





1798, 4 / 22

DE
PRAESCRPTIONE SERVITVTVM
CONSTITVTIVA.

DISSERTATIO INAVGVRALIS

QVAM

RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DOMINO

CAROLO AVGVSTO

DVCE SAXONIAE IVLIACI OLIVIAE MONTIVM ANGARIAE ET WESTPHAL.

LANDGRAVIO THVRINGIAE REL.

CONSENTIENTE

ILLVSTRI IVRISCONSVLTORVM ORDINE

PRO

IVRIVM DOCTORIS DIGNITATE

DIE XXIX. APRILIS CIOCCCLXXXVII.

PVBlice DEFENDET

AVCTOR

CAROLVS GVILIELMVS WALCH

IENENSIS

SOCIETATIS LATINAE IENENSIS SODALIS.

IENAE

TYPIS GOEPPERDTII.



Frequenter quidem iurisperiti, tam veteres, quam recentiores, de servitutibus praediorum per praescriptionem constitutis, alii multis verbis ac diffuse, alii breviter et concinne tractaverunt; multae tamen res hac in quaestione supersunt, quae vel nequaquam satis sunt explicatae, vel saltem in controversia adhuc versantur. Leges ipsae, quae ad hanc praescriptionis speciem spectant, inter se pugnare videntur; at multo magis tamen, nec mirum, earum interpretes, vel iurisconsulti hac de re differentes, inter se discrepant. Multi eorum titulum ad acquirendam per praescriptionem servitutem requirunt speciem; complures contra, per solam patientiam domini praedii servientis servitutem constitui posse, contendunt. Alii possessionem vel quasi servitutis, cuius vetustas hominum memoriam excoerit, necessariam existimant; alii vero per longissimum, alii denique per longum tempus, sive decem annos inter praesentes et viginti inter absentes, usum servitutis continuatum, ad extinguendam libertatem praedii vicini, requirunt. Quidam denique per distinctionem omnem difficultatem tolli posse, sibi persuadent.

Varietas harum opinionum me alliciebat ad investigandam rei veritatem; et quam intelligerem tale argumentum

A

mentum

mentum prae ceteris aptum esse ad disputandum; eum ad finem de servitutibus praediorum per praescriptionem constitutis, hac data occasione, differere constitui. Ne vero latius et diffusius, quam ratio postulat, hanc materiam prosequer, (non enim spatiosum conscribere volumen, sed parvam elaborare dissertatiunculam, in animo habebam) sine respectu iuris canonici, vel iuris patrii, ad ius Romanum tantummodo orationem meam restringendam esse putabam. Praemissi historiam usucapionis et praescriptionis servitutum, antequam ipsam quaestionem de natura huius praescriptionis adgressus sum, ne leges, quae inter se pugnare videantur, quoniam quaedam earum ad usucapionem, quaedam vero ad praescriptionem longi temporis spectant, difficultatem adferant, dum antiqua usucapio cum praescriptione confunditur.

An novi quid hac in re invenerim, non certe scio, nec si sciam, dicere audeam; quis enim in tanto numero eorum, qui hoc argumentum tractavere, nova nec antea audita reperisse sibi persuadeat? Veritatis investigatio finis erat, quem mihi, dum hunc libellum elaborabam, proposueram; tractationem ipsam eruditorum disquisitioni nunc submitto.

DISSERTATIO INAUGURALIS
DE
PRAESCRIPTIONE SERVITVTVM
CONSTITVTIVA.

§. I.

Divisio historiae praescriptionis servitutum.

Plerique iurisperitorum a), in tradenda historia praescriptionis servitutum, quinque vel sex tempora distinguunt; quorum primum adsignant legibus duodecim tabularum, alterum mediae iurisprudentiae, tertium legi Scriboniae, quartum spatio ab hac lege usque ad legislationem Iustiniani sese extendenti, sextum denique iuri hodierno. Sed quum neque in legibus duodecim tabularum quidquam huius praescriptionis, quantum suspicari possumus, contentum fuerit, nec Iustinianus, sicuti rerum mobilium et immobilium usucapionem, ita quoque servitutum,

A 2

vitutum,

a) Inter eos tantum nomine Galvanum, qui in *Diff. de Usufructu Cap. XII. §. 1.* historiam praescriptionis in quinque partes distribuit. Secutus eum est Everhardus Otto, sextum tempus addens, in *Diff. de Usucapione Servit. Cap. II.* in collectione eius *Differt. quae prodit Tra-*

jecti ad Rhen. 1723. Egragie quoque hanc historiam exposuit Georg. Frid. Walch I. V. D. (patruelis meus carissimus) in *historia tam usucapionis quam praescriptionis acquisitivae Servitutum*, cuius primam sectionem edidit Goettingae 1794.



vitutum praescriptionem transformaverit, latius, quam res postulat hanc historiam producere videntur. In duas potius partes commode eam dividere possumus, ita videlicet, ut prima pars usucapionis servitutum originem et interitum, altera vero originem et progressum acquisitionis servitutis per longi temporis praescriptionem contineat.

§. II.

In legibus XII tabularum nihil de usucapione servitutum contentum fuit.

In fragmentis duodecim tabularum, quae nostra aetate adhuc exstant, nusquam de servitutis usucapione sit sermo; et quamvis ex eo haud colligere possumus, omnino nihil hac de re in istis legibus contentum fuisse, varia tamen sunt argumenta, quae hanc opinionem probabiliorem reddere videntur. Primum, quod fortissimum est, quodque hanc ob causam omnibus puto esse anteponendum, CICERO nobis in oratione egregia pro Caecina offert, ubi satis perspicue commemorat, usucapionem servitutum non a legibus XII tabularum, sed a iure civili esse ortam. In hac enim oratione multa de praestantia iuris civilis, auctoritate iurisperitorum introducti, atque de necessitate, usum eius in civitate retinendi b), disserens: *fundus, inquit, a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis atque periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus: aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur.* Opponit itaque leges iuri civili. Intelligit autem leges XII tabularum; ibi enim

b) Cap. 26.



enim erat sancitum: *Ufus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum omnium annuus usus esto* c). Ius vero civile, dum legibus opponitur, quid aliud potest significare, quam illud ius, quod prudentum auctoritate erat introductum. Alterum argumentum ex eo sumi potest, quod servitutes sint res incorporales quae possideri nequeant; possessionem vero requirat usus auctoritas sive usufructio. Quamvis non negem huic argumento obici posse, vocabula *usus* et *auctoritas*, sicuti in legibus XII tabularum inveniantur, ad rerum tantum corporalium possessionem non esse restringenda, sed vocabulum *usus* iuris quoque exercitium denotare posse; quum iam CICERO monuerit d), multa esse intelligenda in legibus XII tabularum, quae in verbis earum non continerentur. Sed si hunc locum accuratius inspicimus atque ponderamus, apparebit, eum nostrae opinioni non solum non officere, verum etiam eam potius reddere probabiliorem. Id enim hic in quaestionem voca-

A 3

vimus,

c) Haec fere verba legis fuisse, ex Topicis colligere possumus, ubi Cicero ait cap. 4. „*Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est, ut quoniam usus auctoritas fundi, biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur, et sunt ceterarum omnium, quarum annuus est usus.*“ De significatione vocabulorum *usus* et *auctoritatis*, variae sunt iurisperitorum et philologorum opiniones. vid. *Hottmannum, P. Fabrum, et Graevium* in notis ad orat. pro Caecina cap. 19. *Ev. Ottonem* in *Diss. de Usuc. Cap. II. §. 2.* Quorum tamen sententias enu-

merare nimis longum esset. Hoc tamen constat, *usum* et *auctoritatem* nihil aliud quam usufructioem denotare. Interdum tamen *auctoritas* etiam ius usufructioem adhibitum significat, et ita Cicero in memorata oratione hoc vocabulo usus est, dicens: *rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur*; sicuti quoque in oratione de haruspicio responsis, *multae, inquit, sunt domus in hac urbe, atque haud scio an pene cunctae iure optimo, sed iure privato, iure hereditario, iure auctoritatis iure mancipii, iure nexi.*

d) in eadem Orat. cap. 19.



vimus; an quidquam in legibus XII tabularum de usucapione servitutum fuerit sancitum; minime vero illud, an interpretatione verba legis ad usucapionem servitutis extendi possent. Refert CICERO decemviros in illa lege, quae de usucapione agit, aedes non appellavisse, quanto minus itaque suspicari possumus, eos respexisse ad praediorum iura et servitutes. Possit quidem huic opponi, quamquam decemviri servitutes non appellavissent, sub ceteris tamen rebus, quarum usus annuus esset, eas comprehendisse. Quis vero probare possit, decemviros constituentes, ut ceterarum rerum annuus usus esset, in earum numero servitutes quoque retulisse. Revera autem non servitutes, sed res mobiles potius intelligunt, quae immobilibus, scilicet fundis, sunt oppositae, quare etiam ut illae anno, hae vero biennio usucaperentur, constitui puto. THEOPHILVS saltem in paraphrasi Institutionum e) tradidit, rerum mobilium annalem usucapionem legibus XII tabularum esse introductam.

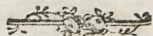
§. 3.

Origo Usucapionis servitutum.

Legibus XII tabularum promulgatis, quamquam decemviri magna cura eas conscripserant, experientia tamen, ut fieri solet, docuerat iurisconsultos, multa adhuc superesse iuris capita,

e) Theophilus in tit. de Usucapione dicit: καταστοχασάμενος εἰς ἡ δωδεκάμηνας τοῦ τοιαύτης ἀνθρώπων ἐνοίας ὡρίσε χρῆνον ἐκαστοῦ ἐπὶ τῶν κινήτων, διετίαν δὲ ἐπὶ τῶν ἀκινήτων; Pependens igitur lex duodecim tabularum hanc hominum cogitationem,

definit anni tempus in mobilibus biennium vero in immobilibus. Idem quoque colligit potest ex fragmentis Ulpiani in tit. XIX. §. 78. et l. un. Cod. de Usucapione trans-formanda.



pita, quae vel nondum satis exposita, vel nequaquam essent definita. Hanc ob causam eo tempore iurisperiti leges obscuras interpretari et restrictiores ad similia extendere coeperunt. Ius, quod hoc modo introduxerant, communi nomine *ius civile* appellatum invenimus f). Inde quoque servitutum usucapio originem trahit, quae legibus non fuerat contraria, quamquam ex ipsis verbis earum derivari non potuerat. Satis aperte et perspicue CICERO in loco supra allegato indicat usucapionem servitutum iure civili esse introductam.

Quo tempore vero servitutes hoc modo adquiri coeperint, in obscuro est. Paullatim enim hoc ius per consuetudinem, non per promulgationem, introductum videmus. Lex Scribonia, quae servitutis usucapionem sustulit, doiet ab illo tempore eam in usu fuisse. Nam ius quod antea non obtinuisset, non potuisset tolli. Quis vero putet, legislatorem solummodo ista lege definisse servitutis usucapionem regulis iuris et naturae usucapionis non convenire? g) Fuit enim non legislatoris id definire, sed iurisperitorum.

§. IV.

Tam urbanorum quam rusticorum praediorum servitutes potuerunt usucapi.

Iam quaestio oritur, quorumnam praediorum servitutes usucapioni fuerint subiectae. Quidam enim existimant urbanorum

f) L. 2. §. 5. D. de Orig. Iuris.

Everh. Otto refert in Diff. cit. Cap. 2.

g) Annam Robertum ita existimasse

§. 4.



rum praediorum servitutes solummodo ufucapi potuisse h); his rationibus potissimum ad hanc sententiam perducuntur: quippe negant servitutes praediorum rusticorum ufucapi potuisse, quia essent res incorporales, ideoque possideri nequirent. Deinde, earum usum esse interruptum k), ufucapionem vero continuatam requirere possessionem. Porro PAULLUM dicere: servitutes rusticas non utendo amitti, ea vero non posse ufucapi, quae non utendo amittantur l). Servitutes urbanas contra, non omnino dicunt extingui non utendo, sicuti rusticas; sed tunc demum, si earum libertas simul usucapta esset m). Praeterea eas in superficie consistentes, possessione retineri, et quamvis etiam essent incorporales, tamen quasi facto quodam possideri n). Haec vero argumenta illi refutare student, qui solas rusticas ufucapi potuisse sibi habent persuasum o). Primo argumento, quod incorporales essent, opponunt, urbanas non minus esse incorporales, alteri, quod usus earum esset interruptus, hoc

l) Eorum in numero sunt *Cuiacius* in *Commentar. ad tit. D. de usurpat. ad l. 4. §. ult. Vinnius in select. Quaest. libr. II. quaeft. 31.*

i) l. 14 D. de servitut.

k) *Ibid.*

l) *Paulus Sent. recept. Lib. I. tit. 17. de servitutibus §. 1.* „Viam, iter, actum, aquae ductum, qui biennio usus non est, amississe videtur; nec enim ea ufucapi possunt, quae non utendo amittuntur.“ *D Avezanus servitutum libr. part. IX. cap. 4. et Schultingius in notis ad hunc locum, eum ita explicant; Libertas eorum non potest ufucapi, quae non usu*

amittuntur. Dara tamen haec explicatio videtur. Sensus verborum esse putandum quis servitute non utitur per biennium, non potest eam usucapere, quoniam per biennium non utendo iterum amittitur.

m) l. 6. D. de S. P. V.

n) l. 20. D. de S. P. V.

o) Huic sententiae inter alios additi sunt: *Ianus a Costa in Praelect. ad tit. D. de servitut. ap. Meermann, Tom. I. Thef. p. 710. Joannes D Avezanus in servitut. libr. part. 9. Cap. 4. ap. Meerm. IV. p. 222. Pufendorf. Tom. III. Ob. serv. 188. §. 5.*

hoc falsum omnino esse in quibusdam harum servitutum, e. gr. aquaeductus, ubi continua sit possessio operis facti, aut si aqua per rivum sua sponte perpetuo fluat. Effatum PAULLI denique, ita dicunt esse explicandum: *Libertatem earum, quae non utendo committerentur, usucapi non posse*. Servitutes praediorum rusticorum contra, solas fuisse usucapioni subiectas, his rationibus ostendere student: res mancipi, et rerum nec mancipi mobiles tantum, potuisse acquiri usucapione; ULPIANUM vero rusticorum praediorum iura tantum inter res mancipi retulisse p); hinc iura praediorum urbanorum res nec mancipi fuisse, ideoque, quia iura res immobilibus essent adnumeranda, usucapi haud potuisse. Eo magis autem iura praediorum urbanorum in numerum rerum nec mancipi fuisse relata, quia aedificia quodammodo sub tutela reipublicae fuissent. Praeterea quoque CICERONEM, in loco supra citato, rusticarum servitutum tantum mentionem facere; aequae ac PAULLUM q), auctorem Responforum PAPINIANI, et AGGE-

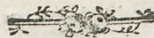
NVM

p) *Ulpiani Fragm. tit. XIX. de dominis et acquisitionibus rerum.*

q) *Paulus Sent. recept. Libr. I. tit. XVII. de Servitut. §. 2. Servitus hauriendae aquae vel deducendae, biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur. Vehementer hic locus interpretes vexavit. Paullus enim, dum docet, servitutes biennio usurpatae recipi posse, contrarium eius, quod in lege 4 D. de Usurpat. dixerat, statuere videtur. Hanc ob rem Cuiacius ad dietam legem (quem inter recentiores secutus est L. C. IV est phal in tractatu*

de libertate et servitute praediorum §. 350. not. 739.) negat hoc in loco de servitute plane amissa agi, sententiamque Paulli hanc fuisse existimat: Servitus amittitur, si is, cui debetur, ea biennio non utitur. Si vero servitutum iterum exercet, sive usurpat, cuius usu per tempus aliquod sese abstinuerat, quam iam interitui esset proxima, tamen non amittitur, sed retinetur. Huic vero explanationi obstat, quod Paullus non de servitute retinenda, sed recipienda locutus sit; servitus vero, si nondum plane amissa est, non recipitur, sed retinetur; nec opus est,

B



NVM VRBICVM r). H tandem, qui tam urbanorum, quam rusticorum praediorum servitutes usucapione adquiri potuisse statuunt, quae sententia mihi verisimillima videtur, ad ea argumenta provocant, quibus utraque pars antecedentium suam sententiam defendere

ut per biennium exerceatur, quum unicus actus servitutis ad eam retinendam sufficit. Alii contra, quorum in numero sunt *Ramos del Manzano* in *commentar. ad tit. D. de Servitut. P. II. Cap. 2. §. 18.* ap *Meerm. T. VII. p. 67.* *Galvanus de usufructu Cap. XII. §. 4 Van de Water* in *Observ. lib. II. cap. XVIII. p. 226.* Paullum non de nova servitute adquirenda, sed de veteri recuperanda, si plane exstincta sit, agere contendunt. Novam servitutem non posse usucapi, quoniam usucapio earum lege Scribonia esset sublata; si vero servitus olim constituta amissa esset, ob aequitatem, per biennium utendo, recuperari possit. Sed nusquam hoc apud veteres confirmatum invenimus. Ius enim, quod semel exstinctum est, nullum est amplius; ideoque qui illud recuperare vult, ita agere debet, ac alius, qui id nunquam habuit. Praeterea quoque auctor *Responsorum Papiniani* qui hanc Pauli sententiam retulit, non de servitute recuperanda, sed de servitute, per usucapionem adquirenda, agit. Dicit nempe tit. 18. *Aquae cursum et adquiri biennio, et amitti biennio constat. Viam, iter, actum, hoc est, ubi carpenta vel carra ducuntur, similiter biennio adquiri, et amitti posse.* Alii denique hanc ob causam existimant, Paullum hoc in loco de iure antiquo, quod ante legem

Scriboniam obtinere agere; quae sententia mihi verior videtur. Ei addicti sunt: *D' Avezanus Servitut. lib. part. IX. cap. 4. Ianus a Costa ad §. 3. I. de reb. corp. et incorp. Schultingius* in not. ad h. loc. aliique. Hoc modo omnis difficultas tollitur. Contendant verbum *usurare*, quo Paullus est usus, non solum, *usu retinere*, sed etiam saepius ac frequenter *usu adquirere*, denotare. Obstat quidem videtur, quod Paullus, de iure veteri loquens, dicat: *Servitus intercidit — recipitur*; quum potius *recipiebatur* dicere debuisset; sed Paullus ita quoque in §. ult. huius tit. de iure antiquo locutus est: *Servitus, inquit, aquae ducendae vel hauriendae, nisi ex capite vel fonte constitui non potest: hodie tamen ex quocunque loco constitui solet.*

x) *Aggenus Urbicus* in *Commentario de controversiis agrorum: (in Goeffii auctor. rei agrar. p. 55.)* Non enim inquit, iter quâ ad culturas pervenitur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit. Multum fundii ac operae in hunc locum contulerunt *Cuiacius, Galvanus, Schultingius*, aliique viri docti. Ne vero longus sum, eorum coniecturas praetereo. Locus semper obscurus manet.



fendere studet s). Quaedam dubia tamen adhuc sunt removen-
da. Gravissimi nimirum ponderis videtur argumentum, quo
illi utantur, qui negant ufucapionem iurium praediorum urba-
norum unquam in usu fuisse, dicentes quippe, talia iura res esse
nec mancipi immobiles, ideoque exenta esse ab ufucapione.

B 2

Sed

s) Qui hac de re in utramque partem
disputaverunt, non satis iura praedio-
rum ab eorum servitutibus, in sensu pro-
prio, distinxisse videntur. Quod tamen
discrimen minime puto esse negligendum.
Possessori nimirum, praedii dominantis
competit ius, servientis incumbit obliga-
tio. Generatim quidem, tam iura quam
obligationes praediorum, vel potius eorum
possessorum, servitutes dicuntur. l. 23. §. 2.
D. S. P. R. Si vero unum praedium
ad alterum referre volumus, probe tunc
iura et obligationes s. servitutes distin-
guere debemus. In §. 5 I. de S. P. et in l. 1.
D. *commun. praed.* invenimus dictum: *Nemo
potest servitutem acquirere urbani vel
rustici praedii, nisi qui habet praedium.*
Hoc est: nemo potest praedio vicino im-
ponere obligationem, nisi is, qui ipse
praedium habet, cui ius constituitur. In
l. 2. D. d. S. P. U. ius protegendi, iuribus
urbanorum praediorum adnumeratur. In
lege 2. D. d. S. P. R. servitus patiendi
alterius protectum, praediis rusticis ad-
scribitur. Neratius ibi dicit: *rusticorum
praediorum servitutes sunt: licere aliis
tollere, (vicino nempe liceat, aedificia con-
tra commodum nostri praedii rustici al-
tius tollere. Si iura praedii rustici intel-
ligere vellemus, quomodo possit ager al-*

tius tolli, ita ut luminibus praetorii of-
ficiat?) et officere praetorio vicini (vicini,
cuius praedio servitus imposita est. Prae-
torio officitur, quamvis per se praedium
urbanum est, quoniam in fundo, cui ser-
vitus est imposita, aedificatum est.) vel
*cloacam habere licere per vicini domum vel
praetorium; vel protectum habere licere.*
Servitus itaque generatim secundum natu-
ram praedii, cui inhaeret, nominanda est vel
urbana vel rustica. Sic aquaeductus, quia
aqua plerumque per agrum ducitur, in nu-
merum rusticarum servitutum refertur.
Potest tamen etiam per domum duci, tunc sit
urbana. Ita Ulpianus in l. 11. D. de publiciana
in rem act. Itemque, inquit, *servitutibus urba-
norum praediorum per traditionem constitutis,
vel per patientiam; forte si per dominum
quis suam possessus est aquaeductum transduci.* Ius,
quod servituti rusticae respondet, vel rustico
vel urbano praedio competere potest,
et versa vice praedium urbanum ius suum,
vel in rustico, vel in urbano praedio exer-
cere potest. A potiori tamen sit denomi-
natio; hanc ob rem servitus viae ad rusti-
cas refertur. Sunt tamen quoque servi-
tutes, quae uni vel alteri praedio solammodo
possunt imponi v. gr. pecoris pasceendi,
v. oneris ferendi.



Sed rite ante omnia esset probandum, revera iurisconsultos Romanos urbanorum praediorum iura rebus nec mancipi adnumerasse, deinde quoque, eorum usucapionem fuisse, sicuti usucapio praediorum provincialium, prohibitam. Prius tamen neque ex eo potest colligi, quod apud **ULPIANUM** nusquam mentionem iurium urbanorum praediorum factam inveniamus, id enim casu accidere potuit; neque ex eo, quod iura aedium sub tutela civitatis fuissent, uti **IANUS A COSTA** existimat, quum aedificia potius ipsa ab **ULPIANO** in numerum rerum mancipi relata sint t). Posterius autem haud possumus demonstrare iis legibus, quae de praediis in provinciis sitis tantum agunt u). Nec **CICERO**, tacens de urbanis servitutibus, dum rusticarum quasdam in oratione pro Caecina commemorat, eorum opinionem probabiliorum reddere potest.

§. V.

Legis Scriboniae auctor et aetas.

Usucapionem servitutum lege Scribonia sublatam esse a **PAVLO** traditum accepimus v) *Libertatem*, inquit, *servitutum usucapi posse, verius est; quia eam usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutum constituebat; non etiam eam, quae libertatem praestat, sublata servitute.* Hoc vero unicum huius legis est testimonium. Hinc tam de auctore, quam de aetate legis Scriboniae certi nihil; sed variae tantum inveniuntur coniecturae, quas breviter nunc enumerare liceat.

t) *Ulpiani fragm. tit. XIX. §. 1.*

v) in l. 4. §. ult. D. de usurpat. et

u) e. gr. l. 22. §. 1. D. de publiciana usucap. in rem actione.

liceat. CUIACIUS w) adscribit hanc legem Lucio Scribonio Liboni, qui circa annum V. C. DCIII tribunus plebis rogationem tulit, ut Lusitani, qui in fidem populi Romani dediti, a Sergio Galba in Galliam venissent, in libertatem restituerentur x) HOTTOMANNVS y) tribuit eam Caio Scribonio Curioni, qui anno V. C. DCLXXVII. cum Cn. Octavio Consul fuit. *Raevar-dus* z) Lucio Scribonio Liboni, qui Tiberio imperante, consul fuit cum Sisenna Statilio Tauro anno V. C. DCCLXVIII, et Senatus consulto de falso nomen dedit. GALVANVS a) Lucio Scribonio Liboni consuli cum M. Antonio, anno V. C. DCCXIX. HALOANDER b) pro Lege Scribonia posuit *Legem Voconiam*. Tanta harum opinionum varietas optime indicare videtur, quam parum singulae earum sunt certae; ideoque omnibus his praefero eorum sententiam, qui contendunt, ignotum plane esse atque incertum, utrum haec lex consularis fuerit, an tribunitia, quis eam tulerit, et quo tempore sit lata. Idenim certe tantum ex verbis CICERONIS, saepe allegatis, et ex illa lege, quae ex PAVLLI libro quinquagesimo quarto ad edictum sumta est, colligere possumus, eam quidem

B 3

dem

w) in *Commentar. ad L. 4. §. ult. D. de usup. D' Aezan. in Servitut. Libro part. IX. cap. 3*

x) *Cicero in Bruto. Livii epit. Lib. 49.*

y) *de legibus cap. de Leg. Scrib. p. 67.*

z) *ad Legem Scrib. cap. I. Ei adferunt Fr. Ramos del Manzano in Comment. ad tit. D. de Serv. part II. cap.*

II. §. 13. ap. *Meerm. tom. VII. Ioh Fern. de Retes succijva selectio ad legem Scriboniam ap. Meerm. tom. VI. p. 463.*

a) *de usufructu. cap. XII. §. 3. Van de Water Obs. II. cap. 18.*

b) *Eum fecuti sunt Donellus Lib. V. Commentar. I. Civ. cap. II. A. Faber Lib. 19. Conti. cap. 9.*



dem post CICERONIS aetatem, ante tempus tamen, quo PAULLUS hoc scripserit, fuisse promulgatam.

S. VI.

Tam urbanarum, quam rusticarum servitutum usucapionem Lex Scribonia susulit.

Id quoque a iurisconsultis in dubium vocatum invenimus, utrum ad omnes servitutes, tam urbanas quam rusticas, usucapio pertinuerit, an ad unum tantummodo earum genus spectaverit. Quidam enim existimant c) illam tantum usucapionem hac lege fuisse interdictam, quae servitutem in praedio urbano constituebat; quoniam PAULLUS in illa lege de usucapione libertatis locutus sit, quae in servitutibus tantum urbanis obtinuisset. Alii d) contra existimant, rusticarum duntaxat servitutum usucapionem fuisse prohibitam; urbanarum vero postea moribus et interpretatione iurisconsultorum exolevisse. Duobus locis hoc demonstrari posse, sibi habent persuasum. Primo PAVLLVM commemorare e), servitutes praediorum rusticorum, usucapi non posse, expositisque rationibus, eam addere: idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur, et hoc modo accurate differentiam servitutum ratione usucapionis indicare. ULPIANVM, deinde, harum servitutum eodem modo facere mentionem: f) *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam*

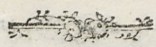
c) *Vinnius Select. quaest. Lib. I. quaest. 31. et ii, qui ante legem Scriboniam urbanas tantum usucapi potuisse opinantur.*

d) *D' Avezanus S. Lib. part. IX. cap. 5. iique, qui negant servitutes urbanas*

usucapioni ante hanc legem fuisse subiectas.

e) l. 14. D. de Servitutibus.

f) l. 10. D. de usurp. et usucap.


 nusquam longo tempore capi possint; cum aedificiis possint, illa enim verba observatur et hoc iure utimur nihil aliud significare, quam ius, quod antea controversum fuerat, moribus et consuetudine deinde certum esse factum. Urbanarum igitur servitutum usucapionem consuetudine et prudentum auctoritate esse sublatam. Sed neque illorum mihi placet sententia, quia PAVLLVS, quamvis exemplo urbanae servitutis effatum suum illustraverit, generaliter tamen de usucapione servitutum sublata locutus est, dum dicit: quia cum usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutes constituebat. Neque his adsentire possum, quia illa verba observari et hoc iure uti, quibus argumenta fundant ad probandum, moribus et auctoritate prudentum exolevisse urbanarum servitutum usucapionem, non solum id, quod moribus introductum, verum etiam id, quod legibus constitutum est, denotare possunt. Hanc ob rem, quum tam parum firma haec argumenta sunt, animus inclinatur, ut eorum potius sententiam sequar, qui usucapionem omnium servitutum, non solum urbanarum, verum etiam rusticarum, legem Scriboniam sustulisse statuunt, g)

§. VII.

Ratio Legis Scriboniae.

Rationem duplicem huius legis PAVLLVS in lege 14 D. de Servitutibus tradidisse videtur; quare plerique hanc rem tractantes, ad hanc legem recurrunt; sed perperam, uti recte IOANNES VAN DE WATER h) notavit. Ipse enim PAVLLVS dubitanter

g) Racvardus ad Leg. Scribon.
 cap. 6. Galvanus de Usufr. Cap. XII.
 §. 4 et 15.

h) in Observat. Iuris Roman. Lib. II.
 Obs. 18.



tanter de causis, quae usucapionem servitutum impediunt, locutus est: *Servitutes*, inquit, *praedio um rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporeales tamen sunt; et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.* Hoc modo ipse nihil se proferre, quam coniecturas, haud obscure ostendit. Vix probabiles tamen sunt. Nam quod ad primam rationem attinet, quod incorporeales essent, haec idcirco non est verisimilis, quoniam post legem Scriboniam libertas servitutum usucapi potuit, quae non minus est res incorporalis; neque altera nobis satisfacit, quod nimirum servitutes non habeant certam continuamque possessionem. Nam plures sunt servitutes, tam rusticae, quam urbanae, quibus continenter utimur, v. gr. aquaeductus, oneris ferendi, tigni immittendi, multaeque aliae. Hanc ob rem VAN DE WATER est opinatus, PAVLLVM haud respexisse ad legem Scriboniam, sed potius ad iura duodecim tabularum i). Rationem vero legis fuisse libertatis favorem, atque odiosam servitutis naturam, iniquum enim ratum esse Scribonium, fundos, aedes, agrosque, ignorantibus dominis, oneribus servitutum subiici. Defecisse in servitutibus usucapionis introductae rationem, ne scilicet dominia semper essent incerta. Ob easdem causas a VAN DE WATER allegatas, EVERHARDVS OTTO k) rationem in brevitate temporis, qua circumscripta fuerit usucapio

i) Hoc tamen vix affirmare velim; sed potius ad naturam, tam usucapionis, quam servitutum respexisse, et inde argumenta sua deduxisse videtur.

k) In *Dij. de usucap. serv. Cap. II.* §. 15.

pio biennalis, invenire putat: sed facile tunc potuisset biennii spatium dilatari, sicuti PAVLLVS quoque in quibusdam casibus l), ad usucapiendam servitutis libertatem, duplicatum temporis spatium concessit. Sententia itaque IOANNIS VAN DE WATERER mihi verior videtur.

§. VIII.

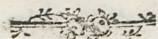
Origo praescriptionis servitutum per longum tempus.

Post legem Scriboniam servitutes iterum esse usucaptas, nullam exstat testimonium; nam neque locus PAVLLI, m) neque auctoris responforum, quae vulgo PAPINIANO tribuuntur, huc est trahendus. Hunc enim PAVLLI sententiam repetere, verisimile est. PAVLLVS vero, etiamsi de iure novo esset locutus, quod tamen minime est in aperto, vel suam vel alius iurisconsulti proposuisse videtur sententiam, aequum existimantis, ut servitutes, quae antea iure essent constitutae, ob non usum vero, per biennium amissae, utendo iterum per biennium reciperentur. Lex nihilominus prohibere potuit, ne novae servitutes per usucapionem constituerentur, quae antea non fuerint adquisitae. Quamvis autem ea aetate non amplius servitutes potuerint usucapi, tamen alio modo, diuturno nimirum exercitio coeperunt constitui. Diu iam erat introducta longi temporis

prae-

l) L. 7. D. quemadmod. serv. amittitur.

m) S. R. Lib. I. tit. XVIII. de servitut.
§. 2. v. not. q. ad §. IV.



praescriptio, qua quidem non dominium, (saltem secundum ius subtilissimum Romanorum) sed aeterna tamen certaue rei possessio adquirebatur. Temporis spatium, ad hanc praescriptionem necessarium, principio praetoris arbitrio definitum fuisse videtur n). Deinde vero constitutionibus imperatorum statutum est, ut longi temporis praescriptio inter praesentes decennii, inter absentes vicennii continuum spatium comprehenderet o). Iam, (liceat ita coniecere) quum saepius incertum esset, sublata servitutum usucapione, quo iure servitutes praediorum exercerentur, et inde ortae rixae; sapienter iurisconsulti praescriptionem longi temporis ad servitutes applicare, et tales controversias secundum temporis spatium, per quod quis servitute usus erat, exemplo rerum immobilium decidere, coeperunt. Imperator ANTONINVS CARACALLA primus fuit, quantum scimus, qui hanc servitutum praescriptionem rescriptis duobus confirmavit p). *Is, inquit, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem, vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet. In altero vero dicit: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti: servitute exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si ante hoc spatium, eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus, in ea re factos, praestari tibi potulas. Nemo illorum iurisconsultorum, qui ante CARACALLAM vixerunt, in fragmentis, quae ex scriptis eorum adhuc in Digestis exstant, mentionem servitutum praescriptione longi temporis constitutendarum fecit, Sed PAVLLVS et ULPIANVS, qui post CARACALLAM*

n) D' Avezanus l. cit. cap. 8.
van de Water l. cit. p. 288.

o) l. 76. §. 1. D. de contrahend. empt.
Pavlli sentent. lib. V. §. 3.
p) l. 1. et 2. C. de Servitut.



LAM, SEVERI aetate, vixerunt, pluries longa possessione servitutes acquiri tradiderunt. GALVANVS q) commenticiis argumentis ductus, servitutes ea aetate neque usucapi, neque praescribi, nihilominus tamen longi temporis cursu sive per patientiam acquiri potuisse contendit. Praescriptionem enim longi temporis non locum habuisse, quia nusquam, neque in Digestis, neque in Codice, quidquam de praescriptione servitutum invenitur. Deinde esse in aperto, quod ad praescriptionem requiratur possessio; servitutes autem possideri non posse. Sed etiam si praescriptio inter modos acquirendi servitutem non sit posita, revera tamen, per eam servitus constituitur, dum extinguendo alterius praedii libertatem naturalem, ius in eo aliquid faciendi, vel prohibendi, ne possessor eius aliquid contra nostri praedii commodum faciat, acquiritur. Vera possessio ad praescribendum in iis tantum rebus requiritur, quae possideri possunt; nam in iis, quae incorporales sunt, exercitium loco possessionis est. Nomine itaque magis ille iurisconsultus discrepat, quam re; ipse enim contendit, exercitium per longum tempus continuatum, et patientiam possessoris fundi servientis, quae essentialia sunt praescriptionis, requiri ad servitutem longi temporis cursu constituendam.

§. IX.

Iure Iustiniano nihil mutatum est circa praescriptionem servitutum.

Haec fere fuit origo praescriptionis servitutum. Iam videamus, an IUSTINIANVS, qui multa circa praescriptionem vel usu-

C 2

capio-

q) in Diss. de Usufructu cap. XII. §. 51



cipationem correxit, aliquid hac in re mutaverit, et praescriptionem servitutum fortasse penitus in usucapionem earum converterit. Ita enim quidam existimant IUSTINIANVM per constitutionem *de usucapione transformanda*, sicuti rerum immobilium, ita quoque servitutum praescriptionem in usucapionem convertisse. Alii r) vero putant, usucapionem servitutum per hanc legem esse introductam, praescriptionem vero minime esse abrogatam, ita ut hodie servitutes et usucapi et praescribi possint. Alii s) denique, servitutum praescriptionem a IUSTINIANO neque esse commutatam, nec confusam cum usucapione, sed post hanc constitutionem adhuc viguisse, contendunt. Priori sententiae, quod nimirum hodie usucapione Iustiniana decem vel viginti annorum servitutes acquiri possent, adhaeret praecipue CUIACIUS t), quia IUSTINIANVS nominatim in illa constitutione dixisset, transformationem suam locum habere in rebus quae immobiles sint, vel esse intelligantur; servitutes autem immobilium iure censerentur, imo pro immobilibus haberentur; quare igitur usucapio Iustiniana procedere in iis possit. E contrario vero posteriores contendunt, servitutum praescriptionem non esse sublatam, vel in usucapionem conversam. Quam sententiam probo; etsi non negem, magis de nomine, quam de re disceptari. Nam in tota lege unica Codicis *de transformanda usucapione* de corporalibus dumtaxat rebus, tam immobilibus, quam mobilibus, uti verba satis clare indicant, sermo est, IUSTI-

NIA-

r) *Vinnius Sel. quaest. lib. I. cap. 31. Westphal. de libertate et servitute praedior. not. 709. p. 568.*

s) *D' Avezanius l. cit. p. IX. cap. VI. ap. Meerm. IV. p. 225.*

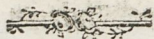
t) *ad l. 14. D. de usurp. In Paratit. tamen ad eod. tit. de praescript. longi temp. contrariam sententiam fovere videtur.*

NIANUS in introitu huius legis declarat: *Satis inutile est, inquit, usucapionem in Italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere*; distinguit nempe *res soli* a rebus non corporalibus sive iuribus u) et quamvis paullo infra dicat: *per praesentem legem et in Italicis soli rebus, quae immobiles sunt, vel esse intelliguntur, sicuti annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus* nihilominus tamen non servitutes his verbis intelligere videtur, sed potius illas res mobiles, quae vel propter destinationem, uti mancipia rustica, vel propter cohaesionem cum re immobili, veluti valvae, pro rebus immobilibus civiliter talibus habentur; nam illa verba *vel esse intelliguntur* ad res soli Italici referenda sunt, et res mobiles denotant, quia de rebus corporalibus, quatenus incorporalibus oppositae sunt, hic non sermo est. Praeterea potissimum differentiam inter praedia Italica et provincialia ratione praescriptionis tollere voluit. Constituit itaque, ut utrorumque praediorum praescriptio sit decennalis vel vicennalis, simulque autem tam Italica, quam provincialia hac praescriptione longi temporis usufruantur v). Hoc vero modo, neque praescriptionem servitutum sustulit, neque usucapionem earum transformavit; quia iam diu erat lege Scribonia abrogata et post hanc legem nunquam in usum reducta. Deinde quoque servitutes longo tempore capi non

n) L. 12. C. de praescript. longi temp. infine: „Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usufructus et ceterae servitutes.

v) In prooem. L. de usucap. Iustinianus dicit: Constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem

mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usufruantur; et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia verum, iusta causa possessionis praecedente, adquirantur.



non posse affirmat ULPIANUS w) dicens: *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.* Is vero et omnes iurisconsulti eius aetatis novum usucapiendi modum, a IUSTINIANO introductum, ignorabant; scripsisse igitur videtur *usucapi*, quod TRIBONIANUS mutavit et pro *usucapi*, *longo tempore capi* posuit; fortasse ne quis existimet per constitutionem *de transformanda usucapione*, sicuti rerum, ita quoque servitutum usucapionem, per longi temporis possessionem, esse introductam. Ii tandem, qui tam usucapi, quam praescribi servitutes affirmant, ad usucapiendam servitutem requirunt, ut ea bona fide et iusto titulo a non domino constituta fuerit. De qua sententia infra differendi erit occasio,

§. X.

Notio et divisio praescriptionis.

Expofui nunc historiam tam usucapionis, quam praescriptionis servitutum. Iam ad ipsam tractationem de praescriptione servi-

w) L. 10. D. de Usurpat. et usucap. Van de Water Libr. II. Obs. Cap. XVIII. p. 251. hunc locum sic interpretatus est: nemo potest servitutem longa possessione adquirere, nisi qui habet praedium vicinum. Westphal de libertate et servitutibus praed. not. 739. p. 56. putat per manum Triboniani pro biennio usucapi hic substitutum esse; longo tempore capi idque factum esse, quia Iustinianus usucapionem ad servitutes acquirendas nondum extendisset. D' Avezanus vero l. cit. part. IX. cap. VI. et Vinnius select. quaest. libr. I. cap. XXXI. rectius haec

verba ita intelligunt: Servitutes solae, nunquam possunt usucapi longo tempore (tamen praescriptioni sunt subiectae) sed unacum aedificio, quod tanquam conditiones sequuntur, usucapiuntur. Ita Paulus loquitur in l. 23. §. 2. D. d. S. P. R. Si fundus serviens vel is, cui servitus debetur publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua conditione quisque fundus publicaretur. Vide quoque l. 20. §. 1. D. de acquir. rer. domin. Si hanc legem aliter explicare velimus, Ulpianus, qui eius auctor est, sibi ipse contradiceret. Contrarium enim statuit in l. 10. D. si serv. vind.

servitutum constitutiva transeo; et quoniam omnis institutio, uti Cicero recte notat, quae a ratione suscipitur, a definitione proficisci debet, primum de notione et divisione praescriptionis in genere breviter differam, ut facilius tunc ipsa praescriptio constitutiva definiri possit. Multas ac varias profecto definitiones praescriptionis in libris iurisperitorum invenimus, quae valde inter se discrepant. Prae ceteris tamen eorum x) mihi placet sententia, qui praescriptionem generatim definiunt, quod sit *modus exstinguendi ius alterius ob neglectam eius persecutionem per tempus lege definitum*. Plerique praescriptionem dividere solent in duas species, vocantes *acquisitivam* eam, qua ius in re alterius acquiritur, *exstinctivam* vero, qua ius de nostro aliquid exigendi exstinguitur. y) Acquisitiva iterum iis est duplex: Ius enim speciale, quod per illam acquiritur, aut est illud ipsum ius, quod ab eo, contra quem praescriptio currit, amissum est, aut est aliud quoddam ius contra ipsum acquisitum, et oppositum illi

x) I. G. Waldeck Inst. iur. civ. Heinec. §. 321. Eodem fere modo Cocceius in iure contrav. tom. II. p. 462. eam definit, vocans eam: *remedium iuris, quo excluditur actio intra statutum tempus non nota*. Ravius in princip. univers. doctrin. de praescriptione, notat verum quidem hoc esse; tamen pro definitione praescriptionis non posse venditari, quia constitutivus character in ea non fit comprehensus. Quare ipse talem definitionem proposuit: *praescriptio est adeptio commodi cuiusdam ex amisso ab altero iure, per non usum eius intra tempus quoddam*. Sed adeptio domini aut alius cuiusdam commodi, est magis effectus praescriptionis;

quam praescriptio ipsa; priusquam enim dominium aut commodum quoddam adipisci possimus, necesse est, ut alterius ius antea sit exstinctum; id vero, quod exstinguit est praescriptio. Formavit Ravius definitionem suam, secundum eam, quam nobis Modestinus in l. 3. D. de usurp. exhibet: *usucapio est adiectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti*. Sed notum est, quam rarae sint in libris Digestorum et Codicis definitiones omnibus numeris absolutae. Quamvis non negem antiquam usucapionem, si ad effectum eius respicias, recte a Modestino esse definitam.

y) Hellfeldii Iurisp. for. §. 1756.



illi iuri, quo hactenus gaudebat, et quod amissum per praescriptionem est; priorem *translativam*, posteriorem *constitutivam* dicunt. Vulgaris quidem est distinctio praescriptionis *acquisitivae* et *extinctivae*, et apud plerosque, qui de hac re tractaverunt, invenitur. Vituperanda tamen videtur. Vera enim praescriptionis natura in extinctione consistit. Nam semper ius illius, contra quem currit, extinguitur. Si quis rem, quae alterius fuerat, per longum tempus possedit, ius illius reale sive dominium extinguitur. Si per decem annos via, quae per fundum alterius ducit, usus est, ille, qui per hoc tempus eum non prohibuit, ius eum prohibendi ne amplius hac via utatur, amittit. Ideoque illa praescriptionis species, quam alias *acquisitivam* vocant, secundum suam naturam est *extinctiva*.

§. XI.

Praescriptio secundum effectum, quem producit, dividitur.

Nihilo minus tamen necessarium puto, ut tam diversae praescriptionis species secundum commune quoddam fundamentum diiudicentur; ut earum proprietates melius cognosci possint, ac unicuique nomen aptum tribui queat. Effectus autem, quem praescriptio producit, prae ceteris divisionis fons uberrimus est atque optimus. Haec enim distinctio ex re ipsa nascitur, neque sicuti divisio ratione temporis, 2) quod ad perficiendam praescriptionem necessarium est, sola arbitraria dispositione legislatoris fundata est. Quo vero modo praescriptionem ratione effectus distinguendam putem, paucis verbis

nunc

2) Unde in *ordinariam* et *extraordinariam* sive *longi* vel *longissimi* temporis praescriptionem dividitur.



nunc indicabo. Effectus extinctionis iuris alicuius, ob neglectam eius persecutionem, tam intuitu eius, qui praescribit, quam intuitu eius, contra quem praescriptio currit, diverso tamen modo, sese ostendit; hinc tota divisio in partes duas est disponenda, et effectus, tam ratione praescribentis, pro quo alterius ius extinguitur, quam intuitu illius, cuius ius deletur, est considerandus. Praescribens, qui plerumque aliquid commodi ex praescriptione percipit, vel aliquid acquirit, hanc praescriptionem *adquisitivam* vulgari nomine vocemus; vel ab onere quodam liberatur, hanc novo vocabulo *liberatoriam* appellare liceat. *Adquisitiva* iterum duplex est; nam vel rei dominium acquiritur, vel ius tantum certam ac definitam utilitatem ex re percipiendi; priorem *adquisitivam in specie* sive *Usucapionem*, (nam IUSTINIANUS non sustulit usucapionem, sed constituit potius, ut res vel per triennium, vel per longi temporis possessionem usucapiantur) posteriorem *constitutivam* nominamus. Praescriptione *liberatoria* ille, pro quo currit, vel ab obligatione personali, vel ab onere rei suae imposito, liberatur; haec *liberatoria realis* sive *servitutis*, illa *personalis* sive *obligationis* dici possit. a) Is vero, contra quem currit, cuiusque ius per eam deletur, vel aliquid amittit, vel ei aliquid contra libertatem naturalem imponitur; illam praescriptionem *privativam* sive *amissivam*, hanc vero *impositivam* adpellare liceat. Prioris causa est *negligentia*, posterioris vero *patientia*. Per *privativam* amittit vel rei dominium, vel ius ab altero exigendi ut obligationi suae satisfaciatur, vel ius in re alterius servitutem exercendi; quarum prima, praescriptio *privativa domini*, altera *privativa*

a) Huc quoque referenda esset praescriptio criminalis, qua delinquens ab onere inquisitionis et poenae liberatur.



vativa iuris personalis, tertia vero privativa servitutis nominari possit. Praescriptio denique *impositiva* imponit servitutem rei eius, contra quem currit. Servitus autem non potuit secundum principia iuris Romani personae imponi. Romani enim, quibus libertas erat inaeestimabilis, toto pectore quidquid speciem habebat servitutis, detestabantur. Quam ob causam nunquam tolerare potuerunt, libero homini perpetuam obligationem praeter eius voluntatem solo temporis cursu imponi. Germanis vero antiquis non tam subtilis erat libertatis sensus. Hinc secundum principia iuris patrii praescriptio constitutiva, vel impositiva, iterum in eam, quae obligationem personae, et eam, quae servitutem fundo constituit, dividi potest.

§. XII.

Notio praescriptionis constitutivae.

Per praescriptionem constitutivam sive impositivam libertas praedii vicini deminuitur; libertas autem praedii est: *immunitas eius ab oneribus*. Hinc ius libertatis est: *facultas moralis, quae possessori praedii competit, omne id, quod praedio aut possessori eius onerosum est; avertendi*. His definitionibus praemissis, facile nunc, quid sit praescriptio servitutis constitutiva, definire possumus; erit nimirum in genere *modus exstinguendi ius libertatis possessori rei competens, prohibendi alterum, ne hic in re eius servitutem exerceat, ob neglectam eius persecutionem per tempus lege definitum*. In specie vero realium servitutum, erit *modus exstinguendi ius libertatis vicino praedio competens, prohibendi adiacentis praedii possessorem servitutem in hoc vicino praedio exerceat, ob neglectam eius persecutionem per tempus lege definitum*. Exstincto iure libertatis, servitus ipsa

ipsa constituitur. Ut vero praescriptio legitimo modo procedere possit, requiritur necessario a parte praescribentis exercitium servitutis rite coeptum et continuatum, a parte eius vero, cuius praedii libertatis ius deletur, patientia, et utrumque per tempus lege definitum, continuatum.

§. XIII.

Quo modo et quo titulo quis servitutum constituendam exercere debeat.

Primo igitur de possessione vel quasi b) servitutis agamus. Notum est possessionem servitutis in exercitio servitutis et animo eam sibi habendi consistere. Inprimis vero ad iustam servitutis possessionem (quae analogica tantum est) requiritur, ut possessor eam suo iure, bona fide, nec clam, nec vi, nec praecario exercent. Apertissime hoc CELSUS et PAULLUS docent. Ille dicit c) *Si per fundum tuum commeavit aliquis; non tamen tantquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actusque: nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possidisse oportet.* Hic d) vero ait: *Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo iure uti se credidit: ideoque, si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus fit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.* Iam videamus, quo iure quis servitutum exercere debeat, ut eam per praescriptionem constituere possit.

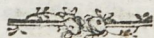
D 2

possit.

b) Raro in legibus adverbium quasi possessione intra aliquos contendebar. vocabulo possessionis adicitur. Invenitur tamen in l. 10. D. si serv. vind. in l. 3. §. 17. D. de vi et vi arm. et in proem. l. de interdictis, ubi Imperator dicit: tunc maxime fiebat, cum de possessione qui quasi

c) L. 7. D. de itin. actusque priv.

d) l. 25. D. quemadmod. serv. amittitur.



possit. In magna sane controversia haec quaestio versatur. Id vero constare videtur, neminem servitatem praescribendo adquirere posse, nisi eam *pro suo* possideat. Generatim notandum est, ex hac causa duplici modo possideri posse. *Pro meo* enim aliquid possideo, vel quia nemo me a possessione eius, quod meum esse volo prohibere potest, quo pertinent e. c. quidquid terra, mari, vel coelo cepi, vel quod ut in rerum natura esset, feci, vel quod ex re mea natum est e); vel quoniam ex iusta causa existimo dominum proprietatem rei suae mihi concessisse. Pro meo igitur possideo servitatem, quia, vicinum tacite mihi tale ius concessisse, persuasum habeo; patientia enim servitutis, quae in eius fundo nec clam, nec vi, nec precario exercetur, iusta huius opinionis est causa. Nec dubito omnes fere hac de re consentire. Sed de eo potissimum inter se discrepant, an servitus praescribenda speciali titulo, veluti ex legato vel alio modo constituta esse debeat, nec ne. Utriusque partis argumenta generatim nunc exponam.

§. XIV.

Argumenta eorum, qui specialem titulum requirunt.

ii f), qui existimant servitatem non praescribi posse, nisi titulo speciali constituta sit, potissimum ad eas leges provocant, quae statuunt, ut res usufructuaria titulo speciali adquirenda esse debeat.

e) l. 3. D. *pro suo*. l. 3. §. 21. D. *de acquir. v. amitt. possess.*

f) In hanc sententiam praeter alios discedunt: *Wernher part. III. observ.*

73. *Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden. Tom. XIV. n. 3. Leyser specim. 110 med. 4. et pater meus pio colendus in introductione in controversias iuris civ. sect. II. cap. III. §. 28.*

debeat. In lege enim 27. D. de usurpationibus et usucapionibus ULPIANUS Celsum referre dicentem : *errare eos, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere cum posse; nihil referre, emerit, nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS imperatores non minus constituere in lege 24 C. de rei vindicat. Nullo in isto titulo praecedente, possidentes ratio iuris quaerere dominium prohibet. Huic generali regulae, quod nulla praescriptio sine speciali titulo procedere possit, servitutum praescriptionem quoque subiectam esse dicunt. Deinde legem 12. C. de praescriptione longi temporis proferunt, quae constitutionem IUSTINIANI continet, ubi in fine ait; *Sit igitur secundum hanc constitutionem causa perfectissime composita, et nemo post hac dubitet, neque inter praesentes neque inter absentes, quid statuendum sit: ut bono initio possessionem tenentis, et utriusque partis domicilio requisito, sit expedita quaestio pro rebus ubicunque positis: nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Eodem observando, et si res non soli sunt sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutis.* Existimant enim ex his verbis apparere, bonum initium, quod iis est *titulus et bona fides*, ad usucapiendas res, tam corporales, quam incorporales, veluti servitutes, necessarium esse. Porro ad legem 2. C. de servitutibus et aqua respiciunt, in qua ANTONINUS imperator Martiali rescriptit: *Si aquam per possessionem Martialis co- sciente duxisti, servitutum exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.* Ob hanc comparisonem rerum immobilium cum servitutibus concludendum esse, has eodem modo ut illas, non nisi speciali titulo praecedente, longo tempore praescribi posse. Insuper legem unicam C. de usucapione transformanda adlegant, ubi



in fine est dictum: *fit rebus et locis similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.* Nullam ideoque, dicunt, superesse inter praescriptionem rerum immobilium et servitutum differentiam. Tandem contendunt, neminem posse nec vi, nec clam, nec precario possidere quod tamen leges ad constituendam servitutum, per praescriptionem longi temporis, requirerent, nisi qui iusto titulo et bona fide possideat. Haec fere sunt eorum argumenta, qui ad praescriptionem servitutis, possessionem eius, bona fide et iusto titulo adquisitam, et per longum tempus continuatam, necessariam existimant.

§. XV.

Argumenta eorum, qui sine titulo speciali praescriptionem servitutis procedere statuunt.

Adversarii vero eorum solam patientiam possessoris fundi, ad imponendam servitutum, sufficere existimant g). Plerique tamen eorum putant si servitus, vero domino praedium serviens non possidente, exerceretur, vicinum ius tunc demum acquirere posse, si bona fide et speciali titulo ab illo non domino praedium tenente, ei constitutum esset atque traditum; de quo postea erit dicendi occasio. Hi quoque variis legibus sententiam suam corroborare student. Eo sine potissimum legem 10. D. si servitus vindicetur advocant, ubi ULPIANUS ait: *Si quis*

g) Hanc sententiam defendunt: *Vin- res der, Meditationen über verschiedene- nius sel. iuris quaest. lib. 1. qu. 31. Brun- practische Rechtsmaterien; tom. III. med. nemann ad. l. 2. C. de servitut. Pufen- 156. aliique. dorff tom. I. obs. 32. §. 13. atque aucto-*

quis diuturno usu et longa quasi possessione, ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta sit, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse. Verbis quo iure constituta sit ULPIANUM titulum intelligere contendunt, quia exempli causa addat veluti ex legato vel alio modo. Deinde ad leg. 1. §. 23. D. de aqua et aquae pluviae arcend. provocant, ubi ULPIANUS dicit: Sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque clam, neque precario, habuisse longa consuetudine, vel ex iure impositam servitutum videatur. Cum ista lege coniungunt legem 2. C. de servitutibus, ad quam etiam affirmantes provocant; hi vero in utraque lege nihil de titulo contineri existimant. Patientiam enim tituli loco esse habendam; nec titulum sicuti ad usucapionem rerum mobilium et immobilium, ita quoque ad praescriptionem servitutum requiri, quoniam h) necessario ponendam sit, illarum alienationem a non domino esse factam, quum, si ipse dominus rei eam, iusto titulo praecedente, in alterum transtulisset, hic non nudam rei possessionem, sed ipsum dominium rei alienatae accepisset; quo facto statim dominium acquisitum, nec longum temporis spatium ad usucapiendam rem, vel praescribendam, esset expectandum. Idem quoque obtinere in servitutibus; nam si a domino fundi servientis vel pacto concessa, vel legata esset, possessorem praedii dominantis ius statim acquirere sine praescriptione.

§. XVI.

h) Ita, Anton. Faber ratiocinatur Libr. XIX. Coniect. cap. X. §. 7.



Diudicatis utriusque partis argumentis, praescriptionem servitutis sine titulo speciali procedere, flatuitur.

Enumeravi hoc modo utriusque partis argumenta; iam quid singula eorum valeant, videamus. Illae leges i), ad quas ii provocant, qui sine titulo praescriptionem servitutem haud procedere posse existimant, generatim quidem ad praescriptionem iustum titulum requirere videantur; si vero eas accurate inspiciamus, apparebit ibi non de servitute in fundo vicini constituenda sermonem esse, sed de acquirendo rei alienae dominio, quod in alterum non transire potest, nisi ex iusto atque speciali titulo translata rem acceperit. Quod vero constitutionem IUSTINIANI attinet k), per quam tres veterum ambiguitates circa praescriptionem sustulit, *bonum initium* possessionis, de quo loquitur, quemcumque potius legitimum modum acquirendae possessionis, quam titulum specialem solummodo, significat. Servitus autem, quae non vi, non clam, non precario, et patiente domino fundi servientis exerceri coepit, sane bono initio possidetur. Fortasse IUSTINIANUS idcirco pro iusto titulo posuit *bonum initium*, ut tam ad rerum, quam ad iurium praescriptionem haec verba trahi possint. ANTONINUS imperator, in rescripto illo ad Martialem l), servitutes quidem cum rebus immobilibus, ratione praescriptionis comparat, dicens: *servitatem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti*; sed quis non videt, eum ad spatium temporis, quo adquire-

i) L. 27. D. de Usurp. et l. 24. C. de rei. vind.

k) L. 12. C. de praescript. longi temporis.

l) L. 2. Cod. de servitutibus et aqua.

quirebantur, non vero ad titulum respexisse. Nam ex verbis sequentibus satis clare apparet, servitatem aquae ducendae, de qua sermo est, sine titulo possessam fuisse; addit quippe: *Quod si ante id spatium, eius usus tibi interdictus est, frustra sumus in ea re factos praestari tibi postulas: cum in aliena possessione, operis facti dominium, quod in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.* Iam, si iusto titulo servitatem possedisset, eius usus ei non potuisset interdicti, quoniam possessor praedii servientis perfecte ad praestandam servitatem obligatus fuisset. Nunc vero proponitur, servitutis exercitium fuisse interdictum intra spatium lege definitum, necessario itaque concludere debemus, ANTONINUM supposuisse, servitatem nullo speciali titulo praecedente exercitam fuisse. Potuit enim usus servitutis tam diu interdicti, quam spatium temporis ad praescribendum necessarium nondum erat praeterlapsum. Secundum hanc legem itaque servitutes, eodem temporis spatio, quo res immobiles adquiruntur, nullo tamen speciali titulo praecedente, praescribi posse, merito est statuendum. Multo minus autem constitutio IUSTINIANI de transformanda usucapione quidquam probare potest. Nam ultima huius legis verba: „*ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis*“ ad praediorum Italicorum et provincialium, rerumque mancipi et nec mancipi differentiam, minimè vero ad illud discrimen rerum corporali-um et iurium, veluti servitutum, intuitu tituli, sese referre, quid potest esse magis apertum atque perspicuum. Illud tandem argumentum, quod servitus, nisi constituta sit ex iusto titulo, non vi, nec clam, nec precario possideri nequeat, facillime potest refutari. Is enim, qui servitutum exercet non clam, sed palam, non vi adhibita, sed patiente possessore

E

prae-

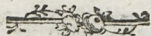


praedii fervientis, non precario, sed suo iure, iuste eam ac legitimo modo, minime tamen ex speciali titulo possidet, eamque per praescriptionem adquiri potest. Restat, ut etiam eorum argumenta recenseamus, qui sine titulo speciali servitutem, per solam longam possessionem, constitui posse contendunt. Profecto ULPIANUS in legibus istis, supra allegatis m) non solum nihil amplius ad praescribendam servitutem requirit, quam id, ut patiente domino nec vi, nec clam, nec precario exerceatur, sed etiam clare dicit, non esse necesse docere de iure, quo servitus constituta sit, veluti ex legato vel alio modo. Recte quoque ii notant, qui dicunt, servitutem, si iam ex speciali titulo a vero domino esset vicino concessa, atque tradita, non possit demum constitui per longi temporis praescriptionem, quia iam diu per pactum, vel ex legato, vel alio modo, constituta esset. Dominium enim non nisi ex una causa contingere potest. n) Diudicatis hoc modo utriusque partis argumentis, quicumque facile intelligere potest, quoniam argumenta fortiora sint; et quum ratio postulat, ut semper eam sententiam sequamur, quae nobis fortioribus argumentis munita videtur, lubenter confiteor, quamvis doctissimos et magni nominis Iuriconsultos alterius partis sententiam defendere videam, me tamen eorum sententiam veriore existimare, qui sine titulo speciali, veluti ex legato, vel donato, praescriptionem servitutis procedere posse, contendunt.

§. XVII.

m) Nimirum l. 20. D. si servitus vind.
et l. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluvi.

n) L. 3. D. de adquir. v. amitt. poss.



§. XVII.

Quid sit nec vi, nec clam, nec precario possidere, demonstratur.

Quicumque servitum per longi temporis praescriptionem in fundo vicino constitutam esse ait, eam *nec clam, nec vi, nec precario* possidere debuit. n) Iam videamus, quid sit veteribus iuriconsultis, *nec clam, nec vi, nec precario* possidere. *Clam* possidere ULPIANUS eum dicit, o) *qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret timebat.* Facillime hanc definitionem, quae ad fundi possessionem spectat, ad servitutum possessionem vel quasi (uti loquuntur) applicare possumus. *Clam* enim servitum exercet, qui operam adhibet, ne servitutis exercitium animadvertat praedii servientis possessor, quem sibi controversiam facturum suspicatur, et ne faciat timet. Qui *clam* possidet, pro suo possidere non potest, p) ideoque praescribere nequit. *Vi* q) possidet servitum, qui prohibenti, et a praedio suo adgressorem arcere conanti domino, quocumque modo resistens, eam exercet, vel qui impedimentum, quod ille ad prohibendum servitutis

E 2

exer-

n) L. 10. D. si serv. vind. „Si quis diuturno usu et longa quasi possessione, ius aquae ducendae nactus sit, — — utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possidisse.“ L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae plu. Qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine, vel ex iure impositam servitum, videatur. L. 1. C. de servitut. et aqua. „Is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem

servitutis obtinere sciet: modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet.

o) L. 6. D. de acquirenda vel amittenda possessione.

p) L. 4. pr. D. pro suo. „neque idem et pro suo, et clam, possidere potest.“

q) L. 73. §. 2. D. de R. I. Scaevola ait: *Vi* factum id videtur esse, quae de re quis, cum prohibetur fecit. L. 1. §. 5. D. quod vi aut clam.



exercitium opposuit, removet; qui e. gr. si portae praedii clausae sint, eas frangit. Hic sane iustam causam existimandi, possessorem fundi, sibi ius, servitutem in eo exercendi, concessisse, non habet, ideoque, neque pro suo possidere, neque servitutem praescribere potest. Qui denique servitutem *precario* habet, r) non suo nomine, nec perpetuo, sed ad arbitrium concedentis possidet. *Precarium* enim ULPIANUS dicit, s) *quod precibus petenti utendum conceditur, tam diu, quam diu is, qui concessit, patitur.*

§. XVIII.

Sine bona fide servitus praescribi nequit.

Si quis servitutem, pro suo possidet, dominum praedii servientis hoc ius sibi concessisse existimat; ideoque ex iusta causa vel iuste se possidere putat; *bona fide* igitur possidet. Haec enim generatim est *opinio, qua quis iuste se possidere putat.* Ille nimirum pro bonae fidei possessore servitutis habendus est, qui patiente domino, et legibus convenienter eam exercet; quippe qui nec vi, nec clam, nec *precario* servitute utitur. Ille itaque, qui possessorem fundi, dum prohibere exercentem studet, ne servitutem fundo suo imponat, vi armisque depellit et sic possessionem servitutis nanciscitur, mala fide possidet. Ille quoque, cui bonus vicini praedii possessor, per fundum suum ire, aut armentum agere, aut aquam ducere permisit, ita tamen, ut hanc concessionem ex arbitrio revocare possit, certe non erit bonae fidei possessor, si eam tanquam ius, quod praedio

r) L. 2, §. 2 D. de precario. „Habeo modo causa, quod preces adhibuit et impetravit.
 precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est, ex ea solum-
 s) L. 1. D. de precario.



dio suo proprium, eique perpetuo competat, exercet; quoniam scit, id, quod ei concessum est, quocunque tempore revocari posse. Is denique, qui clam et tanquam furtim servitute usus est, metuit, ne a domino fundi, postquam conatus suos comperisset, prohiberetur, ideoque sibi persuasum habere nequit, dominum ius servitutum in fundo suo exercendi, sibi concessisse. Hi omnes igitur malae fidei possessores sunt, quia non pro suo possident, itaque servitutum per longam possessionem haud acquirere possunt. Notum est, secundum principia iuris Romani, possessionem bona fide acquirendam esse; malam vero fidem postea supervenientem, praescriptionis cursum non impedire. Qui igitur possessionem servitutis semel bona fide est nactus, praescriptionem continuare potest, quamvis dominus fundi servitutem, usum servitutis ei interdicit, eumque per id faciat certiores, sese minime, ei tale ius concedere, in animo habuisse, si modo ipse possessor servitute uti pergat. Amissa enim possessione, praescriptio tollitur.

§. XIX.

De modo acquirendae et continuandae possessionis servitutum.

Variae sunt species servitutum; nec omnes uno eodemque modo exerceri possunt. Quaedam earum sunt *affirmativae*, quaedam *negativae*. Illae consistunt in iure, aliquid in praedio vicino faciendi, hae vero tantummodo in iure prohibendi vicinum, ne ius quoddam libertatis praedii sui exercent. Servitutes affirmativae iterum in *continuas* et *discontinuas* distinguuntur. Continuae adpellantur, si sine intermissione exercentur; discontinuae vero sunt, quarum exercitium intermissum est. Ex



his autem servitutes *continuae*, si possessio earum semel est adquisita, sua iam natura sine intermissione exercentur. Magis vero obscura est quaestio, de *discontinuis* servitutibus; suntne plures actus servitutis ad acquirendam et continuandam earum possessionem necessarii, nec ne. RAVIUS t) putat, unum actum non sufficere, et legibus hoc probari posse, quoniam videlicet haec servitutis quasi possessio ibi u) diceretur *longi temporis vel longa consuetudo*; consuetudinem vero non adesse, nisi plures actus antecesserint. Deinde quia interdicta pro retinenda servitutis possessione tunc demum darentur, si quis frequenter, et per quoddam tempus v), servitute usus esset. Sed quum in illis legibus, *longi temporis consuetudo* nihil aliud, quam praescriptionem *longi temporis*, significet, hoc argumento parum probare possumus. Nec ad interdicta retinendae possessionis, hac in quaestione, respicere possumus. Nam haec interdicta proponebantur, si quis prohiberetur, illam servitutem, qua per tempus aliquod usus erat, exercere; Praetor tunc eius possessionem tuebatur. Hic vero quaestio est, an solus temporis statuti decursus, si possessio servitutis semel adquisita est, suppleat usum servitutis non iteratum. Hinc merito dubitari possit, an vera sit RAVII sententia, nisi ULPIANVS nos doceat *diuturno usu* servitutem constitui. Alia quoque argumentatione demon-

t) De praescriptione §. 67. p. 136.

u) L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae plu. l. 1. C. de Servitut. et aqua.

v) L. 1. §. 1. D. de itin. act. priv. Sive igitur habuit ius viae, sive non habuit; in ea conditione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo annuo usus est; vel modico tempore, id est, non minus, quam tri-

ginta diebus. Neque ad praesens tempus refertur usus: quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, ita anni temporis spatio conclusit usum. Ibidem §. 6. qui propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via publica interrupta erat, per praetorem vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videre omnino usum.



demonstrari potest, praescriptionem non procedere posse, nisi usus servitutis iteretur. Primus actus, uti diximus, ad adquirendam servitutis possessionem sufficit; sed statim post hunc actum, ob non usum, praescriptio *exstinctiva* servitutis, sive *liberatoria* procedere incipit, quae post decursum decem, vel viginti annorum, ius possessoris praedii dominantis extinguit, et possessorem praedii servi ab onere servitutis liberat. Si ergo intra hoc tempus, talis actus haud iteratur, possessio servitutis, primo actu adquisita, non utendo iterum amittitur. Ad eam itaque retinendam, et ad implendam praescriptionem constitutivam, duo actus omnino requiruntur; quorum per alterum possessio acquiritur, per alterum vero continuatur. *Negativarum* servitutum possessio, per solam prohibitionem adquiri potest; dum vicini praedii possessori interdicitur, ne ius quoddam libertatis praedii sui exerceat, ad nostri praedii utilitatem. Harum servitutum possessio solo animo retinetur, et praescriptio procedit, donec possessor praedii servi eam interpellat.

§. XX.

Patientia possessoris praedii servi necessaria est.

Praeter exercitium servitutis, illius quoque *patientia* necessaria est, in cuius praedio servitus exercetur; sive sit verus praedii dominus, sive alius, qui id, vel eius, vel suo nomine possideat. Consistit nimirum patientia in eo, ut possessor fundi nihil faciat, quod servitutis exercitium quovis modo interrumpere possit. Nam, neque ille servitatem per praescriptionem constituere potest, qui prohibenti possessori fundi resistens, servitutis



vitutis possessionem vi nactus est, neque is, cuius possessio bono initio adquisita, per prohibitionem interrupta est. Intermittitur enim possessio, praescriptio procedere nequit. Ulpianus duobus locis nos docet, servitutem per patientiam constitui; quorum in primo w) dicit: *Si de usufructu agatur tradito, publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam; forte si per domum quis suam passus est, aquaeductum transduci; item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat*; in altero x) vero ita loquitur: *Traditio plane, et patientia servitutum inducet officium praetoris*. Distinguit igitur inter traditionem et patientiam. Illa in declaratione possessoris fundi servi, haec in taciturnitate eius consistit. Patientiam tunc demum possessori praedii servientis attribuere possumus, si vicinus in eius fundo servitutem nec clam, nec vi, nec precario exercere coepit; quod supra iam monuimus. Illa potius quaestio nunc est tractanda, an scientia possessoris praedii servientis necessaria sit ad constituendam servitutem.

§. XXI.

Controversia de scientia, vel ignorantia eius, contra quem praescriptio procedit.

Est controversia inter iurisconsultos, an contra ignorantem fundi servi dominum praescriptio servitutis procedere possit,

w) L. 22. §. 1. D. de publiciana in rem, act.

x) L. 1. §. 2. D. d. S. P. R.

possit, nec ne. Sunt enim, qui dicant y), non nisi sciente et patiente domino servitutem eius praedio imponi posse. Alii vero, contendunt z), scientiam, dummodo patientia adfit, non esse necessariam. Priores his potissimum argumentis utuntur: servitutes non clam exerceri debere, hoc vero aliter fieri haud posse, nisi sciente domino illius praedii. Si enim dominus ignoraret praedio suo servitutem imponi, patientiam ei non posse adtribui, quoniam forsitan, si sciverit, non esset passus vicini conatus. Porro ANTONINUM imperatorem, claris verbis scientiam domini praedii servientis requirere a), dicens: *si aquam per fundum Martialis eo sciente duxisti*. Deinde quoque IUSTINIANUM sanxisse b), contra ignorantem longi temporis praescriptionem locum non habere. Iniquum etiam esse, fundo, ignorante eius domino, onus servitutis imponi. Qui vero contendunt, non opus esse, ut sciat dominus in fundo suo servitutem exerceri, modo exercentem patiatur, nec eum prohibeat, potissimum legem ultimam Cod. de praescriptione longi temporis respiciunt, ubi IUSTINIANUS in fine dicit: *nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus, et ceterae servitutes*. Praelerea sic argumentantur: primo, scientiam eius, contra quem praescriptio procedat, per ipsum spatium temporis lege definitum sup-
pleri

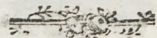
y) Eorum in numero sunt: *Ant. usufr. cap. XII. §. 9. Ev. Ottonem in Faber Lib. I. XIX. Coniect. cap. 10. §. 5. Diss. de Usucap. servitut. cap. II. §. 10. et 9. Vinnius Select. Iur. quaest. lib. I. Es. Pufendorf. Tom. I. obs. 32. §. 13.*

cap. 3. *Ravius de praescript. §. 62.*

z) Ex his, qui in hanc sententiam discedunt, nomino tantum: *Quilianum de*

a) *L. 2. C. de servitut.*

b) *Nov. 119. cap. 7.*



pleri; deinde ufucapionem introductam esse ad puniendam hominum desidiam: illos vero esse desidiosos, qui res suas, vel scientes, vel ignorantes ita negligant, ut intra tempus lege statutum, de illis nunquam solliciti fuerint. GALVANUS porro ad illud argumentum adversariorum, neminem posse non clam possidere servitatem, nisi sciente domino, respondit: clam possidere esse aliud, ac sciente domino possidere. Nam ignorante domino eum quoque possidere, qui non clam possideat: et contra, eum etiam sciente domino possidere posse, qui clam possideat; quia clandestina possessio sit aestimanda non intuitu domini, sed intuitu possessoris, operam adhibentis, ut ignorante domino possideat, quamvis fortasse domino machinationes eius sint notae. Ideoque, quamquam clandestina servitutis possessio esset prohibita, servitatem tamen, post decem vel viginti annos ignorante etiam domino posse constitui. Legem vero ANTONINI imperatoris huic sententiae non obstare, quia imperator ad quaestionem, in libello sibi propositam, rescripisset, atque illa verba: *si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti*, mentionem casus propositi, miuime vero iuris necessitatem continerent.

§. XXII.

Ignorante praedii servi possessore servitus praescripti potest.

Ita in utramque partem de domini praedii servientis scientia vel ignorantia disputant. Sed hic, uti mihi videtur, non de *domino* proprie tali, sed de *possessore* praedii potius, in quo servitus exerceat, quaestio est habenda. Illius enim scientia est respicienda, qui patitur servitatem in fundo suo exerceri, sive hic sit revera dominus, sive alius, qui eius vel suo nomine prae-

praedium possidet. Dominus vero proprie talis non semper rei suae possessor est. Quaestio itaque, de qua differimus, ita erit formanda: *potestne servitus rite possideri et per longum tempus adquiri, si possessor fundi servientis per hoc tempus ignoraverit, servitutem in possessione sua exerceri.* Si vero scientiam vel ignorantiam domini respicimus, quaestio tunc erit, non de possessione servitutis rite acquirenda vel continuanda, sed potius, quatenus praedium ignorantis domini, iuribus libertatis per praescriptionem iure privari possit. Sane intuita possessoris praedii servitorum praeferenda est sententia, qui statuunt etiam ignorante eo praescriptionem procedere posse. Nam si eius scientia esset necessaria, tunc praescriptio non possit locum habere, nisi possessor praedii dominantis, eum certiozem fecisset, sese servitutem in eius fundo exercere, vel probavisset, eum hoc scivisse. Sed neque hoc, neque illud leges requirunt. IUSTINIANUS potius statuit, ut nulla scientia vel ignorantia spectanda sit. Ideoque ne probatio quidem possessoris praedii servientis, sese plane ignorasse vicinum in praedio suo servitutem exercuisse, praescriptionem tollere potest. c)

§. XXIII.

An et quatenus quis in praedio, a vero domino non possessore, servitutem per praescriptionem constituere possit.

Si quis servitutem in praedio vicino exercet, quod a vero domino non possidetur, videndum est, utrum ei notum fuerit, possessorem dominum non esse, an possessorem pro domino habue-

F 2

habue-

e) Aliter tamen sentit *Ravius loc. cit. p. 121.*



habuerit. In priori casu non potest sibi habere persuasum, dominum fundi, ius servitutis sibi concessisse; ideoque *pro suo* possidere nequit, nisi eum de exercitio servitutis certio- rem fecerit, vel probaverit, sese iustam causam habuisse existimandi, dominum comperisse in fundo suo servitutum exerceri, e gr. si ipse dominus in praedio suo, quod alius conduxit, vidit onus parietis suo impositum. Qui autem neque dominum fecit certio- rem, neque id probavit, non pro suo, sed, quoniam domi- num possessionem celavit, clam possedisse videtur. Si vero illum pro vero domino habet, qui praedium possidet, quamvis non sit; tunc, quia bona fide et pro suo possidet, servitutum per praescriptionem constituit, nec domini scientia vel igno- rantia respicienda est. Eodem iure itaque servitutum praescr- bere potest, quo ille, qui rem alienam a tertio bona fide eme- rat, eam ignorante domino ufucapit.

§. XXIV.

Quid iuris sit circa praescriptionem servitutis, si quis alterius nomine praedium serviens possidet.

Plerique statuunt d), praescriptionem contra verum domi- num non inchoari, si quis, dum praedium ab aliquo naturali- ter possidetur, servitutum exercere coeperit; quoniam legem 12. C. de *acquir. vel amitt. possess.* hac in quaestione putant esse ad- hibendam. IUSTINIANUS ibi dicit: *Ex libris Sabinianis quaestio- nem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes, definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel qui piam alius, per*

d) Ita sentiunt: *Schilter Exerc. denken Tom. I. p. 139. Ravius l. cit. 42. §. 60. Struben in den rechtlichen Be- p. 153.*

per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte, vel dolo, ut locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praedicti generetur, ne ex aliena malignitate, alienum damnum emergat. Sed dubito hanc legem, qua nituntur, huc trahi posse; agit enim non de praescriptione rei ab altero possessae, sed de acquirenda vel retinenda possessione per alium, vel procuratorem vel colonum, vel servum. Quaestio vero nostra in eo vertatur, an vicinus in fundo, quem quis alterius nomine possidet, servitutem acquirere possit; hanc vero per istam legem, quia omnino nihil circa praescriptionem definit, haud decidere possumus. Mihi potius videtur haec quaestio ita diiudicanda: si is, qui alterius nomine possidet, bona fide agit, dum nimirum putat, exercenti tale ius competere, eiusque exercitium hanc ob rem nunquam interpellavit, praescriptio, possessione servitutis bona fide nacta et continuata, procedit; nec respiciendum est, sciverit verus dominus hoc, nec ne. Si vero possessor praedii servientis mala fide agit, dum, quamvis sciat dominum non consentire, vel propter desidiam patitur in eius fundo servitutem a vicino exerceri, vel propter malitiam per conventionem ius servitutis ei concedit e), tunc decidendum est secundum analogiam Novellae CXIX. cap. 7. f) ubi IUSTINIANVS sic loquitur: *Rursus sancimus, ut si quis, rem mala fide possidens, aut per venditionem, aut per donationem, aut aliter hanc*

F 3

rem

e) Unum est et idem, sive per patientiam servitus constituta sit sive per traditionem, l. 11. §. 1. D. de publiciana in rem act. Ideoque eorum sententia falsa videtur, qui statuunt, tunc demum praescriptionem servitutis procedere posse, si a non domino iusto titulo praecedente constituta sit.

f) Ex ea sumta est auth. *mala fidei possessore*. C. de Praescript. longi temp.



rem alienet; qui vero putat, easdem res competere sibi, hoc agnoscens, intra decem annos inter praesentes, et viginti inter absentes, non contestatus fuerit, secundum leges emtorem, aut donationem accipientem, aut illum, ad quem res alio quolibet modo translatae sunt, eum qui tales res habet, firme eas habere post decennii videlicet inter praesentes, et vicennii inter absentes decursum. Secundum hanc constitutionem itaque, si domino notum est exercitium servitutis, per praescriptionem ordinariam servitus constituitur; si vero ignorante domino exercetur, tunc non ordinario sed extraordinario sive triginta annorum spatio, ea acquiritur: sic enim IUSTINIANUS pergit: Si autem ignorat verus alienatarum rerum dominus, et quia res ei competunt, et quia alienatio facta est: non aliter hunc excludi, nisi per tricennale praescriptionem: non valente dicere eo, qui res hoc modo possidet, quia ipse bona fide possidet, quando ipse a mala fide possidente hoc accepit.

§. XXV.

De praescriptione servitutis praedii alieni, quod tertius suo nomine possidet.

Eodem fere modo res se habet, si quis suo nomine, vel civiliter praedium alienum possidet, in quo servitus exercetur. RAVIUS quidem existimat, hoc in casu non ordinariam, sed extraordinariam praescriptionem locum habere, quia, si verus dominus ignoraret, cum eius patientia saltim servitus non exerceretur; praescriptionem tamen inchoari, propterea quod dominus iure libertatis praedii sui non usus esset. Sed, uti iam supra notavimus, possessoris, minime vero domini patientia ratione exercitii respicienda est. Ille enim, (hoc saltim ponimus)

mus) qui servitutem exercet, possessorem pro domino habet, et cum eius voluntate servitutem sese exercere putat. Videntur itaque est, secundum analogiam constitutionis IUSTINIANI, ad quam antea provocavimus, utrum possessor bona fide, an mala fide, vel sciente, vel ignorante domino praedium possideat, et servitutem concefferit. Si bona fide et iusto titulo praedium adquisivit, et servitutem exerceri passus est, praescriptione ordinaria servitus vicino constituitur; quia ipse possessor praedium post hoc tempus usufructu; nisi id a malae fidei possessore acceperit, quo casu triginta annorum spatium expectandum esset, et servitus eodem spatio praescriberetur, nisi antea iam praedium usufructu esset. Si vero mala fide praedium possidet, servitutem quoque non nisi mala fide concedere potest; ideoque distinguendum est, utrum dominus concessionem servitutis sciverit, an eam ignoraverit. Si illud, ordinaria, si hoc, extraordinaria praescriptio locum habet,

§. XXVI.

Praescriptio procedit, si dominus intra tempus definitum possessionem praedii sui recuperat.

Si vicinus possessionem servitutis bona fide nactus est, praescriptio non interpellatur, si dominus possessionem rei suae recuperat; sed eadem conditione procedit, qua processisset, si tertius possessionem praedii retinisset. Si quis v. gr. servitutem a malae fidei possessore concessam, ignorante domino possedisset, et interim dominus praedium recuperasset, praeteritis demum triginta annis, servitus firmata constitueretur, nec scientia domini necessaria esset. Accidere etiam potest, ut priusquam

quam longissimum tempus completum sit, servitus patiente vero domino possessore, per praescriptionem ordinariam constitui possit; quo casu praescriptio ab illo tempore, quo dominus cognovit, servitum in fundo suo a vicino exerceri, procedere inciperet.

§. XXVII.

De tempore ad praescribendam servitum necessario.

Exercitio et patientiae utriusque partis tempus lege definitum accedere debet. Saepius iam supra commemoravimus, servitutes longi temporis praescriptione, exemplo rerum immobilium, hoc est, decem annis inter praesentes et viginti inter absentes praeteritis, constitui. Hoc de ordinaria intelligendum, quae locum habet, si ea adsunt, quae ad praescribendam servitum necessaria esse demonstravimus. Eodem modo, quando ea non sufficiat, sed praescriptio longissimi tantum temporis, sive triginta annorum ius libertatis praedii extinguere possit, supra iam memoravimus. Si quis itaque servitum, nec vi, nec clam, nec precario, altero patiente usus est per tempus decem annorum, servitum iure praedio est imposta. Longum temporis spatium, minime vero longissimum, vel immemorale ad praescribendam servitum necessariam esse, plures leges docent. ANTONINUS imperator ait g): *Is qui index erit longi temporis consuetudinem, vicem servitutis obtinere sciet.* Verba haec: *longi temporis consuetudinem* haud obscure declarant, decennium, vel vicennium hic intelligendum esse. Paucos annos post Martiali rescripsit h): *Servitum exemplo rerum immobilium tempore quassissimi.*

g) L. 1. C. de serv. et aqua.

h) L. 2. C. eod. tit.



fifli. Res vero immobiles, uti cuilibet notum est, decennio vel vicennio adquiruntur. Sunt quidem, qui ad constituendam servitutem tempus, quod hominum memoriam excedit, requirunt, provocantes praecipue ad legem 3. §. 4. D. *de aqua quot. et aestiv.* ubi POMPONIUS ait: *Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur;* et ad alias i), in quibus relatum est, *vetustatem* vicem legis in servitutibus obtinere. Sed quamvis non negem, illam servitutem, quae ultra hominum memoriam obtinuit, pro iure constituta habendam esse, per hoc tamen ordinaria praescriptio servitutis non tollitur. Utraque potius simul constare potest. Vetustas autem consuetudinis inepte, ut mihi videtur, praescriptio dicitur; quia non certo ac definito spatio temporis inclusa est. Generatim vero est notandum, servitutes, quia conditiones et qualitates praediorum sunt, praescribi eodem modo et tempore, quo praedia, quibus inhaerent. Sic servitus durante matrimonio in fundo dotali exercita, praescribi nequit; in rebus fiscalibus servitutes, non, nisi per quadraginta annos possessae sint, praescriptione constitui possunt.

§. XXVIII.

Ratione praescriptionis nulla est differentia inter servitutes continuas ac discontinuas.

Famosa est distinctio servitutum in continuas et discontinuas, quam BARTOLUS et BALDUS primo introduxerunt k). Plures

i) L. 1. Dult. et l. 2. §. 3. D. de aqua plur.

k) Ev. Otto in Diff. de Usucapione servitutum part II. §. 11.



res eos postea secuti sunt. Contendunt quippe servitutes continuas a discontinuis ita differre, ut priores, longi temporis, posteriores vero immemoriali tantum praescriptione constitui possint. Utuntur praecipue his argumentis: in lege 14. D. de servitutibus PAULLUM dicere: *Servitutes praediorum rusticorum incorporeales sunt, et ideo non usucapiuntur, vel ideo quia tales sunt servitutes ut non habeant certam continuamque possessionem*; Ex his verbis concludunt; quia non usucapi possunt, per praescriptionem saltem immemorialem has servitutes, quae discontinuae essent, adquiri. Sed PAULLUS infra addit: *Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*. Nec ita concludere possumus; quia non usucapiuntur, ergo non nisi per praescriptionem immemorialem constituuntur. Nam quamvis earum usucapio lege Scribonia sublata esset, praescriptio tamen longi temporis loco usucapionis adhiberi solebat. Deinde illis legibus se fundant, quarum auctores commemorant, servitutes, quarum vetustas memoriam hominum excefferit, pro iure constitutis haberi. Ex eo vero non sequitur, discontinuas solas hoc modo imponi posse; omnium potius possessio praescriptione immemoriali defenditur ac corroboratur. Tandem ad aequitatem quoque provocantes, nimis durum esse dicunt, vicino fundo sine ullo titulo servitute[m] imponi posse, ita ut iure libertatis, contra voluntatem eius possessoris privetur, ideoque vicinum debere tandiu saltem servitute[m] possedisse, ut vetustas eius possessionis hominum memoriam excedat. Sed si ita argumentari velimus, nulla sane praescriptionis species esset toleranda. Semper enim praescriptio, ius alterius, ob neglectam eius persecutionem, exstinguit. Nec inique ille agere videtur, qui postquam servitute[m] nec clam, nec vi, ne precario, et patiente domino per decent annos



annos exercuit, ius servitutis sibi tribuit. Ex his fatis adparet, falsam esse eorum opinionem. Discontinuae non minus, quam continuae ordinario tempore constitui possunt. Nam quamvis earum exercitium intermissum sit, perpetuam tamen habent causam, et possessio earum animo retinetur; si modo intra tempus statutum usus earum iteratur. **ULPIANUS** 1) quoque de longa possessione iuris aquae ducendae loquitur; ius vero aquae ducendae, saepius erat servitus discontinua; noctu e. gr. aqua ad irrigandos agros per rivos vel canales ducebatur. **IUSTINIANUS** porro in l. 12. C. de praescriptione longi temporis, postquam definiverat, quinam sint praesentes, quinam absentes, et quando decem aut viginti annorum spatium, ad praescribendum sit necessarium, adicit: *eadem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus, et ceterae servitutes.* Nullum itaque discrimen inter continuas et discontinuas servitutes facit.

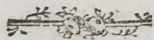
§. XXIX.

De interruptione praescriptionis servitutum.

Saepe numero praescriptio, priusquam ad terminum temporis lege definitum perducitur potest, vel per solam amissionem possessionis, vel per interpellationem eius, contra quem procedit, interrumpitur. Interruptio est *extinctio praescriptionis nondum completae.* Duplici modo, vel *naturaliter*, vel *civiliter* praescriptio interrumpitur; *naturaliter*, si possessio servitutis non continuatur; dum possessor vel cessat eam exercere, vel ab eo, qui fundum possidet, prohibetur. Prohibitio vel per admonitionem,

G 2

1) L. 10. D. si servitus vind.



tionem, cui exercens morem gerit, vel per factum, quod servitutis exercitium impedit, fieri potest. Si v. gr. vicinum intrare conantem minis vel armis a praedio suo arcet, vel ei aditum praeccludit, vel aedes suas altius tollit, quas altius tollere non potuisset, si servitus fuisset constituta. *Civiliter* vero praescriptio interruptitur, secundum ius Romanum, vel per litem contestationem, postquam possessor praedii servientis actionem negatoriam instituit, vel, si adversarius propter absentiam aut aliud impedimentum, litem contestari nequit, secundum modum in lege 2. C. de *annali exceptione*, a IUSTINIANO praescriptum. Si quis aliquid in fundo alterius, ad exercendam servitutem extruxit, id, amissa possessione servitutis eius manet, qui praedium possidet; nec ille sumtus, in ea re factos, repetere potest. m)

§. XXX.

De actionibus, quae praescribenti competunt.

Si ius servitutis per praescriptionem rite constitutum est, ad id vindicandum, possessori praedii dominantis non minus competit actio, quam si titulo speciali praecedente a domino praedii servientis concessum esset, atque traditum. Si vero servitus nondum praescripta est, tunc possessori eius actio *publiciana* datur adversus tertium, qui sibi ius arrogans, eum ab exercitio servitutis prohibet, quod maxime in servitutibus pacifici

m) L. 2. C. de *servitut, et aqua*. Quod si ante id spatium eius (servitutis) usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos, praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quod in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.

cendi accidere solet. ULPIANVS dicit n): *Si de usufructu agatur tradito, publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum, per traditionem constitutis, vel per patientiam; forte si per domum quis suam passus est, aquaeductum transduci; item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.* Si in possessione servitutis turbatur, illis interdictis uti potest, quae praetor suppeditavit pro retinenda servitutis possessione. Sed praescripta servitute, possessori praedii dominantis actio *confessoria utilis* datur, non solum contra possessorem praedii servi, sed etiam contra quemcunque alium, qui eum ab exercitio servitutis prohibet, eique ius servitutis denegat. Utiliter eum agere debere, docet ULPIANVS o): *Si quis, inquit, diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit — — utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.* Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur, vel per cuius fundum ducitur: verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum. Et generaliter, quicumque aquam ducere impedit, hac actione cum eo experiri poterit. Si mala fide quis servitutem possedit, eam praescribere nequit, ideoque haud potest uti actione confessoria utili ad vindicandam servitutem. Si vero per triginta annos, vel diutius servitutem exercuerit, dominum ius servitutis ei denegantem, removere potest, amissa tamen servitutis possessione, eam vindicare nequit. p)

n) L. 11. §. 1. D. de publiciana in rem act.

o) L. 10. D. si servitus vindicetur.

p) L. 8. §. 1. C. de praescriptione XXX. v. XL. annor.

[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page]

[Faint, illegible section header or title]

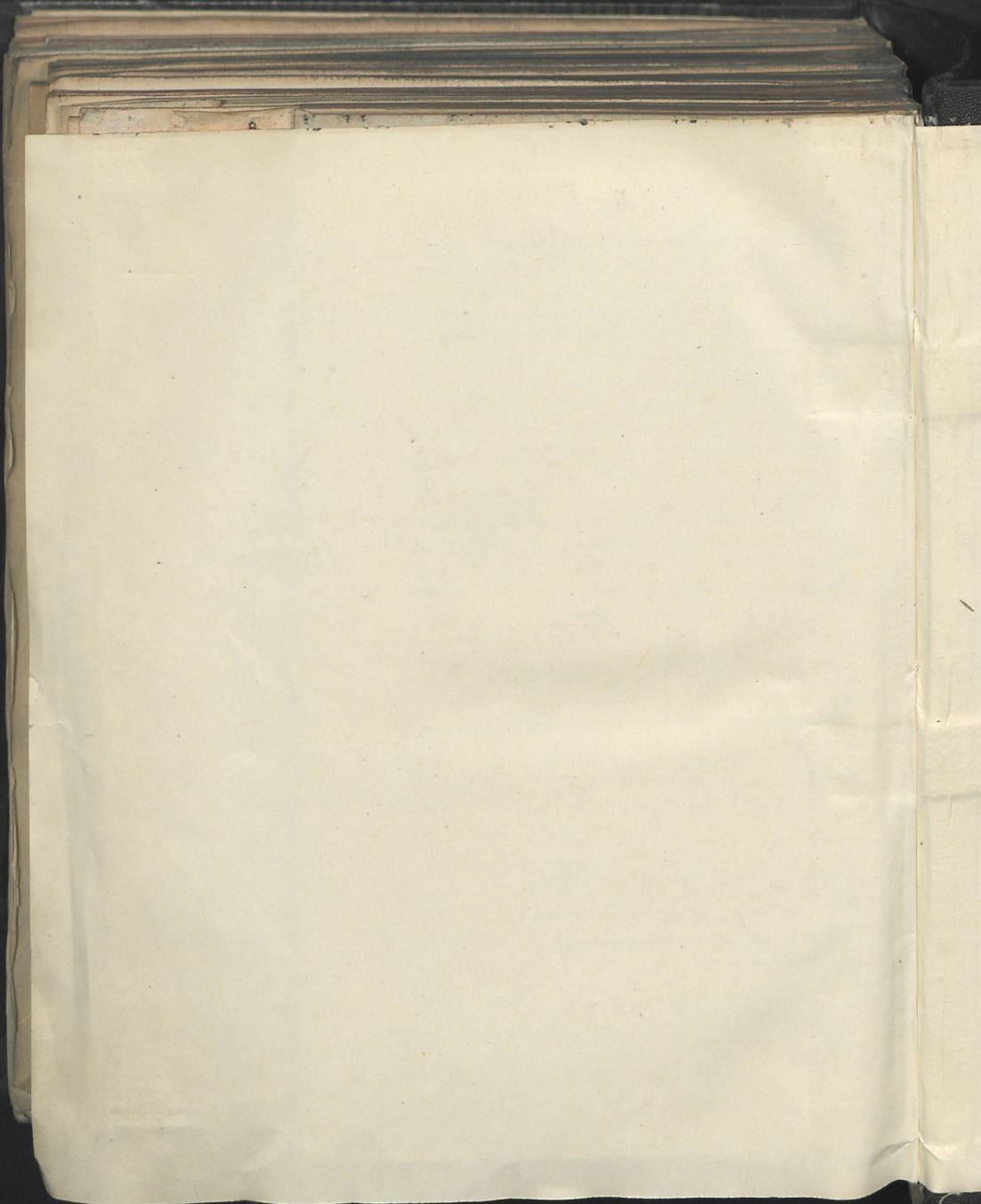
[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page]

[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page]

[Marginal notes on the right edge of the page, written vertically]







Zella, V. S., 1790-1800



f
g.







DE
PRAESCRIPTIONE SERVITVTVM
CONSTITVTIVA.

1792, 4
22

DISSERTATIO INAUGVRALIS
QVAM
RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO
CAROLO AVGVSTO

DVCE SAXONIAE IVLIACI CLIVIAE MONTIVM ANGARIAE ET WESTPHAL.
LANDGRAVIO THVRINGIAE REL.

CONSENTIENTE
ILLVSTRI IVRISCONSVLTORVM ORDINE

PRO
IVRIVM DOCTORIS DIGNITATE

DIE XXIX. APRILIS MDCCCLXXXVII.
PVBLICE DEFENDET

AVCTOR

CAROLVS GVILIELMVS WALCH

IENENSIS
SOCIETATIS LATINAE IENENSIS SODALIS.

IENAE
TYPIS GOEPPERDTII.