





1774.

1. Alix, Melchior Franciscus : De quaestionibus medico legalibus ex chirurgia declarantibus .
2. Henne, Rud. Christoph, Decanus ordinis Silesiae . . .
solennia inauguralia ad. Ferd. Christ. Frederici; Singul-
schell. — indicit simulque nonnulla, de patre,
sumtus studiorum collationi subjiciente, praemittit.
3. Henne, Rud. Christoph, Decanus ordinis Silesiae . . .
solennia inauguralia Franci Plauri Bismele
— indicit simulque nonnulla, de mutuo a colle-
gis et corporibus contracto, praemittit.
4. Henne, Rud. Christoph: An creditores velis concursu
conductionem debitoris, qui bonis cessit, combinare
teneantur.
5. Turin, Joannes Ignatius : De fidei possessore .

1775.

1. Hemmannus, Augustinus Inceptor Romanus: An poena capitalis in attentato furto qualificato locum habeat?
2. Schorch, Hieronym. Silesiacus, Facult. juridic. Decanus . . . Solemnis inauguralis . . . Augustini Inceptor Rom. Hemmanni . . . indicit simulque an hodie sola litis contestatio malam fidem semper inducat? praemittit.
3. Turin, Adam Synalbus, Facult. juridic. Decanus: lectori benevole s. p. d. (ad Dissertationem ineng. Christi Joh. Groeningeri invitat).
4. Turin, Adam Synalbus: De acclimatione quatuor pluvium.

1776.

1. Voering, Fridericus Ludovicus: De quadruplici legis virtute.
2. Henne, Andreæ Christoph: De rapta sponsae

3. Henne, Rud. Christoph, Decanus or Dicus Letorun
... - solennia inauguralia ... Friderici Guibelm
ni Engelhardi ... indicit simulque nonnulla de
haereditatis divisione ambones oricem sustinente
praemittit -

1779.

1. Henne, Rud. Christoph, Decanus or Dicus Letorun
... - solennia inauguralia d. Guasti Augusti
Ziegler ... indicit simulque nonnulla de venia
poenarum in delicta statutorum praemittit.
2. Henne, Rudolph Christoph: De testamento publico per
repetitionem ab actis vel sermibus poenae rupto.
3. Henne, Rud. Christ: De modo finiendi aetatis curam,
per impetratam veniam.
4. Schorch, Hieronymus Justorun, Fac. juridicae Decanus:
... - solennia inauguralia ... d. Samuel Gotofred.

Baumeisteri indicit.

5 Schorch, Christian Frider. Immanuel: Num vasallus
de feudo in Lusalia superiore per ultimam
voluntatem disponens praecise proximitatem
gradus observare tenetur?

1778.

1. Henne, Augustus Christ., Decanus ordinis Saxonum

... solennia inauguralia ... Caroli Viennensis

mi ... indicit simulque nonnulla de constitutione

ambrosius ven. Honoris superioris et res obliuiscit

praemittit.

2. Henne, Aug. Christ.: De exceptione ad jus tertii

pertinente plane inabili.

1779.

1. Dietrich, Carl. Frid., Dec. Ord. Saxon. ... solennia inaug.

D. Franc. Philippi Franck. ... indicit simulque nonnulla de
systemate ecclesiae cath. et protestantism praemittit

1779

1. Franck, Hierosolus Philippus: Synopsis juris eccles
ecclesiastici publici et privati
2. Henne, Paul. Christoph . . . solennia inauguralia
. . . D. Rudolph Christoph Bader . . . indicit
simulque nonnulla de inventariis proccessorum
proccentia.
3. Henne, Paul. Christoph . . . solennia inauguralia
. . . D. Rudolph Christoph Bader . . . indicit
simulque nonnulla
4. Henne, Rudolph Christoph: De jure mariti circa
alienationem totius
5. Henne, Rudolph Christoph: De legitime confecti
rerum hereditariam inventariis proccentibus
effectibus.

1780.

Vovring, Fidericus Ludovicus: De uxor beneficiis
mulieribus iunctura post mortem ejus debita
suscipiens?

1781.

1. Peinhard, Adam Frid. Christian: De finibus regumidis
2. Schorch, Hieron. Fideric. solennia inauguralia
-- Dr. Christiani Guericlii Wehern -- indicit
simulque quaedam de feudis marchionum Bran-
denburg. Langue burggraviarum Namberg. vs
Austria, occasione pacis norimnae Tescheuris
3. Schorch, Hieron. Fideric. solennia inaugu-
ralia Dr. Adam Frid. Christ. Peinhard --
indicit, simulque quaestio nem: de tempore, quo apud
Romanos infantum expositio non que licita

esse desit, ex Jacobi de morib. Germanorum
Cap. XIX. illustrat.

4^a Wehner, Christ. Sacl. : Programma, quo jus
possessionis non juris in re numerum habendum
esse arguitur.

4^b Wehner Christianus Guntelin : Natione Pau-
liana.

15
1774, 5
5
DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS

DE

FICTO POSSESSORE

QVAM

ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM ORDINIS AVCTORITATE

IN PERANTIQVA ELECTORALI VNIVERSITATE ERFORDIENSI

PRAESIDE

Dn. ADAMO IGNAT. TVRIN, Ictō,

FACVLTATIS IVRIDICAE ADSESSORE, IVRIS NATVRALIS, GENTIVM
ET PVBLICI, NEC NON HISTORIVM ET PHILOSOPHIAE PRACTICAE

PROFESSORE PVBL. ORD. BIBLIOTHECAE BOINEBVRGICAE

DIRECTORE, VNIVERSITATIS H. T. RECTORE,

H. L. Q. S.

DIE XVII. MAI, MDCCCLXIV.

PRO GRADV DOCTORIS

PVBLICO. ERVDITORVM EXAMINI SVBICIT

AVCTOR

IOHANNES ADAMVS BIRNICH

BYDISSA-LVSATVS.

ERFORDIAE

LITERIS HENRICI RVDPOLPHI NONNIL, ACAD. TYP.



DISSERTATIO IN IURIS PRAECIPIA

FACTO POSSESSORE

ILLUSTRATIONES IN IURIS PRAECIPIA

IN IURIS PRAECIPIA

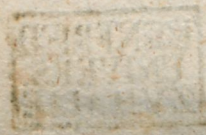
PRÆFATIO

DE ADAMONIGNAT. IVRI. IUR.

ADAMONIGNAT. IVRI. IUR. IURIS PRAECIPIA

PRO GEBEN DOCTORE

JOHANNES ADAMVS BIRNICH



VIRIS ILLVSTTRIBVS, EXCELLENTISSIMIS,
AMPLISSIMIS, CONSVLTISSIMIS

Dn. CHRISTIANO FRIDERICO
IACOBO IANVS,

SERENISSIMI SAXONIAE PRINCIPIS ELECTORIS CVRIAE SVPREMAE IN
LVSATIA SVPERIORE CANCELLARIO,

ET

Dn. N. LESSING,

SERENISSIMI EIVSDEM PRINCIPIS ELECTORIS IN HOYERSWERDA
PRAEFECTO,

BONARVM ARTIVM OMNIVM PROMOTORIBVS,
FAVTOIBVS AC PATRONIS SVIS INDVLGENTISSIMIS,

DISSERTATIONEM HANC INAUGURALEM

CVM PLENISSIMAE AC DIVTISSIMAE FELICITATIS VOTO

SACRAQVE FORMVLA

D. D. D.

TANTORVM NOMINVM

CULTOR ET CLIENS ADDICTISSIMVS

IOHANNES ADAMVS BIRNICH

BYDRESSA-LYSATVS.



§. I.

quidem diversa inter se magis in Jure
nostro vix noscuntur, quam possessio
& dominium, ipsa nimirum re, hoc
est, Natura utriusque & indole spe-
ctatis. Illa quippe in genere accepta facultatem de re dispo-
nendi physicam, hoc moralem denotat. Vt itaque nihil cate-
nus commune habeat proprietas cum possessione, Doctore ipso

A

VLPIA.

VLPIANO a). Verum tamen non usque eo inter se pugnant, ut ne cognatos valde respectus multifariam admittant, quos omnes plena causarum, effectuum & modorum comparatione heic representare non fert instituti ratio. Non transmittendus autem communes inter utriusque modos jam unus ille est, quem subtilior jurisprudentiæ nostræ methodus probavit, fictio nimirum iuris, quo possessor is esse fingitur, qui non est; sicut & dominum, qui talis haud est, eadem certis in casibus fingunt iura. Et *dominii* quidem *ficti* duæ potissimum species substernuntur actionibus *Publiciana* & *Pauliana*. b) *Possessionis fictæ* exempla itidem duo profant. Alterum in eo, qui, cum non possideat, liti tamen, possessoris instar, dolo se obtulit. Alterum quoad illum, qui dolo malo possidere desiit. Quorum utrumque paulo curatius indagare nunc est animus.

a) l. 12. §. 1. ff. de acq. vel amit. poss.

b) Ita enim sentiunt & inter fictitias actiones cum VLPIANO in fragmentis tit. 28. §. 12. referendas existimant Duumviri doctissimi A COSTA & EV. OTTO in commentariis ad §§. 3. 4. 5. & 6. Inst. vestigia tuentes CUIACII ad cit. §. 3. notantis: *fictitia actiones, quales sunt & quæ bonorum possessoribus dantur. In una actor dicit se usucepsisse, quia prator, dando actionem illam, bonam fidem pro veritate accepit. In altera dicit, rem iraditam non esse, quia prator iraditionem rescindit.* Scilicet quoad illam durum videbatur, extraneum possessorem potius esse eo, qui ex iusta causa & bona fide rem alienam a non domino accepisset. Fingebatur igitur usucapionem esse peractam a Pratore EVULICIO, qui publicianam actionem quasi rei vindicationem ex ficto pratorio vel quasi dominio introduxit tempore, ut putant, Ciceronis, qui in *Cluentiana* Publicii Pratoris meminit, vid. Bertrand. *de vir. in*
risconf.

riscons. Lib. 2. c. 16. §. 2. Quoad hanc, Paulianam nimirum, factis compertum est, eam tempore Ciceronis nondum proditam, sed de dolo malo actum fuisse. Ita enim ille ad Atticum Lib. I. Ep. I. Caecilius, Avunculus tuus, a Vario cum magna pecunia fraudaretur, agere cepit cum eius fratre Caninio Satrio de iis rebus, quos eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agerunt ceteri creditores. Postea autem Paulus Prator rescidit traditionem iure stricto quidem validam, sed ob defraudationem creditorum iniquam, fingendo nihil fuisse traditum & rem in bonis debitoris mansisse; atque ita non in suum, sed in debitoris dominium res alienatas vindicant creditores, si rebus debitoris distractis non fuerit ipsis satisfactum. Non desunt tamen, quod factis notum est, qui in alia omnia vix non abeunt, adversarii acutissimi. Praesertim Ant. FABRO Conj. Lib. 20. C. 16. more solito vapulat Tribonianus, quod Paulianam inter reales actiones reculerit, quam tamen, quia in factum esse dicitur in L. 10. pr. ff. que in fraud. cred., personalibus accensendam, ad summum non nisi in rem scriptam esse contendit. Partes eius quoque ruentur Huberus Prel. ad Inst. L. 4. tit. 6. §. 9. & Vinnius in Comm. ad Inst. ad §. 7. de Act. pluresque alii, discidium facientes a Cujacio ad §. eund. cum Triboniano ita conspirante: Vindicant igitur eam rem creditores, non a se, sed a se, sine se obligatam, sed quasi rem debitoris, quam simul cum ceteris bonis debitoris possidere iussi sunt. Superiores vindicationes sunt domini sui, aut servitutis vindicationes. Haec est vindicatio domini debitoris ad hoc instituta, ut ex decreto Praefidis creditor eam rem, quam in eius dominio permansisse dicit, possideat atque distringat. Verum haec immorari pluribus a scopo nimis ablaturum esset.

§. II.

Principio autem de ficto possessore acturis monendum est, nos fictionum iuris in univertum causam haec non suscipere. Fecerunt

cerunt id iam dudum & ad fatietatem alii, etsi non omnes intra modum & quin in iuratos quasi earum hostes, aut ex aduerso in patronos plus æquo indulgentes, pro suo quisque Ingenio, transiverint. a). Nos ubi leges nostræ stabilem illis locum re vel verbis dederunt, antiqua eas possessione vel quasi neque depellendas; sed neque, ubi haud dederunt, novos velut hospites cum simplicitatis dispendio introducendas esse persuasum tenemus. At enim si fictio desinente *Ant. Dadino Alcoserra b)* est iuris constitutio, qua fingitur id contigisse, quod minime contigit; vel id non evenisse, quod revera evenit; quin tale quid circa possessionem quoque, paribus ceteris, constitui potuerit, quis dubitaret? Et tamen eodem ab autore, mirum dictum est, hanc strui videas regulam: c) *Possessio, quia facti est, non iuris, non admittit fictionem.* Ergone igitur possessio non est inter illa, quæ contingunt vel eveniunt, & ea, quæ contingunt vel eveniunt, an non facti sunt? An forte in patrio solo hucusque perstitisse aut in libertate diem supremum obiisse, res non æque facti est, ac alibi vel in captivitate detentum fuisse aut naturæ debitum reddidisse, quibus tamen assumtis constanti manifesto fisiones iuris nostri famosissimæ, *iuris postliminii & L. Cornelia?* Verum quidem est & leges id loquuntur, d) ad usucapionem complendam pro eo, qui apud hostes erat, possessionem interim continuatam non fingi, illamque captivitate interruptam postliminii fisione non restitui; sed hoc plane non ideo, quasi quæ facti sunt alias, interque ea possessionem, nunquam fingere legibus solenne sit; Alia longe heic subest ratio. Scilicet pro usucapione vera & naturalis, hoc est actualis & quoad exercitium haud interrupta requiritur possessio: e) unque quia fictam surrogare in modo acquirere.

quirendi per se sat odioso atque subtili haud visum est æquitati consono-
nans. Quamquam secundum *Julianum* hoc ipso etiam casu usucapio absolvatur, modo per subiectas suo iuri personas interim possidere perrexerit postliminio reversus. *f*) Quidquid demum sit, fatetur idem *Alcferra g*) contra regulam suam, utilitatis causa obtinuisse, ut fictionis natura inflecteretur & possessio fictionem reciperet, quasi magis iuris sit, quam facti: idque pluribus speciebus illustrat, tandemque nobis adstipulatur: vindicationem seu actionem in rem universalem æque ac singularem non dari adversus alium, quam possessorem vel eum, qui fictione legis pro possessore habetur, veluti qui se liti obtulit tanquam possessor, cum non possideret, vel qui dolo desit possidere. Et quid aliud hoc loco nobis dari volumus?

a) Magnopere eas impugnaverunt *Gottl. Ger. Titius* D. de fictionum romanarum natura & inconcinnitate, Lipsi. 1694. iterumque in iure privato Lib. I, c. 9. & *Dan. Frid. Hobesfel* D. de fictionibus iuris in cerebro istorum natis atque ex sana jurisprudentia eliminandis, Hal. 1727. Propugnauerunt contra *Abt. Schultingius* in Iuripr. Anteuist. in Not. ad Vlp. fragm. Tit. 10. n. 5. *Ger. Noode* Probabil. iur. civ. Lib. 3. c. 12. *Joh. Luc. Reinhardt* Progr. de usu & non usu pratico doctrinæ de fict. iur. Gœtt. 1735. Novissime *Joh. Frid. Eisenhardt* in Praef. ad elegantem *Ant. Dadini Alcferra* de fict. iur. tractatum, nova & diu desiderata editione nobis donatum, Hal. & Helmst. 1769.

b) Alcferra de fict. iur. tr. I. c. 1.

c) Id. tr. 3. c. 13.

d) l. 19. ff. ex quib. caus. ma. I. 15. pr. ff. de usury.

e) l. 5. & 25. ff. cod.

f) l. 12. §. 2. ff. de captiv. & postlim.

g) cit. tr. 3. c. 13.

§. III.

Videamus igitur primo de eo, qui se liti obtulit tanquam possessor, cum non possideret. Quo de ita Ulpianus lib. 15. ad edict. a) *Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed & si nihil. Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur?* Et Celsus lib. 4. digestorum scribit, ex dolo eum teneri; Dolo enim facere eum, qui se offert petitioni, quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: *Omnem, qui se offert petitioni, quasi possidem eum teneri.* Refert se Ictus ad duos prædecesores, Celsum & Marcellum. Celsum quod attinet, en ipsa eius verba in l. 25. ff. de hered. petit. ut ibi docet inscriptio, quæ est ex lib. 4. Celsi Digestorum: b) *qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur. Nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, auctorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur, assumari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* Marcelli vero locus neque nomine, neque numero libri citatus, immo neque ubi apud Iulianum relatus sit, expeditum est. c) Conicere tamen licet, Marcellum vix alio loco hac de re tractavisse, quam Digestorum suorum libro 4; idquod ex §. 14. cit. l. 13. eod. & connexitate materiæ satis colligitur. Textum vero ipsum, quia ad eum, qui dolo malo possidere desit, spectat, infra §. 6. exhiberi sumus. Deinde & Iulianus Marcellum referens ab Ulpiano laudatur in l. 16. §. 2. eod. unde Iulianus lib. 16. Digestorum ait, ab eo, qui

qui petit hereditatem & litem estimationem consecutus est, hereditatem peti posse. Itaque nec Iuliani liber, quo rem tractavit, omnino latet. Porro Ulpianus lib. 70. ad edictum d) Marcellum denuo in partes vocans: is, qui se obtulit rei defensionem sine causa, cum non possideret nec dolo fecisset, quominus possideret, si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait. Quae sententia vera est. Sed hoc post litem contestatam. Ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur se litem obtulisse, qui discessit. Non praetermittit autem digestor id ipsum confirmare auctoritate Pauli lib. 2. ad Plautium: e) nam si actor scit, tunc is non ab alio, sed a se decipitur & ideo reus absolvitur. Et libro 21. ad edictum: si autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere & ideo litem obtulit & hoc ipsum in re agenda testatione probavero; condemnandus est. Quin idem Paulus lib. 11. ad edictum iam scripserat: f) si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est; nihilominus a possessore recte petitur: sicut Pedius ait.

- a) l. 13 § 13. ff. de hered. peti.
b) Brenemann D. de L.L. Inscript. apud Wieling in iurisp. restir. §. 11. Porro in l. 13. §. 13. ff. de hered. pet. Ulpianus Celsum lib. 4. digestorum diligenter citat. Qui Celsi locus procul omni dubio non alius, quam l. 45. ff. eod.
c) Hommel palingen. libr. iur. vet. T. 1, p. 395. & 314.
d) l. 25. ff. de rei vind.
e) l. 26. & 27. pr. ff. cod.
f) l. 7. ff. cod.

Præfructis nunc ordine suo legibus, quis sit fictus heic possessor & qua ratione damnandus, facile est ad intelligendum. Est autem i. fictus heic possessor is, qui dolo malo liti seu petitioni se obtulit, dicens se possidere rem, cum non possideat, neque eam dolo malo unquam possidere desierit. Adhuc posterius comma signanter Ulpianus. d) quodsi enim diceret, se possidere rem, quam quidem amplius non possideret, dolo tamen malo fecisset, quominus possideret; manifestum est, ex vero illum loqui, neque actorem decipere. Si quidem & is, fecte ad minimum, possidet, qui dolo desit possidere. Enimvero tunc alio prorsus in genere fictus possessor erit, non in hoc, de quo heic queritur & quod per calumniosam Adfirmationem eius, quod nulla ratione verum est, determinatur. Non inutilem hanc observationem ea etiam propter putamus, quia inde decisio quæstionis pendet, an unus idemque reus duplici ratione fictus possessor evadere & sic duplex in eum condemnatio ferri possit? quam negative secundum hæc quotusquisque decidet 2. requiri, ut ignoraverit actor, eum non possidere b) 3. ut hoc modo iudicium acceperit reus, hoc est, eodem pertinaciter inhaerens mendacio litem contestatus sit; ante enim, quia lis necdum est, impune decedere adhuc potest. d) 4. Ceterum iudicio sive universali, sive singulari actor experiatur, hætenus perinde est. Siquidem quod de uno loquuntur leges, idem propter identitatem rationis & de altero dicendum est. e) Neque 5. refert quidquam, sive totam hereditatem vel rem possidere se mentiatur, sive partem earum. Nam qui hereditatem vel partem hereditatis

petit,

*petit, is non ex eo metitur, quod possessor occupavit, (vel occupasse se affirmat) sed ex suo iure: & ideo si ve ex asse heres sit, eor-
tam hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas. f) Et
meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius
habeo. g)*

- a) l. 25. ff. de rei Vind.
- b) cit. ll. §. præc. add. l. 145. de R. I.
- d) cit. l. 25. de rei vind.
- e) Lauterb. in Coll. Th. pr. Lib. 5. T. 3. §. 9.
- f) l. 1. §. 1. ff. si pars hered.
- g) l. 49. §. 1. ff. de rei vind.

§. V.

Verum qua ratione condemnandus sit hic fictus possessor, altioris paulo indaginis est. Ad verba legum si respexeris; Ille ex dolo tenetur; condemnatur; aestimari oportet, quanti actoris interfuit non decipi; Litis aestimationem consequitur petitor; non est absolvendus reus; condemnandus est; cit. L.L. §. III. Sed quis rem hisce satis expeditam existimet? Hoc enim vero unusquisque facile perspicit, ad duo palmaria capita quaestionem redire, nimirum an in totius obiecti litis, quod petit actor & possidere sese mentitus est reus; an vero in id tantum, quanti interfuit actoris, sic non decipi, veluti in sumtus frustratae litis, interesse ob moram, praescriptionem interim a vero possessore forte absolutam etc. condemnandus sit. Et quidem solus posteriorem in partem discedere videtur Celsus in l. 45. ff. de hered.

hered. petit; priori magis favent; Ulpianus, Marcellus, Iulianus & Paulus. Quid enim aliud est ex dolo quasi possidentem teneri; litis aestimationem consequi petitorum; non absolvendum esse reum, sed condemnandum; quam in totius obiecti litis aestimationem ferri sententiam debere? Atque hoc, si improbam hominis, qui adversarium bona fide litigantem & iudicem ipsum eludere non erubescit, calumniam quis expendat, durum atque nimium videri non potest. Nisi tamen fallimur, neque Celsus omnino adversatur. Ea enim parte, qua dissentire videtur, de hereditatis petitione agit, quam ita generaliter, ut certae res vel quantum libello haud exprimantur, infitui posse omnes scimus; quodsi vero ad petitem eiusmodi generale adversarius, dolo licet malo, generaliter se possidere hereditatem responderit, non nisi probationem iuris hereditarii ab actore ante omnia exigendo; quodnam tunc futurum est certum litis obiectum, praeter expensas & id quod alia ratione interest? Ergo hoc de casu non abs re exaudiendus est Celsus. Certe res ipsa satis loquitur, ad prius caput affirmandum utique requiri, ut actor certum litis obiectum sive libello comprehenderit, sive, quod veteribus in usu erat, interrogationibus in iure indagaverit, vel, quod nostris respondet moribus, in hereditatis saltem petitione inventarium sibi edi postulaverit; simul etiam ut reus certi quid se se possidere litis contestatione, responsione aut inventarii editione adfirmaverit. Quid autem post condemnationem facti huius possessoris quoad conveniendum verum rei, si quis sit, possessorem iuris pateat, infra §. IX. commodior dicendi locus erit.

§. VI.

Succedit fictus possessor alter, qui dolo malo desit possidere sive hereditatem, sive rem singularem. De hoc quoque Ulpianus Lib. 15. ad edictum a) *item si quis dolo fecerit, quominus possideat, hereditatis petitione tenebitur.* Sed si alius natus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati; MARCELLUS lib. 4. digestorum tractat, num forte evanescit adversus eum, qui desit possidere, litis estimatio? & magis evanescere ait, nisi petentis interest. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit evanescere. Sed si is, qui dolo desit, ante conveniatur; eum, qui possidet, non liberabit. Et porro: b) *quod ait senatus: Eos, qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent, ita intelligendum est, ut & dolo praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur, sed & culpa.* Et ideo ab eo, qui ab alio non exegit, vel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse: hoc utique, si exigere potuit. — *PERINDE INQUIT, QUOMINUS POSSIDERENT, QUAE OCCIDERENT.* Merito: nam is, qui dolo fecit, quominus possideret, ut possessor condemnatur. Accipies, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. Sive autem ab alio res possideatur, sive in totum non excet; locum habebis haec clausula. Unde si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit. Sed & si per multos ambulaverit possessio; omnes tenebuntur. Haec ille de hereditatis petitione. Quod ad rei vindicationem, Paulus Lib. 21. ad edictum: c) *sed & is, qui ante litem contestatam dolo de-*

sit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex senatus consulto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat. Cum enim in hereditatis petitione, quae & ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur; non est absurdum per consequentiam & in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci. d) Denique & de actione hypothecaria Marcianus Lib. singulari ad formulam hypothecariam ait: e) in vindicatione Pignoris queritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? nam si non possideat, nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet. — Sin vero dolo quidem desit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere; tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus. Nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur; quid proderat in rem actio, cum & in personam agendo idem consequeretur?

a) l. 13. §. 14. ff. de hered. petit.

b) l. 25. §. 2. & 8. eod. Extat senatus consultum hoc, in quod commentatur Ulpianus, in l. 20. §. 6. ff. eod. ad rescriptum D. Hadriani A. V. C. 882. Imperii eius 13. conditum. Ansam dedit hereditas rustici cuiusdam, cuius partes caducae fisco debita, ab his, qui se heredes falso credebant, distraetae fuerunt. Non solum autem rescripto hoc optimus princeps fisco suo profperxit, sed & altero capite presentem in rem bona occasione legitimis heredibus cavit. Non creabunt nauseam, speramus, succincta verba doctissimi viri, Renati Boiterau in Hadriano legislatore ad annum imperii eius XIII. §. 2. Item rapacitatem eorum, qui cum scirent ad se non pertinere, irruissent, ita franandam esse decrevit, ut etiamsi fecissent ante litem contestatam, quominus possiderent, illi nihilominus ad rei pretiive & fructuum restitutionem per-
in de

inde condemnarentur, quasi adhuc possiderent. Adeo ut post acceptum iudicium id omne auctori praestaretur, quod, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, habiturus esset. Quo simul constat, insigniter lapsum esse Ulp. Huberum, qui in *præl. Pandectar. lib. 5. T. 3. §. 6.* senatus consultum hoc ad orationem D. Traiani factum refert.

c) l. 27. §. 3. de rei vind.

d) add. l. 131. 150. & 157. de R. I.

e) l. 16. §. 3. ff. de pignor.

§. VII.

Iam ex his determinandum in primis est iterum, quis sit hic fictus possessor, & qualiter adversus eum statuendum. Scilicet fictus possessor heic ille est 1. qui hereditatem vel rem singularem desit possidere. 2. Sive absumendo ipsemet substantiam, sive in alium transferendo qualicumque titulo. 3. Etiam ante litem contestatam & controversiam ei motam: multo magis post eam. a) 4. Dolo malo. Eximendus igitur plane est, qui bona fide possidere desit, nec inde locupletior factus est, quia neque vere, neque nete possidet, nec aliqua alia ratione tenetur, ideoque conveniri nequit. In tantum tamen adhuc possidere videtur, in quantum penes illum pretium in locum rei successit. b) Hinc si bonæ fidei possessor donaverit, nec remunerationem receperit, item si heredem se putans fideicommissario restituerit vel alio modo dilapidaverit, existimans se re sua abuti, quia locupletior non est factus, non tenetur. c) Inde simul liquet, id quod ab Ulpiano *cit. l. 25. §. 2.* adiicitur: non solum dolum prateritum in hanc actionem deduci, sed & culpam, ad

bona fidei possessorem minime spectare. d) Vtique autem mala fidei possessorem sive ab initio talem, sive demum per controversiam ei motam effectum de qualicumque culpa nunc teneri. Quod varie representatur *sic LL.* veluti si ab alio, immo si a se ipso non exegerit, quod tempore periturum erat: si possessionem non admiserit, modo exigere vel admittere potuerit. Quippe hæc generali doctrinae de mala fidei possessoribus admodum consentanea sunt. 5. Limitatio duplex est. Primo si is, qui nactus possessionem (nimirum ab eo, qui dolo malo possidere desiit, sive mediate sive immediate) paratus sit, iudicium pati vel rem restituere, matūra nimirum interventione. e) nisi tamen & tunc petentis interfit, forte quia non solvendo verus possessor, aut potentior fuerit. f) Secundo si possessor verus corpus aut litis æstimationem, antequam fictus possessor conventus erit, præstiterit. Quia tunc nihil amplius petitoris interest, dolo fecisse alium, quominus possideret. g)

a) Vberissima hic est commentatio Ulpiani in l. 25. §. 7. de hered. petit. Hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes in apium mala fidei possessores esse: quin immo post controversiam motam. Quamquam enim litis contestata mentio fiat in senatus consulto; tamen & post motam controversiam omnes possessores pares fiunt & quævis prædones tenentur. Et hoc iure hodie utimur. Capite enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. Quis vero predo est & ante litem contestatam doli nomine tenetur. Hic est enim dolus prætorius.

b) En verba SCri in l. 20. §. 6. ff. de hered. petit. ibi: eos autem, qui in litas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. Equidem id ad possessorem hereditatis, coquod heic pretium in locum rei succedat & res hereditarie functionem recipiant, restringere videndum.

dentur *Lauterbachius* loco supra cit. & ex eo *Müllerus* ad *Servu*
E. 10. §. 45. lit. B; Atqui vero & pro possessore rei singularis
 non solum vera pugnat rationis identitas, sed & ad hunc *Sedum*
 hoc merito & per consequentiam, quia nimirum & rei vindica-
 tio, sicut hereditatis petitio in rem est, extendendum ipse iudi-
 cat *Paulus* in *l. 27. §. 3. ff. de rei vind.* Immo rem conficit aper-
 te *Julianus* in *l. 52. ff. eod.* ubi & heredes eiusmodi possessoris
 rei singularis, qui fundum dolo malo possidere desit, actione
 in factum teneri ait, quanti locupletiores ea rei facti fuerunt.

c) *l. 25. §. 11. ff. de hered. petit.*

d) probat *Vlpianus* in *l. 45. ff. de rei vind.* add. *Puffendorf* comm.
 de culpa part. 6. c. 2. §. 21. p. 339.

e) *l. 13. §. 14. ff. de hered. petit.*

f) *Hillig*, ad *Donell. Lib. 19. c. 12. lit. I.*

g) *l. 95. §. 9. ff. de solut.*

§. VIII.

Ceterum quin huius farinae fictus possessor ad praestatio-
 nem totius obiecti litis, quod scilicet dolo & culpa desit posside-
 re, una cum expensis & interesse condemnandus sit, eo minus
 ambigere licet, quia *perinde* illum condemnare oportet, *quasi pos-*
sideret. Itaque sententia ferenda est ad restituendas res, tamen si
 non sint amplius in rerum natura vel recuperare eas nequeat pos-
 sessor condemnatus. a) Res tamen ipsa tunc loquitur, quatenus
 impossibilitas subintrat, eam resolvi in praestationem eius, quod
 interest ad aestimationem petitoris iureiurando in litem facien-
 dam, quia de re dolo malo non restituta agitur. b) Quod præ-
 iudicio firmat *Vir. Huber Præf. Pand. Lib. 5. T. 3. §. 6.* Neque
 adeo id aliter se habet, si possessor hypotheca dolo desierit eam
 possidere, nisi de integritate *cir. l. 16. §. 3. ff. de pignor. malis du-*
bitare, c)

- a) l. 1 § 0. de R. I.
- b) l. 2. & §. de in lit. iur. Guill. Maran. in *Paratit. Dig. lib. 12. Tit. 3. quum enim dolus pro possessione habeatur, is qui dolo desit possidere, pro contumace etiam habebitur, ut scilicet adversus eum iuretur in litem.*
- c) Dubitandi autem rationes, non leves certe, profert Ant. Faber *Coniect. lib. 16. c. 15. & de error. pragm. p. 1. Decad. 18. E. 1 & 2.* Equidem non negat ille, iuxta Ulpianum in l. 21. §. 3. ff. de pignor., si res pignoratitiam creditor non traditur, litem tunc adversus possessorem æstimandam esse, quamvis aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus tertium possessorem. Et adversus illum quidem non pluris, quam quanti debet, quia creditoris non pluris interest; adversus ceteros possessores vero etiam pluris, quia amplius creditoris interesse potest ob pignoratitiam actionem, qua debitori tenetur. Sed nullam ibi mentionem litis per iurandum in litem a creditore æstimandam. Neque etiam, Fabro iudice, eam fieri in *cit. l. 16. §. 2. eod. in* fine oportebat, quoniam contumacia rei, tamen adnexum habeat dolum, nunquam tamen sola ad hoc iuramentum sufficere, sed ut res actoris propria vel ei saltem debita hæud restituta vel tradita sit, simul requiritur; quorum neutrum est in actione hypothecaria. Immo neque propter necessitatem in casu rei non amplius extantis locum fore huic iuramento. Quod si enim adversus debitorem ipsam experiatur hypothecaria actione creditor, non ultra eius interesse posse, quam ratione fortis, usurarum & expensarum: sic vero certitudinem nunquam deficere posse. Sin adversus tertium possessorem; teneri quidem debitorem debitori pignoratitia: sed non nisi eo in casu, quod ex pignore plus, quam sibi debebatur, consecutus sit. Nihil enim imputari creditori posse, quod dolo malo possessoris res pignori vel hypothecæ obnoxia non extet. Propter interesse autem alienum, quippe ipsius debitoris, creditorem ad iuramentum in litem, quod secundum propriam, non alterius adfectionem iu-

randum est, admitti non deberet potius ipsum veluti pignoris dominum & actione ad exhibendum contra illum, qui dolo possidere desistit, non destitutum, ad iusiurandum illud admittendum esse. Tanti igitur momenti hæc videntur *Fabro*, ut non solum *Bartolum* post *Accursum* ceterosque interpretes ad l. 21. §. 3. ff. de pignor. in iure lapsos, sed & huius erroris primum autorem insimulet *Tribonianum* & huic, non vero *Marciano* adscribenda esse purer postrema verba l. 16. §. 3. eod. præsertim cum adiecta ibi in fine ratio insignem præ se ferat inscitiam, quasi vero non pluribus modis præstare posset in rem agere, quam in personam. Ita hic *Triboniani Malleus*. Equidem cautior, ut passim solet, in inculpando iuris nostri *Architecto* & hoc est loco *Nooodius Comm. in Pand. Lib. 20. T. 1. p. m. 441.* manifestam in his tenebris fore lucem existimans, si *Marcianum* in cit. l. 16. §. 3. de stricto iure, ab *Vlpiano* autem tradita in cit. l. 21. §. 3. eod. de humanitate magis intelligas, quam demum ab ipso *Marciano* in d. l. 16. §. 6. verbis: *Si plaris condemnatus sit debitor, non restituendo pignus, quam computatio sortis & usurarum faciebat, an tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? Quod ego, quantum quidem ad subtilitatem legis & auctoritatem sententiae non probo: Semel enim causa transire videtur ad condemnationem & inde pecunia debet. Sed humanius est, non amplius eum, quam quod revera debet, dando hypothecam, liberare; probari scribit.* Sed præterquam, quod posterior hic locus de ipso debitore dumtaxat clare loquitur; eas saltem, quæ iusiurandum in litem spissiores premunt hoc in casu nebulae, tam molli manu non liquet esse satis dissipatas.

§. IX.

Quid autem nunc iuris, ficto hoc possessore condemnato, adversus verum possessorem petitori superstit, videamus. Et supra quidem §§. 3. & 6. laudati desuper sunt *LL.* contextus. a) Insignis vero accedit locus *Papiniani* lib. 28. questionum: b) *Dolo fecisti, quo minus possideres, quod ex hereditate ad alium pertinente*
C adpre-

adprehendas? Si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit: quia nihil petitoris interest. Ceterum si tu ante conventus ex praterito dolo praestiteris; nihil ea res possessori proderit. Tam clara haec sunt, ut fuso interprete non egeant. Res igitur omnis eo redit. Aut verus rei possessor ipse primo loco conventus est & hereditatem vel rem singularem sive ipsam, sive earum aestimationem praestitit aut praestare paratus fuit; & tunc fictus possessor, qualis per rerum naturam hic alius esse nequit, quam ille, qui dolo possidere desiit, ipso iure liberatur. Aut cum ficto possessore, sive sit is, qui dolo desiit possidere, sive ille, qui liti se obtulit, e) prius actum est; & ius agendi contra verum possessorem petitori restat integrum. Ratio diversitatis iusto haud est abstrusior. Possessio enim parit actionem in rem. d) Itaque licet consecutus sit actor rei aestimationem ab eo, qui dolo desiit possidere vel liti se obtulit, tamen extincta non est actio, quam ei parit possessio alterius, qui vere possidet. Atqui illam litis aestimationem consecutus est propter dolum adversarii, non ex vera eius possessione. Quare nulla causa est, cur solutio huius aestimationis extinguat actionem. Contra vero priori in casu, quia rem vel litis aestimationem a possessore vero auferit propter rem possessam & ex causa verae possessionis, statim extinguitur actio, quae ex possessione nata erat. Nec amplius haberi potest ratio doli eius, qui desiit possidere, cum actor dolo illo deceptus non sit, nec damnum sit passus re sua recuperata. e) Non igitur stringit speciosa haec obiectio: si praestatio eius, qui dolo caret, liberat illum, qui in dolo est; multo futurum est aequius, ut huius solutio innocentem liberet possessorem. Enimvero ad rationes iustitiae distributivae universim non spectat haec materia & sufficit, possessorem verum nulla adfici iniuria, neque ad hunc pertinere, ut lucrum accidentale, quod

quod a ficto possessore aliam ob causam tulit petitor, huic imputet, cum actio non ex possessoris persona, sed petitoris iure æstimetur. *f*) Insignem tamen limitationem quoad conveniendum postea verum possessorem cum Hilligero ad Donellum *g*) nemo non eo in casu agnoscat, quo verus possessor hereditatem vel rem emtionis vel alio quovis titulo oneroso ita ab eo, qui dolo desitit possidere & æstimationem præstitit, sibi comparavit, ut facta ablatione rei hic ad evictionem præstandam teneatur. Sane enim emtor omnibus defensionibus venditoris utitur. *h*) Inter quas & hæc est, ne bis ab eodem idem petatur; quod tamen tunc futurum esset ob regressum emtoris contra suum auctorem.

a) l. 13. §. 14. l. 16. §. 2. ff. de hered. pet. l. 7. ff. de rei vind.

b) l. 95. §. 9. ff. de solut.

c) l. 7. ff. de rei vind.

d) l. un. C. de alienat. iud. mut. caus.

e) Ios. Averan. Interpr. iur. civ. lib. I. c. 15. n. 17.

f) l. 1 §. 1. ff. si pars hered. per.

g) lib. 19. c. 12. lit. M.

h) l. 28. C. de Eviçt.

§. X.

Occurrendum tamen paucis adhuc est argumentis quibusdam contrariis, ipsis ex LL. desumptis.

1. Ita fore, ut suum bis exigat petitor, quod bona fides non patitur. l. 57. de R. I. respondetur, minime rem eandem bis heic peti. Sed qui prius æstimationem ab altero, ceu pœnam doli, adeptus est, nunc rem ipsam a possessore petit. Etenim ne pœnales quidem actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit: & si ex diversis causis tributivæ dentur, ne electione quidem unius altera tollitur. *a*)

a) l. 130. de R. I. & ibi Godofred.

2. Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberari, cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenerit. l. 17. ff. de O. & A. Oppido enim fallit, verum possessorem ex causa lucrativa heic

hic debere & eam speciem ex causa lucrativa ad petiorem iam pervenisse.

3. Obitare videtur *l. 24. § 26. pr. ff. de noxal act.* ubi edicto pratoris iniungitur electio ei, cui servus alienus furtum fecit vel dampnum dedit, ut vel agat pratoria actione in veterem dominum, qui servum illum, ne secum ageretur, alienavit, in solidum; vel in novum dominum noxali iudicio: altero vero electo alter liberatur beneficio exceptionis doli mali. Respondet *Cuiacius*, electionem a pratore hic introductam, ne eludatur actor, si vel daretur tantum actio in veterem, vel tantum in novum dominum & hic vel ille solvendo non esset. At cum de rei proprietate agitur, eandem electionem non dari actori; ergo per *l. 95. §. ff. de solut. & l. 13. §. 14. de hered. peti.* altero electo alterum non liberari. Siquidem cum electio non sit iniuncta actori, integrum ei esse, experiri cum utroque & ab eo quidem, qui dolo desit possidere, quanti ea res est, quasi pœnam exigere ab altero rem. *b)*
- b) lib. 22. obs c 29.* & hactenus quidem bene, sed quod pergit: *¶ vel prius quidem veterem possessorem ex dolo præterito, deinde novum ex præsentis possessione: vel retro prius novum, deinde veterem, in eo, quin abundet vir doctissimus, dubitare vix patiuntur, quas ipsæ præter, leges.*
4. Denique nec adversatur *l. 10. ff. de reb. eor. qui sub tut.* quia, ut habet *Hilliger ad Donell. c)* species ibi diversa est, disparem rationem habens. Ibi enim, qui litis æstimationem præstando possessorem liberat, tutor est, cum quo dum egit pupillus ad æstimationem, factum eius, alienationem scilicet prædii, probavit. Deinde notanter ea lex ait: *Vindicatio prædii ex æquitate inhibetur.* Æquitas enim in quæstione distrahendorum prædiorum pupillarium maxime spectatur: neque tam aspere tractandum est ius prohibita alienationis prædiorum pupillarum, ut & soluta æstimatione a tutore adversus emtorem pupillus summo iure experiat, optimo iterum interprete *Cuiacio. d)* Quin & ipsa, quam §. præc. in fine adstruximus, hic subintrat & nodum, si quis foret, dissolvit limitationem.

c) cit. loco lit. L.

d) in comm. ad tit. ff. quod met. caus. T. II. Oper. p. 147.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-182862-p0036-9

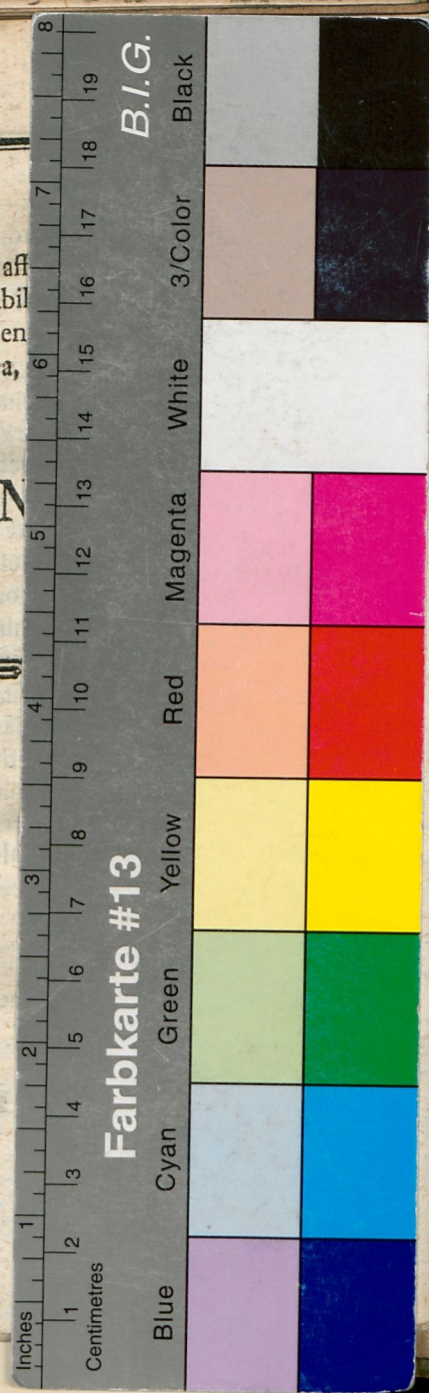




X 231 0747







15
1774, 5

DISSERTATIO IURIDICA IN AVGVRALIS

DE

FICTO POSSESSORE

QVAM

ILLVSTRIS IVRECONSULTORVM ORDINIS AVCTORITATE

IN PERANTIQA ELECTORALI VNIVERSITATE ERFORDIENSI

PRAESIDE

Dn. ADAMO IGNAT. TVRIN, I&to,

FACVLTATIS IVRIDICAE ADSESSORE, IVRIS NATVRALIS, GENTIVM
ET PVBLICI, NEC NON HISTORIARVM ET PHILOSOPHIAE PRACTICAE
PROFESSORE PVBL. ORD. BIBLIOTHECAE BOINEVVGICAE
DIRECTORE, VNIVERSITATIS H. T. RECTORE,

H. L. Q. S.

DIE XVII. MAI. MDCCCLXIV.

PRO GRADV DOCTORIS

PVBLCO ERVDITORVM EXAMINI SVBIECIT

AVCTOR

IOHANNES ADAMVS BIRNICH

BYDISSA-LVSATVS.

ERFORDIAE

LITERIS HENRICI RVDOLPHI NONNII, ACAD. TYP.

