

experitur contra dominum, ut aut damnum resarciat, aut servum noxæ dedit *pr. Inst. d. 1.* Est vero hæc actio non principalis, sed qualitas adjectitia actionis ex delicto oriundæ, inde datur actio furti noxalis, L. Aquil. noxalis, injuriarum noxalis. Actio autem noxalis *in rem scripta* est, h. e. ex facto quidem nascitur, sed contra possessorem servi extenditur, ad instar actionum realium vid. L. 11. 12. & 21. *pr. de noxal. act.*

*Actio de
pauperie.*

§. LX. Si a bestiis nostris damnum datum, pariter nascitur actio aliqua noxalis, sive in factum *de pauperie*, ut aut quilibet bestię possessor, est enim in rem scripta actio L. 1. §. 12. ff. *si quadrup.* damnum resarciat, aut bestiam noxæ dedit. Et hæc actio vel *directa* est, si quadrupes mansueta; vel *utilis*, si bipes L. 4. ff. *si quadrup.* vel si fera bestia cicurata damnum dederit, quamdiu est in nostra potestate. Quamvis si hæc negligenter habita, etiam ex L. Aquilia agi possit, *arg. L. 1. §. 4. in fin. ff. d. t.* Quod si vero in loco, ubi vulgo iter fit, quis noxiam habuerit bestiam, ex *Ædilitio Edict.*

*Actio de
pastu.*

§. 1. *Inst. eod. L. 40. seqq. ff. de Ædil. edict.* Si animal secundum naturam damnum dederit, v. g. frumentum depaverit, non de pauperie, sed speciali *actione de pastu* agendum erit. Conf. l. 14. §. f. ff. *de P. V. L. f. C. ad L. Aquil.* de qua actione ex professo egit Joh. Thomæ *Tr. de noxia animal. cap. 14. & seqq.* Quamvis si culpa alicujus pecudes in agrum immissæ, contra immittentem actione L. Aquiliæ agi posset. vid. *Struv. ad t. si quadrup. th. 3. Thomæ d. l. cap. 16. n. 62.* ubi plura, quæ hic desiderari possent, deprehendes.

SECTIO II.

DE

ACTIONIBUS REALIBUS.

MEMBRUM I.

De Dominio & Actionibus inde

Oriundis.

§. I.

§. I.

EXpositum hucusque fuit per varia Membra, quatenus actio- *Actiones*
 nes ex facto nascantur, & inde persona, mediante facto *reales*
 suo, nobis adstringatur ad aliquid dandum vel faciendum. *dantur*
 Restat jam ut inquireamus fontes, ex quibus derivari possit actio, *contra il-*
 si res repetenda, & factum nullum intercesserit. Equidem in *lum, qui*
 personam actionem hic cessare, ex superioribus sua sponte fluit: *obligatus*
 de re tamen ipsa, ex justa quadam causa, cum ejus possessore di- *non est.*
 sceptandum est, quæ disceptatio sine dubio foret injustissima, si
 jure agendi destitueretur actor; Et huc pertinet Imperatoris as-
 sertum in §. 1. *Inst. de action.* quando dicit, *Aut cum eo agit, qui nullo*
jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam,
quo casu proditæ actiones in rem sunt. Ubi non pauci Commen-
 tatorum verba nullo jure emendanda esse contendunt, substi-
 tuentes *neutro jure* scil. contractus vel delicti, sicut & Theo-
 philus in sua Paraphrasi simpliciter id exprimit, *qui nobis obli-*
gatus non est. Sed salva res est; persona enim possessoris hic nul-
 lo jure nobis obligata, dum nihil negotii cum illa gestum; resta-
 men, de qua controvertitur, apud ipsum est, eamque ob causam
 vel rem dimittere, vel cum actore super jure petendi litem susci-
 pere necessum habet.

§. II. Jus ergo petendi rem ab alio possessam, hic præcipue *Possessio*
 in controversiam venit; Possessio enim alterius non actionis rea- *alterius*
 lis causa est, sed occasio tantum, ob quam cum hoc reo litigan- *non est*
 dum. Quamobrem quoque regulariter non attenditur, qualis *causa a-*
 sit ille possessor, qui rem meam detinet, sed evicto jure meo, sal- *ctionis in*
 vo scil. adhuc & integro, h. e. per usucapionem seu præscriptio- *rem.*
 nem non eliso, possessio adversarii sua sponte corrui.

§. III. Jus ergo circa ipsam rem petitam nobis competat, *Jus in re*
 necessum est, si actione in rem experiri velimus. In eo autem *unde na-*
 inquirendo, actori attendendum, annon res ipsa jure domini *scatur.*
 ad eum pertineat: Aut si non, an in ejus possessione hucusque
 fuerit; an vero hereditario jure ad ipsum devoluta: Aut an res
 ipsi pignoris jure obligata sit: Aut denique, an jus aliquod illa

re utendi, aut in eadem quid faciendi impetraverit. His enim modis rem ipsam affici, apud plerosque in confesso est. Quorum *De numero specierum juris in re.* sum vulgatus ille jurium in re numerus pertinet, scil. Dominii, Possessionis, Juris hereditarii, Pignoris & Servitutis. Ubi operæ pretium esse non censeo, ad vulgatam illam descendere controversiam, an tot formandæ juris in re species, an ad minorem numerum illæ redigendæ; an tandem solum dominium pro jure in re venditandum. Parum enim in effectu refert, cui sententiæ subscripseris, an numero quinario quicquam detraxeris, an addendo jus dotis, emphyteuseos, feudi & superficiei species illas multiplicaveris, modo nobis, qui de inquirendis actionibus tantum solliciti sumus, certo constet, ex hoc vel illo jure actionem efficacem produci. Insistemus itaque numero quinario a plerisque recepto, cum species ab aliis additæ, ad Dominium omnino pertineant, & actiones inde oriundas, pro instituti nostri ratione, paucis indagabimus.

Ex dominio nascitur Rei vindicatio.

§. IV. Qualis autem ex dominio nascatur actio, in obscuro non est; Proprietas enim, quæ præcipua dominii pars est, facultatem vindicandi rem ab alio mihi tribuit, adeo, ut rem meam ab omnibus, qui eam tenent, & habent restituendi facultatem, petere possim; & si probavi, rem meam esse, possessor necessum habebit restituere *L. officium 9. pr. & §. fin. ff. de rei vindic.* nec interest, an jure Gent. an jure Civili dominium acquisiverim, *L. 23. pr. ff. de R. V.* Sed cum illa rei vindicatio in vindicante præsupponat dominium, & quidem tale, quod probari possit, in eo præcipua actoris prudentia consistet, ut vindicaturus rem aliquam, in antecessum inquireat, an legitime acquisiverit dominium, & an acquisitum probare possit: An enim reus possideat, quod alterum vindicationis requisitum est, *L. 36. ff. de R. V.* inquisitu difficile non est, ac præparatorio remedio, scil. actione ad exhibendum, facile explorari potest, de quo jam supra dictum *Seç. I. Memb. 2. §. 39.* & infra adhuc dicetur §. IX.

Dominium quo-

§. V. Ut autem constet, an res actoris sit, modos acquirendi dominii percurrat, necessum est, quos vel originarios, vel deri-

derivatos
§. 1. Orig.
Imp. in
& ad Regali
um acquirit
competit.
conferat ac
ferendum
EMPTI re
res ipsi in
tinet, cur
rat. act.
§. 1. ff. de
arg. L. 1.
GENDO
tulo illi ob
act. quoritur
ff. pro deves
collata, arg
titulus ad d
in §. 1. Inst. de
C. de Fur. do
ff. de pub
IUSJURAN
demit, qui
L. §. 7. d. 1.
VI
admitti instr
cum sit. pr
sublequent
tur, L. 1. in
precedente
que E. hoc
meditam est

derivativos esse, accurate exposuit Grotius *de J. B. & P. lib. 2. cap. 3. modo in-*
 §. 1. Originarii quidem, quos in Tit. de Rerum divis. exhibet *quiren-*
 Imp. in foro rari sunt, si non moribus nostris penitus sublatis, *dum.*
 & ad Regalia Principum relati. Si tamen alicui locorum civi- *Modi ori-*
 um acquisitioni quicquam relictum, jus vindicandi salvum ipsis *ginarii.*
 competit. Ad derivativos E. acquirendi dominii modos, si se *Deriva-*
 conferat actor, titulos primum percurrat, ad dominium trans- *tivi.*
 ferendum, a Jure nostro destinatos. Attendat E. an titulo *Tituli*
 EMPTI rem acceperit, quorum pertinet *Tit. ff. pro emptore;* an *transla-*
 res ipsi in SOLUTUM DATA, quod ad emtionem pariter per- *tivi.*
 tinet, cum datio in solutum ejus species sit per *L. 24. ff. de pigno-*
rat. act. Idem obtinet, si LITIS ÆSTIMATIO præstita *L. 7.*
 §. 1. *ff. de Public. in rem act.* vel PERMUTANDO rem suam fecerit,
arg. L. 1. §. 3. ff. de rer. permut. L. 176. pr. ff. de R. J. aut TRANSI-
 GENDO obtinuerit, *L. pen. C. pro emptore,* aut DONATIONIS ti-
 tulo illi obvenerit, *tot. tit. ff. pro donat. L. 7. §. 3. ff. de publ. in rem*
act. quorsum & titulum DERELICTI referendum puto; *tot. tit.*
ff. pro derelicto; adest enim hic donatio, in incertam personam
 collata, *arg. §. hoc amplius 46. Inst. de Rer. divis.* imo & LEGATI
 titulus ad donationem pertinet, uti ex ejus descriptione apparet
in §. 1. Inst. de legat. Sed & si titulo DOTIS rem nactus sit *L. 30.*
C. de Jur. dot. Porro si res ex causa JUDICATI sit tradita *L. 3. in*
fn. ff. de publ. in rem act. vel si res NOXÆ data *L. 5. ff. d. t.* Tandem &
 JUSJURANDUM huc pertinet, quod adversarius super dominio
 detulit, qui titulus tamen non nisi contra deferentem prodest
L. 7. §. 7. d. t.

§. VI. Non autem acquiescat actor, si uno extitulis jam *Titulus*
 adductis instructus sit, nisi traditionem illum titulum reapse se- *sine tra-*
 cutam esse, probare valeat. Non enim per contractum, sed per *ditione*
 subsequentem demum traditionem dominia rerum transferun- *non suffi-*
 tur, *L. traditionibus 20. C. de pact.* Sicut pariter traditio sine *cit.*
 precedente justo titulo non sufficit *L. 31. pr. ff. de A. R. D.* Utrum-
 que E. hoc in ipso libello conjungendum, sibi rem venditam &
 traditam esse, quo postea lite negative contestata, in articulos
 pro-

probatoriales utrumque deferri possit, ne alioqui sola emtione probata, in iudicio vindicationis succumbat.

*Casus, ubi
sue tra-
ditione
domini-
um tran-
sit.*

§. VII. Quod si traditio vel non facta, vel probari nequeat, inquirendum auctori, annon illo gaudeat titulo, cui lex in tantum assistit, ut etiam sine traditione vel apprehensione dominium transferatur. Sic (1) transit dominium rerum defuncti in heredem sine traditione aut possessionis occupatione, *L. 50. §. 1. ff. de R. V. Knipsch. de Fideicommiss. Fam. Nobil. cap. 10. n. 22.* Ubi idem hoc ad fideicommissa extendit, *L. 37. pr. ff. ad Sc. Trebell. Menoch. Rem. 4. adipisc. poss. n. 202. & seqq.* (2) Dominium rei legatæ ipso jure transit in legatarium *L. 80. ff. de legat. 2. L. 74. ff. de furt.* (3) Idem juris est in donatione mortis causa, utpote quæ legatis æquiparata *L. fin. C. de donat. mort. caus. Carpz. P. 3. Const. I. def. 37. n. 2.* (4) In societate omnium bonorum, dominium rerum alterius, in alterum ipso jure transit, *L. 1. in fin. & L. 2. ff. pro soc.* (5) Porro res Ecclesiæ donata, citra traditionem in dominium ejus transit *L. 23. pr. C. de SS. Eccles.* Quod etiam ad alios titulos sive contractus cum Ecclesia gestos extenditur, *Menoch. Rem. 4. adipisc. pass. n. 346. Brunnem. Comment. Cod. add. L. 23. ubi idem in civitate juris esse dicit. Conf. Brunn. ad L. 15. C. de R. V.* (6) Si res pupilli, minoris vel militis, pecunia comparata *L. 2. ff. quando ex fact. tut. L. 3. C. arbitr. tut. L. 8. C. de R. V. Carpz. P. 1. Const. 28. def. 109. n. 6.* (7) Pactum quoque commissorium vel additionis in diem, directis verbis conceptum, facit, ut dominium ipso jure redeat, *L. 4. C. de pact. int. emt. & vendit. L. 41. pr. ff. de R. V. Mantica de tac. & ambig. convent. Lib. 4. tit. 28. n. 11. & seqq.* (8) Referunt huc sententiam Judicis in judiciis divisiis, ubi res uni vel alteri socio- rum aut coheredum adjudicata, in eum mox citra traditionem transit, *§. ult. Inst. de offic. Jud.* (9) Pariter rei dotalis dominium, soluto matrimonio, ad uxorem mox redit *L. 3. C. de jur. tot.* His E. casibus solum titulum probare sufficit, ut cum effectu institui possit rei vindicatio, cum Lex civilis dominium immediate trans- tulerit, *L. 23. pr. junct. L. 50. §. 1. ff. de R. V.*

§. VIII. Quod si nec vera traditio, nec legalis domini ^{Sufficit} translatio ostendi possit, inquirat actor, annon fictam traditio ^{etiam tra-} nem docere valeat; hæc enim eodem effectu gaudet, quo ve ^{ditio ficta} ra ac realis traditio. Gœdd. ad L. 28. pr. ff. de V. S. n. 9. Kellenbenz. de Renunc. Success. qu. 35. n. 25. Huc pertinet traditio clavium L. Clavibus 74. ff. de contrab. emt. traditio instrumentorum super re ipsa conscriptorum L. 48. ff. de acqu. possess. Mascard. de Probat. Concl. 1184. n. 1. Carpz. P. 2. Const. 33. def. 15. n. 5. & seqq. Porro traditio facta censetur per fictionem brevis manus, seu constitutum possessorium L. quod meo 18. ff. de acquir. poss. constitutum enim hoc transfert civilem & naturalem possessionem, Mevius P. 5. Decis. 352. Tiraquell. Tr. de Constit. possess. cap. 1. n. 2. Knipsch. de Fideicom. cap. 11. n. 80. Idem obtinet in traditione longa manu facta, per quam oculos intelligit Javolenus in L. pecuniam 79. ff. de solut. sic scil. rem venditam quis emtori e longinquo ostendat, L. 1. §. 21. ff. de acqu. poss.

§. IX. Sed nondum securus actor est, si titulum ad domini ^{Domini-} nium habilem, subsecutamque traditionem probaverit; nec ^{um Auto-} enim hoc solo acquisitum est dominium, si non & ille, quo res ^{ris etiam} tradita, dominus fuerit §. per traditionem 40. ibi: a domino tra- ^{proban-} dita, Inst. de ver. divis. Probandum E. actori etiam auctoris do- ^{dum.} minium est, scil. rem illius fuisse, a quo illam comparavit, quippe qui non plus juris transferre potuit, quam ipse habuit, quod extendunt Dd. ut ad probandum auctoris dominium non sufficiat possessio rei, nec fama, nec communis opinio, sed debet probari per veras causas, Masc. de Prob. Concl. 537. n. 5. ob quam causam domini probatio inter difficillimos refertur, Mascard. Concl. 536. Menoch. de A. F. Q. L. 2. cas. 42. Boer. quest. 42. num. 25. Carpz. lib. 1. Resp. 76. & 77. Quod si E. difficultatem hanc animadvertent, ad Publicianam actionem refugium quarat, de qua §. XVII. seqq. agendum; Aut attendat, annon tempora ^{Nisi actor} usucapionis ordinariæ compleverit, eo ipso enim facilior est do- ^{usucepe-} minii probatio, si præter titulum legitimi temporis lapsum do- ^{rit.} cuerit, quo ipso de dominio auctoris, ut sit sollicitus, necesse

non habet, sed suo jure per ufucapionem confirmato, rem vindicare valebit.

*Possessio
adversari
inquiri
renda.*

§. X. Hac ratione ergo, si de jure suo certus sit actor, personam adversarii respiciat, an ille rem possideat, sive quacunque ratione detineat; Contra possessorem enim, vel detentores hæc actio tantum datur, *L. 36. pr. ff. de R. V. L. 25. ff. de O. & A.* quod si vero in præsentem rem non detineat, ne inanis reddatur actio, inquirat actor, annon dolorem possidere desierit; Hic enim pro possessore adhuc reputatur *L. 27. §. 3. & L. 69. ff. d. R. V.* Aut per alios inquirat, annon ille litem suscipere paratus sit, ubi si ipsum convenerit, & hic litem contestatus fuerit, poenitere nequit, sed quia liti se obtulit, condemnari potest, *L. 25. ff. de R. V.* quod ipsum tamen fallit, si actor certo sciat, rem ab adversario non possideri *L. 26. ff. d. 1.*

An consultius sit agere ad exhibendum, quam vindicatione?

§. XI. Cum supra §. 4. jam dictum, actione ad exhibendum tanquam Judicio præparatorio explorari posse, an alter rem possideat, vel non; contra quemvis enim possessorem unusquisque, cujus interest, hoc remedio experiri potest per *L. 3. §. 1. 9. & fin. ff. ad exhib.* inde disquiritur, an consultius sit agere rei vindicatione, an ad exhibendum? Sane si nihil præter exhibitionem consequeretur actor posteriori actione, frustranea questio foret. Verum cum reus judicio exhibitorio victus, re in apricum deducta, non raro bonam fidem agnoscere, & contentionem in judicio principali declinare soleat, idem hac actione, quam rei vindicatione consequi poterit, scilicet ut res cum fructibus restituatur *§. 3. Inst. de offic. Jud. Hillig. in Don. l. 20. cap. 9. lit. CC. Struv. Syn. J. C. Tit. ad Exhib. th. 37.* sed cum de ingenio adversarii constare nequeat, tutius est, actionem ad exhibendum cum rei vindicatione conjungere, quod fieri posse expeditum est, *Brunn. ad L. 1. C. ad exhib.* Hoc tamen consilium darem actori vindicatori, ut, si viderit adversarium rem dolo possidere desiisse, ad exhibendum tantum agat, quo ipso consequi potest omne interesse, quanti hoc juramento in litem æstimaverit, *L. 5. §. 1. L. 9. pr. & §§. seqq. ff. ad exhibend. & L. 5. C. eod.* sic enim, dum

Si alter dolo possidere desierit, consultius ad exhibendum

dum non
non habet
debet
quod si vero
probre debet
§. XII.
an dominio
irrevocabili
diu etiam
in fundo
minium
vindicati
& ibi D.
obtinuer
lapisum no
dicationem
§ XIII
dicationem
ro, qui cum
gaudebit, q
dum dicit;
lem a quolib
ipse dominu
que vindicati
Sunt. in Syn.
Vallum hoc
Fol. 2. Par.
Vallum contra
ut possit
dofr. h. m. l.
§. XIV.
phytevicum
tevi non ta
contractu e

dum non vindicat, se dominum dicere aut ostendere necessum *bendum*
non habet, *L. 3. §. 1. ad exhibend.* sed Judex summam tantum *agitur.*
debet cognoscere, an ejus intersit, non an ejus res sit, *d. L. 3. §. 9.*
quod si vero vindicatione experiri velit, dominum se dicere &
probare deberet.

§. XII. Porro, ut rei vindicationi locus sit, parum refert, *Qualitas*
an dominio libero quis gaudeat, an restricto; an revocabili, an *Dominii*
irrevocabili: quamdiu enim dominium aliquod superest, tam- *non at-*
diu etiam salva est vindicatio. Exemplum in dote, & præcipue *tenditur.*
in fundo dotali, cujus alienatio, utut *L. Jul. interdicta*, & ita do-
minium fundi dotalis restrictum *L. 4. & tot. tit. de fund. dot.*
vindicatio tam marito salva est, per *L. doce ancillam 9. C. de R. V.*
& *ibi Dd.* Idem obtinet, si quis rem retrovenditionis titulo
obtinuerit, quamdiu enim tempus in contractu præfinitum e-
lapsum non est, tamdiu omnia dominii jura, & sic quoque vin-
dicationem exercet emtor. *Dd. in L. 2. C. de pact. int. emt. & vendit.*

§. XIII. Ulterius & utile dominium ad producendam vin- *Ex utili*
dicationem sufficit; Exemplum in Vasallo feudum vindicatu- *etiam Do-*
ro, qui cum utile dominium habeat, etiam utili rei vindicatione *minio na-*
gaudebit, quod eleganter exprimit Feudista, *2. Feud. 8. §. Rei* *scitur*
dum dicit; quod Vasallus *tanquam dominus possit rem feuda-* *vindica-*
lem a quolibet possessore sibi *quasi vindicare*; E contrario cum *tio.*
ipse dominus feudi directum dominium habeat, directa quo- *Vindica-*
que vindicatio ipsi competet, contra quemcunque possessorem, *tio feudi.*
Struv. in Syntag. Feud. Cap. 16. th. 2. num. 3. Non tamen contra
Vasallum hoc jus exercebit, nisi ejus jure extincto *Schrader de*
Feud. P. 2. Part. 9. princip. sect. 9. n. 22. Sicut, etsi dominus cum
Vasallo contra tertium in vindicando concurrat, Vasalli causa,
utpote cui ob utile dominium possessio debetur, potior erit. *Go-*
dofr. Anton. Disp. Feud. 13. th. 5. lit. E.

§. XIV. Non dissimilis ratio est Emphytevtæ fundum em- *Vindica-*
phytevticum a tertio petitori. Loquor autem hic de emphy- *tio Em-*
tevti non tantum promissa, ob hanc enim actione personali *phytev-*
contractu emphytevticario, contra promissorem ad præstan- *seos,*
dam

dam emphytevsin est agendum, §. 3. *Inst. Locat.* & *L. 2. C. de Jur. emphyt.* Bachov. *ad Treutl. Vol. 1. Disp. 29. th. 13. lit. g.* sed de emphytevsu per traditionem constituta, quæ dominium utile in emphytevtam transfert, *L. 12. in fin. C. de fund. patrim.* Franzk. *de laudem. Cap. 14. num. 7. & seqq.* Hinc utilem rei vindicationem emphytevtæ competere in confesso est, *arg. L. 74. & 76. ff. de R. V. Lauterb. Comment. ad tit. si ager vectig. per. §. 19.* non autem actio emphytevticaria utilis; Emphytevticaria enim actio ex contractu est, & hinc personalis; & si pro reali capienda, ex objecti qualitate non nova species actionis realis formanda.

*Superfici-
ei.*

§. XV. Idem dicendum de Jure superficiario constituto, vi cuius juris quis potestatem habet, superficie aliena ad sui commoditatem pro lubitu utendi, ibidem ædificandi, arbores, herbas plantandi &c. vid. Franzk. *de laudem. cap. 13. n. 1. & seqq.* huic superficiario dominium utile omnium consensu adscribitur, Valasc. *de Jur. emphyt. qu. 33. n. 18.* E. & vindicatio utilis ipsi denegari nequit, ob clarum textum in *L. 74. & 75. ff. de R. V.* Hoc tantum in hac actione singulare est, quod etiam conductori superficiæ actio in rem concedatur, si non ad modicum tempus superficiem conduxerit, *L. 1. §. 3. ff. de Superfic.* quod non vi tituli præcedentis, ad transferendum jus reale inhabilis, *per L. 39. ff. locat.* sed Prætoris auctoritate & concessione speciali fieri, certum est.

*Actiones
in rem ex
diversitate
objecti
non mul-
tiplican-
de.*

§. XVI. Ex quibus abunde constat, omnes dominiorum species actionem in rem, seu vindicationem producere, nec opus esse ex diversitate objecti, diversas actiones derivare, & entia præter necessitatem multiplicare. Unde quos Dn. Schwendörffer in *Summar. Action. Forens. Exposit. cap. 2. Membr. 4. 5. & 6.* adducit actiones novas reales, scil. emphytevticariam, superficiariam & feudalem, nihil aliud sunt, quam vindicatio emphytevsos, superficiæ & feudi.

*De Domi-
nio ficto.*

§. XVII. Quod si tandem verum dominium sive directum, sive utile probare nequeat actor, rem quandam petiturus, videat, annon fictione quadam juris dominium sibi asserere, vel etiam domi-

dominium
valeat. F
bonafid
um vero a
configere
poderit.
nam actio
rem, mod
publ. in re
L. 9. §. 4
stituenda
vid. Co
§
omnino
imopoc
cacione cu
tendant ha
4. Myllin
mala: W
alfo bitte B
preceptis &
cum illud
rem jure d
sentent. &
na vero dom
tunio opu
manificit
L. 1. §. 1
hæc simulat
§. 11.
antea qu
interve
sam alleg
persequi n

dominium jam extinctum, eodem juris beneficio reintegrare valeat. Ficti hujus domini species occurrit in illo, qui rem bona fide & justo titulo quaesivit, & illam postea amisit, dominium vero auctoris probare nequit, nec ad usucapionis praesidium confugere potest, cum tempore legibus praescripto rem nondum possederit. Hic Praetor fingit rem usucaptam esse, & Publicianam actionem indulget auctori, contra omnem alium possessorem, modo jus infirmius ipso auctore habeat, *L. fin. in fin. ff. de publ. in rem act.* in pari enim causa melior possidentis ratio, per *L. 9. §. 4. ff. b. t.* Cui consequens est, auctorem in Publiciana instituenda de jure possessoris se prius informare debere, de quo vid. Commentatores *ad tit. ff. de Publ. in rem act.*

Unde Publiciana nascitur.

§. XVIII. Cum E. facilius in Publiciana probatio sit, utilius omnino est hanc actionem, quam rei vindicationem instituere; imo quod commodissimum videtur, Publiciana cum rei vindicatione cumulanda, quod alternative fieri posse, licet ad idem tendant haec actiones, receptum in foro est, *Gail. Lib. 1. Obs. 62. n. 4. Mynsing. Cent. 4. Obs. 11.* Et huc pertinet practicum formula: Weil mir nun dieses Hausß jure dominii vel quasi zustehet / also bitte Befl. dahin anzuhalten / daß er mir solches perceptis & percipiendis restituire. ubi per quasi dominium, fictum illud a Praetore in Publiciana intelligitur. Phrasia ipsa autem jure dominii vel quasi ex Jure Canon. est *C. Abbate 3. pr. de Sentent. & re judic. in 6.* Corruit E. Dd. dubitatio, an Publiciana vero domino dari possit, utpote qui veritate instructus, ficto dominio opus non habet; Saepius tamen ipsi auctori non jus domini deficit; sed ejus probatio, sicut in alio casu loquitur *Jtus in L. Duo sunt Titii 30. ff. de testam. tut.* inde subordinata tantum haec cumulatio est *Bachov. de action. Disp. 3. th. 17.*

Locus hic est cum fructibus lationi.

§. XIX. Ulterius ad fictum dominium recurrendum illi, qui antea quidem dominus fuit, sed dominium ejus lapsu temporis interversum. Hoc casu enim, si absentiam aliamve justam causam allegare possit, ob quam jus suum in rem petitam interim persequi non potuerit, Praetor ipsi iterum succurrit, fingendo

Ex ficto dominio nascitur Rescissoria.

rem usucaptam non esse, quæ tamen usucapta est, §. *rursus* s. *Inst. de Act.* & ita dominium actoris extinctum non esse, quod tamen revera extinctum est, Bachov. *de Act. Disp. 6. ib. 26.* Et quamvis causa restituendi dominium extinctum, præcipue in absentia consistat; plenius tamen succurrere voluit Prætor, generali clausula promittendo restitutionem, *si qua ipsi justa causa videretur*, L. 26. §. 9. ff. *ex quib. caus. maj.* Sed an ignorantia etiam prætextus sufficiat, dixi in *Ufu Modern. ff. tit. ex quibus caus. maj. §. 6.* itidemque qua ratione remedium rescindens & rescissorium in foro admitti possit, vel debeat, exposui *ibidem ad Tit. ff. quod met. caus. §. 5. & 6.* De cætero, an introducto remedio L. 2. C. *de annal. except.* contra absentem res nostras detinentem, illoque neglecto, præsentem contra absentem adhuc prætoriam vindicatione seu actione rescissoria succurrendum sit, exposui *ad Tit. Ex quibus caus. maj. §. 1.*

Publiciana recte cum rescissoria conjungenda.

§. XX. Id autem observari velim ab actore, per restitutum hoc a Prætoris dominium, vi rescissæ usucapionis, non satis securum ipsum esse, si in solo hoc dominio restituto se fundet, sed publicianam recte ad minimum conjungat. Quamvis enim sola usucapionis rescissione petita & obtenta restitutionem a Judice mox decerni debere, ex illorum hypothese videatur, qui plane omnem diversitatem inter remedium rescindens & rescissorium elisam cupiunt, quorum & formula actionis pertinet, quam suggerit Dn. Schwendendörff. in *Summar. Act. Forens. expos. cap. 2. memb. 8. in fin.* quid si tamen possessor conventus neget rem unquam actoris fuisse; sane per restitutionem non plus ipsi redditur, quam per absentiam ablatum, nec a probatione domini liberabitur per restitutionem. Unde consultissimum esse censeo, causam petendi ita concipere: *Weil mir nun dieses Haus jure domini vel quasi zugehöret / ich aber durch meine bekandte Abwesenheit mich meines Rechts zu gebrauchen verhindert worden / so bitte in Rechten zu erkennen und auszusprechen / daß ich wegen solcher erheblichen Hindernuß in vorigen Stand zu setzen / und Bezflagter mir mein Haus zu restituiren verbunden sey.* Conf. quæ dixi in *Ufu Mod. ad tit. quod met. caus. §. 6.* §. XXI.

§. XXI. Caterum nec hoc, ratione actionum ex dominio *De vindicatione partis.*
oriundarum, omittendum est, scil. dominium alicui vel in solidum competere, vel pro parte tantum. Posteriori quidem casu certum est, si contra tertium agatur, suæ partis vindicationem domino competere, ubi pro illa parte eadem jura obtinebunt, quæ in vindicatione totius sancita sunt, *L. que de tota 76. ff. de R. V.* Verum si contra alterius partis dominium experiundum, ob hoc, quod partem suam pro diviso habere cupiat, ad iudicium communi dividendo recurrendum, quod utriusque principaliter ex jure condominii descendit, inde non nisi domino datur, *L. 4. pr. ff. commun. divid.* Sive dominus directus, sive utilis sit, ut emphyteyta, *L. 7. pr. ff. d. t.* quod & in ficto dominio procedit, *L. 7. §. 2. b. t.* Et utile demum iudicium ad alia jura in re pluribus communia, extenditur, *d. L. 7. §. 3. 6. 7. 8. 10. & 12. ff. eod.* Præstationes E. personales, quæ mixtum reddunt hoc iudicium, demum ex accidenti factæ alterius superveniunt: Imo sola communio rei, personalem obligationem, ob deficiens factum obligatorium, producere nequit. vid. quæ dicta sunt de actione familiaris. *Membr. seq. §. 23.*

§. XXII. Finium quoque regundorum iudicium ex *De iudicio finium regundorum.*
condominio principaliter nascitur. Dum enim duplex iudicium est, unusquisque eo usque rem suam esse prætendit, quousque fines extensos cupit; unde etiam per terminorum constitutionem dominio suum restitui dicitur *L. 8. pr. ff. fin. regund.* Utiliter autem hæc actio extenditur ad alios, qui vel utile dominium, vel aliud jus in re habent, qualis est Vasallus, Emphyteyta, usufructuarius *L. 4. §. 9. ff. d. t.* Obligationes vero personales, quæ mixtum hoc iudicium reddunt, ex accidenti superveniunt, ex factæ alterius, dum male circa fines versatus, illos inique movendo, vel etiam fructus ex alterius finibus percipiendo, aut expensas hoc nomine faciendo *L. 4. §. 1. ff. fin. reg.* Eatenus ergo actio hæc nec pure realis est, nec etiam pure personalis, sed mixta, & inde cum proprietate conjuncta esse dicitur. *L. 3. C. eod.*

§. XXIII. Illa demum pro actore notissima cautio est, quam *Qui possuggerit*

*possessorium
remedi-
um ha-
bet, absti-
neat a
Vindica-
tione.*

suggerit Ictus Gajus in *L. 24. ff. de R. V. ut rem vindicaturus, pro-* be prius advertat, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere, & adversarium ad onera petitionis compellere, quam alio possidente petere. Quapropter quisque Remedia possessoria in promptu habere, illaque percurrere debet & attendere, annon aliquo ex illis sibi consulere, & possessionem vel noviter adipisci, vel recuperare valeat. Conf. quæ dixi in *Introduct. ad prax. forens. c. 1. §. 23. seqq.* Verum quia horum remediorum præcipua causa est possessio, illam ob connexitatem materiæ, dominio mox subjiciemus.

MEMBRUM II.

*De Possessione & Remediis inde
competentibus.*

§. I.

*Possessio
an species
juris in
re sit?*

Possessio an juris in re species sit, & quas actiones producat, dissensus Dd. non levis est. Facti enim magis est possessio, quam juris; unde postliminio reversus, possessionem non recuperat, *L. 12. §. 2. ff. de captiv. & postlim. revers.* cum tamen omnia jura recipiat, *L. 5. §. 1. ff. d. t.* imo possessio ad heredes non transit, siue suus sit, siue extraneus, *L. 23. pr. & L. 30. §. 5. ff. de acquir. posses.* cum tamen omne jus defuncti in heredem transmittatur, *L. 34. ff. de V. S. L. 37. ff. de acquir. hered.* Verum cum jus possessionis aperte exprimat Papinianus in *L. 44. pr. ff. de acquir. posses.* illique adstipuletur Ulpianus in *L. 2. §. 38. ff. ne quid. in loc. publ.* res ipsa non amplius in dubium vocanda; & si jus apprehendendi possessionem ab ipsa detentione corporali separaveris, verissimum omnino est, & postliminio reversum, jus possessionis recipere, & in heredem jus possessionis transmitti, h. e. facultatem apprehendendi, si vacua sit, vel repetendi, per Judicem possessionem, si ab alio detineatur. Et hac ratione jus domini a defuncto pariter tantum transmittitur in re ab altero possessa, non actuale

actuale dominium, sed hoc vindicat vi juris ad se devoluti, & hoc sensu dominium vindicari dicitur in §. 4. *Inst. de action. L. 8. §. 1. ff. de liberal. caus. L. quotiens 15. & L. si mancipium 23. C. de R. V.*

§. II. An autem realem actionem producat, & qualem, pariter non conveniunt: Certe petitoriam actionem ex possessione non nasci, communior sententia. Qui enim Publicianam huc referunt, ipsi fateri necessum habebunt, non ex sola possessione illam nasci, nec ex eo actorem victoriam sibi polliceri posse, quod se rem antea possedisse docuerit, sed opus esse, ut actor titulum ad dominii translationem habilem, & subsecutam traditionem probet. *L. 3. §. 1. & LL. seqq. ff. de Publ. in rem act. L. 15. pr. ff. eod. quare merito dicimus, ex ficto dominio, fictaque usucapione illam resultare, §. 4. Inst. de Action. Bachov. de Action. Disp. 3. th. 14. & 16. de quo dictum Membr. preced. §. 17.*

§. III. Remedia E. possessoria ex *Lib. XLIII. Digest. seu a* *Remedia possessoria an omnia ex possessione?* ctiones in factum inde oriundas huc referunt; Verum nec hoc promiscue admittendum; Remedia enim adipiscendæ possessionis ex ipso possessionis jure deduci nequeunt, cum possessionem actor nunquam habuerit. Nam quod principale ex illis est, Interdictum *quorum bonorum*, hoc quidem competere dicitur bonorum possessori, *L. 1. pr. ff. quor. bonor.* Verum in comperto est, bonorum possessionem longe alio sensu ibi capi, scil. pro hereditate Jure Prætorio delata, unde ad speciem hereditatis petitionis rectius refertur, ubi & nos de illo remedio agemus. *Salvianum* quoque interdictum, quod *adipiscendæ possessionis* est, non possessionis, sed pignoris jure nititur, ubi & a nobis tractabitur. Interdictum quoque *quod legatorum*, ex jure universali in heredem devoluto, vi cujus nemo quicquam invito herede occupare debet, descendit. Nec recuperandæ possessionis interdicta ex hoc fonte descendere videntur; Possessio enim semel amissa, effectum producere amplius nequit; Imo & retinendæ possessionis interdicta non extra dubium sunt, cum semper factum turbativum & sic illicitum adversarii supponant; ex facto autem non reales, sed personales actiones descendere, prolixè ostensum est in *Sect. I. membr. II.*

*Affirma-
tur de re-
mediis re-
tinend. &
recip. pos-
sess.*

§. IV. Verum retinenda omnino receptior opinio, & Remedia retinendæ recuperandæque possessionis ex ipsa possessione, ejusque jure resultare defendendum. Non enim possessio est occasio horum interdictorum, sed est illa ipsa causa, vi cujus jura mihi concedunt facultatem contra quemcunque se defendendi, vel rei amissæ possessionem repetendi: Factum vero illud turbationis & ejectionis non causa est, sed occasio, quæ anfam mihi dat, jus possessionis vel defendendi contra turbantem, vel vi hujus juris rem repetendi a dejiciente vel spoliante; & hac ratione turbatio non ut delictum consideratur, sed ut assertio possessionis, quam alter ad se pertinere contendit, uti recte monet Bachov. in *Treutl. vol. 2. Disp. 24. th. 1. lit. C. verb. actiones intellige.* Id quidem adhuc urgeri potest, quod hac ratione non in rem nascantur actiones, sed in personam, quod & agnovisse videtur Ulpianus in *L. 1. §. 3. ff. de interd. dicendo, Interdicta, licet omnia in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.* Unde non contra quemvis possessorem, sed tantum turbantem vel dejicientem dantur. Sed respondeo, non ex effectu, sed ex causa adjudicandas esse actiones. Actio in rem scripta personalis est, & tamen contra quemvis possessorem datur; Actio confessoria realis sine dubio est, & tamen tantum datur contra illum, qui actorem in exercitio servitutis turbat. Cum E. Jus defendendi & recuperandi possessionem ex ipso possessionis jure resultet, actio realis erit, licet executio actionis contra certam personam dirigatur.

*Quid a-
ctori ra-
tione pos-
sessionis
attenden-
dum?*

§. V. Cæterum nec nostra adeo refert in presenti, annon unum vel alterum interdictum magis ad personalem, quam ad realem actionem inclinet: Solliciti enim tantum sumus de subsidiis inquirendi actiones alicui competentes. Unde sufficit, actori constare, se vi possessionis, vel adhuc retentæ, vel amissæ, uno alterove remedio, prout circumstantiæ negotii illud ferunt, jus suum persequi posse. Quapropter in genere actionis possessoriæ investigando attendat actor, an adhuc rem detineat, an ejus possessione exciderit.

§. VI.

§. VI. Si rem detineat actor, tunc illius possessionem vel *De tuen-*
 noviter obrinuit a Judice, quo casu ut a turbationibus se liberet, *da posses-*
 paratum ipsi remedium est ex interdicto *ne vis fiat ei, qui in pos-*
sessionem missus est, quod interdictum, quamvis etiam adipiscen-
 ptæ.
 dæ possessionis sit, cum & jussu mitti detur, si dolo malo alterius
 impediatur, quo minus in possessionem veniat, *L. 3. pr. ff. Ne vis*
fiat ei. præcipue tamen retinendæ possessionis est, quia frustra
 immitteret Prætor in possessionem rei servandæ causa, nisi mis-
 sum tueretur, *L. 1. §. 1. ff. d. t. Menoch. Rem. 1. retin. poss. num.*
 4. ex quo Autore reliqua ad usum hujus interdicti pertinentia re-
 peti possunt.

§. VII. Quod si autem possessionem non per Judicem, sed *De posses-*
 aliter adeptus sit actor, tunc res illa aut mobilis est, aut immobilis. *sione mo-*
 Si mobilis, & in ejus possessione turbetur, ad interdictum *bilium.*
 UTRUBI ipsi confugiendum, vi cujus possessor contra turban-
 tem defenditur, si tempore litis contestatæ illam rem nec vi, nec
 clam, nec precario possederit, *L. un. §. 1. ff. Utrubi*, ut hinc solo
 objecto ab interdicto uti possidetis differat, *§. 4. Inst. de Interdict.*
 & ibi Dd. Menoch. *Rem. 2. retin. poss. num. 12.*

§. VIII. In possessione rerum immobilium turbatus pa- *De posses-*
 ratum habebit interdictum UTI POSSIDETIS, vi cujus omnis *sione im-*
 possessor, qui saltem non vi, clam, vel precario ab adversario rem *mobili-*
 possidet, contra quemvis turbantem defenditur, *L. 2. & 3. pr. ff. um.*
Uti possidetis. Attendat autem hic actor probe, an turbans et-
 iam pro se actus possessorios allegare possit, vel non; cum enim
 remedium possessorium interdicti *uti possidetis* distingvatur in
 summarium, quod alias Ordinarium dicitur, & summariissi- *De eli-*
 mum, quorum hoc longe expeditius est illo, probe respicere de- *gendo*
 bet acturus hoc iudicio, ad qualitatem suæ possessionis, & ad *summarie*
 actus possessorios, quos forte turbans pro se allegare potest. Si *vel ordi-*
 enim actor pro se recentiores actus possessorios habeat, abstineat *nario.*
 ab ordinario uti possidetis iudicio, & recurrat ad possessorium in
 summariissimo; In hoc enim non de jure possessionis, sed de fa-
 cto præsentis possessionis tantum quæri solet, adeo, ut ille hic

manutenendus, qui habet possessionem de præfenti & nunc, Post. *de Summariiff. Possessor. Observ. 17. n. 2.* & unicus quoque actus quiete exercitus, hoc casu sufficit tam in corporalibus, quam incorporalibus, Post. *obs. 18. n. 2. 3. & seqq.* Imo probationes etiam leviores semiplenæ hic admittuntur, Gail. *Lib. 1. obs. 7. n. 2.* Carpzov. *Proc. Tit. 23. art. 1. n. 27.*

Ordina-
rium
quando
preferen-
dum.

§. IX. Quod si vero ultimos actus possessorios pro adversario turbante adesse noverit, non summariissimo, sed ordinario possessorio experiatur; In hoc enim vincit ille, qui antiquiorem vel magis titulata possessionem pro se habet, recentior enim possessio in dubio præsumitur turbativa, per *C. 9. X. de probat.* quæ sententia antiquiorem possessionem præferens, quamvis Juri Civ. conveniens non videatur, sicuti contra communem sententiam demonstravit Dn. Textor. *Diss. de Possessoria Jurisdiction. th. 44.* Jure Canon. tamen certa illa est, & usu fori satis comprobata.

De Posses-
sorio juri-
um.

§. X. De eo amplius dubitandum non est, possessorium hoc remedium uti possidetis, sive ordinario, sive summariissimo processu quis experiatur, utiliter ad omnes alios possessores rerum incorporalium seu jurium extendi posse. Unde possessor servitutis hoc remedio experitur, Menoch. *Rem. 3. recup. possess. n. 103. & seqq.* Datur patrono Ecclesiæ contra turbantem ipsum in quasi possessione præsentandi Menoch. *d. Rem. 3. n. 131.* contra recusantes solvere decimas. Menoch. *d. l. n. 125.* ubi pluribus usum hujus interdicti deducit, ut vix casus turbationis fingi possit, cui ex hoc remedio non parata sit medicina.

De manu-
tentionis
decreto.

§. XI. Pertinet quoque huc decretum *Manutentionis*, quod in solo interdicto retinendæ locum habere asserit ex Gratian. *Disceptat. Forens. Cap. 85. n. 21.* Post. *de Summariiff. Posses. sive de Manutent. Observ. 3. n. 19.* Et quamvis ipse Postius *loc. citat. n. 21.* hoc remedium manutentionis ab omnibus aliis possessoris separatim esse dicat, imo etiam distinctum ab ipso interdicto uti possidetis; Interdictum enim uti possidetis non tam celerem & facilem habet explicationem, quam habet Mandatum de manutentione,

nendo, F
Christo
tentio
introduc
restitutio
idem, dec
ritimum
inde sit, si
tum de r
medium
Sarmier
ex profe
rimissio
mariiff
turbato
cretum a
tur, cum
vera posse
tio conce
Post. d. Ob
ferendis b
servitutis,
tionis est,
gendu annu
tibus, quo
que causa or
tum de man
XII.
dum nihil
que etiam
hibitio pe
quod etiam
net, Carp
nia utilissi

nendo, Post. d. l. Obsf. 2. num. 44. Attamen huic contradicit Christoph. de Patz Tr. de Tenuta, Cap. 1. n. 72. ubi asserit, manutentionem a jure non fuisse cognitam, sed a Doctoribus tantum introductam; quamvis in substantia & effectu manutentio & interdictum uti possidetis fere conveniant. Sed postea monet idem, decretum de manutenendo esse illud, quod aliis summarissimum dicitur, cui consentit Postius Obsf. 3. n. 18. ut adeo perinde sit, sive summarissimo possessorio experiatur, sive mandatum de manutenendo petat. Quorsum pertinet quoque remedium apud Hispanos frequentatum Interim dictum; Francisc. Sarmientus Select. Interpret. Lib. 2. cap. 13. n. 9. de quo remedio ex professo actum a Fratre meo Dissert. Inaugur. de Decreto intermistico, quæ extat Vol. 1. Disp. nostrarum. Caterum, uti summarissimum possessorium, vel etiam interdictum uti possidetis, turbato in possessione rerum & jurium datur, ita quoque per decretum manutentionis cuius possessori etiam jurium succurritur, cum idem operetur quasi possessio in incorporalibus, quod vera possessio in corporalibus, Post. Obsf. 10. n. 5. unde manutentio concedenda illi, qui in quasi possessione jurisdictionis est, Post. d. Obsf. 10. n. 9. Datur manutentio quasi possessori in conferendis beneficiis Ecclesiasticis, Post. d. l. n. 24. datur possessori servitutis, Post. d. l. n. 49. datur illi, qui in quasi possessione filiationis est, Post. d. l. n. 60. & illi, qui est in quasi possessione exigendi annuas præstationes, Post. d. l. n. 61. & seqq. & pluribus aliis casibus, quos congescit Post. d. Obsf. 10. Breviter dico: De quacunque causa ordinario possessorio agere licet, in illa etiam Mandatum de manutentia locum habet.

§. XII. In Curiis provincialibus Electoratus Saxon. remedium *inhibitionis* introductum, quotiescunque enim, quacunque etiam ratione id contingat, alterius possessio ibi turbatur, *inhibitione* peti & decerni potest, Carpz. Proc. Tit. 23. art. 2. n. 34. quod etiam in possessione jurium & rerum incorporalium obtinet, Carpz. d. Art. 2. n. 10. Et hic processus *Inhibitivus* in Saxonia utilissimus est. Ad desiderium enim supplicantis, Judex

Manutentio etiam in juribus datur.

De inhibitione.

pramittit monitorium & parti adversæ injungit, ne implorantem ulterius gravet, vel causas sui juris ac possessionis intrabrevem terminum judici in scriptis significet; Carpz. *d. Tit. 23. Art. 3. n. 16.* quod si huic non pareat, aut causam non factæ partitionis haud doceat, inhibitiō confirmatur, eoque ipso in multam inhibitioni insertam incidit, implorans vero in sua possessione confirmatur & tandiu defenditur, donec adversarius in possessorio ordinario vel petitorio aliud everit. Carpz. *d. Tit. 23. art. 4. num. 53.*

*De jure
superfici-
ario.*

§. XIII. Si quis in possessione juris superficiarii turbatus sit, illi speciale remedium possessorium de *superficiebus* tribuitur in *Tit. ff. de Superfic. vi cujus*, qui nec vi, nec clam, nec precario, sed ex lege locationis, sive emtionis, jus fruendi superficie acquisivit, in fundo alieno contra vim turbatoris se defendere potest, vid. Menoch. *Remed. 4. retin. possess. n. 1. & seq.* sed cum omnia, quæ in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servanda sint, monente ipso Ulpiano in *L. 1. §. 2. ff. de superfic.* raro in foro ex speciali hoc interdicto agitur, sed contra quamvis turbationem ad interdictum uti possidetis recurritur. Hoc interim certum est, longe utilius esse interdicto de superficie experiri, quam exempto vel locato superficiem petere, teste Ulpiano in *d. L. 1. §. 1. in fin. ff. eod.* subjecta ratione, quod melius sit possidere, quam in personam experiri.

*De possessio-
ne ser-
vitutum.*

§. XIV. De servitutibus quidem, si in earum exercitio quis turbetur, ex interdicto uti possidetis agi, imo & manutentionem peti posse, dictum supra est. Interim & pertinet huc *L. 8. §. 5. in fin. ff. si servit. vindic.* ubi interdictum uti possidetis, servitutibus claris verbis applicatur. In specie tamen de servitutibus rusticorum prædiorum, proditum est remedium retinendæ possessionis in *Tit. ff. de itin. actuque priv.* ubi ille, qui itinere actuque hoc anno usus est, non vi, non clam, non precario, defenditur contra omnem vim & turbationem, quod postea ad servitutes in genere extenditur. Nec attenditur hic, an de jure servitutis probare quicquam possit, sed tantum, an hoc anno, illa non vitiose

vitiose usus sit, *L. 1. §. 2. ff. de itin. actuque priv.* unde constat, longe pinguiorem hanc actionem ex interdicto esse, quam confessoriam; In hac enim de jure, in interdicto autem de facto tantum queritur, *L. 2. §. fin. ff. si servit. vindic.* quamvis E. ea propter interdictum uti possidetis, ad servitutes rusticas non pertinere, existiment plerique, cum speciale interdictum earum nomine proditum sit, Menoch. *Rem. 3. retin. poss. n. 109. seqq.* nulla tamen hæc consequentia est, cum unius rei nomine plura possint dari interdicta, aliave juris remedia. Hillig. *in Don. Lib. 15. cap. 23. lit. G.* Bachov. *ad Tr. Vol. 2. Disp. 25. th. 4. lit. B.* Hoc vero certum, in eo utilius esse hoc interdictum de itinere actuque privato quod sufficiat, si saltem modico tempore, i. e. non minus 30. diebus, servitute hoc anno usus sit, *L. 1. §. 2. ff. d. t. vid. Zæf. in Comment. ff. ad d. t. n. 2.* Imo nec attenditur, an usus fuerit servitute in præsentī tempore, ubi interdictum movet, sed sufficit, si retro hoc anno per triginta dies, *d. L. 1. §. 2. in fin.* adeo, ut ad antiquiores, nec ad recentissimos actus possessorios hic præcise respiciatur. De cætero usu fori certissimum est, quod tam pro servitutibus urbanis, quam rusticis, decretum manutentionis detur, etiamsi speciale hoc interdictum extet, quod pluribus probat Post. *Tr. de Manuten. Observ. 10. n. 49.* Quæ alias in specie ad usum hujus interdicti de itinere, actuque privato pertinent, fusius exponit Menoch. *Remed. 5. retin. possess.*

§. XV. Idem fere asserendum in servitute *aquæ ductus*, si quis impediatur, quo minus aquam ad sui prædii utilitatem ducat, quam huc usque sine vitio, nec clam, nec vi, nec precario duxit; huic enim pariter speciale interdictum proditum de *Aqua quotidiana & æstiva*, quod inter remedia retinendæ possessionis refert Menoch. *Remed. 6.* & illud ad reliquos aquæ ductus extendit, etiamsi amœnitatis causa tantum aqua ducatur, per *L. 1. §. 11. & 14. ff. de aqu. quotid. L. 1. pr. ff. d. t.* Menoch. *d. Rem. 6. n. 48.* Imo etiam nihil interest, siue ex flumine publico, siue privato ducatur aqua, *L. 1. §. ait Prætor. 38. & 41. ff. d. t.* Interim & remedium *uti possidetis* contra turbantem hic intentari

Quid in rusticis?

De aquæ ductu.

*Electio
actionis.*

tari posse, licet neget Menoch. *Rem. 3. retin. poss. n. iii.* asserendum tamen hic puto, ob rationem §. *preced.* adductam. Fallit autem hoc in casu, si aqua ducatur ex castello, seu receptaculo publico, de quo in *d. L. 1. §. 39. d. t.* aut alio loco publico, ex quo sine permissione Principis aquam ducere fas non est; Ibi enim interdictum uti possidetis non sufficeret, sed ex hoc interdicto titulum simul, seu concessionem Principis ipse ostendereteneretur, *arg. L. 1. §. fin. ff. d. t.* unde nec decretum manutenentiæ obtinere potest, titulo non probato, Marefcott. *Variar. Resolut. L. 1. cap. ii. n. 46.* Post. *de Manuten. Obs. 44. n. 61.* Cæterum in hoc utilissimum præsens interdictum est, quod si quis turbetur in usu aquæ quotidianæ, is hoc iudicio obtineat, etiamsi unica die vel nocte, in anno ante iudicium cœptum, aquam duxerit, *L. 1. §. 4. ff. de aqu. quotid.* Et in hoc pingvius est præsens interdictum, interdicto de itinere actuque privato, quod alias etiam ad aquæ ductum, qua servitus rustica est, applicari potest. Alia ratio est ductus aquæ æstivæ, ubi is, qui priori ætate in possessione hujus aquæ ductus fuit, manutenendus, *d. L. 1. §. 31.* unde qui priori ætate non duxit, hac autem ætate duxit, male recurreret ad hoc interdictum, sed melius sibi consuleret per summarissimum possessorium, ubi ad ultimos actus communiter respicitur. Et quamvis Post. *obs. 34. n. 8.* generaliter asserat, pro obtinenda manutentione quasi possessionis in aquæ ductu, sufficere probare, semel aquam de anno superiori ductam fuisse, ex textu tamen allegato, scil. *L. 1. pr. ff. de aqu. quotid.* apparet, ipsum aquam quotidianam ab æstiva non separasse, quod tamen ob textus alios faciendum erat.

*Interdictum de
rivis.*

§. XVI. Ad defendendam autem quasi possessionem servitutis aquæ ductus, etiam facultas reficiendi rivus, specus & septa pertinet, quo aquam libere ducere liceat, quo nomine proditum est speciale interdictum de RIVIS, quod utilissimum esse dicit Ulpianus in *L. 1. §. 1. ff. de riv.* nam nisi permittitur reficere, alia ratione usu incommodabitur, de quo pluribus vid. Menoch. *Rem. 7. retin. poss.* Cæterum & hoc interdictum quoad aquam castel-

castellariam in eo pinguius est precedenti remedio, quia ibi titulus probandus erat, in rivis vero reficiendis non quaritur, an aquæ ducendæ causa id faciat, modo huc usque aquam duxerit, *L. 1. §. 9. & L. ult. ff. de aqu. quotid.*

§. XVII. Demum occurrit aliquod remedium retinendæ *Interdictionis* in interdicto DE FONTE, quod illi propositum, qui *etiam de fontana* aqua uti prohibetur, *L. un. §. 1. ff. de fonte. & ad quem fonte.* cunque usum fontis extenditur, sive quis aquam haurire, sive pecus ad aquam appellere prohibeatur, *d. l. un. §. 2.* Cæterum non dubito, & hic locum esse posse interdicto uti possidetis, & interdicto de itinere actuque privato; & cum reficiendi purgandique fontem facultas illi simul cohæreat, eadem hic obtinebunt, quæ in interdicto de rivis, ubi dicit Ulpian. in *L. 1. §. 7. ff. d. t. hoc interdictum eandem habet utilitatem, quam habet interdictum de rivis reficiendis, nisi enim purgare & reficere fontem licuerit, nullus ejus usus erit.* Sicut & omnibus personis datur, quibus permittitur interdictum de aqua æstiva *d. l. un. §. ult.* Ex quo evidenter apparet, Prætorem multiplicasse remedia possessoria, & sæpius nova indulgisse in specialibus casibus, ubi generale interdictum uti possidetis regulariter sufficere poterat.

§. XIX. Hæc sufficiant de remediis pro defendenda possessione competentibus. Quod si vero quis possessione sua jam dejectus sit, ad alia remedia, quibus amissam recuperet, ipsi confugiendum. Ubi in antecessum merito observandum, posse aliquem possessione excidere citra dejectionem, si intempestivo timore se pro dejecto habeat. Exemplum occurrit in *L. Clam possidere 6. §. 1. ff. de acquir. poss.* ubi peregre absens, si ejus ædes *De ædibus absentis occupatis.* alius occupaverit, non quidem mox amittit possessionem animo interim retentam; si tamen is, qui ædes occupavit, revertenti resistat, hic dejectus est, & sic nec amplius de retinenda, sed recuperanda possessione sollicitus esse debet, quod extra controversiam est. Verum si ad illam resistantiam non deveniatur, sed Titius reversus, cum ædes occupatas audiret, vim majorem metuens, non velit ad ædes se conferre, sua voluntate dejectus cen-

fetur, per *L. ff. d. t.* Cum quo Pauli deciso conspirat Pomponius in *L. 25. in fin. ff. d. t.* asserens, sola suspitione, quod repelli possumus ab eo, qui ædes nostras ingressus, amitti possessionem, ubi tamen diffidentiam recuperandæ possessionis a metu, quem quis de persona sua concipit, non male separat, Post. *de manuten. Obs. 57. n. 41.* Hoc E. casu reversus vel mox, antequam repellatur, judicem adeat, & retinendæ possessionis remedio experiatur, Petr. Friderus Mindan. *de interdict. cap. 7. n. 78.* vel etiam non sine aliorum auxilio instructus ædes accedat, quo si occupans ingredienti resistat, ipsum expellere coadunata manu valeat, quod jure nostro, si in continenti fiat, permissum est, *L. 17. ff. de vi & vi arm. Dn. Brunnem. Comment. ff. ad d. L. 6. n. 4. de acquir. poss. Rebuff. ad Constitut. Regn. Gall. Tom. 3. Tr. de materia possess. in præfat. n. 5. de quo pluribus egi Tr. de Jur. sens. Diss. 10. cap. 4. n. 48. seqq.* Hoc si non fecerit, sed se pro dejecto habuerit, manutentionem impetrare nequit, Post. *Obs. 57. n. 44.* quæ tamen ipsi concederetur, detentis licet ædibus a tertio, si se pro spoliato non haberet. Post. *d. Obs. 57. n. 41.*

*Dejecto
datur in-
terdictum
unde vi.*

§. XIX. Si E. de dejectione constet, nullum paratius pro ipso remedium est, quam interdictum *unde vi*, quod tantæ auctoritatis est, ut ad solam possessionem præcedentem respiciatur, non attento, an dejectus bona, an mala, fide possederit, adeo, ut etiam violentus possessor, vi hujus remedii, restituendus sit, per *L. 17. ff. de vi & vi armat.* ut sic stricto jure nec exceptio dominii hic opponi possit; debuisset enim rem suam per judicem reposcere dominus, non ex intervallo alterum dejicere, *arg. L. Extat. 13. ff. quod met. caus.* Porro nec interest, an civiliter, an naturaliter, possederit dejectus; indistincte enim Prætor Interdicto hoc succurrit. Menoch. *remed. 1. recuper. poss. n. 68. & seqq.* Nec ad rerum tantum possessionem pertinet, sed utiliter idem etiam ad quasi possessionem rerum incorporalium seu jurium extendendum, ut & ille, qui exercitio juris sui dejectus est, hoc remedio sibi consulere possit, Gail. *lib. 2. observ. 75.* Menoch. *d. Remed. 1. n. 81. & seqq.* qui pluribus exemplis hoc demonstrat. Et idem quo-

quoque obtinet, si quis, sub prætextu rescripti principalis, possessionem alterius propria auctoritate apprehenderit, ne injuriarum occasio inde nascatur, unde jura nasci debent, per *L. meminert.* 6. C. unde vi. ex quo textu speciale remedium recuperandæ possessionis formavit Menoch. *Remed.* 8. sed citra necessitatem; Nam remanet etiam hoc casu actio ex interdicto unde vi; & exceptio dejicientis, se rescripto Principis hoc fecisse, tantum per *hanc L.* eliditur. Unde in genere concludunt Dd. spoliatum etiam judicis auctoritate restituendum esse, Menoch. *d. Remed.* 8. n. 3.

§. XX. Affine huic interdicto famosum illud Juris Canonici remedium est, ex *can. redintegranda C. 3. qu. 1.* quod spoliatus ante omnia sit restituendus, cujus praxis adeo ampla est, ut sua latitudine omnia alia recuperandæ possessionis remedia exhauriat, Marante *de Ordin. Judicior. P. 4. Dist. 7. n. 50.* Quamvis enim textus verba de spolio Ecclesiæ vel Episcopi tantum loquantur, praxis tamen ampliorem ejus usum reddidit, ut unicuique, qui injuste possessione sua privatus, hoc remedium concedatur, Gail. *Lib. 2. obs. 75. n. 10.* Berlich. *P. 1. Concl. 21.* Imo & nudis detentoribus idem indulget Scaccia *de Appellat. qu. 17. limitat. 6. membr. 6. num. 50.* modo non sua culpa & facto possessione exciderit, Carpz. *P. 2. Const. 8. def. 2.* Faber. *in Cod. Lib. 8. tit. 3. def. 8.* nec interest, an possessione rerum, an jurium, quis spoliatus sit, Menoch. *recuper. poss. Remed. 15. num. 200. & seqq.* Datur autem contra quemvis spoliantem, quamvis ille dominus fuerit; exceptio enim domini hic sibi locum non vindicat, nisi actor ipse volens hanc exceptionem admiserit, per *c. 1. X. de restit. spoliat.* Barbof. *in Comment. ad d. c. 1. n. 2.* & quos ibi catervatim citat; Nec interesse puto, an spoliatus rem adhuc possideat, an possidere desierit; Quamvis enim hunc liberari cupiat ab actione spoliæ Mev. *P. 5. Dec. 93.* recte tamen illius opinio rejecta est a Dn. Zieglero *Dissert. ad Can. Redintegranda cap. 4. §. 6.* Add. Menoch. *d. Rem. 15.* ubi usum hujus *Can. Redintegranda* latius demonstrat; Cum tamen pleraque ex materia Juris Romani

*De Spolia
ex C. Red-
integranda.*

de interdicto *unde vi* huc referantur, & actioni de spolio applicentur, operæ pretium non erit, singula hic repetere, licet fere fatendum sit cum Klock. *de Contribut. cap. 19. n. 139.* propter illum Can. *Redintegranda* interdictum *unde vi* ab aula recessisse.

De remedio c. *saepe*.

§. XXI. Convenit autem cum remedio ex Can. *Redintegranda*, remedium *Cap. Saepe 18. de restit. spoliat.* quod remedium maxime reale est, quia succurrit spoliato, non tantum contra spoliantem, sed contra tertium etiam possessorem, spoli consciū, de quo itidem more suo prolixissime agit Menoch. *Recuper. poss. rem. 16.* quorsum brevitatis gratia me remitto.

De Remedio utili.

§. XXII. Hoc paucis discutiendum restat, quodnam inter tria illa famosa remedia, scil. interdicti *unde vi*, Can. *Redintegranda*, & Capituli *Sepe*, utilissimum sit, & eapropter ab actore vim passo eligendum? Certe interdictum *unde vi* personale est, & contra ipsum dejicientem seu spoliantem, vel qui hoc mandavit, *L. 1. §. 12. & seqv. ff. de vi & vi arm.* aut ratihabuit, *d. L. 1. §. 14. d. t.* tantum datur; contra tertium vero possessorem nulla ratione extenditur. Gonzal. Tellez. *Comm. ad d. c. saepe n. 3.* Hillig. in *Don. lib. 15. c. 31. lit. z.* Cum E. *Cap. Saepe* extendat actionem de spolio, ut etiam contra tertium possessorem locum habeat, qui scienter rem illam, in qua spolium commissum, accipit, cum hic propter illam scientiam in vitium spoliatoris succedat, eatenus hoc remedium omnino pingvius est interdicto *unde vi*.

Aut Saepe utilius c. *Redintegranda*.

de *vi*. Verum an Capit. *Sepe* potius sit remedio Can. *Redintegranda*, hoc magis dubium est. Remedium enim *Cap. Saepe* locum sibi non vindicare contra successorem singularem, qui ignorat vitium possessionis, cum multis aliis recte defendit Menoch. *Recup. poss. rem. 16. n. 10.* E contrario remedium Can. *Redintegranda* contra quemcunque possessorem tertium, sive malæ, sive bonæ, fidei possessorem dari, communis Dd. sententia est, Mynsing. *Cent. 3. obs. 85.* Scaccia *de Judic. Lib. 2. cap. 7. n. 163.* licet quoad bonæ fidei possessorem dissentiat Gail. *Lib. 2. obs. 75. n. 11.* Si E. communis illa sententia vera est, sine dubio remedium hujus Canonis pingvissimum foret, & interdictum *unde vi*,

vi, ut & Cap. *Sæpe* multis modis superaret. Verum cum Cap. *Sæpe* longe sit recentius illo Can. *Redintegranda*, in quo Innocentius III. contra Juris Civilis rigorem, h. e. contra regulas interdicti *unde vi*, actionem de spolio noviter demum extendit contra possessorem spoli conſcium, sine dubio antea contra illum non competiit, certe contra bonæ fidei possessorem multo minus locum habuit, sicut hoc demonstravit Emanuel Gonzal. Tellez *ad d. c. sæpe n. 4.* de quo pluribus Dn. Ziegler. *add. Can. Redintegranda, cap. 4. §. II.* Add. Struv. *ad Tit. ff. unde vi, th. 114.* Verum cum illa sententia, quod remedium Can. *Redintegranda* contra quemcunque possessorem detur, usu fori sit recepta, teste Brunnem. *Repetit. Wesenb. ad Tit. de vi & vi armat. qu. 19.* quod & agnoscit Ziegler. *cit. l. §. 12.* ubi præjudiciis id confirmat; inde factum, quod in Judiciis nostris in casu violentæ dejectionis, aut alterius cujusvis spoli nulla alia fere *actio* audiatur, quam ex d. Can. *Redintegranda*. Et hanc extensionem non adeo iniquam esse puto; Si enim rem furtivam a bonæ fidei poss. repetere fas est, etiam non refuso pretio *L. 23. C. de R. V.* Cur non & rem vi ablatam? Patet huic regressus contra suum venditorem, nam & hic cautius mercandum *L. 2. C. de furt.*

§. XXIII. Porro in eo quoque pingvius est remedium hoc Juris Canon. quia interdictum *unde vi* intra annum utilem tantum datur, *L. 1. pr. & §. 39. ff. de vi & vi arm. L. 2. C. unde vi*, quantum scilicet ad restitutionem fructuum percipiendorum & interesse, *L. 1. pr. & L. 3. §. 1. h. t.* & post annum eatenus tantum in factum actio salva est, quatenus quid pervenit, Struv. *ad tit. ff. de vi & vi arm. th. 112.* Remedium vero Can. *Redintegranda* perpetuum est, & instar cæterarum actionum personalium 30. demum annis excluditur, Joh. Carol. Antonell. *de tempor. legal. Lib. 2. cap. 91.* Joh. Bapt. Costa, *de fact. scient. & ignor. Lib. 2. c. 91.* Sed annon præscriptio hæc bonæ fidei possessori tantum exceptionem, an vero etiam dominium tribuat, non expriment Dd. Prius affirmandum puto, cum vitium violentiæ rem afficiat, & ita dominii acquisitionem etiam in b. f. possessore impediatur §. 2. *Inst. de usucap.*

Quamdiu
durent
hæc reme-
dia?

*Quid si
res vacua
sit occu-
pata?*

§. XXIV. Cum autem in Jure nostro civili adhuc alia quædam remedia recuperandi possessionem dentur, quæ distincte proposuit Menoch. in *Remed. recup. poss.* illa paucis adducenda, & ostendendum, pleraque sub interdicto *unde vi* contineri, dum Imp. Constitutionibus interdictum illud ad hos casus extensum. Sic qui vacantem possessionem occupavit, ab eo stricto jure non nisi reali actione sive vindicatione res repeti potest; sed Justinianus Imp. in *L. fin. C. unde vi* etiam contra hunc eandem actionem dari voluit, dum ejusdem farinae æstimat illum, qui per vim rapit, quam qui rem ad se non pertinentem de facto occupat, de quo pluribus Menoch. *Rem. 13.* nec interest hoc casu, an occupans sciverit, cujus res fuerit; Sufficit enim, quod suam non esse in comperto habeat. Interim tamen utilius remedium *d. L. fin.* esse conseo, quam interdictum *unde vi*: Hoc enim annale est, lex autem *ult. C. unde vi* novum remedium est, a Justiniano Imp. introductum, & hinc ad modum aliarum actionum civilium ad 30. annos extendendum, per *L. Sicut 3. C. de prescript. 30. ann.*

*Remedi-
um L. 1. C.
si per vim.*

§. XXV. Aliud remedium recuperandæ possessionis ex *L. 1. C. per vim, vel. al. mod. absent. perturb. poss.* ubi, si absentis familia possessione dejecta, illi per hanc legem succurritur, ut scil. etiam servi vel alii, qui in possessione absentis sunt, interdicto recuperandæ possessionis experiri, &, etiamsi mandato domini instructi non sint, tamen, absentium nomine, possessionem repetere possint, pariter, quam si ipse dominus reversus litigasset. Quod remedium *d. L. 1.* omnino utile est partim, quia illi datur, qui dejectus non est, partim alterius nomine experiundi facultatem indulget, cum tamen nullum mandatum præcesserit; partim etiam, quod diutius detur, quam interdictum *unde vi*, dum expresse in *d. L. 1.* dicitur, quod post elapsa spatia recuperandæ possessionis, Legibus præfinita, hoc adhuc competat, conf. Menoch. *recup. poss. remed. 6.*

*Remedi-
um L. in-
vasor 5. C.
und. vi.*

§. XXVI. Porro ex *L. Invasor. 5. C. unde vi* novum remedium recuperandæ possessionis elicit Menoch. *rem. 6.* quod eatenus admitto, dum hic possessio per errorem occupata actori resti-

De
restituen
expediti
C. unde
exilimat
autem per
restitutio
§. X
ex L. Non
conducto
nis rem f
tuunt, q
iam ad
pariter
la posse
unde vi
satis, L. 1
huic restit
hoc ping
sed circa h
cu. de quo
§. XX
quis in tam
est, contra
revera dom
pessit ad
refferen
viciena,
fubstantiam
quo in dicit
casus, unde
fecille dicit
sed credit
ff. ad L. 1.
dia sint, re

restituenda; hoc enim, quia omnis vis abest, interdicto unde vi expediri non poterat. Nec convenire puto remedium *L. ult. C. unde vi*, quod alioqui Bartol. *ad L. Invasor 5. C. d. t.* plenius esse existimat, nam *in L. ult.* occupatio rei alienæ a sciente facta; hic autem per errorem; quæ causa plane diversa est, & tamen æque restitutio injungitur.

§. XXVII. Ulterius remedium recuperandæ possessionis *Remedium L. 10. C. unde vi.* ex *L. Non ab re 10. C. unde vi* colligit Menoch. *rem. 10.* contra conductores, vel alios rerum alienarum detentores, qui dominis rem suam repetentibus resistunt, & non mox eandem restitunt, quod hi non tantum ad rem restituendam, sed insuper etiam ad æstimationem actori refundendam obligentur, quod pariter provisum est *in L. conductores 34. C. locat.* Ergo si de sola possessione recuperanda quæstio foret, sufficeret interdictum *unde vi.* Nam & is dejicit, qui domino rem suam repetenti resistit, *L. 6. in fin. ff. de acquir. possess.* sed quia refusio æstimationis huic resistenti *dd. legib. in simul* injungitur, eatenus remedium hoc pingvius est. Aliud possessionis recuperandæ remedium, sed citra hanc pœnam, occurrit *in L. si quis conducçãois 25. C. locat. de quo dictum Sect. I. Membr. 6. §. 47.*

§. XXIX. Convenit fere cum præcedenti Remedio *L. si quis in tantam 7. C. unde vi*, ubi ille, qui possessione sua dejectus est, contra illum, qui ipsum privata auctoritate expulit, etiam si revera dominus fuerit, vel dominum se esse existimaverit, agere potest ad possessionem restituendam, hoc quidem effectu, ut, si res auferentis propria fuerit, ipse dominus simul excidat; Sin vero aliena, ultra rei restitutionem etiam ad æstimationem refundendam teneatur, de quo prolixè Menoch, *Remed. 9.* cum quo in plerisque convenit Remedium *L. Extat. 13. ff. quod met. caus.* ubi creditor propria auctoritate res debitoris occupans, vim fecisse dicitur, & sic non tantum ad rem restituendam obligatur, sed crediti amissione punitur, quod reperitur *in L. Creditores 7. ff. ad L. Jul. de vi privat.* Verum utut saluberrima hæc remedia sint, totius tamen orbis Christiani usu & praxi illa antiquata esse,

Remedium L. extat. 13. ff. quod met. caul.

esse, docet Christinaeus *in Not. ad Philib. Bugnyon. de LL. abrogat. Lib. I. Satyr. 97.* quod tamen universale non esse demonstravi *in usu Mod. ad Dig. ad tit. quod met. caus. §. 6. & seqq.* Talia enim remedia ob malitiam seculi, omnia sine jure & judicio audentis, ubivis in usum revocanda essent.

Remedium L. ult. C. de acquir. poss.

§. XXIX. Novum remedium recuperandæ possessionis ex *L. ult. C. de acquir. possess.* format Menoch. *Remed. 14.* Verum contextus docet, nihil aliud hic decidi, quam, derelictionem possessionis factam a Procuratore, vel colono, vel inquilino, nihil præjudicii domino generare posse. Ex quo non novum possessorium remedium nascitur, sed ordinaria remedia domino tantum conservantur. Quapropter si colonus possessionem transtulerit, domino adhuc salvum erit remedium retinendæ possessionis ex interdicto *uti possidetis*: si autem is, in quem a colono translata possessio, domino fundum ingressuro resistat, dejectus erit per *L. 6. in fin. ff. de acquir. possess.* & hinc ad interdictum *unde vi ipsi* confugiendum.

Remedium L. si coloni 14. C. de agricol. ad coloni 14. C. de agric.

§. XXX. Remedium ex *L. si coloni 14. C. de agricol.* ad certum casum tantum pertinet, si proprii nostri homines aufugerint, & postea nobis vel ipsi, vel tertius, qui eos detinet, de dominio controversiam moverint, vi hujus *Legis 14.* datur remedium recuperandæ possessionis, ita, ut possessori primo celeri reformatione sit succurrendum, causa originis & proprietatis post restitutionem suspensa, Menoch. *Remed. 10.* unde fugitivus adscriptitius antea reverti ad priorem dominum, & postea de conditione sua agere debet, *Mev. P. 4. Dec. 18. n. 7. Brunnem. ad d. L. 14. de agricol.* Caterum hoc remedium ultra casum expressum non esse extendendum, recte monet Menoch. *d. Remed. 10. n. 11.*

Remedium L. 15. ff. de Condict. in deb.

§. XXXI. Hoc mirum, quod etiam ex *L. 15. ff. de condict. in deb.* recuperandæ possessionis remedium speciale deducat Menoch. *Remed. 2.* cum tamen condictio possessionis indebite translata, non quidem ad petitorium, sed ad personalem actionem conductionis indebiti pertineat, quæ ex quasi contractu nascitur,

scitur, inde actori, hoc casu rem indebite translata esse, probare incumbit. Idem dicendum de remedio *L. 2. ff. de condict. tritic.* ubi de condictione possessionis agitur, ob quam causam in hanc classem hoc remedium refert Menoch. *remed. 3.* Non enim hic novum remedium exhibetur, sed cum in *L. 1. §. 1. ff. de condict. tritic.* dicatur, omnes res, sive mobiles, sive immobiles, illa actione condici posse, illud in *L. 2.* applicatur etiam ad possessionem, non tam quatenus hæc restituenda, sed potius, ut ejus æstimatio refundatur, ubi possessio vel restitui nequit, vel ob moram mea interfit potius æstimationem, quam possessionem habere; ad solam enim æstimationem illa conditio tendit, *L. 3. ff. d. t. Franzk. in Comment. ff. ad. b. t. num. 5.* Tandem quoque remedium *L. Si & me & Titium 32. ff. de reb. credit.* ad hanc seriem refert Menoch. *Remed. 4.* sed praxis ejus generalior est, sicuti de eo supra actum *Secl. I. membr. 2. §. 23. & seqq.* Subjungit quidem adhuc *Officium Judicis*, quod ultimum remedium appellat, tam in adipiscenda, quam in retinenda & recuperanda, possessione. Verum hoc remedium generaliter suspectum est, ubi enim lex non succurrit, judicis, qui minister legum audit, non est, nova fingere remedia, aut ultra legum permissionem, actori, ejus officium imploranti, succurrere.

§. XXXII. Sufficiant hæc de Remediis possessoriis. Cæterum cum supra *Membr. præced. §. fin.* dictum, possessorium remedium potius, quam petitorium eligendum esse, observabit hoc insuper acturus in judicio, quandoque consultum esse, ut petitorium cum possessorio cumuletur, quod fieri posse in Remediis adipiscendæ & recuperandæ possessionis, extra controversiam apud Dd. est, Hartm. Pistoris *P. 1. qu. 45. n. 12. Gail. L. 1. obs. 63. n. 2. & seqq.* Et hinc rei vindicatio & interdictum unde vi recte conjunguntur, *L. cum fundum 18. §. ult. ff. de vi & vi arm.* secus vero in remedio retinendæ possessionis, quia hic se possidere prætendit, vindicans vero rem ab adversario possidente petit, Hartm. Pistoris, *P. 4. qu. 13. num. 4.* sed quid circa hanc cumulationem caute observandum sit, dixi in *introduc. ad*

Remedi-
um L. 32.
ff. de Reb.
cred.
Officium
Judicis.

Cumula-
tio petito-
rii & pos-
sessorii.

Prax. Forens. cap. 1. §. 27. & seqq. quorsum brevitatis amore me remitto.

MEMBRUM III.

De Jure Hereditario, & Remediis, pro hereditate competentibus.

§. I.

Jus hereditarium an a Dominio separatum? SEquitur jam jus hereditarium, quod quidem ad dominium juris referri posse videtur, vel potius ad dominium defuncti continuatum, cum titulus heredis per se non novum jus tribuat, sed idem nec plus, nec minus quam defunctus habuit, *L. 24. ff. de Verb. signif.* in heredem devolvat; cum tamen dominium proprie rerum singularium sit *L. 80. ff. de legat. 2.* & plura dentur in hereditate, quam quarum dominium defuncto competiit, quippe tam nomina activa, quam passiva defuncti ad heredem devolvuntur, ita ut hic, quia heres est, omne ejus factum præstare teneatur, *L. cum a matre 14. C. de R. V.* imo & res, quæ apud defunctum depositæ vel ipsi commodatæ, vi hujus juris hereditarii repetuntur a possessore, *L. 19. pr. & §§. seqq. ff. de hered. petit.* merito jus hereditarium ob suam amplitudinem pro separato jure reputatur; unde hereditatis juris nomen esse dicitur *L. 178. §. 1. ff. de V. S.* & hereditati appellatio universitatem quandam ac jus successionis, non singulares res, demonstrat. *L. Bonorum 208. ff. de V. S.* Unde etiam hereditatem petiturus, fundamentum intentionis non collocat in dominio, sed tantum in eo, quod heres sit, *L. 10. §. 1. ff. de heredit. petit.*

De remediis inde descendentibus. §. II. Cum autem hereditas ad aliquem devolvatur vel ex testamento, vel ab intestato, *L. 1. ff. de heredit. petit.* ordinis causa primo videndum de remediis, heredi testamentario æque cum legitimo competentibus, quorsum & bonorum poss. referimus *d. 2. ff. de possess. hered. petit.* post de illis, quæ testamentario tantum competunt; demum de beneficiis successoris legitimo pro consequenda vel defendenda successione indulgis.

§. III.

§. III. Commune heredi legitimo & testamentario remedium est ipsa *hereditatis petitio*, in qua hoc solum allegare sufficit, se heredem esse, ne quidem expresso, an ex testamento, an ab intestato, talis sit, *arg. L. 14. §. 2. ff. de except. rei judic. Zoel. in Comment. ff. tit. de heredit. petit. n. 7.* consultius tamen existimo, ut actor alterutrum exprimat; interdum enim utroque jure ad hereditatem venire poterit *per tit. ff. si quis omiff. caus. testam.* si E. ex uno jure agens succumbat, ex altero de novo agere potest, non obstante re judicata, *arg. L. saepe 63. ff. de re jud.* Imo & reus per judicem urgere posset, ut actor exprimat, an ex testamento, an ab intestato heres sit, si forte rei hoc scire intersit, *arg. L. 9. §. 6. ff. de interrog. in jure faciend.*

Hereditatis petitio.

§. IV. Antequam vero ad hereditatis petitionem procediatur, non sufficit, ut de jure suo hereditario certus sit, sed indiatum hic super explorare debet, quo pretextu adversarius hereditatem detineat; non enim contra quemcunque possessorem indistincte, sed contra illum tantum, qui pro herede, vel pro possessore possidet, hæc actio competit, *L. 9. ff. de heredit. petit. L. 7. C. eod.* quem in finem utile est, ut ipse possessorem de titulo judicialiter interroget, hoc casu enim possessor eum edere tenetur, *per L. Cogi 11. C. d. t.* Quare si observaverit, possessorem speciali titulo niti, petitione hereditatis se abtineat, & rem illam vindicatione petat, *per L. 7. C. de heredit. petit. Hillig. in Donell. Lib. 19. cap. 12. lit. U.*

Videndum hic contra quem possessorem agatur.

§. V. Hoc nihil refert, an is, qui rem semel pro herede aut possessore possedit, illam adhuc detineat, an dolo possidere desideret, hic enim adhuc pro possessore habetur, *per L. 2. §. 13. & 14. ff. de heredit. pet. L. 25. §. 8. ff. eod.* Idem obtinet, si adversario ignoranteliti se malitiose obtulerit; nam & hic post litem contestatam ad æstimationem condemnatur, *L. 13. §. 13. & L. 45. ff. d. e.* quod ipsi commune est cum rei vindicatione, de qua supra dictum *Sect. 2. Membr. 1. §. 10.* Hoc tamen singulare est in hoc Judicio universali, quod, etiamsi possessor bonæ fide hereditatem alienasset, & pretium illius possideret, aut alias lucupletior inde

Quis hic censeatur possidere?

factus sit, adhuc tanquam possessor rerum hereditariarum conveniri possit. In universali enim judicio res functionem recipiunt, & hinc pretium succedit loco rei, & res loco pretii, *L. 20. §. 17. ff. de heredit. petit. L. 22. in fin. ff. eod.* Quod omnino secus est in rei vindicatione, *Franzk. ad tit. ff. de heredit. petit. n. 21. & seqq.* Idem est in augmento hereditatis. *L. 20. §. 3. ff. d. t.*

De præstationibus personalibus.

§. VI. Cum autem hac actione non tantum ipsæ res hereditariæ, sed etiam præstationes personales petantur, *L. 25. §. 18. ff. d. t.* inde actor simul attendat, an possessor hereditati damna dederit, an fructus inde perceperit, illorum enim reparationem, horum vero restitutionem, petere potest; ubi ratione fructuum restituendorum hoc in præsentis judicio singulare est, quod etiam bonæ fidei possessor non tantum extantes, sed etiam consumptos restituere teneatur, in quantum inde locupletior factus, *per L. 25. §. 11. & 15. ff. d. t. L. 1. C. eod.* quod secus in judicio singulari: Fructus enim augent ipsam hereditatem, & pro ejus parte reputantur, unde etiam non petiti, adjudicari possunt officio Judicis, *Hillig. in Don. Lib. 9. cap. 13. lit. C. & Hahn. ad tit. de heredit. petit. n. 10.*

Mors hic probanda.

§. VII. Hoc extra dubium est, neminem hereditatis petitione agere posse, nisi illum mortuum esse probaverit, cujus hereditatem ambit; Mors enim non præsumitur, nisi probetur, *Finckelth. obs. 100.* quæ probatio, qua ratione fieri debeat, exponit *Mascard. de Probat. Concl. 1373.* Receptum tamen præcipue in Saxonia est, aliquem mortuum præsumi, si quis tamdiu abfuerit, ut septuagesimum ætatis annum impleverit, adeo ut proximioribus cognatis sine cautione concedenda sit hereditas, *Carpz. P. 3. Const. 15. def. 57.* Interim proximus successor administrationem bonorum sibi committi petere potest, sub cautione de illis cognato absenti, si vivus redierit, restituendis, *Carpz. d. l.*

Utilius est interdium Quorum bonorum,

§. VIII. Cum autem petitio hereditatis ordinarium remedium sit, etiam hic consultius est ad summarium illud adipiscendæ possessionis remedium QUORUM BONORUM confugere: Hoc enim licet originetenus tantum heredi Prætorio vel bonorum possessori detur, *L. 1. pr. quor. bonor.* extensum tamen est

Pruden-

Prudentum interpretatione ad quemcunque heredem civilem, sive testamentarium, sive legitimum, *L. 1. C. d. t. L. 23. ff. de acquir. possess.* Gail. *Lib. 2. obs. 129.* Imo utile hoc interdictum ad quemvis alium, etiam successorem in dignitate extensum, Menoch. *Rem. 1. adipisc. poss. n. 46.* Petr. Frider. Mindanus *de interdict. P. 2. Tit. 16. n. 52.* & ita etiam successor in feudo datur, Godofr. Anton. *Disp. feud. 13. th. 4.*

§. IX. Remedium autem interdicti *quorum bonorum* in eo *Declarat.* commodius est petitione hereditatis, quod quamvis etiam detur contra illum, qui pro herede vel pro possessore possidet, §. 1. *Inst. de interdict. L. 1. pr. ff. quor. bon.* attamen, quia possessorium est, non admittit exceptiones altioris indaginis, sed illæ ad reconventionem remittuntur, *L. ult. C. quor. bonor.* Menoch. *Rem. 1. adipisc. possess. n. 103.* Imo quoque a sententia in hoc iudicio lata non potest appellari, quoad effectum suspensivum, sed tantum devolutivum, quod tamen commune est reliquis iudiciis possessoriis, *L. un. C. si de moment. poss. fuer. appell.* Cætera, quæ ad praxin hujus interdicti pertinent, vid. apud Menoch. *adipisc. poss. d. remed. 1.*

§. X. Heredi testamentario pro consequenda hereditate *Remedi-* novo remedio provisum est ab Imp. Justiniano in *L. fin. C. de um L. fin.* *Edict. D. Hadr. toll. vi* cujus heres *testamento sive ex assè, sive ex C. de E-* *parte institutus, Judici testamentum non cancellatum neque abo-* *diç. D. A-* *litum, neque ex quacunque suæ formæ parte vitiatum, sed quod* *drian.* *in prima figura sine omni vituperatione appareat, & depositioni-* *bus testium legitimi numeri vallatum sit, uti verba textus ha-* *bent, quod Practici per compendium efferunt, si testamentum* *nullo visibili vitio laboret, offerre, & immisionem in bona he-* *reditaria illico impetrare potest, dilata quæstione, an testamen-* *tum de cætero legitime conditum sit, vel non, ad ordinarium* *iudicium. Quod remedium amplissime exposuit Cæs. Argelus* *de Paltronib. Tr. de acquirend. possess. ex remed. L. ult. C. de Edict.* *D. Hadr.* Et hoc non tantum in testamento solenni coram sep-
tem testibus condito, sed etiam in judiciali scripto procedere,

dubitandum non est, Carpz. *Lib. 1. Resp. 19.* Praxis quoque hoc ad testamentum nuncupativum, in scripturam redactum, per Notarium extendit, Menoch. *Rem. 4. adipisc. possess. n. 91.* Carpzov. *Lib. 6. Resp. 20. n. 3.* Imo existimat Menoch. *n. 96.* receptam Dd. sententiam esse, quod etiam in testamento nuncupativo locum habeat, si per testes examinatos & in scripturam redactos illud probari possit: quod approbat Wefenbec. *Consl. 81. n. 7.* Richter. *ad d. L. ult. Requisit. 3. p. 168.* Quæ sententia tamen valde dubia est, cum jus singulare ad consequentiam non facile trahendum; licet si prior sententia, de testamento per Notarium in scripturam redacto, vera est, posterior negari nequeat; cum non minoris auctoritatis esse possit, quod Judex ex ore Juratorum testium Actis publicis inserit, quam quod Notarius ex ore testatoris excipit & conscribit. Alias certum est, heredi ab intestato hoc beneficium non dari, Carpz. *Lib. 6. Resp. 19. n. 3.* Forster. *Tr. de Success. Lib. 1. cap. 33. n. 1.* Cæs. Argelus *Tr. de acquir. possess. ad d. L. ult. qu. 4. artic. 1. n. 25.* ubi 49. Autores pro hac sententia allegat. Hic ergo interdicto quorum bonorum acquiescet.

An obtineat in Codicillis?

§. XI. Sed quid, si Codicillo alicui relicta hereditas? Non loquor de Codicillis testamento confirmatis, sed ab intestato conditis. Plerique etiam huic remedium *d. L. ult.* concedunt, si in Codicillis etiam nullum visibile vitium occurrat; larga enim significatione Codicilli testamentorum nomine veniunt, & æqualis utrinque favor subito implendi voluntatem defuncti ultimam, Menoch. *d. Rem. 4. n. 192.* Hartm. Pistor. *Lib. 4. qu. 10. n. 3.* Richter. *ad d. L. ult. requisit. 3. pag. 169.* Sed fundamento carere hanc sententiam existimo; ubi quidem non urgebo, quod ex Codicillo succedens, ab intestato succedat; sed hoc tantum urgeo, quod nullo alio, quam fideicommissi jure ex codicillo quis capere possit hereditatem; Atqui vero fideicommissario, quamvis solenne testamentum extet, jus agendi ex beneficio *L. ult.* non competit, antequam ipsi ab herede directo verbis facta restitutio: Possessor enim conventus a fideicommissario exciperet, tu non tuo jure heres es, sed mediante restitutione heredis

fidu-

fiduciarii; E. hac non facta, non tibi competit jus agendi, quod agnoscit Menoch. *Rem. 4. n. 171.* idem probat Bachovius *Vol. 2. Disp. 25. th. 1. lit. L. Cas. Argelus de acquir. possess. ad d. L. ult. qu. 8. art. 1.* Quo jure E. experietur ex Codicillis fideicommissum petens, nisi pariter restitutione probata. De reliquis testamentis privilegiato jure subsistentibus, nullum dubium est, scripto in illis heredi hoc remedio succurrendum esse. Quorsum pertinet testamentum privilegiatum patris inter liberos, Carpz. *Lib. 6. Resp. 20. n. 7.* licet de hoc dubitet Menoch. *Rem. 4. n. 114.* Verum sine ratione, cum sufficiat, testamentum in se validum esse, licet potioribus solemnibus permittente jure non opus habeat. Unde, quia miles cum duobus testamentis decedere potest, heres in utroque testamento institutus, simul immissionem ex *b. L. ult.* petere poterit, *Cas. Argel. de acquir. poss. qu. 14. Art. 1. n. 42.*

§. XII. Caterum attendere debet heres ex *d. L. ult.* immissionem petiturus, an etiam probare possit bona illa, in quæ immiti cupit, testatoris tempore mortis fuisse; quod tamen non intelligendum, quasi probandum esset heredi, illa bona in dominio testatoris fuisse, sed sufficit, si probaverit, illa fuisse ex ejus bonis, h. e. illarum periculum ad testatorem pertinuisse, quorsum etiam res commodatæ & depositæ pertinent, *Sichard. Comment. Cod. ad d. L. ult. n. ult.* sicut enim illæ res veniunt in petitionem hereditatis, *L. 19. ff. de heredit. petit.* ita etiam multo magis in hoc judicium possessorium, *Conf. Richter ad d. L. ult. Requis. 5. pag. 187.*

§. XIII. Demum videat actor, an non possessor legitimus jus contradicendi habeat. Ubi enim legitimus contradictor, h. e. ubi possessor titulum possessionis habet, causa contradicendi ante immissionem ventilari debet. *per d. L. ult. Befold. Conf. 56. n. 65.* quis autem revera hic legitimus contradictor dicendus sit, fuse exponit Menoch. *Rem. 4. adipisc. possess. n. 554.* Et speciali libro hoc thema deduxit *Cas. Argelus Tr. de legit. contradict.* Hoc certum, heredes ab intestato successuros & testamentum impugnaturos, hic pro legitimis contradictoribus non reputari,

Quid testamenti privilegiatis?

Quid hic probandum sit?

De legitimo contradictore

putari, Cas. Argel. *d. Tr. qu. ii. art. 1. & seqq.* nisi hoc unicum urgeant, adesse vitium testamenti visibile, Argel. *d. qu. ii. art. 3.*

*Interdictum
Quod legatorum.*

Conjungi potest cum herede petitione.

Condictio ex L. 5. C. de legat.

De tabulis exhibendis.

§. XIV. Porro ex jure hereditario etiam descendere puto interdictum QUOD LEGATORUM, mediante quo heres testamento scriptus, possessionem rei legatæ a legatario propria auctoritate apprehensæ, brevi via adipisci potest: Debuisset enim legatarius ex manu heredis legatum expectare, *L. 1. §. 2. ff. quod legat.* cujus interdicti finis partim eo tendit, ut legatarii audacia compescatur, partim vero, ut Falcidiam detrahere possit, Menoch. *Remed. 2. recup. poss. num. 9.* Cum autem sæpius in incerto sit, an quis rem legatam pro herede, an pro legatario, possideat, cautelam suggerit Jctus in *L. 1. §. 4. ff. quod legat.* hereditatis petitionem cum interdicto *quod legatorum* conjungi posse, ut si non illa, certe hac, actione teneatur, subjecta generali observatione, quod hoc soleamus facere, *quoties incertum est, quæ potius actio teneat; nam duas dicimus, protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit;* ex quo textu fundamentum desumunt Practici, actiones etiam ad idem tendentes cumulari posse in casu dubio, si non constet, quænam competat; verum alternative.

§. XV. Quod si legatarius majoris audaciæ adhuc fuerit, & rem legatam ab herede jam tum possessam occupare veritus non fuerit, pinguius ipsi remedium proditum est, scil. condictio ex *L. non dubium 5. C. de legat.* vi cujus repetere & sibi penitus servare potest rem legatam, utpote quam factæ suo amisit legatarius, Barry *Tr. de success. Lib. ii. tit. 19. n. 1.* quo eodem jure etiam experiri poterit, si fideicommissarius fideicommissum propria auctoritate occupasset, vel heredi subtraxisset, per *L. Paulus 48. ff. ad Sct. Trebell.* Peregrin. *de fideicom. Art. 47. n. ii.* quod tamen restringunt, nisi testator facultatem propria auctoritate legatum vel fideicommissum apprehendi concessisset, Barry *d. T. 19. n. 3.* Menoch. *Remed. 2. adipisc. poss. n. 44.*

§. XVI. Porro heredi testamentario, quo eo facilius jus suum ex testamento consequi possit, remedium prætorium *de tabulis exhibendis* concessum, vi cujus contra quosvis tabula-

tabular
interell
Genera
cum om
iam lega
hend. qu
ad exhib
hend.
§.
cum lex
pue lab
defend
functi
tionem
se vider
currenda
dom, an
stamentor
stamenti
ab intestat
tem testat
Manz. Tr.
§. X
vero sit, c
bei, parer
cum fratre
tunc, qua
re. sum
penitus
possunt.
admittan
& fratrib
de inoff.
§. X

tabularum detentores experiri potest, ut illas exhibeant, vel interesse præstent, *L. 1. §. 1. L. 3. §. 11. & L. 7. §. 3. ff. de tabul. exhib.* Generalius tamen hoc remedium est, quam ut soli heredi detur, cum omnibus, quorum interest exhiberi testamentum, & sic etiam legatariis idem competat, *L. 3. §. 10. 13. & 14. ff. de tabul. exhibend.* quod si heres hereditatem jam adiisset, tabulas vindicare, & ad exhibendum agere posset, *L. 3. §. 5. ff. d. t. & L. 3. §. 8. ff. ad exhibend.*

§. XVII. Heredem ab intestato speciatim quod attinet, huic cum lex hereditatem citra factum hominis assignet, illi præcipue laborandum est de remediis, quibus jus legitimæ hereditatis defendat. Cum vero hoc regulariter interverti soleat per defuncti testamentum, dum hominis provisio facit cassare provisionem legis *L. fin. C. de pact. convent.* ideo si testamentum adesse viderit, de mediis illud impugnandi sollicitus esse debet. Percurrenda autem hic ipsi sunt testamentorum requisita & videndum, an quicquam ad formam vel externam vel internam testamentorum pertinens, a testatore fuerit neglectum, quo testamenti vitio ostenso, hoc sua sponte corruit, & jus succedendi ab intestato illibatum habebit heres legitimus. Qua ratione autem testamentorum defectus inquiri debeant, dilucide exposuit *Manz. Tr. de Testam. valid. & inval.*

§. XVIII. Præcipue autem attendat, annon ex eorum numero sit, quibus jus legitimam assignavit, quorsum pertinent liberi, parentes & certo casu in *L. 27. C. de inoff. testam.* expresso etiam fratres. His patet recursus ad querelam inofficiosi testamenti, quam ex jure hereditario descendere certum est, *Lauterb. Comment. ff. de inoffic. testam. th. 9.* vi cujus testamentum penitus impugnare, & ad successionem ab intestato admitti possunt: Quamvis non simul, sed successive ad illam querelam admittantur, quia quamdiu descendentes adsunt, parentibus & fratribus jus querelam instituendi non competit, *L. 14. & 16. ff. de inoff. testam.*

§. XIX. Verum non conveniunt, an querelæ adhuc hodie

*Le adhuc
hodie lo-
cus sit?*

locus sit, postquam per *Nov. 115.* certa exheredationis forma præscripta? Et quidem fratribus illam adhuc salvam, imo necessariam esse, certus sum, quia de illorum institutione vel exheredatione in *Nov. 115.* nihil cautum, *Zœl. ad tit. de inoff. testam. n. 41.* quoad liberos vero & parentes illam regulariter non amplius obtinere puto; notum enim est, si alio jure quis impugnare testamentum possit, querelam non esse admittendam, utpote quæ extraordinarium, sive subsidiarium remedium est *L. 8. §. 15. & L. 23. pr. ff. de inoff. testam.* Jam vero postquam certa exheredationis forma per *Nov. 115.* præscripta, illa non observata, corrumpit sine dubio testamentum, quod & innuit *Imp. in d. Nov. 115. cap. 3. in fin. verb. si autem hæc observata non fuerint, nullum exheredatis liberis præjudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato &c.* Si E. nullum testamentum, non locus erit amplius querelæ, *Gilkenius ad L. 30. C. de inoff. testam.* Nullitas tamen hæc ultra institutionem non extenditur, sed legata & fideicommissa salva manent, per *d. Nov. 115. cap. 3.*

*Aff. certo
casu.*

§. XX. Uno tamen casu post hanc Novellam locum querelæ superesse communiter asseritur, si scilicet pater nominatim exheredaverit filium, expressa ingratitude causa, & quidem tali, quæ in *Nov. 115.* continetur, sed causa illa post mortem testatoris ab herede probari nequit. Hoc enim casu forma exheredationis testatori præscripta, observata est, & sic nullum vitium in testatore, nec in ipso testamento, omnibus suis numeris perfecto, sed defectus demum post mortem testatoris se exerit in persona ipsius heredis, causam ingratitude probare non valentis; hoc casu E. locus erit querelæ, ob cessantem nullitatem, *Jul. Clarus §. testamentum qv. 4. Conf. quæ dixi in Usu Mod. ff. ad tit. de inoffic. testam. §. 4.* Nihilominus tamen & hoc casu legata salva manere existimo per expressam dispositionem *d. Nov. 115.* quod secus est, si frater prælata turpi persona exclusus, querelam moveat; vid. *Usus Mod. ff. d. l. §. 6.*

Nullitatis

§. XXI. Quamvis autem non desint *Dd.* qui querela etiam post

post *d. Nov. us.* opus esse contendat, Franzk. in *Comment. ff. tit. querela de in off. testam. n. 12.* Fachin. *Lib. 4. Controv. 9.* In eo tamen cautus sit heres legitimus, ut si quinquennium elapsum querela non utatur, utpote quæ hoc tempore circumscripta est, per *L. 36. §. 2. ff. de inoff. testam.* potius ergo ad impugnationem ex capite nullitatis confugiat, quæ perpetua sive tricennalis est. Deinde caveat, si forte legatum sibi relictum observaverit, ne facile ad querelam se conferat; In hac enim si succumbat, legatum amittit, *L. 8. §. meminisse 14. ff. d. t.* potius videat, annon ex capite nullitatis tanquam injustum impugnare paternum elogium possit, ita enim cum non de voluntate patris, sed de jure disputet, etiamsi succumbat, legatum non amittit per *L. 24. ff. de his, que ut indign.* Imo hoc quoque interesse puto inter nullitatem & querelam, quod querela non præparata non nisi unico casu, si scil. filius ante aditam a scripto herede hereditatem decesserit, ad filii heredes transmittatur, per *L. 34. C. de inoff. testam.* sed si ex capite nullitatis impugnari possit testamentum, hoc jus ad filii heredes transmitti existimo, quia nullitatis remedium ordinarium, & hinc ejusdem juris cum aliis ordinariis actionibus, sicuti pro hac nullitatis transmissione pronunciatum memini in *Facultate Jurid. Francofurt. d. 16. Oct. Anno 1684.*

§. XXII. Cum vero legitima institutionis titulo relicta per *Nov. us. cap. 3. pr.* de reliquis bonis demum libere disponat patrens, attendat heres legitimus, an illam integram habeat, an non: Posteriori casu specialis ipsi actio prodita, qua supplementum legitimæ perat, quam suppletoriam alii, alii expletoriam vocant, quamvis commodius conductio ex *L. 30. C. de inoff. testam.* dicatur. Et hæc actio quia civilis est, per 30. annos institui potest, *Zoel. ad tit. ff. de inoff. testam. n. 71.* Caterum huic actioni non renunciat filius acceptando legatum, *L. 35. §. 2. C. d. t.* si tamen huic supplemento expresse renunciaverit, expirat hæc actio, *Carpz. Lib. 6. Resp. 46.*

§. XXIII. Demum ex jure hereditario pluribus communi descendit quoque actio familiæ heriscunda; Quamvis enim hæc actio familiæ heriscunda; *De judiciis o familie heriscunde.*

hæc ex quasi contractu descendere videatur, unde & illa ab Imp. Justiniano in §. 3. *Inst. de oblig. ex quasi contract.* proponitur, eoque nomine jura supra *Sect. 1. Membr. 9. §. 20.* a nobis adducta. Interim si verum fateri fas est, hæc actio non per se, sed per accidens tantum ex quasi contractu nascitur. Sui enim natura ex solo jure in re oritur, scil. ex jure hereditario pluribus communi, cujus quisque partem sibi debitam petit: Quapropter recte monet Lauterbach. *Comment. ad ff. tit. famil. hercisc.* actionem illam nihil aliud esse, quam vindicationem partis hereditariæ pro indiviso. Hoc vero contingere potest, etiamsi nemo ex coheredibus hereditatem possederit, illamve administraverit, aut lucra inde perceperit; quo casu nihil personale in hac actione remanet, sed mere realis existit; ut inde mirandum, quare si facta illa personalia concurrant, mixtam ejus indolem concedere nolint haud pauci Dd. sed illam mere personalem esse contendant. Et salvo jure dici nequit, obligationem hanc nasci ex rerum hereditariarum communione: Communio enim illa non conventionalis est, sed citra factum in illam incidunt coheredes.

Quid si hereditas per pactum delata?

§. XXIV. Coronidis loco circa remedia ex jure hereditario oriunda observandum, cum hodie etiam per pacta deferatur jus hereditarium, actiones superius expositas, utiliter etiam huic anomalæ successionis applicandas esse. Unde ex pacto fraternitatis confratribus petitionem hereditatis conventionalis dari, recte asserit Hahn. *de Jur. rer. cap. 11. n. 15.* Imo & interdictum *Quorum bonorum utile* illis competere pariter nullus dubito, Knipschild. *de Fideicommiss. Famil. nobil. cap. 13. n. 84. & seqq.* Plura remedia actionum videbis in *Tr. de Success. ab intest. Disp. 8. cap. 7. n. 48. & seqq.* De actionibus ex unione prolium oriundis dictum est *ibid. Cap. 6. §. 22. & seqq.* De actionibus ex pactis dotalibus pariter ibi actum *Cap. 5. §. 33. & seqq.*

Querela inofficiosa dotis.

§. XXV. Ulterius ex jure successionis intestatæ liberis parentibusque concessæ, quod legitimam salvam habere debeant, præter inofficiosa querelam nascitur pariter querela inofficiosa dotis; Cum enim omne gravamen a legitima remotum voluerint

rint LL. nostræ, *L. Quoniam 32. C. de inoff. testam.* etiam illud præcavendum fuit, ne nimia dote in unam filiarum collata, aliorum liberorum legitima minuatur. Quod si E. hoc factum sit, querela inofficiosa dotis reliquis liberis competit, *L. un. C. de inoffic. dot.* & *ibi Dd.* ubi tantum restituere debet filia dotata, quantum ad supplendam reliquorum legitimam necessarium, quod facere debet, etiamsi hereditatem paternam repudiet, *L. ult. ff. de dot. collat.* Qua ratione autem hæc legitima computanda, exposui in *Tr. de Success. ab intest. Disp. II. cap. 6. §. ult.*

§. XXVI. Idem juris est in querela inofficiosa donationis, qua personæ in legitima læsæ, donationes immodicas, ut inofficiosas, rescindi petunt, quæ querela in specie dicitur, *L. ult. C. de inoffic. donation.* quod remedium etiam fratribus non denegandum, si defunctus frater in turpes personas vel levi macula notatas, adeo immoderate liberalis fuerit, ut reliquis ne quidem legitima remanserit. Cui enim querela inofficiosi testamenti datur, illi etiam datur querela inofficiosa donationis. *L. ult. C. de inoff. donat.* *Rittershus. ad. Novell. P. 5. cap. 13. n. 14.* Datur autem hæc querela contra unumquemvis donatarium, sive ex liberis fuerit, sive extraneus; non enim inofficiosam donationem facit persona accipientis, sed prodigalitas dantis & diminutio legitimæ, *Donell. Lib. 19. cap. 11.* Imo idem obtinere puto in venditione simulata, tacitam donationem continente, si studio viliori pretio, in præjudicium liberorum, rem vendiderit, *Carpz. P. 2. Const. 12. def. 36. & P. 2. Const. 44. def. 10. Heig. Lib. I. qu. 25. n. 39.*

§. XXVII. Quamvis autem non pauci *Dd.* existiment, attendendum hoc casu actoribus esse, an donatio immodica facta in unum liberorum, an in extraneum; & si in hunc, an consilium fraudandi liberos legitima accesserit, an non. Si cum consilio fraudandi extraneo datum, integram donationem revocari possedunt, alias vero tantum quoad legitimam; Quam distinctionem probat *Dn. Brunnem. ad L. 1. C. de inoff. donat.* Verum cum læsio liberis non contigerit, ultra legitimam, & hoc debitum bonorum subsidium ipsi tantum voluerit saluum Imp. in

De inofficiosa donatione.

An integra donatio revocetur?

L. 5. C. de inoff. don. tutius existimo, opinioni contraria insistere cum Hillig. in *Don. l. 19. c. 11. lit. K. Franzk. Exercit. 5. q. 9.* Hoc certum est, filium, in quem officiosa donatio collata, non posse se a supplenda legitima liberare, etiamsi hereditati paternæ renunciet, per *Nov. 92. cap. 1. pr.* Cessat tamen hæc querela pariter, si filius exheredatione dignum se præstiterit, *d. Nov. 92. cap. 1. §. 1. Richter. ad Auth. unde & si parens, C. de inoff. testam. n. 35. & seqq.* Sicut & quinquennalis præscriptio hic locum invenit, *arg. L. fin. C. de inoff. donat.*

§. XXIX. Coronidis loco, qua actione gerada a filiabus in Saxonia petatur, subjiciendum. Decisio autem hujus quæstionis apparebit ex responso Facultatis Juridicæ Hallensis, *Mens. Septembr. 1695.* Was hiernächst das *genus actionis* betrifft / weil die Gerade auf eure Töchter *jure hereditario* nach Anleitung des gemeinen Sachsen-Rechts verfallen / und bekandt / *quod etiam pars hereditatis actione reali petitionis hereditatis* ausgeklaget werden könne / ferner auch einem iedem *successori* das *interdictum* quorum bonorum zu statten kommen muß / welches *paratiorem executionem*, als die *petitio hereditatis* mit sich führet / *adeo ut exceptiones altioris indaginis ad reconventionem remittantur* ; So sind wir der Meinung / daß ihr *utili actione ex interdicto quorum bonorum* zu klagen / und daß eure Töchter *pro legitimis heredibus*, der verlassenen Gerade erkläret werden mögen / zu suchen / wohl befüge seyd. B. N. W.

MEMBRUM IV.

*De Servitute & Actionibus inde
competentibus.*

§. I.

*Servitus
quaratione
vindictur?*

AD servitutum jam progredimur, seu ad jus in re vel nobis vel nostro prædio in alieno concessum, & per hanc non actuale

actuale exercitium, sed ipsum jus servitutis intelligimus; ne alioqui huic juri reali opponi possit, quod servitus ipsa vindicetur, per *L. 2. §. 1. ff. si servit. vindic. L. 9. ff. de nov. oper. nunciat.* Ob jus enim servitutis legitime quæsitum, exercitium ejus ab altero impeditum vindico, quo sensu etiam dominii exercitium vindicatur, *§. 4. Inst. de action.* Nihil autem hoc casu interest, an servitus *personalis* sit, quorsum pertinet usufructus, usus & habitatio; an *realis*, sive prædialis, illaque vel rustica vel urbana; omnia enim hæc eandem ubique producunt actionem, *L. 1. ff. si ususfr. petat.*

§. II. Competit autem pro tuendo jure servitutis actio *Confessoria*, qua quis sibi vel prædio suo servitutem competere intendit, contra quemvis, ejus liberum usum impediens per *L. 6. §. 3. ff. si servit. vindic. L. 5. pr. & §. 1. ff. si ususfr. petat.* Ubi tamen actori probandum jus servitutis, *L. 9. C. de Servit.* Ex sua vero parte reus nihil ulterius probabit quam turbationem, *L. 10. §. 1. ff. si servit. vindic.* Imo nec interesse hic puto, an actor sit in quali possessione servitutis, quamvis enim huc a probatione servitutis liberum pronunciet Lauterb. in *Comment. ff. tit. si servit. vindic. §. 4.* fallit tamen ille possessionis favor, si possidenti resistat præsumtio juris, quæ hic adest, quod omnis fundus præsumatur liber, *Struv. ad ff. Exerc. 13. th. 43.* Hoc vero admitto, quia actio confessoria directa non nisi domino *L. 2. ff. si servit. vindic.* utilis vero utili domino prædii, aut aliud jus reale habenti datur, *L. 16. ff. de servitut.* illum, qui in possessione prædii dominantis est, probare dominium non teneri, ex hoc solo, quod in possessione sit, *Struv. d. th. 43. in f.*

§. III. Huic confessoria actioni opponitur negatoria, qua quis alteri servitutem in re sua (cujus dominium ex possessione præsumitur, uti pluribus probavit Cothmann. *Vol. 4. Conf. 1. n. 35. unde nascatur?*) competere negat, reumque, ut ab ejus usurpatione desistat, præstita hoc nomine cautione, condemnari petit; quæ actio intuitu prioris, pro servitute asserenda competentis, Contraria appellatur in *L. 8. pr. ff. si servit. pet.* Minus commode tamen

ex jure servitutis competere dicitur, cum contra servitutem pro defendenda libertate detur, & sic quisque vel vi juris domini directi, vel utilis, vel alterius juris in re, facultatem de re sua perfecte disponendi exercet, dum servituti ab altero præsentia contradicit. vid. Dn. Schwendend. in *Not. ad Eckolt. tit. si ususfr. pet. §. 1.* & sic revera est vindicatio libertatis, Dn. Petr. Müller ad *Struv. Exerc. 13. th. 48.* Cum tamen contrariorum eadem ratio sit, sub materia servitutis utraque actio conjungi solet.

Cui hic
incumbat
probatio?

Quid si
adversari
us possi
deat?

§. IV. Cum autem in sola contradictione actio hæc potissimum consistat, contra naturam aliarum actionum hoc singulari jure gaudet, quod actor a probando immunis sit, & reus servitutem prætendens, hoc onere tantum gravetur; Cothman. *Vol. 4. Conf. 1. n. 21.* & hoc onere tantum eapropter, quia reus in negativa se fundat, quæ regulariter probari nequit, *L. asseveratio 10. C. de non numer. pec. sed &*, quod pro actore militet præsumtio libertatis, *L. 9. C. de servit. quæ est oneris probandi translative, L. cum de indebito 25. pr. vers. sin vero ff. de probat. Eckolt. ad ff. tit. si ususfr. pet. n. 5.* Sed gravissima hic superest controversia, an agens negatoria contra illum, qui in possessione servitutis est, ab onere probandi pariter exemptus sit, an vero propter possessionem adversarii ad probandum obligetur? Utraque sententia suos habet patronos; Reum nihilominus probare debere asserit Pacian. *de Probat. Lib. 2. cap. 20. n. 8.* Richter. *Dec. 98. n. 63. Carpz. Lib. 1. Resp. 67.* Eum autem a probatione liberant Menoch. *lib. 3. præf. 89. n. 8.* Fachin. *lib. II. contr. 58.* Anton. Faber. *ad tit. C. de Servitut. def. 8.* Fundamentum dissensus fere in hoc latitat, an fortior præsumptio libertatis sit illa, quæ ex possessione servitutis oriunda. Verum cum priorem sententiam defendat Glossa in *L. Sicuti 8. §. sed si queratur 3. verb. possess. ff. si servit. vind.* in foro applausum illa meruit; Add. Brunnem. *Comment. Cod. ad L. 9. in fin. C. de servit. Besold. Conf. 118. n. 12. & seqq.* Dn. Petr. Müller ad *Struv. Exerc. 13. th. 50. lit. B.* Cavendum tamen actori, ne in libello exprimat, adversarium illa servitute vi, clam, vel precario usum esse, tunc enim qualitatem hanc

hanc ab eo allegatam probare tenebitur, Carpz. *Lib. I. Resp. 68. n. 3. seqq. & P. 2. Const. 41. def. 18. n. 1.*

§. V. Cum autem utilis actio Confessoria & Negatoria amplissime pateat, omnibusque in universum juribus applicari soleat, quibus quis vel in suo jure libertatis utitur, vel quorum exercitium in alieno præ tendit, Klock. *de Contribut. cap. 19. n. 412. seqq.* Cothmann. *Vol. 1. Consil. 31. n. 35. & Vol. 4. Conf. 1. n. 17.* Unde constat, quod fere quingentis exemplis in solis juribus Ecclesiasticis demonstravit Dn. Schwendendörff. *in Summar. Action. Forens. Exposit. Sect. 2.* turbato in exercitio jurium semper recursus ad has actiones patebit. Ubi tamen in foro non levis interdum suboritur dubitatio, an confessoria, an negatoria experiendum, cum in aliis juribus præter servitutes sæpius illi, qui negat alteri jus, detur confessoria, & qui asserit sibi hoc licere, negatoria indulgeatur: Quapropter ne exceptione incompetentis actionis aliquando repellatur actor, juxta sequens principium investiganda erit actio: *Quicumque jure quodam utitur ex libertate naturali, & in hac se fundat, illi non datur confessoria, sed negatoria, qua alteri negat facultatem prohibendi, quo minus libertate naturali utatur: Quicumque vero se fundat in privilegio & jure speciali, vi cujus alterum ab ejusdem juris exercitio excludere possit, illi competit Confessoria, qua confitetur, sibi soli hoc jus competere, indeque se gaudere jure prohibendi.* Si Sartor in exercitio artis sartoriæ impeditus, negatoria actione utitur: Collegium autem Sartorum illum expellere volens, confessoria uti debet. In aliis autem juribus, quæ ad instar servitutum in alieno præ tenduntur, nulla difficultas; quia qui fatetur, sibi jurisdictionem in alieno competere, Confessoriam habet, alter Negatoriam, nam juris cujusque exercitium, si in alieno fiat, servitutis speciem induit.

§. VI. Pariter si cerevisiam in meis ædibus in usum familiaris coquere vellem, & a Collegio cerevisiariorum impedire, a me instituenda foret actio non confessoria, sed negatoria, quia me fundo in libertate naturali: Collegium autem Cerevisiariorum,

rum, si agere vellet, confessoria opus haberet, deducendo jus singulare & inde competentem facultatem prohibendi, Dn. Brunneman. *Comment. ff. ad L. 2. ff. si servit. vindic. n. 7.* Idem obtinet, si civitas aliqua contra vicinos pagos jure prohibendi uti velit, ne cerevisiam coquant, ubi non negatoria, sed confessoria uti debet, Dn. Petr. Müller. *Comment. ad Struv. Exerc. 13. th. 53.*

Lim. nisi lit. d. Hoc tamen temperandum existimo, nisi illud, quod alias jure libertatis naturalis competit; lege generali sit restrictum; tunc enim qui contra prohibitionem generalem jure quodam uti cupit, confessoria actione opus habet, qua probat, jus singulare sibi ex privilegio vel præscriptione competere. E. G. in Electoratu Saxon. per *Ordinationem Provinc. de A. 1555.* Nobilibus generaliter interdictum jus braxandi cerevisiam, aliave officia civica aut mechanica exercendi, quod fundamentum habet in Jure Communi in *L. Nobiliores 3. C. de commerc. Francisc. Pfeil. Conf. 202.* Si E. nobilis jure braxandi vendendique cerevisiam in suo pago uti velit, & in hoc a civitate vicina impediatur, non amplius negatoria ipsi competet, quia libertas illa coquendi & vendendi cerevisiam lege publica sublata, sed confessoria uti debet, probando sibi speciali privilegio vel præscriptione hoc jus quæsitum esse, & hinc hoc probandi onere gravantur nobiles, si a civitatibus eo nomine conveniantur, etiamsi in possessione juris braxandi sint per *d. Ordinat. Provinc. sub. tit. brauen / schenz dten. Carpz. Lib. 1. Resp. 37. n. 9.* Ex quo insimul constat, civitatibus negatoriam competere contra Nobiles, quia pro se habent jus illius provinciæ commune.

Exemplum in immunitate a tributis. §. VII. Idem ad similia jura applicandum, quæ lege generali jam tum circumscripta; Sic a quo prætenduntur tributa, si immunitatem prædii sui tueri velit, non potest provocare ad libertatem naturalem, & actionem negatoriam instituire, quia præsumptio generalis est in contrarium, omne prædium præsumi tributis obnoxium, nisi probetur exemptio per privilegium vel præscriptionem, Klock. *de contribut. Cap. 16. Sect. 1. n. 2. & seqq. & sect. 2. n. 1. & seqq.* Et eapropter exemptionis quæstione pen-

pendente, possessor non defendendus est in immunitate a tributis. Klock *d. Tr. cap. 20. n. 152.* Sed confessoria ipsi utendum, & immunitas privilegio vel præscriptione quæsita, ipsi probanda est. Cæterum in hac actionum applicatione dissentit Klock. *de Contribut. cap. 19. num. 424.* ubi negatoriam concedit illi, qui immunitatem a collectis præterdit, adversus Magistratum, urgentem collectarum solutionem, cum pro libertate præsumatur, quod quomodo cum illis, quæ in *Cap. 20. n. 263. & seqq.* adducuntur, congruat, non video; ubi asserit, quod contra allegationem immunitatem a tributis sit juris resistentia vehemens, ideoque pendente controversia possessor tamdiu tenetur solvere tributa, donec aliud in petitorio doceatur, idem Klock *d. Cap. 20. n. 268.* quomodo E. in libertate prædii se fundare actor, & probationem in adversarium devolvere potest, quod negatoriarum actionis formale est, si nec possessio immunitatis a probando ipsam relevat?

§. VIII. Cæterum hæc Remedia ordinaria sunt, quæ pro servitutibus similibusque juribus generaliter competunt, tantum de usufructuario hoc non prætereundum, quod si in usufructus fundo usufructuario debita impediatur, ipsi non competit actio confessoria ad vindicandam servitutem; Dabitur tamen ipsi hoc casu actio confessoria ad vindicandum usum fructum, quo ipso per consequens vicinus, si non patiat eum ire & agere, tenetur ei, quasi non patiat uti frui *L. 1. pr. ff. si usufr. pet. L. 5. §. 1. ff. eod.* Et quamvis contrarium in *L. un. §. 4. ff. de remission.* habeatur, ad quem textum varie responderi solet, vid. *Lauterb. ad ff. tit. si servit. vind. §. 5.* commodissimum tamen videtur, subsistere in illorum distinctione, qui immediatam servitutis vindicationem usufructuario negant, mediatam vero concedunt, per *d. L. 1. pr.*

§. IX. Pertinent autem actiones negatoria & confessoria ad judicium petitorium. Verum nec possessoria remedia deficiunt pro servitutibus quasi possessione tuenda. In specie huc pertinet interdictum *uti possidetis*, de quo jam supra actum est

An usu-
fructua-
rio com-
petat con-
fessoria

Remedia
possessoria
pro servi-
tute.

Seclio 2. Membr. 2. §. 14. quod remedium non tantum datur domino pro tuenda libertate fundi, & avertenda servitute, & ea propter cum actione negatoria cumulari potest, Cothmann. *Vol. 4. Resp. 1. n. 19.* sed etiam datur pro tuenda, quasi possessione servitutis, sicuti supra adductum. Porro huc pertinet interdictum de *Itinere actuque privato*, de quo dictum *Secl. 2. Membr. 2. §. 14.* de *Aquæ ductu*, vid. *supr. Membr. 2. §. 15.* de *rivis*, *d. Membr. 2. §. 16.* de *fonte d. Membr. 2. §. 12.* unde repeti possunt illa, quæ ad defensionem servitutum pertinent. Imo & interdictum recuperandæ possessionis pro servitutibus competere, patet ex illis, quæ dicta *Membr. 2. §. 19.* vid. *L. 3. §. 13. 14. 16. 17. ff. de vi & vi arm.* singula vero hic repetere necessarium non est.

*Quid si
servitus
tantum
promissa?*

§. X. Supponunt autem hæc remedia petitoria & possessoria, servitutum jam constitutam esse; quod si vero tantum promissa sit, non reali iudicio, sed actione personali experiendum contra illum, qui servitutum nobis constituere voluit, ut hanc nobis præstet: qualis autem hoc casu nobis actio competat, facile inquiri potest ex natura illius negotii, mediante quo servitus nobis promissa: Ergo vel agendum ex vendito, vel ex stipulatu, vel etiam actione præscriptis verbis, si forte contractus innominatus intercesserit, ad consequendam quasi possessionem servitutis, vel etiam si per ultimam voluntatem relictus usufructus, actioni ex testamento locus erit, *L. 1. §. 2. ff. si servit. pet. L. 2. ff. eod.*

MEMBRUM V.

De Jure Pignoris, & Actionibus inde oriundis.

§. I.

Restat ultima species juris in re, scil. ipsum pignus, quod vel pro contractu pignoratitio capitur, & ita producit actionem personalem, scil. pignoratitiam, directam & contrariam, de quibus actum est *Secl. 1. Membr. 5. §. 30. & seqq.* vel pro ipso jure

jure ex pignore constituto oriundo, & ita producit actionem in rem, scil. hypothecariam, quæ actori probe distinguendæ sunt, nam quandoque etiam in jure nostro confunduntur. *L. 3. §. 3. ff. ad exhib. L. 41. ff. de pignor. act.* Illa autem, quæ pignoratitia dicitur, datur debitori, soluto debito, contra ipsum creditorem, ad restituendum pignus; hypothecaria vero datur creditori, debito nondum soluto, contra debitorem, aut qualemcunque pignoris possessorem, ad consequendam possessionem pignoris, donec de debito satisfactum *L. 17. ff. de pignor. L. 66. pr. ff. de evict.*

§. II. Cum autem actio hypothecaria ex constituto pignore nascatur, actor hanc actionem in judicium deducturus, ante omnia sollicitus sit, ut jus pignoris docere valeat, ita tamen, ut in libello tantum allegetur, & postmodum injuncta probatione plene probetur. Constituitur autem pignus vel per legem, quod alias tacitum appellatur; vel per hominem, & quidem vel privatum vel judicem. Circa species legalis vel taciti pignoris curiosus esse debet advocatus, ut illas in promptu habeat: Multas enim hic sibi fingunt legalis hypothecæ species practici, quæ nullo jure fundatæ, cum tamen pro regula hic tenendum sit: Tacente lege, nullum tacitum pignus fingendum esse; unde cessante legis, addo, vel statuti, quod vim legis habet, dispositione, cessat hypotheca tacita, Bachov. *de Pignor. Lib. I. cap. 9. n. 4.* Carpz. *P. 1. Const. 24. def. 15. & seq.* Jus enim speciale certis tantummodo casibus constitutum, ne quidem ob paritatem rationis ad casus similes extendendum. Negusant. *de pignor. P. 2. Membr. 4. n. 102.* singulas autem species jure expressas hic enumerare operæ pretium non est, colligi illa poterunt ex *Tit. ff. in quib. caus. pign. tac. contrab.* Hoc tantum observandum, hypothecas quasdam tacitas generales esse, omnia debitoris bona afficientes, Bachov. *de Pignor. Lib. I. cap. 10.* alias speciales, certa tantum debitoris bona stringentes, quas recenset Bachov. *d. L. I. cap. 11. 12. & 13.* quæ in formandis libellis probe attendenda sunt, ne contra possessorem illorum bonorum actio moveatur, qui res nobis obligatas

Hypothecæ jus probandum.

Tacita hypotheca præter legem non fingenda.

non possidet. Caterum ex hoc pignore legali actionem hypothecariam nasci apparet ex *L. 1. C. commun. de legat. & §. 2. Inst. de legat.*

Hypotheca simplici conventionione constituitur.

§. III. Constitutio pignoris ab homine fit vel per conventionem, vel per testamentum; Conventio quidem, præcipue nuda, ejus efficaciam non est, ut jus quoddam in re nobis acquirat, per *L. 3. ff. de Obl. & Act. L. Traditionibus 20. C. de pact. ad constituendam tamen hypothecam sufficit, L. 4. ff. de pignor. quod mediante auctoritate Prætoria fieri potuit, unde jure honorario ex pignoris pacto nasci actio dicitur *L. 27. §. 2. ff. de pact. modo tamen paciscens, vel dominus, vel domini mandato instructus fuerit, L. fin. C. de rebus alien. & L. 1. C. si alien. res pign. dat. unde actor iterum & hic quoque attendat, an jus oppignorandi habuerit debitor, alioqui frustra instituitur hypothecaria actio; quamvis interdum hypotheca ab initio minus legitime constituta, ex postfacto convalescere potuerit, per *L. 22. ff. de pignor.***

Depignore in testamento constituto.

§. IV. Testamento pignus constitui posse, apparet ex *L. 20. ff. de pignor. act. & L. 12. ff. de aliment. legat.* Cum enim rei suæ plenum dominium testamento transferre possit, nil verat, quo minus aliud jus in sua re alteri constituere testamento valeat, ex qua Jus agendi actione reali eo validius nascitur, quo certius est, legem ipsam pro omni illo, quod ultima voluntate relictum est, hypothecam concedere. Potest autem hoc casu ex testamento agere creditor, ut heres rem, quam pignoris loco esse voluit testator, præstet, Bachov. *Tr. de Pignor. Lib. 1. cap. 3. n. 1.*

Pignus Judiciale.

§. V. Per Judicem constitutum pignus vel in specie appellatur Judiciale, quod in causa judicati constituitur post sententiam latam, in bonis debitoris, qui sententiæ parere recusat, per pignorum captionem, vel permissionem *L. 2. 3. C. si in caus. judicat. L. 7. C. quæ res pignor. L. 13. C. de eviction.* Nam quod in nostris Judiciis vulgo judiciale dicitur, quod scil. in judicio a debitore constitutum, vel judicialiter confirmatum, hoc conventionale est & manet, quamvis ob accedentem auctoritatem judicis, cui æquiparatur subscriptio a tribus testibus facta, hypothecæ simplici

simplici conventionali præferatur, per *L. Scripturas 11. C. qui pot. in pign.* Prætorium autem pignus est, quod ante iudicatum ad coercendum debitoris contumaciam per missionem ex primo decreto constituit Prætor, *L. 6. ff. de Pignor. act. & L. 10. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss.* De qua materia agitur a Dd. in *Tit. de damn. infect.* Inter utrumque autem hoc pignus in effectu parum interesse videtur, quia immissio utrobique fit tantum securitatis causa, nec iudicatum præcedens, rem novo quodam vinculo afficit, Bachov. *Tr. de pignor. Lib. 1. cap. 3. n. 4. in med.*

§. VI. Jam ad actiones ex pignore resultantes progredior, ubi Prætor in §. 7. *Inst. de action.* primo proponit actionem Servianam, deinde quasi Servianam. Serviana specialem casum respicit, certoque tantum creditori proficit, quia datur locatori prædii rustici, qua res coloni sibi pignoris jure pro pensione obligatas, contra quemcunque possessorem persequitur, quæ partim ex legali sive tacita nascitur, Lauterb. *ad tit. ff. de pignor.* hinc eandem actionem etiam extendunt ad locatorem prædii urbani. Sed forte rarior hujus actionis mentio fieri solet in foro: Nec apparet, quid illa opus sit, postquam quasi Serviana ad omnes creditores extensa, nisi forte dixeris, quasi Servianam illa posteriorem esse; ideoque Prætozem ab initio singulare quoddam jus locatoribus indulgisse, quod postea per interpretationem prudentum tractum est ad omnes creditores; unde etiam utilis Serviana dicitur, *L. 1. §. 2. ff. de pignor. & L. 1. pr. ff. quibus mod. pign. solv.* Imo ad exemplum Servianæ utilem hanc actionem competere cœpisse, dicit Imp. Gordianus *L. 1. C. de precar.* quæ omnia exemplo sunt, antiquiorem esse actionem Servianam ipsa quasi Serviana.

§. VII. Verum cum utraque illa actio in Jure nostro non raro indifferenter hypothecaria dicatur, uti videre est ex *L. 3. §. 3. ibi: Serviana sive hypothecaria, ff. ad exhibend. & omnibus aliis creditoribus Serviana applicetur, per L. 3. pr. L. 7. 18. 21. ff. de pignor. L. fin. C. de obl. & action.* hypothecariæ actionis appellationem retinebimus, quæ datur creditoribus hypothecariis omnibus

Pignus
Prætorium.

Actio Serviana.

Hypothecaria actio.

Quid hic probandum? omnibus, contra quemvis possessorem hypothecæ, ad ejus possessionem consequendam, donec creditum nobis solutum. Constat E. hic debet actori, uti supra jam dictum, de jure pignoris legitime constituto, quod quidem, si contra ipsum debitorem agat, levi via efficiet: Debitor enim exceptionem minus legitimæ oppignorationis opponere nequit, cum propriam turpitudinem allegaret, Hahn. *ad Wesenb. tit. de pignorat. act. n. 6.* Si vero contra tertium hypothecaria sit instituenda, attendendum actori erit, an tertius ille causam a debitore habeat, an non? Priori casu sufficit, si creditor probet, rem tempore constitutæ hypothecæ fuisse in bonis debitoris; non enim plus juris prætere potest possessor, quam ejus antecessor, *L. 3. ff. de pignor. Gail. L. 2. obs. 26. n. 2. Meier Colleg. Argent. tit. de pignor. th. 23.* Casu autem posteriori tertius, qui rem bona fide & justo titulo possidet, creditori hypothecaria agenti, quæstionem dominii referre potest, *Gail d. l. n. 5. Bachov. ad Treutl. Vol. 2. Disp. 1. th. 7. lit. H. & Tr. de action. Disp. 3. th. 38. lit. A.*

Contra quem detur?

§. VIII. Ratione rei, contra quem actio hypothecaria instituenda, attendat actor, an ille rem pignoris jure obligatam possideat; Omnis enim actio in rem supponit possessionem adversarii, nisi tamen dolo possidere desierit, *L. 16. §. 3. ff. de pignor.* Verum ne ab hoc possessore repellatur exceptione nondum excussi principalis, quod beneficium ipsi jure novissimo indultum, per *Nov. 4. cap. 3. & Auth. Hoc si debitor C. de pignor.* prius debitorem excutiat actione ordinaria, vel de probatione, ipsum non solvendo esse, sollicitus sit, aut etiam annon res illa, quam actione hypothecaria petit, ipsi specialiter obligata; hoc enim casu possessorem hypothecæ specialis, excussionis exceptionem opponere non posse per *Nov. 112. cap. 1. usu fori recepta sententia est, Carpz. Lib. 2. Resp. 72. & P. 2. Consl. 13. def. 18. Berlich. P. 2. Conclus. 24. num. 72.* quamvis hanc sententiam late impugnet *Franzck. Lib. 1. Resol. 12. n. 11.*

Præscriptio hypothecaria.

§. IX. Habet quoque actio hypothecaria in hoc singularitatem aliquam, quod non ad instar aliarum actionum præscribatur,

batur, ad quæ fatalia actori probe respiciendum: Sedes autem hujus præscriptionis est in *L. cum notissimi 7. C. de præscript. 30. ann.* Res breviter ita se habet; aut pignus possidetur a tertio, aut ab ipso debitore, aut ab alio concreditor. Si tertius possideat, attendendum, an ille titulum & bonam fidem possessionis habeat, an non. Sin illud, inter præsentis decem, inter absentes vero 20. annis uti dominium acquirit, ita quoque jus oppignorantis elidit, & sic ab actione hypothecaria securus erit, *L. 1. C. Si advers. credit. præscript. oppon. & ibi Dd. L. fin. C. de Obl. & action.* Si vero titulo vel bona fide destitutus, per 30. annos durabit hypothecaria, *d. L. 7. C. de præsc. 30. ann.* Merlin. *de Pignor. Lib. 5. qv. 21. num. 6.* Si autem contra debitorem agatur, per 40. annos extenditur actio, *d. L. 7. §. 1.* quod idem quoque obtinet, si alius creditorum pignus possederit, vivente scil. debitore communi; eo autem mortuo, tricennaria præscriptio sufficit, *d. L. 7. §. 2. Francisc. Sarmient. Select. Interpret. Lib. 2. cap. 9. numer. 2. & seqq.*

§. X. Inter possessoria remedia creditoribus competentia *Salvia* refertur *interdictum Salvianum*, quod creditori conceditur ad *num in-* possessionem pignoris citissime consequendam, quod quidem *terdi-* recte tantum locatori prædii rustici, contra colonum concedi- *ctum.* tur; utiliter tamen etiam ad locatorem prædii urbani pertinet, Menoch. *adipisc. poss. Remed. 3. n. 51.* imo a Dd. ad omnes creditores extenditur, quam extensionem desumunt *ex L. 1. C. de precar. ibi: conductorem debitoremve, Perez. in Comment. Cod. ad d. tit. n. 14.* Cæterum hoc Salvianum interdictum in eo commodius esse dicunt actione Serviana sive hypothecaria, quia hæc petitoria est; illa possessoria, & sic in Salviana leviores probationes admittuntur; in hypothecaria enim docendum, rem oppignoratam tempore contractus in bonis debitoris fuisse, Mascard. *de Probat. Conclus. 456. Gail. Lib. 2. obs. 26.* Hic vero tantum nude rem a debitore detentam fuisse, *arg. L. 1. §. 1. ff. de Salvian. interd. Statil. Pacificus Tr. de Salvian. Interd. Inspect. 3. cap. 3. num. 13. Petr. Gregor. Tholof. in Syntag. Lib. 21. cap. 10. n. 11. Menoch. d. l.*

An contra n. 161. Sed an contra tertium possessorem detur interdictum tertium detur? Salvian. graviter disputatur. Affirmat hoc de utili interdicto Perez. *ad tit. Cod. de precar. n. 14.* Sed Bachov. *de Pignor. Lib. 3. cap. 20.* hoc restringit ad tertium possessorem, qui causam a debitore habet; Perezii tamen sententiam in foro receptam esse asserit Fachin. *Lib. 8. Controv. 92. in fin.* ego hanc fori sententiam non aliter admitto, quam si tertius possessor, qui causam a debitore non habet, titulum in continenti probare non possit: alias enim, ubi titulus cum possessione concurrat, non alio, quam ordinario, processu contra tertium experiendum. Hinc utile est, Salvianum interdictum cum actione hypothecaria conjungere, ob generalem Dd. rationem, quod possessorium adipiscendæ cum iudicio petitorio cumulari possit. Menoch. *Rem. adipisc. poss. 3. n. 160.* Conferantur quæ dicta *Seçt. I. Membr. 6. §. 46.*

An Salviano obstat exceptio excussionis?

§. XI. Hæc vero præcipua circa interdictum Salvianum consideratio est, an, si quis hoc remedio experiatur contra tertium possessorem, exceptio excussionis opponi possit a possessore? Affirmativa ex eo probabilis est, quod Nov. 4. quæ beneficium excussionis induxit, longe recentior sit interdicto Salviano; Cum ergo generatim possessori pignoris excussionis seu ordinis beneficium indulserit, etiam dabitur hoc, sive Serviana actione, sive Salviano interdicto experiatur creditor. Jason. *ad §. Item Serviana, n. 94. Inst. de action.* Negativam vero sententiam, scil. exceptionem excussionis in hoc interdicto opponi non posse, probat Menoch. *adipisc. poss. Rem. 3. n. 179.* subjecta ratione, quod exceptio illa sit altioris indaginis, & hinc ad petitorium, non ad possessorium, pertineat. Hic enim prius inquirendum, annon principalis sit solvendo, ut cum effectu excuti possit, Addat. Vincent. Carocius *Tr. de Excuss. bon. l. 2. qu. 31.* ubi hanc opinionem receptam dicit, & prolixè illam persequitur rationes pro & contra adducendo & n. 5. subjicit, admissa hac opinione, actionem hypothecariam penitus inutilem reddi, cum nemo tam stolidus foret, qui in vindicando pignore illam non seligeret actionem, quæ ipsum ab excussione debitoris liberaret. Ad hoc tamen responderi

sponderi posset, reconventioni adhuc locum superfuturum. Et posteriorem hanc sententiam, si vera est practicorum opinio, interdictum Salvianum utile cuiusvis creditori dari, admittendam puto, ob privilegium iudicis possessoris omnibus commune, de non admittendis exceptionibus altioris indaginis.

§. XII. Porro pro creditoribus remedium possessorium ex *L. 3. C. de pignor. format Menoch. Rem. adipisc. poss. 5.* si scilicet creditori a debitore concessa facultas in casum non soluti debiti propria auctoritate ingrediendi, vel occupandi bona; Quamvis enim hæc confessio a crimine violentiæ occupantem quidem creditorem absolvat, non tamen justam reddit possessionem, nisi auctoritate Judicis accedente. Quapropter argum. illius Legis creditori concedunt implorationem officii Judicis, ad consequendam bonorum possessionem debitoris, quæ pignoris loco obligata; vid. Brunnem. *Comment. Cod. ad d. L. 3.* Achill. *Personal. Tr. d. adipisc. possess. n. 291.* Coler. *de Proc. Execut. P. 1. cap. 5. n. 14.* & *P. 3. cap. 5. n. 29.* Carpz. *Lib. I. Resp. 5.* Sed an remedium hoc etiam extendendum contra tertium pignoris possessorem? Et verior videtur opinio, quam adducit Menoch. *Rem. 5. adipisc. poss. n. 115.* licentiam hanc ingrediendi ex pacto debitoris esse, & sic non stringere tertium. Sed regeri posset: Per hoc pactum tacite hypothecam creditori esse constitutam; ad quod qualiacunque verba sufficiant, arg. *L. fin. C. que res pign. dar. non poss.* vid. Brunnem. *Cent. 1. Decis. 77.* Franzk. *ad tit. ff. de pignor. n. 44.* Quod si ita se habet, contra tertium possessorem non per implorationem Judicis ex *d. L. 3. C. de pignor.* sed actione hypothecaria experiendum.

§. XIII. Atque hæc quidem, quæ huc usque dicta, ad hypothecam legalem & conventionalem pertinent. Ad pignus vero judiciale vel Prætorium per immissionem quæsitum, hæc actiones non extendendæ; immissiones enim illæ fiunt rei servandæ causa: Ergo qui semel in possessionem missus, habet quidem remedium interdicti, *ne vis fiat ei, qui in possess. minus,* sed si hanc possessionis suæ servandæ rationem non habuerit,

De potestate ingrediendi.

An contra tertium competat?

Quid in pignore Prætorio?

sibi imputare debet. Ne tamen omni remedio destituantur, *Remedi-* noviter ipsis succurrendum censuit Justinianus in *L. ult. C. de um L. ult. Prætor. pignor.* ubi creditori in prætorio pignore recuperandæ de Prætor possessionis remedium concedit, quocunque etiam modo possessionem amiserit, sive culpa, sive non, sive etiam fortuito casu; quod remedium ad instar aliorum possessoriorum tantæ auctoritatis esse asserit Menoch. *Rem. 12. recup. poss. n. 4.* ut exceptio excussionis opponi nequeat. Plura quæ ad praxin *d. l. ult. C. de prætor. pignor.* pertinent, exposuit Menoch. *d. Remed. 12.* Hoc obiter addo, mirum esse, quod Prætor pro hypotheca legali & conventionali dederit actionem Servianam & quasi Servianam, pro suo autem pignore nullam dederit; Remedium enim *d. l. fin.* civile est a Justiniano introductum, non Prætorium.

De actione Pauliana.

§. XIV. Demum ad hunc locum Paulianam actionem quoque refero, ex §. 6. *Inst. de action.* quamvis quæ hic proponitur, potius Revocatoria dicenda; quia Pauliana, cujus mentio fit in *L. 38. §. In Faviana 4. ff. de usur.* in eo differt, quod hæc in personam, Revocatoria autem in rem sit, vid. Ludwell. *Comm. Inst. ad d. §. 6.* cum tamen utraque ob alienationem in fraudem creditorum factam competat, ut alienata revocentur, utramque hic conjungemus. Referimus autem Revocatoriam ad materiam pignoris, quia regulariter hæc actio non datur, nisi post immisionem, bonis a creditoribus possessis, *d. §. 6. Inst. de action. L. non est mirum 26. ff. de pignorat.* Unde illam ex jure pignoris per immisionem quæsito competere asserit Hahn. *de Jur. rer. conclus. 20.* & Donell. *ad d. §. 6. Inst. de action.* Pauliana vero datur, etiamsi quid alienatum fuerit, antequam bona a creditoribus possessa. *L. 15. & 17. §. 1. ff. que in fraud. credit.* Ludwell. *cit. l. num. 5. & 6.* Unde illa revocatoria sc. datur contra quemvis possessorem, sive fraudis particeps sit, sive non; Pauliana vero tantum contra fraudis participem; *L. 6. §. 8. ff. que in fraud. credit.* Non desunt tamen, qui utramque actionem pro una reputantes, causam ejus ex ficto dominio deducunt, quasi res nunquam cen-

cenferetur alienata, Lauterbach. *ad tit. ff. que in fraud. credit.* quamvis in effectu inter se convenient.

§. XV. Id adhuc subjiciendum pro actore jus pignoris persequente, quod, cum actio hypothecaria sit ordinaria, & inde etiam exceptiones altioris indaginis admittat, Carpz. *Proc. tit. 22. art. 11. num. 73. & seqq.* attendendum ipsi esse, præsertim in foro Saxonico, annon omnia hujus actionis requisita, præsertim in facto consistentia, probare possit per instrumenta; tunc enim executive ad recognitionem agere potest, per resolutionem gravaminum Sereniss. Electoris Sax. *de anno 1661. tit. von Justiciens Sachen.*

Quando
hic exe-
cutivæ
agi possit?

§. XVI. Coronidis loco notamus, si nomina quoque creditoris oppignorata sint, nullum dubium esse, vi hujus pignoris contra debitorem debitoris actionem nasci, quæ utilis actio dicitur in *L. 4. C. quæres pignor. dar. pess.* Qualis autem illa sit, controvertunt. Bachov. *tr. de Pign. lib. 2. c. 8. num. 2.* eam utilem actionem personalem esse dicit, quod & ante eum probavit Donnell. *in Comment. Cod. ad L. 2. quando fisc. vel privat. num. 7.* sed securius puto, utilem hypothecariam ibi intelligi, Joh. a Sande *Lib. 3. Dec. tit. 12. def. 24.* Carpz. *P. 3. Dec. 258. n. 2.* ubi an hoc casu excussio principalis debitoris præcedere debeat, exponit, & pro negativa decidit; quamvis ibi casum de pignore specialiter obligato proponat: Si enim vi hypothecæ generalis experiatur, nulla ratio est, quare non & excussionis exceptio sit admittenda. Conf. Franzk. *lib. 1. Resol. 12. n. 71.* Hodie, etiamsi nomen oppignoratum sit, plerumque mediante arresto proceditur, & per mandatum de non solvendo, debitoris debitor constringitur, ne solvat immediato creditori, de qua materia pluribus videantur Dd. *ad tit. Cod. quando fisc. vel priv.* Conf. Disp. Illustris Saxonix Jcti & Consilarii intimi Dn. Jac. Bornii *de Actione creditoris adversus debitorem debitoris.*

Quid si
nomina
quoque
sint oppi-
gnorata?