetralia adire, id sibi negotii
datum esse merito existimabunt, ut omni ope,
labore, diligentiaque, cum solida iuris Romani
scientia non tralatitiam morum domesticorum notitiam copulare
conentur, nec temere vnam alteramue a studiorum suorum ra-
tionibus seiungant. Huius equidem consilii saluberrimi utilitas
quan-

quanquam nulla prorsus commendatione eget, sed ipsa se satis ostendit iis, qui Iurisconsulti officio bene functuri sunt, pessimo tamen saepe exemplo illud adspernantur complures, qui vel vna tantum delectantur industria, vel fontes utriusque ignorant, studiaque cruda in forum propellunt, nec vnquam serio animum adiciunt ad veram doctamque cognitionem. Vnde summa quandoque miscentur imis, atque egregia peregrini iuris cum patrio deprehenditur mixtura, cuiusque in arte nostra legitima innumera fere extare monumenta, neminem rerum intelligentem fugere potest. Inter haec ius protimiseos, si cum iure retractus confertur, non vltimum subit locum, quorum vnam quasi naturam, inuita licet Themide, comminiscitur confudentium interpretum solertia. Sed non adeo mihi profutura videtur solidiori disciplinae temeraria haec diuersorum iurium commixtio. Omnino separanda duco, quae diuersam tulerunt originem, suaeque indole prorsus distincta faere. Iuris igitur protimiseos complexum primo prosequar, dein iuris retractus fundamenta ex iuris patrii rationibus componam, ita vt, quae intercedant, discrimina legitimo modo euolui possint.

§. II.

IVRIS PROTIMISEOS NOTIO FORMATVR.

Quanquam domino de rebus suis libero pro arbitrio disponendi facultas concedenda sit, ita vt intuitu illarum contractus quoscunque celebrare, atque in alios pro lubitu iura sibi competentia transferre possit, tamen vtique disponendi potestatem variis pluribusque limitibus circumscriptam quandoque deprehendimus. Ita omnino fieri potest, vt quidam iure suo praeferentiam exigant prae aliis contrahentibus, oblati ceteroquin iisdem conditionibus, quas & alii seruaturi sunt. Ius itaque eiusmodi praeferentiam exigendi in

in contractu celebrando oblati iisdem conditionibus prae aliis contrahentibus *ius protimiseos in genere* vocari meretur. Si autem contractus, cuius occasione idem illud nobis tribuendum est, emtionem venditionem continet, tum *iuris protimiseos in specie* nomine venit inter Iurisconsultos. Hisce notionibus bene perpenfis, ad intelligendum sane non difficile est, I) *ius protimiseos alicui competens contractus cum aliis celebrandos impedire*, II) *domini facultates suas in quemcunque transferendi inde restrictionem accipere*. III) *ius denique protimiseos in specie venditionem alii faciendam impedire atque prae aliis emtoribus praeferentiam operari*.

Ius *πρωτιμίσθεος* idem est, si grammaticam significationem spectamus, atque *ius praelationis*. IO. ORTW. WESTENBERG in *princ. Dig. tit. de rescind. vend. §. 10.* Cum enim contrahentium arbitrio in regula sit committendum, in quem per pacta sua transferre velint iura, eundam tamen vel pluribus extra ordinem *ius competere potest*, ut reliquis in contrahendo praeferantur. Notionem vero eiusdem ita evolvimus, ut etiam ad alia contractuum genera extendi possit, atque ad emtionem venditionem haud adstringatur, qui error plurium est in formanda *protimiseos* definitione. Sic in conductionibus publicis quandoque apud Romanos vsu servatum fuisse *ius protimiseos HONORIVS & THEODOSIVS* Augusti auctores sunt in *L. 4. C. de loc. praed. civ.* qui MINERVIO Procuratori Caesaris rescripserunt: *Congruit aequitari, ut veteres possessores fundorum publicorum novis conductoribus PRAEFERANTUR, si facta per alios augmenta suscipiant.* confer. F. E. PUFFEN-
DORF Viri illustris *Obs. iur. uniu. Obs. CXXXVI.* Ceterum non diffitemur, *ius protimiseos* magis atque frequentius in emtione venditione vsu venire, quam in reliquis contractibus onerosis, in omnibus aliis autem locum plane nullum inuenire.

§. III.

IVRIS PROTIMISEOS DIVISIONES INDICANTVR.

Cum ius protimiseos in genere sit ius praefertentiam exigendi in contractu ineundo oblatis iisdem conditionibus (§. praec.) nemini vero competat, nisi singulares deprehendantur rationes, quarum beneficio istiusmodi praefertentiam exigere valeamus, extra dubitationem sane positum est, ut, si eius competentiam nobis adserimus, vel concessionem a legibus factam, vel aliam iustamque eiusdem acquisitionem doceamus. Posteriori in casu, id vel pacto, vel vltima voluntatis dispositione fieri posse, nemo inficias ibit. Quare quid sit *ius protimiseos legale*, seu *legitimum*, *conventionalis*, & denique *testamentarium* ad intelligendum facile est.

§. IV.

IVS PROTIMISEOS LEGITIMVM DOMINO EMPHYTEVSEOS
COMPETENS EXAMINATVR.

Iuris protimiseos legitimi natura exigit, vt legis specialis dispositione indultum sit (§. praec.) adeoque nemini tribuendum, nisi vigore legis illud contendere possit. Si ad ius Romanum huius praerogativae concessionem exigimus, diuersas species comprehendimus, quibus haec protimiseos iura partim constitutiones Imperatorum, partim mores obseruantiaque diuturna sanxere. Domino enim emphyteuseos I) id firmavit IVSTINIANVS in *L. vlt. C. de iure emphyt.* his verbis: *Sed ne hac occasione accepta domini minime concedant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum quae inuenerunt, sed eos deludant, & ex hoc commodum emphyteutae deperat, disponimus, attestationem domino transmitti & PRAEDICERE, quantum pretium ab alio reuera accipi*

pi potest. ET SI QUIDEM DOMINVS HOC DARE MALVE-
 RIT ET TANTAM PRAESTARE QUANTITATEM, QUANTAM
 IPSE REVERA EMPHYTEUTA AB ALIO RECIPERE POTEST:
 IPSVM DOMINVM OMNI MODO HAEC COMPARARE.
 Et enim Imperator in hac lege per verba antecedentia,
 quodcunque ius emphyteuticum non nisi domini consensu in
 nouum emphyteutam transferendum esse iussit, cum iure veteri
 agrorum vectigalium translationes etiam non consentiente domi-
 no consistere L. 71. § 5 *¶ vlt. D. de leg. 1. L. 16. §.*
¶ vlt. D. de pignor. act. L. 219. D. de V. S. §. 3. F. de loc. ¶
cond. Correctoria ergo est lex cit. Codicis, cuius quippe san-
 ctione licentia emphyteuteos possessorum iuris eiusmonii can-
 cellis inclusa est. His positis emphyteutis quidem non pror-
 sus adempta fuit agros, quos haecenus coluere, vendendi
 potestas, sed dominis venditionem faciendam denunciare,
 eiusque arbitrio relinquere adstricti sunt, vtrum ipsas condi-
 tiones subire, ipsumque pretium ab alio oblatum impendere,
 atque vectigali fundo pleno iure iterum potius vti mallent,
 quam nouum emphyteutam recipere. Ius protimiseos vero
 hac ratione dominis competens tantum, auctore Imperatore,
 locum habet in sola emtione venditione, uti ex verbis ipsius
 constitutionis: PRAEDICERE QUANTVM PRETIVM AB ALIO
 REVERA ACCIPERE POTEST, satis manifestum est. Con-
 tractus certe, vbi agitur de pretio pro rei traditione solu-
 endo, emtione venditionem complectitur, ideoque ausu frustra-
 neo contendit HILLIGER ad DONELLVM *libro 9. cap. III. lit. G.*
 iuri protimiseos etiam locum esse in donatione, atque multo ma-
 gis adhuc in reliquis contractibus onerosis. Triplex enim est, si
 totam legem inspiciamus, L. *¶ vlt. Cod. de iure empb. sanctio I*) IV-
 STINIANVS ius verus emendat, & consensum dominorum in
 omni translatione requirit, prout iam indicauimus. II) ius
 protimiseos domino concedit, III) laudemium pro consen-
 su

fu domini solvere iubet, quod vltimum legis caput ad no-
 stram propositionem plane non pertinet. Priorem edicti dis-
 positionem generalem esse, omnisque generis alienationes
 complecti, ex ipsa IUSTINIANI oratione luculenter adparet,
 prouti magno cum acumine obseruat BACHOVIVS ad
 TREVTLERVM *vol. I. disp. 29. §. 13. lit. E.* & contra
 WISENBACHIVM egregie vindicat LEYSERVS *Specim. CV.
 medit. 2.* Verum deinde tantum, si pro certo pretio in nouum em-
 phyteuta prior fundum translaturus est, domino ius protimiseos
 indulgetur. Nec rationes desunt, cur diuersas hic statuit Au-
 gustus sanctiones. Si enim inconsultis dominis alienarentur
 fundi, quemadmodum iure antiquo fiebat, nouus ignoranti
 domino obruditur emphyteuta, quae ratio vtique ad
 omnes sane alienationes extendenda fuit. Verum ius proti-
 miseos non patitur, vt illi in negotiis locus concedatur,
 vbi easdem condiciones, idemque vicissim praestare nequit,
 eodem vsurus. Quamobrem in illa specie, quae partim ven-
 ditionem, partim alias praestationes complectebatur,
 litem secundum contrahentium intentionem dederunt ICI
 Helmstadienses, vt refert LEYSERVS *l. c. medit. 3.* Vide sis
 quoque G. A. STRVVIVM in *Synt. Iur. ciu. exercit. XI. thes.*
 69. ibique PETRVM MVLLERVM in *additionibus.* Hanc prae-
 rogatiuam, domino emphyteuseos iure Romano indultam, ad
 bona censitica, quae patriis moribus natales suos de-
 bent, diuersamque ab illis plane naturam sapiunt, extendere
 communis opinio non erubescit. Vid. STRVVII *Iurispr. R.
 G. F. Lib. III. tit. 2. §. 25.* Sed satis peruersa videtur haec
 sententia. In eiusmodi bonis enim censita pleno ac vero
 dominio gaudet, atque tantum ad census praestationem tene-
 tur, qui vero suam proprietatem potestatemque pro arbitrio
 proprio disponendi minime limitant aut restringunt. Quam-
 obrem eius, cui census debetur, consensu in alienationibus
 me-

merito superfedere possunt censitae, atque ideo nullam hic deprehenditur ius protimiseos, quod propter fauorem consolidationis tantum in emphyteusi constitutum videtur. Vid. ANT. FABRVM in *Codice Fabriano* L. 4. tit. 42. def. 59. n. 3. § 12. Quae ratio sane a censiticis praediis quam maxime aliena est, quippe quae pleno iure possidentur. Qui igitur eodem vsurus est, aut pacti hunc in finem iniri, aut legis provincialis probatione vt defungatur necesse omnino est. Conf. L. B. de WERNHER in *obs. for. edit. nouiss. tom. I. P. II. obs. 428.* STRYCK in *vs. mod. & de success. ab int. diff. VI. cap. 2. §. 7.*

§. V.

DE ALIIS J. P. LEGITIMI SPECIEBVS DISQVIRITVR.

Praeter ius protimiseos domino emphyteuseos indultum plura inuenimus huius iuris vestigia in legibus Romanis. In venditione necessaria bonorum debitoris obaerati enim praeferebantur II) cognati creditoresque aliis licitatoribus. Eiusdem rei testis est Ictus CAIVS in L. 16. D. de reb. auct. iud. poss. *Cum bona veniunt debitoris: in comparationem extranei & eius qui creditor cognatusue sit, potior habetur creditor, cognatusue: magis tamen creditor quam cognatus, & inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur.* Simili modo Imperatorem ANTONIVM rescripsisse refert PAPIRVS IVSTVS in L. 60. D. de pactis. Sola aequitas, quam Romanorum legislatores atque tribunalia semper sartam testamque seruare studuerunt, in tanta fortassis illorum multitudine, qui fundum venalem emturi erant, praeferentiam exigebat eorum intuitu, qui cum antiquo possessore ad inopiam nunc redacto aut cognationis vinculo coniuncti, aut fidem eius secuti erant in credenda pecunia. Verum potior ratio omnino habebatur creditoris, cui maxima aeris alieni quantitas debebatur. Tantum igitur adest, vt hoc ius protimiseos personis

cognatis concessum dici possit, dum in venditione voluntaria nullo modo dominus obligaretur iisdem vendere potius quam extraneis; cum ratio quaedam exposcere videretur, ut in iudiciali tantum venditione, ad quam emtores publico programmate inuitati accedebant, nonnullis praeferebantur concederetur, quia sane omnibus in solidum fundus non adiudicari potuit. AVG. LEYSER *spec. CXCVI. med. 6.* Deinde III) olim proximos consortesque apud Romanos in emtione extraneis praelatos fuisse, testimonium perhibent VALENTINIANVS, THEODOSIVS M. & ARCADIVS Augusti in L. 14. C. de *contr. emt.* eius obseruantiam iterum proscripserunt. Ita enim FABIANO Praefidi provinciae, rescripserunt. *Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emtione remouerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent, sed quia grauis haec videtur iniuria, quae inani honestatis, colore velatur, ut homines de rebus suis aliquid facere, cogantur inuiti, superiore lege cassata, unusquisque suo arbitratu querere vel probare possit emtorem, nisi sex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit.* Secundum hanc legem extra omnem dubitationem quidem positum est, ante tempora horum Imperatorum viguisse eiusmodi obseruantiam, cuius virtute domini agrorum proxime adiacentium, sociique (nam nihil aliud *proximi* atque *consortes* mihi significare videntur) praelationem prae aliis emtoribus sibi vindicarunt; sed vtrum lege scripta, an vero consuetudine introducta & quis eius auctor sit, certa ratione vix definitum puto. Equidem IACOB: GOTHOFREDUS in *Comm. ad L. I. Cod. Theodof.* arbitratur, CONSTANTINVM M. primo ad exemplum forsan iuris Mosaiici hanc legem publicasse, & REIN-KING de *retractu consangu. quaest. I. n. 9. seqq.* eo vsque procedit, ut ipsi hoc ius ab Hebraeis ad Graecos, ab his autem ad Romanos peruenisse videatur. Sed si dicendum, quod

quod res est, non adeo merentur fidem haec commenta, ut omnem dubitandi rationem eximere possint; quin potius REIN-
KINGII visiones tam ieiunae deprehendantur, ut manifeste er-
roneam atque fabulosam suam relationem iure meritoque
agnoscamus, cum a specie retractus gentilitii ad ius protimi-
feos olim vicinis atque fociis competens ducat argumentum.
Certum quidem est, hoc iuris protimifeos genus tempore DIO-
GLETIANI atque MAXIMINIANI incognitum fuisse, sicuti Im-
peratores ipsi suam auctoritatem interponunt in L. 3. & 4. C.
de comm. rer. alienat. Sed qua ratione praetensae constitu-
tionis origines ideo ad CONSTANTINI tempora referre pos-
simus? ego certe non video. Nobis iam sufficiat, ex testi-
monio Imperatorum didicisse, ius quoddam protimifeos lega-
li sanctione constitutum ante illorum tempora usu seruatum
fuisse, quod per legem 14 C citatam iterum in fumum abire
iusserunt Caesares. Satis acute praeterea monet ANTON. SCHVL-
TINGIVS, insigne quondam Belgii decus, in *Thef. controu. Dige-
storum* dec. 64 §. 6. exceptionem, nisi lex specialiter &c. legi
a TRIBONIANO esse insertam, cum illa non reperitur
in l. 6. Cod. Theodosiani de contrab. emt. ex qua tamen lex sae-
pius laudata in codicem Iustinianum relata. TRIBONIA-
NVS procul dubio in hac interpolatione respexisse videtur
ad L. vn. Cod. non licere habit. metroc., qua Imperatores
LEO & ANTHEMIVS habitatoribus metrocomiae, (quae erat
villa mater vnde coloniae deductae erant. vid. BRIS-
SIVM de V. S. verb. metrocomia) per modum legis spe-
cialis interdixere suas possessiones quocumque modo in al-
ium transferre, nisi in inhabitatorem eiusdem metrocomiae.
Sed utique reprehendendam existimo TRIBONIANI solerti-
am, qui ita corrumpendo legis lectionem, non potuit non
dubiam reddere Imperatorum mentem. Quamvis enim
omne ius protimifeos ex capite vicinitatis atque consortii a

VALENTINIANO eiusque sociorum in regimine penitus sublatum esset, subsequenter tamen Augustis omnino integrum fuit, ius singulare per modum exceptionis a lege generali iterum in fauorem cuiusdam subitorum ordinis constituere. Factum hoc esse intuitu incolarum metropolimae, *Lex vn. Cod. citata*, si ad L. 14. C. de contr. emt. refertur, abunde docet. Nulla igitur interpositione hic opus erat, cum Imperatores LEO & ANTHEMIVS multo post fata THEODOSII atque ARCADII imperio potirentur, ABRAH. WIELING *in iurispr. restit. ser. Imper. chronol. pag. 163*, illosque constitutionem specialem hic proposuisse omnino manifestum est. Haec sunt iuris protimiseos legitimi apud Romanos exempla, quibus plerumque adhuc addi solet ius singulare minoribus indultum, vi cuius illis etiam contra alienationem a tertio factam restitutionis in integrum auxilio succurrendum est, modo interesse suum probaturi sint, L. 13. §. 1. & l. 35. D. de minoribus. Sed utique a protimiseos natura, vtriusque notione collata, quam maxime alienum cognoscimus hoc beneficium ipsis praeuentibus VLPIANO & HERMOGENIANO in *cit. leg.* qui hanc speciem inter restitutiones in integrum ex capite minoris aetatis recensent.

§. VI.

DE PACTO PROTIMISEOS.

Ius protimiseos conuentionale oritur ex pacto (§. 3.) verum vulgati iuris est, pacta per propriam suam naturam apud Romanos obligationem nullam produxisse, sed omnino requirebatur, vt, si pacifcens ex conuentione actione experiri voluerit, aut contractu, pactoue huic adiecto, aut eiusmodi pactorum generibus conuentionis fides firmata sit, quibus vel specialis legis dispositio, vel praetorum

rum edicta obligandi efficaciam dedere. Inter haec pacta adiecta magis apta videbantur, quibus contrahentes in ineundis contractibus praestationes speciales sibi inuicem promittunt illasque recipiebant. Quamobrem interdum euenire solebat, vt praeprius in emtione venditione pacto adiecto venditor sibi stipularetur, vt emtor, si rem emtam iterum venditurus esset, auctori suo, a quo rem acceperat, non alii, potius venderet. Quo facto iam venditor omnino praelationis quodam iure gaudebat. Hac ratione certe rem definiendam existimauit HERMOGENIANVS in L. 75. D. de contr. emt. effectus eiusmodi pactionis in itae indicaturus: *Qui fundum vendidit: vt eum certa mercede conductum ipse habeat vel, si vendat, non alii, sed sibi distrahat, vel simile aliquid paciscatur, ad completum id, quod pepigerunt, ex vendito agere potest.* Iurisconsultus in hac lege varia pactorum adiectorum exempla refert, quae conditiones a venditore definitas perhibent, ita vt sub lege harum praestationum fundum emtori demum traditurus sit. Pactum protimiseos etiam inter illa deprehendi palam omnino est, si verba eiusdem orationis si vendat, non alii, sed sibi distrahat mente recolimus. Concedit insuper HERMOGENIANVS ipsam actionem venditi, qua contrahentes experiri possunt, si praesentiam in pacto adiecto sibi constitutam vindicaturi sunt. Simili vere modo causam definientem PAVLVM inuenimus in L. 21. §. 3. D. de act. emt. Et vend. dum venditorem, qui sibi pacto prospexit, vt fundum illi, non alii, venderet emtor, ex vendito agere contendit, his verbis: *Sed Et si fundum tibi ita vendidero, vt nulli alii eum, quam mihi venderes.* ACTIO EO NOMINE EX VENDITO EST, si alii vendideris. Equidem olim dissensiones inter sectas agebantur, vtrum venditor, si pacti adiecti intuitu acturus esset, actione praefertis

pris verbis, aut ipsa venditi actione uti possit. LABEO & qui ab eius steterunt partibus negabant actioni venditi locum esse. SABINVS eiusque familia contra sentiebat, actionemque ex contractu competere putabat *L. 6. D. de rescind. vend. L. II. §. 6. D. de act. emt.* Ita IAVOLENVS in *L. 79. D. de contr. emt.* ex SABINI praecepto contra LABEONEM & TREBATIVM sententiam dicit in illa specie, ubi pars fundi vendita erat ea lege, ut alteram partem conductam habeat emtor, actionemque venditi quaerenti indulget, cuius auxilio emtorem adigere possit ad legem contractus seruandum. VLPIANVS quidem in *L. 4. pr. D. de leg. comm. testatur*, litem decisam fuisse rescripto D. ANTONINI CARACALLAE & SEPTIMI SEVERI Imperatorum secundum Sabini-anorum sententias, Illustris GODOFR. MASCOW de *Sectis Sabinian. & proculian. cap. IX. §. XI*, PRAESES in *diff. de effectu legis commissoriae parte pretii soluta §. VI*. Verum deinceps ob probabilem utrinque causam utramque actionem & praescriptis verbis & venditi admittit M. AVRELIVS ALEXANDER SEVERVS Imperator in *L. 2. C. de pactis int. emt. & vend.* conf. GERH. NOODTII Viri summi *Libr. de pactis & transact. cap. XI*. Quamobrem illustris quondam Iureconsultus IO. HENRICVS de BERGER aliquid humani passus est, qui in *diff. de iure ex pacto revendendi, si vendatur §. XXIX.* sibi persuasum habet *L. 2. C.* citatam eiusdem esse SEVERI, quem laudat VLPIANVS in *L. 4. pr. D. de leg. com.* Imperator enim ALEXANDER SEVERVS non tantum post SEPTIMIVM SEVERVM & ANTONINVM CARACALLAM imperio functus est, sed etiam semper eidem solus praefuit. ABRAH. WIELING in *Iurisprud. ord. chronol. restituta part. 2. pag. 12. & 161.* Praeterea VLPIANVS ipse nobis auctor est in *L. 50. D. de contr. emt.* utramque actionem locum sibi vindicare, si de praestationibus pacto adiecto susceptis inter con-

contrahentes lis oritur, cui etiam PAVLVS in *L. 6. D. de rescind. vend.* se conformare nullus dubitat. Ea autem est pactorum adiectorum natura, vt contractibus obligationem suam acceptam ferant, PRAES. in cit. diff. §. V. quamobrem si nullo praecedente contractu ius protimiseos ex aliis conventionum generibus adquisituri simus, certe secundum ius Romanum non nisi verbali obligatione hoc fieri poterat, quippe quae generalis erat modus firmandi promissa. Cuius rei egregium exhibet exemplum SCAEVOLA in *L. 122. §. 3. de verb. obl.* casum decifurus, vbi in diuisione hereditatis inter coheredes conuentum erat, quod si vnus alterve suam partem alienaturus esset, non alii, sed coheredi venderet, hac oratione: *Coheredes, cum praedia hereditaria diuiserant, vnum praedium commune reliquerunt, SVB HOC PACTO, vt si quis eorum partem suam alienare voluisset, EAM VEL COHEREDI SVO, vel eius successori venderet centum viginti quinque, quod si aliter fecisset poenam centum iniuicem STIPVLATI SVNT.* Quaero: cum coheres mulier coheredis librorum tutores saepius testato conuenerit, et desiderauit, vt secundum conuentionem aut emant, aut vendant, hique nihil tale fecerint: an si mulier extero vendiderit, poena ab ea centum exigi possit, respondit secundum ea quae proponerentur, obstaturam doli mali exceptionem. Species quam hic refert SCAEVOLA, I) supponit diuisionem hereditatis inter plures coheredes factam, II) vnum praedium hereditarium inter illos adhuc commune fuisse, III) conuentionem inter coheredes initam, vi cuius socii partem suam pro indiuiso alienaturi, non in alium, sed in vnum coheredum transferrent determinato simul pretio, IV) poenam conuentionalem definitam esse, quam subiret in extraneum suam partem translaturus. Verum frustranea fuisset eiusmodi pactio, nullamque hinc inde actionem produxisset, si in

nudis conuentionum terminis celebrata fuisset. Opus itaque erat omnino forma ciuili, qua coheredum placita firmarentur. Nul- lum sane medium illorum intentioni conuenientius videbatur, quam multa solemnī stipulationis ritu promissa in illum casum, quo contra conuentionis fidem ageretur. Quo facto SCAEVOIA ad casum sibi propositum respondendum putabat, mulie- rem coheredem, cum reliquorum coheredum impuberum tu- toribus alienationem faciendam praedixisset, probe recte- que extraneo suam partem fundi communis nunc vendidif- se, exceptionemque doli mali mulieri vendenti in prom- ptu esse, optime perspexit Iurisconsultus, si propter so- lemnis stipulationis rigorem coheredes actione aliqua adhuc experiri vellent. Verum hodie, quamuis non propter au- thoritatem Iuris Canonici, tamen ex moribus vere patriis, quaecunque deliberata iuris protimiseos promissio eiusque ac- ceptatio sufficiens omnino erit ad obligationem iusque quaesitum constituendum.

Pacla protimiseos & de retrouuendo saepissime confunduntur. Sed perperam. Ita Germanis in vernacula sua semper distincta fuere. Prius satis concinne per verbum *der Vorkauf*, & posterius per vocem *Wirk- derkauf* exprimitur, quamuis haec verba passim promiscue ac- cipiantur. AVG. LEYSER *spec. CXCII. medit. V. & 10.* HENR. DE BERGER in *dissert. citata* §. 5. qui pactum de retrouen- dendo causam pacti protimiseos constituere adfirmat. Sed omnino vtri- usque indole perspecta, discrimina eorundem facillimo prorsus nego- tio consequimur. Pactum de retrouendo ita in fauorem venditoris conce- ptum est, vt vel intra certum tempus, vel quando liberit, emptori pretium acceptum iterum offerre possit, venditorque obligatus est vt venditori rem restituat *L. 2. § 7. C. de pact. int. emi. & vend. L. 12. D. de praes. verb.* Pactum vero protimiseos eiusmodi conuentionem quidem etiam concernit in fauorem venditoris initam, sed non nisi

nisi sub conditione, *si emtor deinceps rem emtam venditurus sit.* Prius itaque arbitrio emtoris non relinquit, vtrum vendere velit, posterius autem totam alienationem eius committit voluntati & non nisi ius sub conditione operatur ratione venditoris. Deinde etiam eiusdem differentia a pacto de emendo conspicitur, quippe quod a pacto de reitrouendo in eo diuersum est, vt illud obligationem ratione venditoris innouat, cum hoc non nisi ius reemendi illi tribuat.

§. VII.

DE CONDITIONIBVS PACTI PROTIMISEOS.

Pacti protimiseos natura atque indole explicata iam de eius effectibus, quos sortiri potest, vltius disquirendum est. Ante omnia vero hic notanda venit duplex eius conditio. Si enim venditor de iure protimiseos sibi constituendo sollicitus fuit, vel ita conuenerunt contrahentes, vt, si emtor iterum venditurus sit fundam emrum, *ille statim venditurus sit venditori* vel vt *rem emtam venditori iterum vendere debeat.* Vtriusque enim conditionis longe dispares sunt effectus.

Priori sane in casu

I) *Noua atque euentualis simul venditio iam inita est in pacto adiecto.* Si enim contrahentes ita conuenerunt, vt res emta venditori vendita sit, quando emtor illam venditurus est, pacifcentes iam consenserunt in certam rem tradendam, atque pretium pro ea soluendum. Verum emtio venditio tunc dicitur perfecta, si species tradenda atque pretium soluendum iam determinatum est, *L. 8. D. de per. & com.* consequenter in hoc casu nihil ad perfectionem contractus amplius requiritur. Sed cum eius effectus ab illo euentu *si emtor iterum venditurus est, suspensi sint, non potest non esse euentualis.*

C 3

II)

II) *Venditori, qui eiusmodi pactum protimiseos adici curavit, statim absque nouo contractu actio emti competit, & omnibus aliis emtoribus re nondum tradita praefendus est.* Cum enim in illo casu, vbi emtioni venditioni pactum protimiseos adiectum est eius tenoris, vt res vendita venditori iterum emta sit, si emtor illam alienaturus est, contractus perfectus atque euentualis adfit (n. praec.) qui existente conditione non potest esse non purus. Verum, si contractus iam perfecti, nullaque a conditione amplius suspensi sint, actiones ex contractu oriundas contrahentibus concedendas esse, vulgati iuris est, adeoque in casu, vbi eiusmodi pactum protimiseos emtioni venditioni adiectum est, venditori statim actio emti competit, qui nouum igitur contractum expectare non tenetur. Iam ponamus primum emtorem deinceps alii vendidisse rem sub pacto protimiseos emtam, tunc omnino distinguendum est, vtrum res extraneo vendita iam illi tradita sit, nec ne? Si hoc, vtique venditor, qui sibi pacto protimiseos ita prospexit, posteriori emtori praefendus est. Vtraque enim venditio perfecta est, neque vni alterius res iam tradita sit, ideoque vtriusque iura, in rem emtam in se spectata, prorsus sunt aequalia, atque hic merito obtinet vulgatum illud: *in collisione iurium aequalium, qui prior de tempore, potior de iure.* Non diffitemur, vtrumque actione emti aduersus venditorem experi, sed cum duobus res vendita tradi nequeat, quaestio iam oritur, cui tradenda sit! atque primi venditoris partes fauorabiliores esse credo, illam definiturus. Posterioris emtoris inde actio neuitquam plane inutilis redditur, qui adhuc ad interesse omnino contra suum venditorem agere potest. *L. I. pr. & L. II. §. 9. D. de*

D. de act. emt. & vend. Si autem alteri iam tradita est, utique cessat quidem actio respectu primi venditoris ad rem tradendam, sed propter ius protimiseos semel constitutum, emtor nihilominus quoque ad interesse tenetur.

III) *Venditor, qui fortassis alia ex causa rem iam possidet, quam revenditurus est, mutato titulo possessionis, nunc iure emtionis possidere censendus est.* Traditio enim circuitus vitandi gratia facta habetur, si accipiens iam ex alia causa rem tradendam possidet, *L. 9. §. 5. de acquir. rer. dom.* Iam autem venditor sub ea conditione transtulit in priorem emtorem rem illi venditam, ut in eundem vicissim, *si alienaturus est*, transferreret, ad eoque existente conditione non potest non iure emtionis possidere illum fundum, quem alia ex causa iam possidet.

In posteriori autem casu

IV) haec omnia vix praedicari possunt, & quidem nudum ius tantum praelationis venditori, qui pacto protimiseos istiusmodi tenoris sibi prospexit, ita comperit, ut, etiamsi res alteri vendita nondum tradita sit, nullam actionem ad rem tradendam contra suum emtorem mouere possit. Ibi enim emtio futura in pacto adiecto solum reseruata est, quae absque nouo contractu non perfecta esse potest, consequenter omnes sane effectus perfecti contractus hic exulant, & ideo venditor nonnisi contra emtorem, qui alii non seruata pacti adiecti fide vendidit, ad interesse acturus est.

§. VIII.

DE EFFECTIBVS IVRIS PROTIMISEOS.

Hisce praestructis iam facile diuersos iuris protimiseos effectus delineari possunt, quos succincte iam potioresque enumerabimus.

1) *Ius protimiseos, siue sit conuentionale, siue testamentarium, nunquam rescindit alienationes iam factas.* Si enim ius protimiseos alicui competit, nonnisi ei ius tribuendum est exigendi praefereatiam in alienatione alii facienda (§. 2.) iam ponamus, contractus, quorum auxilio res alienantur, cum aliis iam celebratos perfectosque esse, tunc sane ius protimiseos nullos ad rem sibi comparandam fortiri potest effectus. Quando enim pacto constitutum est, actionem ad interesse quidem in hoc casu operatur, sed minime alienationes iam factas rescindit, (§. praec.) arg. L. 7. C. de rescind. vend. ibi enim Imperatores DIOCLETIANVS & MAXIMINIANVS generali certo modo rescribunt: *ratas manere semper factas iure venditiones, vestra etiam interest, nam si oblato pretio rescindere venditionem facile permittatur &c.* Nec aduersa hic est iuris analogia. Venditor ius protimiseos pacto adiecto sibi constituens, nihil consequitur nisi actionem personalem, qua etiam experiri potest, licet contractus cum alio celebratus subsistat. Rescissionem autem negotii perfecti nullo modo procedere, nisi legis auxilio illam contendere possimus, extra omnem sane dubitationis aleam positum est. Quando autem ius protimiseos alicui vltima voluntate constitutum est, testator heredi iniunxit, vt, si illam rem venditurus sit, illi potius, quem testator denomi-

na.

alienavit, quam alii venderet, tunc sane in hoc casu
 unincetiam illi, cui ius protimiseos huius generis competit,
 non nisi actio personalis aduersus alienantem tribuendum
 erit. Heres enim adeundo hereditatem cum legatariis
 quasi contraxisse censetur, ut ultimo testatoris elogio
 satisfaceret. Equidem gaudent pignore tacito in here-
 ditate, sed ideo actione reali legatario non succur-
 rendum aduersus ipsum emtorem, qui rem singularem,
 in qua illi ius protimiseos constitutum erat, possidet.
 Qua ex ratione alienatio semel iure facta hinc inde
 non rescindenda erit. Potius & in hoc casu illi agen-
 dum erit aduersus venditorem, ut praester, quantum
 eius interest. Ceterum, si specialis hypotheca simul con-
 stituitur pacto adiecto, iure protimiseos vsurus actio-
 ne reali quidem conuenire potest nouum emtorem fun-
 dum iam possidentem; sed etiam palam omnino est, in
 eiusmodi casu solum ius protimiseos nudumque actio-
 nem realem haud fundare, adeoque nulla nobis ex
 hoc capite metuenda erit obiectio.

II) *Ius protimiseos dominorum emphyteuseos eiusdem quidem
 valoris est, ut alienationes emphyteutarum quandoque ir-
 ritae fiant; sed non propter solum ius protimiseos do-
 minis concessum id contingit. Cum enim Iustinianus con-
 sensum dominorum in alienationes emphyteuticorum
 praediorum requirit, (§. 4.) omnes sane alienationes
 inconsultis dominis factae corruunt. Quamobrem tan-
 tum abest, ut propter solum praefereantiam dominis in
 venditione agrorum vectigalium indultam hoc accidat, ut
 potius forma alienationis lege sancita, ab alienante au-
 tem neglecta, contrarios eiusmodi effectus operetur. Si
 itaque casum ponimus, dominum non prorsus suum de-
 ne-*

negare consensum in translationem emphyteuseos, nulla-
que vero ratione simul declarare, vtrum iure protimi-
seos vsurus sit, nec ne, certe alienatio non solum sub-
sistit, sed etiam frustra propter ius protimiseos sibi
concessum deinceps rescissionem contractus vrgeret.

III) *Ius protimiseos non expirat ob venditionem proximo heredi factam, sed illo iterum vendente, ei locus erit; sicuti etiam nullum effectum consequitur, quando proximo heredi res ab emtore venditur.* Et enim si aliquis proximo suo heredi fundum vendit, vtiq; respectu eius, cui ius protimiseos competit, perinde est, vtrum proximus successor illum fundum, an vero ipse alienans possideat, cum illum alioquin post obitum venditoris iure successionis acquisuisset. Hac ex ratione quoque manifestum est, ius protimiseos ideo omnibus haud destitui effectibus, si eiusmodi venditio contingit, cum omnino in casu illo, si emtor deinceps rem emtam iterum venditurus est, illi locus erit.

IV) *Cessat ius protimiseos, si alienatio ex singulari affectione erga emtorem pro minori pretio facta est.* Quandoque fieri solet venditio pro minori pretio ex insigni erga emtorem animi promittudine, ita vt extraneus certe maius pinguiusque pro re tradenda fundere debuisset pretium. Hic igitur vtriusque emtoris non eadem est conditio, quam tamen iuris protimiseos notio exposcit, quod etiam in istiusmodi venditione contingit, vbi emtor tales praestationes personales promittit, quas alius, qui iure protimiseos gaudet, neutiquam suscipere valet. AVG. LEYSER *Spec. CXCII. med. dit. 3.* vbi ICtos Helmstadiensis ita pronunciantes in me-

medium profert. Ius enim hocce protimiseos, praefertim si pacto constitutum est, semper efflagitare videtur, vt easdem conditiones oblatas velit praerogativa hac functurus, quas & alius emtor subire nullus dubitat.

§. IX.

IVRIS RETRACTVS NOTIO ET DIVISIONES
EVOLVVNTVR.

Delibata iuris protimiseos indole, quantum eiusdem ad nos in praesenti dissertatione pertinere videbatur, tandem deveniendum est, ad statuenda iuris retractus fundamenta. Prisca olim patriae nostrae ea erat conditio, vt omne sane punctum ferrer distinctio inter bona mobilia & immobilia. Illa fere omnia libero in commercio erant, nec adeo eorum habebatur ratio, vt splendorem familiarum iis promoueri atque conseruari crediderint Germanici populi. Haec autem longe pretiosius maiorum nostrorum patrimonium constituebant, quam vt eorum alienationem possessio-ribus tam facile permetterent. Enim vero si qua vnquam, sane hic dissimulari nequit, diuersissima inter Romanos & Germanos obseruata fuisse iura. Romani nullum discrimen bonorum mobilium & immobilium intuitu nempe ciuium facultatis disponendi, quam dedere, agnouerunt. Germanicae originis gentes populique omnes contra ea posuere diuitias in huius generis bonorum amplitudine. Hinc constans semper seruata consuetudo, vt bona, quae semel in familia quadam acquisita sunt, semper in eadem maneant integra; vnde sua sponte sane colligitur, eiusmodi bona toti familiae gentique sacra, ab auo in nepotes deuoluta esse, eaque nomine bonorum aitorum vulgo *Stammgüter* ve-

venire, nec posteris, in possessionibus iure hereditario in illos transmissis, disponendi facultatem in detrimentum familiae competiisse. Difficillimo igitur prorsus negotio alienabantur & non nisi omnibus consentientibus, quorum interest, in extraneos transferri poterant. Illustris IO. STEPH. PÜTTERVS, eximium Georgiae Augustae ornamentum, in *elem. iur. Germ. priv. §. 713. seqq.*, in *elem. iur. publ. Germ. libr. 3. cap. 2. §. 338. §. 39.* ac in *diff. de iure feminarum adspirandi ad fideicommissa familiae cap. 1. §. 4. 5. §. 6.* Illustris C. W. M. DE BODEN in *opusc. de successione gentilitia cap. 1. §. 3.* atque PRAESES in *diff. sua inaug. de efficacia pacti familiae illustri agnato remotiori ius succedendi tribuentes §. 16.* Proinde non est, quod miremur, cur istiusmodi bonorum alienatio tam arctis limitibus fuerit circumscripta, cuius rei etiam multae variaeque obuerfantur rationes, quarum grauitate permoti, non promiscue omnes ad eorum acquisitionem admitterent veteres Germani, veluti, quod olim praedium vendendum cum aliis connexum fuerit, quae alius iam possidet, quod eiusdem prouinciae incolis praerogatiuam concefferint prae extraneis perigrinisque &c. His positus, non difficile erit origines retractus perscrutari, qui primis temporibus non nisi in bonis immobilibus, quae alienationi quidem, sed non absque difficultatibus obnoxia erant, suum inuenit locum. Verum cum introductis peregrinis iuribus liberior disponendi alienandique potestas simul in Germania inualuisset, eueniebat, vt fere vniuersa bonorum auitorum indoles euilesceret, & libertas ea alienandi, soli iuri Romano propria, in plerisque prouinciis contra iura patria introduceretur, ita tamen, vt quaedam iuris pristini vestigia relinquerentur, quae in hoc iure retractus satis superque obueniunt. Si igitur retractus naturam paulo curatius euoluimus, ad intelligendum sane non difficile erit, hoc

hocce ius non tantum vbique inuoluere facultatem venditionem impediendi alii extraneoque faciendam, verum etiam, quod praecipuum est, in locum primi emptoris oblatas ab illo conditiones suscipiendi, contractumque priorem iam perfectum plane rescindendi. Iuris itaque retractus definitionem conditurus, eius natura explicata redditur, si contendam illud in *iure praeserentiam exigendi prae aliis contrahentibus contractu iam perfecto consummatoque, oblatis ceteroquin iisdem conditionibus, quas alius iam praestitit* consistere. Iam vero pro diuerso fundamento, vi cuius ius retractus alicui in determinato casu competit, eruendae sunt eiusdem diuisiones, quas autem singulas omnesque innumere fere diuersas, eius discrimina tantum enolaturus, iam indicare dissertationes cancelli haud admittunt. Vel enim per cognitionis vincula cum alienante coniunctio, vel vicinitas praediorum, vel communio condominiumque alteri competens, vel quod eiusdem prouinciae, loci, ciuitatisque quis incola sit, retractus causas constituunt. Primo in casu *retractus gentilitius seu consanguinitatis* die Erbslösung, secundo, *retractus vicinitatis*, seu *ius congrui*, das Gespilde, Gespilde-Recht, item das Nachbar-Recht, tertio *retractus partialis* die Theil-Lösung, quarto *retractus territorialis* seu *municipalis* die Markt-Lösung &c. nominari solet, quibus adhuc addendus est *retractus censualis* die Zins-Lösung competens eorum alteri, qui communem censum ex praediis, quae possident, alicui soluunt, si vnum alterumue praediorum a suo possessore alienetur. Vide sis IO. EISENHART in *diff. de retractu territoriali cap. I. §. 4. seqq.* Illustr. PÜTTER. *elem. Iuris germ. priv. §. 562.*

§. X.

RETRACTVS GENTILITIVS EXAMINATVR.

Ius retractus gentilitii personis sanguinis nexu cum alienante coniunctis tribuendum, (§. praec.) Curatius igitur eius indoles merito inuestiganda est. Ante omnia vero originem huius iuris indicaturi, ad bonorum qualitatem, quae eius sunt obiectum, atque ad vicissitudines reipublicae, in qua diuturna obseruantia illud firmavit, reflectendum erit. Olim bona immobilia fuisse auita gentiliriaque iam §. praec. obseruauimus, quam denique hypothesin ex omnibus historiae veteris patriae nostrae monumentis libenter vterius probaturi sumus, nisi in tanta luce, qua haec veritas aevo hodierno gaudet, omnem eius disquisitionem superfluam iure meritoque censendam esse ipsi crederemus. Horum bonorum ea erat conditio, vt nonnisi in casu extremæ atque vrgentis necessitatis, consentientibusque omnibus familiae membris, quibus iam ex prouidentia maiorum ius quaesitum est, alienationes illorum obuenire possint. Germani splendoris familiarum quam maxime studiosi, aequum omnino putabant, vt membra familiarum ad emtionem eiusmodi bonorum aliis praeferantur, quo illa & in hoc casu in familia seruantur. Vid. B. IVST. HENN. BOEHMERI *diss. de fundamento duplicis retractus cap. I. §. 18.* Verum introducto iure Romano, simul vniciue libera de bonis, nullo amplius seruato discrimine, disponendi facultas data credebatur, ita vt bona hereditaria cum adquisitis similem fere acceperint sortem; quamuis in nonnullis locis ius vel antiquum retentum, vel de nouo constitutum esse, varia diuersorum locorum statuta doceant. Equidem ius retractus ex iure antiquo propagatum est vsque ad nostra tempora, sed fere permutata sua indole. Iure enim

ve.

veteri germanico retractus locum habebat tantum in alienationibus in casu necessitatis factis, cum extra eundem omnes bonorum auctorum distractiones ipso iure corruerent. Ast postquam secundum iuris Romani principia quoque extra omnem necessitatem permitterentur, IDEM *l. c.* §. 21. heredibus cognatisque fere vnicum prisca iuris seruatum fuit monumentum, vt nimirum ad ius retractus in tali casu refugia quaerere possint, si proprietatis praedii vendendi adquisitionem rebus suis conuenientem existiment. His suppositis ea, quae retractui gentilitio propria sunt, nunc absque omni negotio colligere possumus:

1) *Retractum hunc iam antiquitus in Germania cognitum fuisse.* Antiqua enim bonorum immobilium conditio exposcebat, vt bona in familia seruarentur, quoad fieri posset. Si igitur urgente necessitate alienatio eorundem facienda esset, omnino membris familiarum & praecipue agnatis tribuenda erat praesentia in emptione horum bonorum prae extraneis. Neque adeo firma sunt, quae AVG. LEYSERVS *spec. CXCVIII. med. I.* in medium profert, sibi aliisque persuasurus, hunc retractum recentiori aevo in Germania inualuisse, vt nos in contrariam viam deflectere possit. Eam nimirum fouet sententiam Vir summus, FRIDERICVM II. Imperatorem in constitutione quadam, quae in *lib. V. Feud. tit. 23.* extat, primum hunc retractum introduxisse in Germania, atque ex hac hypothese contra SCHILTERVM disputat, qui in *exercit. ad Pand. 30. §. 138.* satis concinne docet, retractum gentilitium moribus gentium Teutonicarum semper obtinuisse, simulque autem credit, hocce patrium ius a FRIDERICO II. saltem contra iuris Iustinianei Doctores confirmari.

firmatarum atque retentum fuisse. Sed quamvis SCHIL-
 TERI doctrina patriis moribus longe adcommodatior sit,
 tamen Imperatoriae huic constitutioni plus auctoritatis
 tribuit, quam par est. Italis enim, non Germa-
 nis, suam proposuit sanctionem Augustus BOEHMER l.
 c. §. 8. Neque Iurisconsulti principiis iuris Romani
 imbuti, quamvis summa peregrinarum legum admira-
 tione raperentur, eo usque progressi sunt, ut totum
 ius retractus ex patria nostra penitus eliminarent atque
 euertrent; ut potius idem ex hac doctrina novas
 accessiones fecisse censendum sit, cum bona hereditaria
 nunc multo facilius alienarentur, quam olim fieri po-
 tuit. Proinde non audiendus est LEYSERVS, qui *spec.*
CXCVI. med. 3. quidem fatetur, hanc legem Italicis
 gentibus originereus latam fuisse, sed illam cum con-
 suetudinibus feudalibus Longobardorum simul receptam
 esse. Quid enim inconuenientius esse potest, quam
 fundamenta iuris cuiusdam ex legum peregrinarum re-
 ceptione petere, cuius propriam rationem ab omni ae-
 uo habuit Germania?

II) *Retractum gentilitium non tantum in bonis heredi-
 tariis, verum etiam in nouiter adquisitis locum habe-
 re.* Quamuis enim olim bona hereditaria, maxime si
 auita essent, sine consensu agnatorum cognatorumque
 haud rite alienarentur, atque in hoc casu iis ius re-
 tractus concessum fuerit; vitiosa tamen mihi videtur,
 quam vulgo inde ducunt, consequentia, *bona noui-
 ter adquisita retractui non fuisse obnoxia.* Omnino
 enim non diffitemur, primum acquirentem consensu qui-
 dem suorum consanguineorum in istius generis bono-
 rum alienatione superfedere potuisse, sed ratio vtique
 ad-

adhuc retractus ponenda erat, ut nimirum bona semel non ab vno alteroue familiae membro adquisita in familia salua manerent; quod iuris Germanici principium itaque exigere videbatur, ut proximis semper consanguineis ius retrahendi ista bona integrum seruarietur. Neque primo adquirenti ideo infertur iniuria. Salua manet libera eiusdem disponendi facultas. de bonis proprio iure adquisitis, & vnus eius cognatorum tantum surrogatur in locum primi emtoris, vide SCHILTERVM excellentem iuris patrii interpretem *l. c.* cui se frustra opponunt LYNCKERVS & LEYSERVS, Allen in *resolut.* 218. hic in *spec. CXIII. med. 3.* Accedit, quod licentia fere indiscreta alienandi ex legibus Romanis introducta, discrimen bonorum hereditariorum & adquirentium propemodum exoleuerit, atque retractus nunc eodem iure locum sibi vindicauerit in bonis nouiter adquisitis, quam in iis, quae hereditario iure ad alienantem delata sunt. Optime quidem scimus, diuersorum locorum prouinciarumque leges particulares retractum gentilitium ad bona hereditaria tantum restringere. Sed ideo causam non deserimus, quia in iis locis vbi quidem ius retractus consanguinitatis obtinere certum, definitum autem non est, vtrum etiam ad nouiter adquisita extendendus sit, nec ne, ibi semper prius statuendum esse existimo. Caueas vero haec ad bona gentilitia illustrium familiarum adplices. Horum enim alienatio propter indolem prorsus singularem innumeris fere difficultatibus subiecta est, quae vero ad nostram commentariunculam haud pertinere videntur.

III) Ius retractus tantum in emtione venditione similique contractu obtinere, neutiquam vero in contractibus aliis.

E

Olim

Olim enim alienatio tantum bonorum hereditariorum in casu necessitatis permilla erat, quae probata non in aliis alienationibus, excepto pignore, aequae deprehenditur. Sic in pignoribus etiam ius quoddam retractus locum habere testis est ius provinciale Hadelense tit. 6. in app. ad Illustris F. E. PVEENDORFFII *Obs. Jur. uniu. pag. 16.* ubi: Welcher seine Güter will verpfänden und versehen, soll dieselben drey Sonntage nach einander für den Kirchspiel ausbieten Freunden und Fürnossen. Findet sich kein Freund oder Fürnosse dazu, so steht alsdenn dem Verpfänder frey mit einem fremden Einländischen zu handeln. Wenn aber keine Ausbietung der Güter, so man verpfänden will, wie obstehet, geschehen, können und mügen die nehesten Freunde und Beylieger, wenn es ihnen geliebet, wieder zu den fürsatzten Gütern gelangen und kommen. Nec igitur introducta libera alienandi potestate omnibus alienationum speciebus adplicari potest, sed illud in translationibus, quae sunt interueniente precio, substituisse cordatiores sane omnes fatentur, in quibus & olim tantum vitatum fuit.

IV) Proximioris retractui renuntiante, sequentem in ordine ne admitti. Ius retractus enim ex capite consanguinitatis alienantis cognatis agnatisque conceditur, quamvis obrem omnes qui vinculo sanguinis iuncti sunt, ad illud admittendi. Verum cum fieri nequeat, ut omnes eo simul utantur, hoc iuxta proximitatis gradum optime expediri posse res ipsa deposcit ZACH. HUBERVS in *quaest. forens. quaest. 13. cap. 1. pag. 264.* Potnamus autem proximioris retractui renuntiare, tunc sequentem in ordine admittendum esse extra dubitationem

positum est. Qua ex ratione porro manifestum est, liberos quoque viuentis patris bona sine eorum consensu alienata retrahere posse, quia prae ceteris consanguineis ius illis quaesitum est. L. B. DE WERNHER *observ. forens. Tom. II. part. 6. & part. 10. observ. 258.*

DE RELIQUIS RETRACTIVIS GENERATIVIS.

Breuitus primaria retractus specie, gentilitium puto, delineata, reliquas omnes ut nunc examinemus & scriptio- nis finis & chartae angustia, impedimento sunt. Qua ex causa tantum generativis quaedam de iis proferam quae ad nos pertinere videntur. *Qui una alteraque retractus specie usus est, eius probationem quoque suscipere debet, quoties alter eius observantiam ex idoneis rationibus in dubium vocare potest.* Quamvis enim omnes retractus, quotquot sunt, species ex rationibus vere patriis descendant, ideoque iuri domestico natales suos debeant, lege tamen aut consuetudine uniuersali non sustinentur, nec semper ubique locorum idem retractus obuenit, quantumvis gentilitius ceteris longe frequentior sit; adeoque tantum abest ut iuris communis regulam constituent, ut potius eorum obseruantia passim obuia, aut statutis legibusque provincialibus, aut consuetudine seruata sit. Qui autem ad existentiam iuris cuiusdam particularis prouocat, eius quoque ut probatione defungatur, quoties ab aliis ex idoneis rationibus in dubium vocatur, manifesta artis nostrae principia deponunt. Accedit, quod vix suadendum sit nimia facilitate cumulare retractuum multitudinem, quae dominia aliquamdiu saltem incerta reddit, & commercium longe difficilior; ita profecto statuendum, nusquam retractui locum concedendum

dum esse, nisi speciale adferatur eius iuris fundamentum, idque hac ratione doceatur. Ex comparatione diuersorum retractus generum facile quoque in determinato casu definiendum erit, quodnam in concursu cum aliis retractibus praefereendum sit, & eo lubentius vltiori disquisitione superferre placet, quo magis contentionis ferram inter dissentientes DD. reciprocari video, cum partim manifestam iuris retractus cum iure protimiseos mixturam faciant, partim omnia & quaeuis Germanica instituta ex iure Romano, diuersis instructo principiis, illustranda esse censeant, partim inter ipsas retractus species vsu loquendi minus constanti vtantur.

§. XII.

DISCRIMINA INTER IVS RETRACTVS ET PROTIMISEOS.

Euolutis nunc retractus & iuris protimiseos notionibus, & vtriusque indole effectibusque pro nostri institutione sufficienter explicatis; properandum denique erit ad discrimina horum iurium definienda, quae optime ex comparatione notionum, quibus constant, diuersorumque effectuum delineari posse, compertum habeo. In eo certe conueniunt, 1) quod vtrumque ius constituat facultatem exigendi praeferentiam prae aliis contrahentibus, (§. 2. & 10.) 2) quod vtrumque contractus cum aliis celebrandos impediatur, (§§. cit) quamuis enim retractus vtiq; inuoluit ius bona alienata etiam iam consummato contractu reuocandi, tamen eo ipso impedimento est, vt domini possessoresue praediorum cum omnibus promiscue contractus cum effectu inire possint; quod etiam 3) dominorum facultas res suas pro lubitu in alios transferendi, ex vtroque re-

stri

strictiones accipiat (§§. cit.) Differentiae autem nunc sequentem in modum indicari possunt

I) *Ius omne protimiseos tantum locum habet in alienatione facienda; Ius autem retractus etiam, ubi alienatio iam facta est.* Ius enim protimiseos nunquam alienationem iam factam rescindit (§. 8.) Si igitur eo cum effectu quis usus est, ut res scilicet sibi potius quam alius tradatur, extra omnem sane dubitationem positum est, ut, antequam contractus cum alio celebrandus sit perfectus atque consummatus, eodem vatur. Omnes quidem effectus iuris protimiseos competentis per rei traditionem non prorsus expirant, cum nihilominus actione ad praestandam id, quod interest, aduersus alienantem experiendum sit, (§. 7. & 8.) sed principalis eius finis tum amplius obtineri nequit. Verum iuris retractus longe alia est conditio. Eius auxilio non omnia solum consequi possumus, quae iuris protimiseos constituunt effectus, sed vires suas ad eo extendit, ut alienationes quoque irritas faciat, hinc extra dubitationem est, hic magnum & quidem palmarium deprehendi discrimen inter retractus & ius protimiseos. Non satis igitur mirari possum, quo iure Doctores in tanta rerum euidencia haec duo diuersissima instituta sibi inuicem substituere tam saepe annisi sint, prouti B. FRANC. CAROL. CONRADI, aeternum Iuliae Carolinae decus, iam conquestus est in *diff. de iure retractus in bonis meierdingicis §. 5. not. a.* Proinde iam omnino liquet, cur tam singulares atque icuinae ex hac mixtura euaserint conclusiones, quae tot sententiarum diuortia inter DD. excitauit, & quae magno numero inuenimus apud REINKINGIVM atque

TIRAQUELLVM aliosque in tractatibus quos dedere de retractu.

II) *Ius retractus non potest diuidi in legitimum, conuentionale & testamentarium, sed semper legitimum est.*

Si enim ad origines diuersarum retractuum specierum reflectimus, omnino, illum consuetudinibus patriis legibusque postea scriptis natales suos debere, censendum est, (§. 10.) quamobrem tantum certe abest, vt pacto testamentoque constitui possit. Testamenta ante receptionem iuris Romani prorsus ignorabant Germani & licet per leges peregrinas introducta sit testamentifatio, tamen testatores minime efficere possunt, vt res alienatae a retracturo reuocari possint (§. 8.) consequenter retractus testamentarius, si terminus compositus ex simplicibus iam explicandus sit, non potest non esse contradictio in adiecto. Eodem modo statuendum esse conuicio intuitu pseudo retractus conuentionalis. Pacta enim non nisi obligationem personalem iusque ad rem inter ipsos contrahentes constituunt, neutiquam autem actionem fundant ab ipso tertio rei possessore rem vindicandi, contractumque celebratum rescindendi; retractui vero actio in rem scripta respondet. Sunt enim eiusmodi actiones ita comparatae, vt effectibus actionum realium gaudeant, atque contra quemuis rei possessorem moueantur, quantumuis ex iure reali originem non ducant. Dissentit quidem consummatissimus Iureconsultus. B. IVST. HENN. BOEHMER in *tract. de action. sect. 2. cap. 8. §. 92.* & minus recte actionem, qua ius retractus prosequimur, in rem scriptam dici contendit, effectus autem eiusdem neutiquam in dubium vocat, atque tantum possessorem fundi alienati immediate ex lege obligatum perhibet, vt restituat retrahenti pro obla-
to

to pretio. Sed omnino concedimus Viro summo, ratione fundamenti esse actionem personalem, cum ratione obiecti in rem scriptam esse minime negandum sit.

III) *Ius protimiseos conuentionale & testamentarium cedi possunt in alium, ius autem retractus nunquam.* Iura enim quae ex pacto aut vltima descendunt voluntate, ita sunt comparata, vt ad personas paciscentium atque legatariorum in regula non restricta sint, quo minus easdem egredi possint. Quamobrem quoque ius protimiseos ex pacto testamentoque quaesitum aliis omnino cedi potest, nisi diserte ad personam quandam ex paciscentium aut testatorum dispositione adstringantur. Ius autem retractus quodcumque demum erit, certum fundamentum certamque qualitatem supponit, cuius intuitu illud concessum est; adeoque in extraneum idem illud transferri non posse extra omnem dubitationis aleam est. Quandoque etiam controuersia inter Iurisconsultos agitata fuit, vtrum ius protimiseos legitimum dominis emphyteuseos indultum extraneis possit cedi; sed distinguendum puto, an dominus nimirum hocce ius simul cum dominio agri vestigialis directo in alium translaturus sit, aut absque illo, priori in casu omnino adfirmandum, posteriori autem negandum est. Intuitu enim dominii a IUSTINIANO concessum est, adeoque sine illo non competere potest. Caeterum confer omnino L. B. DE WERNHER de cessione iuris protimiseos retractusque solide differentem in *obf. for. tom. II. part. IX. obf. 164.*

Plura quidem in medium proferri posse, curatiusque de quaestionibus non parui momenti differendum esse, certe nos non diffitemur. Sed cum nostrum non erat, limites thematis propositi, discrimina tantum horum iurium euoluentis, temere transgredi, vberiori disquisitione iam superfedemus, contenti, quod principia suppeditauerimus, quorum auxilio & cetera specialia faciliori negotio deducenda, iusque protimiseos a iure retractus prorsus discernendum erit. Sic officio nostro iam defuncti, ea, quae disputauimus, beneuolo lectoris examini submittimus, & dissertationi imponimus

F I N E M,

NOBILISSIMO ORNATISSIMOQUE
RESPONDENTI

PRAESES.

Quod alii ut plurimum serio adpetunt, alii prorsus declinant, & nescio qua de caussa admodum eitant, ad id ORNATISSIME HEERMANNE citato cursu properas, idque studiorum TVORVM fiducia ambis, ne quidem exantlato academico labore, dum specimine singularis doctrinae prodis, illudque consueti publico exponendo, cathedram conscendis causam TVAM fortiter defensusus. Magnopere igitur probo TVOS conatus, TEQUE non lento gradu aut cunctanter ad veram doctrinae laudem progredi, flagrantique studio stadia academica relinquere vehementer valdeque laetor. Est enim haec ratio studiorum optima, speique plena, quae nos dulcedine sua allicit, mentemque avidam & desiderio quotidie ulterius proficiendi aestuantem inuitat, ut optimarum scientiarum ornamentis animum perpoliamus. Hanc ineundorum studiorum academicorum rationem TE omnino habuisse, testem fere quotidianum meo lubentius sisto, quo statim ab initio cursus litterarii me elegeris ducem, atque in vneis potissimum scholis iuris naturalis pariter ac ciuilitis tyrocinia posueris. Non possum itaque non TIBI haec egregia assiduitatis solertiaeque monumenta gratulari, maximoque mihi honori duco, quod meo sub moderamine meque comite eruditionis laudes atque praemia sis capeffurus. Cedant TIBI etiam imposterum omnia ex votis, quo cursum, quem bene & auspiciato ingressus es, perficias, prosequaris, & absoluas. Ita valo, meque amare nunquam desiste. Scrib. Halae Saxonum d. XIII.

Iulii MDCCLVIII.



ULB Halle

3

002 187 531



sb







DFG

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt

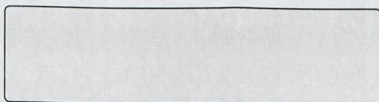
Digitalisierung von Drucken des 18. Jahrhunderts

PPN 33461936X


**De Jvre Protimiseos Eivsqve A Jvre Retractivs
Discrimine**

Madihn, Georgius Samuel (Halae Magdeburgicae 1758)

Halle, Diss., 1758 (12)



33461936X

Visual  Library

