









1792.

1. Casten dyk, Bruner : De eo, quod iustum est circa prescriptionem in iudiciis divisiis
2. Castendyk, Gerhard : De iuribus et obligationibus usufructuarii circa refectionem aedificiorum.
3. Denelle, Georgius Fidericus : De sorte recepticia
4. Frankenfeld, Joann. Henr. Albert : De discrimine nuptial divisionis et testamenti parentum inter liberos.
5. Gries, Joannes Ludovicus : De studio Hamburgensium promovendi commercia sua, tam in jure publico, quam privato conspicuis
6. Hesse, Joannes Fidericus Christophorus : De liberos legitimatione an et quatenus nobilitatem conferat?
7. Hiese, Sigismundus Paulus : De electione fori inter summa imperii tribunalia pacto inter status S. R. I. Litigantes in perpetuum non definita.

8. Mecklenburg, Franciscus Philippus Christianus: *Disquisitionis*  
*inang. juridicae, qua commoda superstitionis conjugis in* 13  
*(communione bonorum universali minime) successio-*  
*nem hereditariam sed mutationem condonacionis*  
*in donationem solitariam efficere contendit*

9. Mueller, Gotthard (Christoph): *Beschreibung eines neuen,*  
*... bequemem Werkzeugs zum Nivelliren oder Wasser-*  
*wägen.* 2

10. Seidensticker, Joh. Ant. Lud.: *Neu ein Ordnung eines beson-*  
*deren Instituts zu schriftlichen Nebenzen in der Theorie*  
*des gesammten Jurisprudenten.* 3

11. Thies, Ludovicus Ferdinandus: *De quorundam inefficacibus*  
*donationibus non nisi ad legitimum in rebus donatis non*  
*causam competente.* 4

12. Wedekind, Christianus Hieronymus: *De jure creditoris hypo-*  
*thecarii circa fructus, tertio eisdem solutionis gratia*

a Sch. Fore utriusque communis assignatos.

13. Nickelhausen, Wilhelm Inustus: Annotata quaedam ex  
antichresi collecta

1793.

1. Brueckner, Ines. Fridor. Christoph: De compensatione  
~~facta~~ Inustus Megapolitanis facta.
2. Lehmann, Hermann Adolphus: De vero et originario fun-  
damento obligationis rusticorum ad operas et censum  
prestandum.
3. Nitzsch, Dr. Gerry: Dissertatio inaus., qua corporis  
nobilitatis immediatae S. R. I. jus collectandi  
in feudis consubstantialis vindicatur. Spec. I.
4. Leidenficker, Joh. A. Ludw.: Einleitung zu seinen  
Vorlesungen für diesen Winter

1793.

5. Willhies, J. P. 9: De rotatione annuli Saturni

Part I.

Handwritten text on the right edge of the page, likely a library or collection label.





1792, 1 / 1  
497

DE EO  
QVOD IVSTVM EST  
CIRCA PRAESCRIPTIONEM  
IN IVDICIIS DIVISORIIS.

---

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS  
AVCTORITATE  
SVMMAE IN VTROQVE IVRE DIGNITATIS  
CONSEQVENDAE CAUSA

A. D. XXXI. AVG. MDCCLXXXII.

DISSERIT

A V C T O R

BRUNO CASTENDYK, NATV MINOR,  
BREMANS.

---

GOTTINGAE  
TYPIS JO. CHRIST. DIETERICH.

DE FO  
CVD IUTVM EST  
CIRCA PRAESCRPTIONEM  
IN PRAESCRPTIONIBUS

ILLUSTRISSIMO ORDINE



SCIENTIAE IN PRAESCRPTIONIBUS

AD PRAESCRPTIONEM

PROFESSORIS

PHILIPPO

PHILIPPO CASTELLANO

PROFESSORIS

PHILIPPO CASTELLANO

PHILIPPO CASTELLANO



SPLENDIDISSIMO ET AMPLISSIMO  
INCLVTAE  
S. R. I. REIPVBLICAE BREMENSIS

SENATVI  
FAVORIBVS A QVIBVS PATRONIS

VIRIS  
PERILLVSTRIBVS  
MAGNIFICIS EXCELLENTISSIMIS CONSVLTISSIMIS  
PRVDENTISSIMIS GRAVISSIMIS

PRAESIDI  
CONSVLIBVS  
SYNDICIS  
SENATORIBVS

PATRIBVS PATRIAE

RELIGIONIS LIBERTATIS ET IVSTITIAE  
DEFENSORIBVS VIGILANTISSIMIS

MVSARVM TVTORIBVS OPTIMIS

FAVTORIBVS ATQVE PATRONIS

OMNI REVERENTIAE CVLTV

SVSPICIENDIS

PERENNEM FELICITATEM FAVSTISSIMOSQVE  
SAPIENTISSIMORVM CONSILIORVM SVCESSVS

PIE ADPRECATVR

SIMVLQVE

DISSERTATIONEM HANC QVALEMCVNQVE

DEVOTA MENTE

D. D. D.

BRUNO CASTENDYK, NATV MINOR,  
BREMANVS.

---

DE EO  
QVOD IVSTVM EST CIRCA  
PRAESCRPTIONEM  
IN IVDICIIS DIVISORIIS.

---

SECTIO I.  
*Generalia quaedam de iudiciis diuisoriis  
exhibens.*

§. I.

*Indoles iudiciorum diuisoriorum.*

*Iudicia diuisoria sunt actiones personales, ad diuidendum vel separandum obiectum aliquod commune, comparatae. Naturam et indolem horum iudiciorum breuiter ita complector — Scilicet generatim pono in illis obiectum aliquod commune, seu rem aliquam, intuitu cuius duobus vel pluribus vnum idemque ius pro indiuiso competit, ita vt non aliter intelligantur, nisi posita communione. Qua ratione autem communio sit inita-*  
A vtrum

vtrum tractatu sit coita, an incidenter orta (<sup>1</sup>), perinde est —  
 quoniam res magis et concursus in eam, quam consensus inter  
 coheredes et collegatarios facit communionem (<sup>2</sup>). Deinde  
 pono in illis *speciatim* et *ex regula A*) talem *communione*  
 quae vel in condominio (<sup>3</sup>), vel in alio iure in re (<sup>4</sup>) fundata  
 spectatur; non ideo, quasi ex *iure in re* descendant haecce  
 iudicia; sed propterea, quod ex regula non aliter intelligun-  
 tur, nisi posito condominio vel alio iure in re — quibus de-  
 ficientibus vel hereditatis petitione et rei vindicatione *partia-*  
*ria* (<sup>5</sup>), vel alio remedio conueniente antea agi oportet, ad  
 hunc effectum, vt sententia iudicis communitio primum con-  
 stituatur; qua constituta, dicta iudicia cum effectu demum lo-  
 cum habere possunt. Quae cum ita sint, quemlibet in meam  
 sententiam concessurum esse credo, dum dico, *merum ius obli-*  
*gationis*, siue *merum ius ad rem* in hac materia non sufficere.  
 — Quae assertio eo magis assensum meretur, quo certius est,  
 ipsum lectum *Vlpianum* in *Lib. 19. ad Edict.* (<sup>6</sup>) sua interpre-  
 tatione eam confirmare, sequentibus verbis: “*neque colonis ne-*  
*que eis, qui depositum susceperunt, hoc iudicium competit, quam-*  
*vis naturaliter possideant.*” — Nec obstat, quod casus in iure  
 nostro occurrat, quo quis iudicium diuisorium cum effectu in-  
 stituere potest, quamuis omni omnino *iure in re* destituatur.  
 Id quod dum adiicio, quemlibet intelligere arbitror, me illum  
 locum *Vlpiani* in *Lib. 19. ad Edict.* (<sup>7</sup>) indigitare, quo dici-  
 tur, impuberem arrogatum *quartam* petere posse, licet nec  
 heres sit nec bonorum possessor. Audias ipsa verba *Vlpiani*:  
 “*Si quarta ad aliquem ex constitutione D. Pii adrogatum dese-*  
ratur,

ratur, quia hic neque heres, neque bonorum possessor fit, utile erit familiae eriscundae iudicium necessarium." — Sed si dicendum quod res est, hisce verbis continetur *specialis exceptio* a regula, quae in casu non excepto magis firmat regulam. — Quae exceptio singularis eorum sententiam simul adiuuat, qui iudicia diuisoria pro mere personalibus venditant; atque iis e contrario *valde* aduersatur, qui *mixta iudicia* statuunt atque defendunt Tandem et pono in iudiciis diuisoriis

B) Talem communionem, quae iusto titulo iustaque causa vbique fundatur. Hinc recte ait *Vlpianus* in *Lib. 20. ad Edict.* (3) "*Inter praedones autem hoc iudicium locum non habet: nec si precario possideant, locum habebit: nec si clam: quia iniusta est possessio ista*" — Cum denique in hisce iudiciis diuisoriis non tam possessionis restitutio intendatur, quam potius diuisio, et adiudicatio partis rerum communium, vt eam deinceps heres aut focus pro diuiso solus habeat, quam hactenus coniunctim cum aliis habuit pro indiuiso; sequitur, parum aut nihil referre, vtrum consortes sint *actu* in possessione, nec ne. Id quod et aperte testatur *Ictus Scaeuola* *Lib. 1. resp.* (9) sequentibus verbis: "*Communi diuidendo iudicio recte agi, siue neuter possideat, siue alter sociorum fundum non possideat.*"

Consistit porro vis et potestas horum iudiciorum, in iure cogendi socios seu consortes, tam ad res communes ipsas *actu* diuidendas, quam ad praestationes personales, si quae sunt, faciendas, ita, vt quilibet sociorum et consortium, *partem* rei communis vel in *natura* vel per *aequipollens* (10) accipiat. Hinc etiam vocantur *diuisoria*, scilicet ratione *fnis*, quia occupata

cupata sunt circa diuisionem *actualem* <sup>(1)</sup>, qua plures, qui hactenus in *communione* fuerunt, iam nunc ab illa recedunt.

Dantur autem *tres* species iudiciorum diuisionum. Scilicet in *communione* versari possumus *vel* respectu rei ipsius, cuius intuitu ius pro indiuiso competit; *vel* ratione finium rei tantum. *Priori* casu obiectum commune potest esse *vel hereditas*, seu patrimonium defuncti alicuius; quo casu remedium iudiciale, quo diuisio actualis huius vniuersitatis obtinetur, est *iudicium familiae herciscundae* <sup>(2)</sup> — *vel* res quaedam singularis, v. c. fundus, hortus etc. — quo casu remedium iudiciale dicitur *communi diuidendo* <sup>(3)</sup>. — *Posteriori* autem casu, si nempe ratione finium rei tantum adest *communio*, remedium quo fines confusi reguntur, et restituuntur, vocatur *iudicium finium regundorum* <sup>(4)</sup>. — Et de his remediis iuris, eorumque praesertim *duratione* et *praescriptione*, paulo latius differere iam animus est.

<sup>(1)</sup> *L. 31. 32. 52. ff. pro socio.*

<sup>(2)</sup> *L. 25. §. 16. famil. hercisc.*

<sup>(3)</sup> Tam *directo* quam *utili*. — Hinc duo *emphyteutae*, qui fundum *emphyteuticarium* communiter possident, iudicio *communi diuidendo* inter se experiri possunt; dummodo cautionem praestant domino *directo*, ne *vectigalis* praestatio diuidatur — *L. 7. pr. ff. Communi diuidendo. add. L. 1. §. penult. ff. de superficiebus.*

<sup>(4)</sup>



(<sup>4</sup>) Plures ergo creditores eiusdem debitoris, qui idem ius pignoris ex missione in possessionem nacti sunt, nec non plures creditores hypothecarii, qui simul et eodem temporis momento ius pignoris acceperunt, recte inter se agunt iudicio communi diuidendo, per *L. 7. §. 8. et 6 ff. comm. div.* — add. *L. 4. §. 9. fin. reg.* — Hinc etiam inter duos usufructuarios idem illud iudicium iustitui posse, docet *Ulpianus* in *L. 13. §. 3. ff. de usus. et quemadm.* — ad hunc scilicet effectum, ut fundus per regionem diuidatur, et cuilibet pro parte usufructus assignetur. Qua diuisione tamen facta, ius adcrendi, quod alias, etiam post *realem concursum*, inter usufructuarios locum habet, cessare puto; propterea, quod nulla amplius inter illos sit communio; qua sublata, etiam ius adcrendi sublatum esse oportet.

(<sup>5</sup>) *L. 1. §. 2. ff. si pars hereditat. petat. L. 1. §. 1. ff. famil. erisc.*

(<sup>6</sup>) *L. 7. §. 11. ff. comm. diuid.*

(<sup>7</sup>) *L. 2. §. 1. ff. famil. erisc.*

(<sup>8</sup>) *L. 7. §. 4. et 5. comm. diuid.*

(<sup>9</sup>) *L. 30. ff. comm. diuid.* — add. *L. 1. §. 1. L. 25. §. 2. famil. erisc.*

(<sup>10</sup>) Quod si consortes partem rei communis in natura non accipiunt, sed sibi inuicem per aequipollens satisfaciunt, vocatur diuisio *ciuilis*. Quae diuisio rationem emtionis et resp. venditionis habet, si *aequipollens* consistit in pecunia numerata *L. 1. C. comm. utriusque iudicii.* — Quod si aliud quid datur, diuisionem rationem permutationis habere dicunt. *L. 20. §. 3. ff. famil. erisc.*

- (<sup>11</sup>) Diuisio enim, qua oriuntur *partes quotae*, seu *intellectuales*, seu *relative determinatae*, in iudiciis diuisoriis iam supponitur, vt *conditio sine qua non*.
- (<sup>12</sup>) *L. 1. ff. famil. erc. c.* — Veram denominationis rationem adfert *Ge. Christ. Gebauer* *diss. de hercto cito ob inaequalitatem in melius reformando*. Goett. 1738.
- (<sup>13</sup>) *L. 1. ff. comm. diuid.* — Differt ab actione *pro socio*, quippe quae etiam durante societate institui potest, nec ad diuisionem rei communis tendit, sed vnice ad praestationem eius, quod socius ex natura contractus praestare debet.
- (<sup>14</sup>) *L. 2. D. fin. reg.* — Quod iudicium a primis Edicti verbis, quo fuit propositum, sic appellatum videtur, quamuis ex *Legib. XII Tabb.* originem habeat. *Cic. de Legib. c. 21.*

## §. 2.

*De fundamento iudiciorum diuisoriorum.*

Quemadmodum autem nullam actionem in foro cum effectu instituere possumus, quae solido et genuino fundamento destituitur; ita nec *iudicia diuisoria* absque iustis fundamentis esse possunt. Sed si quaerimus, quonam fundamento haecce iudicia nitantur? — ingens inter istos lis est, quae nec vanae et inanis subtilitatis censi potest, cum egregios pariat effectus, respectu *fori*, praepremis in familiae herciscundae iudicio. Nonnulli interpretes, inter quos potissimum pertinent *Voetius* (<sup>15</sup>) et *Ev. Otto* (<sup>16</sup>) illorum naturam *mixtam* esse docent, et quidem non solum ratione *obiecti*, sed et ratione

tione originis et fundamenti, i. e. iudicia diuisoria tam in iure  
 in re, quam in iure ad rem fundata esse statuunt, simulque  
 leges proferunt, inter quas prae caeteris eminent §. 20.  
*I. de act.* vbi Imperator noster ita dicit: "quaedam actiones  
 mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in perso-  
 nam, qualis est famil. ercisc. actio — item communi diuidendo —  
 item finium regundorum." — nec non *L. 1. ff. fin. reg.* vbi  
 Iustus Paulus ita: "finium regundorum actio in personam est,  
 licet pro rei vindicatione rei est." — Sed vix est vt dicamus,  
 citatos textus dictam sententiam adiuuare. Citata enim §. 20.  
*I. de act.* aperte loquitur de obiecto i. e. ratione obiecti et  
 materiae intelligi debet, non ratione originis et fundamenti.  
 Mixtura ergo illa non originem et causam spectat, sed mate-  
 riam seu obiectum, ideoque iudicia diuisoria ratione obiecti  
 quidem mixta vocari possunt (<sup>17</sup>), nequiquam ratione funda-  
 menti, quasi ex iure in re et ad rem nascerentur. — Et  
 quod *L. 1. ff. fin. reg.* attinet, nec illam sententiam aduersa-  
 riorum probare credo. In hac enim lege Iustus primo loco  
 ponit regulam, scilicet quod actio finium regundorum sit actio  
 personalis. — Deinde occurrit obiectioni, quae in eo consistit:  
 actione finium regundorum illa ipsa pars fundi simul restituitur,  
 quam confinis turbatis finibus subtraxit — hinc actio finium re-  
 gundorum est pro rei vindicatione — et hinc in rem. — Quod  
 dubium ita remouetur. — Scilicet actio finium regundorum eun-  
 dem effectum habet, quam rei vindicatio; sed tantum ex acci-  
 dente — respectu formae enim hae duae actiones valde inter  
 se differunt; nam in rei vindicatione formula in rem concipi-  
 tur:

tur: *aito hunc fundum meum esse* — i. e. in rei vindicatione petitio dirigitur ad declarationem iuris in re; at in iudicio finium regundorum petere solemus, vt fines turbati regantur. Deinde nec ita in iure concludere licet: *duae actiones eundem habent effectum, ergo ratione fundamenti sunt eadem.* Hac ratione enim et conditio furtiua pro rei vindicatione esset, propterea quod mediante illa rem ipsam aequè obtinere possumus, quam rei vindicatione; et tamen nemo est, qui has duas actiones ratione fundamenti pro iisdem venditat.

Sunt denique et *Isti*, qui naturam iudiciorum diuisiorum, non *mixtam* sed *puram* esse statuunt, et hinc, posita communione, quae *ex regula*, vel in condominio vel in alio iure in re fundata esse debet, *obligationem ex lege descendantem, rem communem cum socio seu consorte diuidendi*, pro vero et proximo fundamento tradunt, inter quos primum locum meretur *Huberus* (18) istus olim apud Batauos clarus. Et hanc sententiam, si dicendum quod res est, veriore et legibus romanis accommodatiorem existimo, quam et ipse *Imperator* in *L. i. C. de annali except.* adprobasse videtur, dum diuisoria iudicia, inter actiones personales refert; quae relatio esset inepta, si ex mente *illius* dicta iudicia simul essent realia. Verba sanctionis sunt sequentia: "*Nemo itaque audeat, neque actionis familiae heriscundae, neque communi diuidendo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuscunque actionis personalis vitam longiorem esse triginta annis interpretari*" Recenset hic nobis *Iustinianus* nonnul-

nonnullas actiones personales, quas XXX. annis finire iubet, inter quas et connumerantur *diuisoriae actiones*; certo et indubitato sane iudicio, illarum fundamentum ex *illius* mente, non *proxime* in iure in re, sed in iure obligationis, esse ponendum. Quae sententia et interpretationi ipsius *Ulpiani*, optime respondet in *L. 2. §. 1. ff. famil. ercisc.* “*Si quarta ad aliquem ex constitutione D. Pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit, utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium.*” — Qua quaeso ratione, impubes adrogatus *quartam Pianam* petere posset iudicio *familiae erciscundae*, si iudicia diuisoria essent *mixta*, ratione fundamenti? Nec enim heres est impubes adrogatus, nec bonorum possessor — nec ius hypothecarium, multo minus dominium aliquod respectu *quartae*, in legibus ipsi tributum deprehendimus — potius leges actionem, qua quartam petere licet, non *realem*, sed aperte *personalem* vocant, uti videre est in *L. 1. §. 21. ff. de collation.* — Sed posset mihi obuerti, in citat. *L. 2. §. 1. famil. ercisc.* singularem contineri exceptionem a regula, quam ipse supra §. 1. iam iam agnoui. Sed haec obiectio me non tangit. Scilicet in iudiciis diuisoriis, ius aliquod in re *ex regula* et *plerumque* supponitur, ut *conditio sine qua non* — quo iure in re deficiente, remediis conuenientibus agi oportet, ut pronunciatum iudicis, communitio constituatur — quo impetrato, cum effectu demum haec iudicia institui possunt; ideoque ius in re, ut fundamentum remotum, *plerumque et ex regula* supponitur, at non *semper*. Sed aduersarii ius in re, simul et *semper* ut fundamentum *proximum* considerant, quasi iudicia diuisoria ex iure

in re nascerentur; qua assertione admitta, aperte id sequi videtur, scilicet nunquam ad diuisionem agi posse, nisi posito iure in re; id quod tamen manifeste legibus repugnat. Quae cum ita sint, in concussa stat sententia *Huberi*, iudicia diuiforia non *mixta*, ratione originis et fundamenti, sed *mere personalia* esse, contententis.

(<sup>15</sup>) *In comment. ad Dig. Tit. fin. regundor. §. 4.*

(<sup>16</sup>) *In commentar. ad Inst. Tit. de actionib. §. 20.*

(<sup>17</sup>) Quo sensu accipio *L. 22. §. 4. famil. ercisc. et L. 4. §. 3. ff. comm. diuid.* — et hoc in sensu etiam hereditatis petitio *mixta* dici potest, ob *L. 25. §. 18. ff. de hereditat. petit.* “*Petitio hereditatis etsi in rem actio sit, habet tamen praestations quasdam personales.*” Add. *L. 7. C. eod.* — Scilicet hereditatis petitione, non tantum agitur ad hereditatem ipsam restituendam; sed agitur simul ad praestations personales faciendas: quo pertinent, fructus percepti et percipiendi — damna illata &c. Imo hoc in sensu etiam *reiuindicatio mixta* dici potest.

(<sup>18</sup>) *In praelectionib. ad Instit. Tit. de act. §. 22.*

§. 3.

*Ad quid tendant iudicia diuiforia?*

In omni iudicio *duplex ius* intelligi scimus; *alterum* quo aliquid persequimur, et *alterum* quod persequimur. Eandem distinctionem etiam oportet seruare in iudiciis diuiforiis. De priori

priori mihi hoc loco sermo non est <sup>(19)</sup>; bene tamen de posteriore. In iudiciis diuisoriis ius, quod persequimur, non est ius aliquod reale, quasi iis ius in re primum constituatur; sed est merum ius obligationis. Hinc nec petitio harum actionum eo dirigitur, vt actor pro cohaerede vel condomino declaretur; sed petere solent pragmatici, harum rerum intelligentes, vt socius seu confors pro *obligato* pronuncietur, rem communem diuidendi. Hinc porro nec sententia iudicialis declarationem iuris *in re*, sed multo magis declarationem *obligationis*, reo conuento incumbentis, continet, qua hic ad rem communem diuidendam obstringitur. Quae obligatio in quonam consistat, et quaenam sit illius natura et indoles, iam breuiter videbo. Scilicet consortes aduersus se inuicem agunt, non tantum ad diuisionem et adiudicationem partis rerum communium, vt iam nunc pro diuiso illam habeant, quam hactenus virtute communionis iunctim, ideoque pro indiuiso tantum habuerunt; sed agunt simul aduersus se inuicem ad varias praestationes, quae sub nomine *praestationum personalium* venire solent. Quibus rebus ita comparatis, *obiectum* iudiciorum diuisoriorum commode dispesci potest, in *primarium* et *secundarium*. Illud denotat rem ipsam cum aliis communem; sub hoc, quidquid ex obligatione praestandum est, indigitatur, v. g. fructus, damna illata, impensae etc. Quod duplex obiectum, ipsis etiam legibus agnitum intelligitur; quo pertinet duplex locus *Vlpiani* Lib. 19. ad Edict. <sup>(20)</sup> "*familiae erescundae iudicium ex duobus constat, i. e. rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones.*" Et alibi; <sup>(21)</sup> "*sicut autem ipsius*

*rei diuisio venit in communi diuidendo iudicio, ita etiam praestations veniunt: et ideo si quis impensas fecerit consequatur.*

(<sup>19</sup>) Cf. *Prooem. I. de action. et L. 51. ff. de obl. et act.*

(<sup>20</sup>) *L. 22. §. 4. ff. famil. ercisc.*

(<sup>21</sup>) *L. 4. §. 3. ff. comm. diuid.*

§. 4.

*Disquiritur in quo consistant praestations personales, et quidem*

A) *in iudicio finium regundorum?*

De praescriptione iudiciorum diuisoriorum generatim acturus, a scopo meo alienum esse non puto, si ulterius anquiram, in quo consistant praestations personales; praesertim cum etiam de iis quaestio nimium saepe incidat, an lapsu temporis, ideoque praescriptione, extingui queant. Et ut hocce *obiectum secundarium*, tanto magis in oculos incurrat, de illo in singulis iudiciis sigillatim et deinceps videbo. Nimirum *in iudicio finium regundorum*, detectis finibus pristinis, obligatur condemnatus generatim actori,

A) ad *fructus restituendos*, eodem sane modo, quo possessor rei singularis rei iudicatione conuentus. Scilicet referre videtur, utrum possessor *bona* an *mala* fide possideat. *Posteriori* casu, omnes omnino fructus (<sup>22</sup>), qui tam ex persona veri domini, quam culpa possessoris aestimantur (<sup>23</sup>), restituere debet.



debet. *Priori* autem casu, quo nempe possessor est in bona fide, conditio seu status illius *ante*, et *post* litis contestationem discerni sedulo oportet. De illis fructibus, quos possessor percepit ante L. C. nihil plane restituit<sup>(24)</sup>, siue sint mere naturales siue industriales<sup>(25)</sup>; nisi quatenus adhuc existunt in patrimonio<sup>(26)</sup>. Idque non sine ratione; cum enim ius et causa domini, nempe bona fides iam cesset, virtute cuius possessor fructus rei alius, suos facere potest; etiam effectus huius iuris et causa cessare debent. Quod autem statum possessoris attinet, postquam *is* litem iam contestatus est, ille fere cum illo coincidit, quam in persona malae fidei possessoris iam vidimus. Cum igitur *causis* iudicio finium regundorum conuentus, interdum vel potius nimium saepe, fructus restituere debeat, quotiens scilicet apparet, partem fundi alterius possedisse; sequi sane videtur, illum et speciatim obligari

B) ad *rationes reddendas* de fructibus, quatenus hi in restitutionem veniunt. Qua occasione tamen, *condemnato* et illas impensas actori imputare licet, quas ille vt verus rei dominus, secundum leges agnoscere tenetur. Tandem obligatur in hoc iudicio *victus*,

C) ad *omne id, quod actoris interest*; h. e. non tantum ad refarcitionem *damni positiui* obstringitur, sed et ad praestationem *lucris cessantis*. Ita enim aperte docet *lctus Paulus* in Lib. 23. ad Edict. <sup>(27)</sup>, dum dicit: "*In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, quod interest.*" Quod tamen *mea opinione*, de illo tantum casu accipi oportet, quo *confinis* conscientiam habuit rei alienae; ideoque mala fide forsitan

sines turbavit, et parte praedii in detrimentum alterius usus est. Nam in bonae fidei possessore, hanc thesin iuris obtinere, non credo; propterea, quod bonae fidei possessor, ne quidem culpam latam praestare debeat<sup>(28)</sup>, multo minus condemnari poterit, ut auctori id praestet, quod interest.

(22) L. 22. C. de rei vind.

(23) L. 62. §. 1. eod. L. 25. §. 4. de hered. pet.

(24) L. 48. pr. ff. de A. R. D. L. 25. §. 1. de usur. L. 136. de R. I.

(25) L. 13. ff. quib. mod. ususfr. amitt.  
Vinnius ad §. 35. I. de R. D.

(26) L. cit. 22. C. de R. V. §. 35. I. de R. D.

(27) L. 4. §. 1. fin. regund.

(28) arg. L. 25. §. 11. de hered. pet.

§. 5.

B) In iudicio familiae erciscundae, et C) Communi diuidundo.

Progredior ad illas praestations personales, ad quas coheres coheredi tenetur, et quae triplicis generis esse videntur. Aut enim consistunt ex utilitatibus perceptis — aut ex sumptibus factis — aut ex damnis illatis. Ad utilitates perceptas refero,

refero, *fructus, usuras, lucra* (2°); de singulis hisce *perceptis*, possessor hereditatis, coheredibus suis rationes reddere obligatur; quia generatim in iure receptum est, quemlibet administratorem villicationis et administrationis suae nomine, illis obstringi, quorum interest (3°).

Deinde heres conuentus *sumtuum* quoque nomine, quos in hereditatem communem bona fide impendit, cum reliquis disceptare potest. Impensae enim, quae propter communionem contingunt, communioni imputantur (31). Vbi tamen requiritur, vt a) sint *necessariae et utiles*; licet res ipsa, cuius causa factae sunt, esse desierit. Hinc est, quod coheredes coheredi, seruum hereditarium pignori obligatum luenti, pro rata satisfacere debeant, quamuis seruus postea decesserit (32). Intuitu *voluptariarum* videndum nobis est, vtrum adhuc exsint et durent — nec ne — *Posteriori* casu, nulla datur administranti coheredi illarum repetitio; *priori* autem casu, leges ipsi quidem dant *exceptionem doli*, si adhuc est in possessione (33), neutiquam *actionem*: quod mea sententia suo responso haud obscure confirmat, *Herennius Modestinus* in *L. 27. pr. de neg. gest.* “*ob sumtus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos, eum, de quo quaeritur, actionem non habere.*” Quod responsum, cum inter duos fratres coheredes datum est, omnino huc quadrare existimo. — Deinde requiritur b) vt possessor impensas fecerit *coheredum et rerum communium nomine*, ita, vt partem suam, separata aliorum, tueri, gerere et administrare non potuerit. — Si enim pro parte tantum administravit rem, quae

quae diuisionem recipit, et pro parte geri et administrari commode potuit, ita, vt non coactus fuerit alterius rem gerere, et in eam sumtus impendere; eiusmodi impensae in hac *actione diuisoria* non veniunt, sed ad iudicium negotiorum gestorum pertinent. Ad quam visionem respexisse videntur *Impp. Dioclec. et Maxim.* in *L. 18. §. 1. C. fam. ercisc.* dum rescribunt: “*in communi autem hereditate, quin sumtus ab vno facti bona fide, familiae erciscundae iudicio, vel negotiorum gestorum actione seruari possint, non est ambiguum.*” Quidquid autem coheres sumtuum necessariorum et vtilium nomine, in hereditatem communem impenderit, in hoc iudicium venit, *vna cum usuris morae.* Ita enim in omnibus iudiciis bonae fidei seruari videmus, et ita etiam *Impp. Seuerum et Antoninum* rescripsisse inuenimus, apud *Vlpianum* in *L. 18. §. 3. ff. fam. erc. sqq.* verbis: “*Sumtuum, quos vnus ex heredibus bona fide fecerit, vsuras quoque consequi potest a coherede, ex die morae, secundum rescriptum Imperatorum Seueri et Antonini.*” —

*Postremo loco,* praestationibus personalibus in hoc iudicio adnumerantur *damna*, communi hereditati *dolo* vel *culpa* *illata* <sup>(34)</sup>; modo a coheredibus qua talibus data sint, non in alia persona. Nam si viuo adhuc testatore, aliquis damnum intulerit, illius refarcitio ad hoc iudicium non pertinet; quia tum temporis damnum inferens heres non erat <sup>(35)</sup>; et in hoc iudicio tantum de iis obligationibus quaeritur, quae heredi, vt tali incumbant. — Qualis autem diligentia a coheredibus adhibeatur, clare dicit *Ictus Paulus* in *L. 27. §. 16. fam.*

*fam. ercisc.* Scilicet talem quisque heredum diligentiam adhibeat necesse est, qualem in suis rebus adhibere solet. Secundum quam regulam, prudentem iudicem, obueniente casu, arbitrari oportet.

Quae de praestationibus personalibus in iudicio familiae erciscundae, hucusque disserui, ea etiam in iudicio communi diuidendo, suo modo obtinere videntur. Id, quod etiam sua interpretatione agnoscit, atque confirmat lectus *Vlpianus* in *L. 6. §. 11. comm. diuid.* dum dicit: “*cetera eadem sunt, quae in familiae erciscundae iudicio tractauimus.*” Hinc, praestationes personales iam mitto, et coronidis loco verba *Pauli* adiicio, ex *L. 27. Famil. ercisc.* “*in hoc iudicio condemnationes et absolutiones, in omnium persona faciendae sunt: et ideo, si in alicuius persona omissa sit damnatio, in caeterorum quoque persona, quod fecit iudex, non valebit: quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.*” Quae verba, ad praestationes personales vnice referenda sunt; nam in his praecipue obtinent condemnationes et absolutiones. Hinc, si vnus ex coheredibus damnum dederit, alius impensas fecerit, et alius iterum emolumenta perceperit; suum quisque ab altero exigit mutua petitione, ideoque iudex etiam de singulis his sollicitus esse debet in pronunciando; quod si contra fecerit, sententia non valebit <sup>(36)</sup>.

(29) *L. 19. ff. famil. ercisc.*

(30) *Card. Tusch pract. concl. iuris Tom. I. concl. 203. n. I et 2.*

- (<sup>31</sup>) *L. 52. §. 15. L. 60 et 61. pro socio.*  
 (<sup>32</sup>) *L. 31. famil. ercisc.*  
 (<sup>33</sup>) *L. 39. §. 1. D. de hered. pet.*  
 (<sup>34</sup>) *§. 4. I. de officio iudicis.*  
 (<sup>35</sup>) *L. 16. §. 4. ff. famil. ercisc.*  
 (<sup>36</sup>) *Gerard Noodt in comment. ad Dig. tit. famil. ercisc. circa finem.*

---

SECTION II.

*Theoriam praescriptionis iudiciorum diuisoriorum  
 breuiter complectens.*

§. 16.

*Variae visiones, in quaestione, an iudicio diuisorio  
 conuenius, exceptione praescriptionis efficaciter  
 uti queat?*

Sed iam ad illam quaestionem peruenio, cuius causa hoc qua-  
 lecunque conscripsi — scilicet, *an is, qui actione diuisoria conue-*  
*nitur, exceptionem praescriptionis cum effectu opponere possit, ita,*  
*ut ab actione instituta liberari possit?* In responsione ad hanc  
 quaestionem, variae visiones separandae mihi veniunt. Etenim  
*exceptio*

*exceptio praescriptionis*, vel *obiectum secundarium* iudicii diuisorii, seu *praestationes personales* tantum respicit, ideoque hunc in finem tantummodo opposita spectatur, vt possessor rei communis, ope huius exceptionis, liberetur ab obligatione minus principali, damna rei communi illata refarciendi, et fructus perceptos cum socio seu consorte communicandi etc. — *vel exceptio praescriptionis obiectum primum*, seu *obligationem principalem* spectat; et hanc vim habere debet, vt possessor liberetur ab obligatione, qua rem communem ipsam diuidendi, obstringitur. De *priore* visione, an scilicet reus conuentus, ope praescriptionis liberari possit ab obligatione, ad praestationes personales faciendas, dicam §. 7. et sequente: quoad *posterio-rem*, qua de praescriptione obligationis principalis, rem communem ipsam diuidendi, sermo est; videndum esse arbitror, *utrum* res communes vt communes possideantur, et administrantur; — *an* vt res propriae, h. e. possessor res in se communes, non vt communes, sed vt proprias possidet et administrat. — De *priori* §. 9. videbo — de *posteriore* §. 10. — En L. B. ordinem, secundum quem, materiam sumtam tractare constitui (<sup>37</sup>).

(<sup>37</sup>) Ex scriptoribus, *Duumuiros* illos celeberrimos, tantum nominare iuuat — puta, *Fachinaeum in iure contr. Libr. 6. contr. 36.* et *Petr. de Toullien in coll. diff. IV. cap. 8.* quibus add. *Jac. Rauii principia de praescr. §. 147 - 151.*

*De praescriptione praestationum personalium,*  
 A) *communione iam sublata.*

Sub *praestationibus personalibus*, in actione diuisoria, omnia ea intelliguntur, quae ex obligatione minus principali, a possessore rei alicuius communis, praestanda veniunt. In quaestione autem, an iis *extinctivae* praescribi possit, permulti interesse putant, *an communio adhuc duret, nec ne.* Si communio non amplius durat, sed quavis ratione sublata spectatur, iis lapsu XXX. annorum praescribi posse, nemo est qui dubitat. Nec etiam referre videtur, vtrum praescribens sit in bona, an in male fide. Versamur enim in praescriptione *extinctiva*, de qua illud *synodale decretum* intelligi nequit, ob rationem *c. 5. X. de praescript* (38). Ratio autem cur, communione sublata, praestationibus personalibus praescribi possit, illa esse videtur. — Scilicet in omni iudicio diuisorio, *duplex obligatio* intelligitur; *altera* principalis, quae rem communem ipsam diuidendam spectat; *altera* minus principalis, quae praestationes personales respicit. Si obligatio principalis sublata est, illa, quae minus principalis vocatur, ratione futuri temporis tantum, simul per consequentiam extincta confetur; non illa, quae praeteritum tempus respicit; quippe quae nulla alia ratione tollitur, quam solutione, nouatione, remissione, et lapsu temporis. Hinc ratione praeteriti temporis, etiam post iam sublata communione, adhuc agere licebit *obiecti secundarii* nomine, quatenus de eo adhuc *petitio* superest (39). Quae actio



actio tamen, XXX annis extinguatur necesse est, ob generales functiones, quae in *L. 1. §. 1. C. de annal. except.* et *L. 3. C. de praescript. XXX annor.* continentur. Nec obstat, quod in aliis iudiciis, fructus et accessoria peti amplius non possint, si rei principalis nomine, lis esse non potest (4°). Sic v. c. in rei iudicatione, petita tantum re, fructus arbitrio et officio iudicis debentur, — re non petita, nec accessoria illius, seu causa debetur. Nam in iudiciis diuiforiis, praestationes personales, iure actionis et obligationis, per se iam subsistentis, debentur (4<sup>1</sup>), argumento sane euidenti, quod in his, etiam sublata et finita communione, supersit praestationum personalium persecutio. —

Sed superest alia inspectio, eaque haud parui momenti, ad quam nunc iam progredior. Scilicet, quaestionem mouere solent, a quonam momento temporis, hocce spatium XXX annorum currere incipiat? Et aiunt *Impp. Honorius* et *Theodosius* in *L. 3. C. de praescript. XXX annor.*: “ex quo iure competere coepit actio” — et in *L. 1. §. 1. C. de annal. except.* “ex quo ab initio competit, et semel nata est actio.” Quae cum ita sint, de hac quaestione ita sentio: Scilicet, non a die demum dissolutae communionis, sed potius ab eo statim momento, tempus computandum erit, quo partes aduersus se inuicem agere poterant. Hinc in iudicio *familiae eriscundae* et *communi diuidendo*, initium huius praescriptionis ponendum esse censeo, in eo momento temporis, quo ad praestationes personales faciendas, alter perfecte erat obstrictus, ideoque non ex

eo tempore computandum est, ex quo commune dominium et communis hereditas esse incepit; sed potius ex ultimo facto cuiuscunque administrationis, licet communio in praesentiarum sit sublata. Cum enim singulis quasi momentis, et singulo quouis facto administrationis, obligatio nascatur ad praestationes personales faciendas, ab iis etiam momentis, quibus ut singulae spectatae, existere coeperunt, tempus computare debemus; ita scilicet, ut illae tantum, quae a momento existentiae suae computatae, lapsum XXX annorum excedunt, interuentu praescriptionis sint sublatae; neutiquam illae, quae sunt intra *tricennium*. In iudicio *finium regundorum*, res maioris difficultatis esse videtur; maxime, cum tempus confusionis plerumque in hoc iudicio incertum est. Sed mea opinione, ab eo demum momento tempus computandum esset, ex quo fines turbatos atque confusos fuisse, certissime probatur: quia ab eo tantum momento, obligatio confinis perfecta existere incipit.

(38) Mencke in dissert. *an requiratur b. f. in praescriptione actionum personalium* th. 18.

Werner in *obs. for.* Part. I. obs. 183.

J. H. Böhmer in *I. E. P.* Lib. II. tit. 16. §. 54.

Cocceii in *iur. contr. tit. de usucap. et usurp.* qu. 30.

(39) L. 6. §. 1. L. 11. ff. *comm. diuid.*

(40) L. 49. in *fin. de A. E. V.* L. 4. C. *depositi.* L. 3. C. *de fructibus. et litium expens.*

(41) L. 1. ff. *fin. reg.* — L. 1. ff. *comm. diuid.* — L. 22. §. 4. ff. *famil. ercisc.*

§. 8.

B) *Communione adhuc perdurante.*

Quod si status communionis, neque interuentu diuisionis, neque alia ratione sublatus intelligitur, omnino videri potest, omnem sane praescriptionem extinctiuam, harum praestationum personalium cessare; ideoque perpetuo earum nomine actionem superesse oportere; propterea, quod quotiens obligatio ad diuidendum, et praestandum in confessio est; toties nec validum praescriptionis initium fieri poterit; maxime, cum partes singulis quasi momentis, communionem agnoscant, et hinc se esse socios atque consortes, quotidie profiteantur; quo facto, neuter aduersus alterum, ex praescriptione commodum aliquod sentire potest; idque tanto magis, quo certius est, praescribentem contra bonam fidem aperte agere, dum ope exceptionis praescriptionis, a tali obligatione sese liberare gessit, quae etiam sine monitore agnoscenda est, et contra quam nec lapsus temporis longissimi, aliquid operari potest (<sup>42</sup>).

Sed his rationibus non obstantibus, castra eorum sequi non dubito, qui praescriptionem praestationum personalium admittunt, licet communio adhuc duret. Hinc, si v. c. duo in communionem rei alicuius versantur, et vnus tantum ex his, altero forsitan absente, rem communem vt communem, non vt propriam, administravit, fructus et emolumenta percepit; iure statuendum esse credo, illum, qui solus administravit, ab altero adigi non posse, ad rationes earum praestationum reddendas, quae sunt vltra XXX. annos. Obligatio enim, qua

fundan-

fundantur eiusmodi praestationes, est quidem obligatio minus principalis, neutiquam tamen *accessoria*; ideoque aequae per se subsistens, quam illa, quam principalem vocavi, ad diuisionem ipsius substantiae rei spectans. Quaelibet autem obligatio, quae per se subsistit, ex regula, lapsu quodam temporis potest subverti; quid ni et illa? — Nec obstat, quod *confortes f. rei*, quoad durat communio, se inuicem quotidie agnoscant, vt *confortes f. reos*. Id enim tantum verum est, respectu obligationis principalis, qua ad corpus substantiae diuidendum, hinc inde obstringuntur; neutiquam ratione obligationis minus principalis, quoad interpellatio f. vsurpatio cessat. Et cum ista obligatio aequae per se subsistat, ac *altera* — cur illam durare dicamus, si *confortis f. reus*, nec factio quodam, nec alia ratione illam agnouerit? Quidni et *ius correlatiuum*, solo lapsu temporis, ideoque ob solam illius neglectam persecutionem, extingui statuamus? — Deinde et *confortis f. socius*, *confortis f. socio suo*, conuentione aliaue ratione hasce praestationes personales potest remittere, tam expresse, quam tacite; quinimo et tota sua parte ipsi cedere (<sup>43</sup>). Nec est, quod facta remissione discordiae, lites, rixae, metui possint; cum nec eiusmodi praestationes, si dicendum quod res est, communes vnquam fuerunt, sed occasione tantum communionis enatae censeantur; quinimo, si etiam vnquam communes fuissent, facta remissione satis a communionem forent exemptae; et statu communionis cessante, remedium etiam eo nomine competens, cessare necesse est (<sup>44</sup>). Nec etiam de initio huius praescriptionis adeo laborandum est; cum hic eadem principia obtineant, quae §. antecedente iam posita inueniuntur.

Quod

Quod haftenus de praescriptione praestationum personalium, durante et vigente adhuc communione, *generatim* differui, id certe suo modo exceptionem pati videtur, in *iudicio familiae eriscundae*. — Actio enim familiae eriscundae, ad *causam hereditariam* pertinet. Hereditas autem incrementum quam decrementum recipit, ita, vt tam fructibus augeri, quam damnis deminui dicatur; ideoque semper eadem res, et eadem vniuersitas esse videatur. Id, quod sua interpretatione, aperte confirmat *Ictus Vlpianus* ad Sabinum (<sup>45</sup>) "*hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur.*" — Cum igitur fructus ad hereditatem pertineant, eamque augeant, etiam vt *partes totius alicuius* petantur necesse est. Et cum obligatio ad *totum diuidendum*, ad quod etiam fructus pertinent, sit in confessio; sequi sane videtur, semper illorum rationem esse habendam, quocumque demum tempore de hereditate diuidenda agatur; modo tales fructus accipiamus, qui iam ante litis contestationem sunt percepti. Nam post L. C. corpus massae hereditariae, *totum aliquod completum* constituit, et fructus huius *totius*, accessionis iure gaudent (<sup>46</sup>). Hinc si coheres, post L. C. ultra XXX annos inchoatum iudicium intermittit, ante lapsum tamen XL. annorum illud rursus continuat, eorum fructuum, qui ultra XXX. annos sunt, ratio haberi non debet. — Ceterum, quidquid valet de fructibus hereditatis, valet etiam de reliquis praestationibus personalibus. Hinc, *generatim* dici potest, quidquid ante diuisionem, hereditati quacumque ratione accedit vel decedit, id ipso iure illam auget et deminuit. Si igitur heres, quidquam in rem hereditariam impenderit, aut ex

D

heredi-

hereditate deperdiderit, in locum illius succedit enata hinc inde obligatio personalis eius, qui ad aliquid resarciendum tenetur; ita, vt idem corpus massae, et eadem vniuersitas semper permaneat (<sup>47</sup>); ceu rationes recte subducit *Petr. de Toullieu l. c.*

(<sup>42</sup>) *Tiraquell ad L. 8. C. de reuocand. don. n. 390 sqq. Jac. Rahnus in tr. de praescript. §. 149.*

(<sup>43</sup>) *L. 14. §. vlt. comm. diuid.*

(<sup>44</sup>) *Petr. de Toullieu diff. 4. cap. 8. p. 206.*

(<sup>45</sup>) *L. 178. §. 1. de V. S. — add. L. 208. cod.*

(<sup>46</sup>) *L. 51. §. 1. de hered. petit. — add. L. 15. ff. de usur.*

(<sup>47</sup>) *L. 70. §. vlt. L. 71. 72. ff. de legat. 2.*

§. 9.

*An exceptio praescriptionis procedat, in iudiciis diuisorij, respectu ipsius obieci diuidendi,*

A) *quoad res communes vt communes possidentur?*

Sed tantum de praestationum personalium praescriptione. Iam me conuerto ad quaestionem “*an obligatio principalis, qua rei seu consortes, ad rem communem ipsam diuidendam obstringuntur, praescriptione possit subuerti?* Distingendum esse dixi, vtum res communes vt communes fuerint possessae, et administratae; — *an vt res propriae.* — De priori membro hac §. dicam. De posteriori §. sequente. —

Quaestio, *an actioni diuisoriae, rebus communibus vt communibus possessis et administratis, praescribi possit, ita, vt iam nunc communitio inperpetuum duret?* — inter *Itos*, tam veteres quam nostrae aetatis, ita controuersa est, vt prae caeteris

ris primum locum merere videatur. Affirmant illam ex Glofatorum cohorte, *Accurfuis* et *Baldus* — et alii, quos *Fachinaeus* l. c. nominat, et quos ex noſtra aetate permulti ſequuntur. *Negant* illam e contrario, *Bartholus*, *Martinus* et *Placentinus*; et ex nouioribus, *Petr. Toullieu*, et *Iac. Ravius* l. c. alique complures. Vtuntur cuncti hi interpretes, argumentis maxime ſpecioſis, et ita ſane comparatis, vt perlectis omnibus, cum *Demiphone illo Terentiano*, dicendum eſſe videatur:

— *fecifis probe,*

*incertior ſum multo, quam dudum.*

Quibus rebus ita comparatis, eorum ſententia palmam reliquis praeſcribet, quae *aequitati, naturae rei, et legibus* accommodatior inuenitur. Sed quaenam illa ſit, modeſte et pro viribus, iam diſpiciam. —

Hoc mihi cum omnibus conſtat, *praefcriptionem acquiſitiuam* ipſius obiecti diuidendi, locum habere non poſſe, quoad ſcilicet praefcribens rem communem vt communem, non vt propriam, poſſidet; *partim*, quia id, quod tertio, non nobis ipſis poſſidemus, non uſucapimus (<sup>48</sup>): *partim* etiam, quod nemo ſola mente, et ſolo animo, poſſeſſionem ſuam mutare poteſt (<sup>49</sup>). Hinc is, cuius intereſt, cum res adhuc ſit reuera communis, in omnem euentum, partem pro indiuiſo vindicare (<sup>50</sup>), et deinde actionem ad diuidendum inſtituere poterit. — Quaefſtio ergo controuerſa, de praefcriptione *extinctiua* vnice intelligi debet. Et haud pauci *interpretes* inueniuntur, qui diſtinguunt: *Verum* ex parte praefcribentis, faciendae diuiſioni ſit *contradictum, an non*. *Posteriori* caſu, praefcriptionem ceſſare, et actionem ad diuidendum durare, tantum non omnes, *recte et iure*, fatentur;

D 2

propter-

propterea, quod prouocatio ad diuisionem, est *res merae facultatis*, seu res in nudo facto, et nuda faciendi potestate consistens, cuius exercitio nulli fines et termini, neque a lege, neque ab homine sunt praescripti, et ex cuius intermissione, nulla actio cuiquam nasci potest. (5<sup>1</sup>). Hinc etiam nullo temporis lapsu, facultatem diuisionem rei communis vrgendi, subuerti posse, iure asseri potest. — At in casu *priori*, si scilicet praescribens faciendae diuisioni contradixit, communioni omnino praescribi posse statuunt; ita, vt illa in perpetuum sit duratura. Et pro hac sententia fundanda, prouocant, a) ad *L. 3. C. de praescript. XXX. annor.* — vbi *Imp. Honor. et Theodos.* (omnino nimis generatim) disponunt: “*sicut in rem speciales, ita de vniuersitate, ac personales actiones, ultra triginta annorum spatium, minime protendantur: sed si qua res, vel ius aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione, vel persecutione pulsetur: nihilominus erit agenti, triginta annorum praescriptio metuenda.*” Hac sanctione, generalem regulam praescriptionis contineri, dicunt, a qua nec hic recedere liceat. — Et si hoc statuentes quaeramus: a quonam momento, tempus praescriptionis incipiat? — Ab eo momento nonnulli regerunt, quo actio nata est, i. e. ab eo momento, quo sociorum alter, faciendae diuisioni contradixit; cum e contrario alii, auctoritate *Glossae ad L. 26. §. 4. ff. de condiç. indeb. permoti*, initium praescriptionis, in ipso momento existentis communionis, ponendum esse statuunt. Deinde in medium producant, b) saepius iam laudatam *L. 1. C. de annali except.* — vbi *Imperator Iustinianus* ita sancit: “*Nemo itaque audeat, neque actionis familiae herciscundae, — neque communi diuidendo, neque finium regundorum — neque alterius cuiuscunque actionis personalis,*



*sonalis, vitam longiorem triginta annis interpretari.*" Hisce duabus fere sanctionibus Imperatoriis, fundatur sententia eorum, qui communioni praescribi posse arbitrantur.

At enim vehementer dubito, citatas constitutiones tantum esse ponderis, ut dictam sententiam probent; potius *terminos habiles*, ut dicunt, in iis ponendos esse credo, quales ipsi Adversarii, in rem suam ponere videntur, dum asserunt, citatas sanctiones, non de eo casu accipi debere, quo diuisioni rei communis non est contradistum. Nimirum, tales actiones in iis aperte indignantur, quae iuribus nituntur, quorum usus cuique liber est, et quibus sponte renunciare licet; qualia tamen non illa esse videntur, virtute quorum, stante communiione, et rebus communibus ut communibus possessis, ad diuisionem agere possumus. Etenim

A) Praescriptio, in iis tantum casibus locum habet, cum illius interuentu, lites finiri possunt, non vero ibi admittenda est, ubi maioris mali causam suppeditare, et vberiore materiam praebere potest. Hinc etiam ideo inuenta dicitur, ut sit tandem finis litium; qui finis certissime non obtinetur, si ope praescriptionis, perpetuam communionem, quae secundum leges est mater discordiarum, et nutrix litium et rixarum (<sup>52</sup>), licet introducere, ita, ut nullo tempore ab ea recedi possit (<sup>53</sup>). Deinde

B) fundamentum cuiuscunque praescriptionis, in eo simul positum deprehendimus, quod is, qui patitur usufructu, simul iuri suo renunciare videatur; quae renunciatio iurium tamen, non semper, et ubique procedit; sed tunc demum obtinet, ubi de iis iuribus sermo est, de quibus quis libere disponere, ideoque iis valide renunciare potest. Hinc, secundum leges rom.

nec actio de statu libertatis affirmatiua, praescriptioni subest; propterea, quod libertati ne pacto quidem licet renunciare (54). Et eiusdem naturae, etiam illud ius rei s. consortis esse videtur, vi cuius ad diuisionem rei communis, ipsi prouocare integrum est; id, quod ex eo manifestum redditur, quod ne quidem conuentione partium effici potest, vt societatis coitio sit in aeternum, ita, vt diuisio rei communis nunquam fiat (55). Ex quo recte inferitur, quod, sicut pacto secundum leges effici non potest, vt nunquam res communes diuidantur; ita nec lapsus temporis s. praescriptio impediatur, quo minus de diuidenda re communi, liceat experiri — Nec mouet, quod nonnulli vrgent, praescriptionem latius patere, illique plus virtutis et efficaciae inesse, quam pacto. Sic v. c. delicta commissa, interuentu praescriptionis valide subuerti posse dicunt, quae pactis tolli nequeant. Ex quo inferunt, communionem perpetuam, pacto quidem non posse constitui, bene tamen praescriptione. Sed haecce argumentatio, ad illas pertinere videtur, quae, si dictu fas est — (56) — confutationem vix, ac ne vix quidem, meretur. Praescriptio enim in causis delictorum, a legibus speciatim definita est, ideoque legibus conuenit; sed communitio perpetua, expressis legibus aduersatur; hinc nec pacto, nec alia ratione, ideoque nec praescriptione potest introduci. Deinde in causis delictorum, diuersa ratio subest, ob quam illa pactis subuerti non possunt; causa enim delictorum est causa publica, et in causis publicis priuatus pacisci non potest, vt ius reipublicae perimatur. —

Quibus argumentis rite ponderatis, rei iuridicae aequus aestimator, iam nunc dispiciat et iudicet, vtrum communioni possit praescribi, nec ne? Equidem puto, non posse; et hinc

terminos

*terminos habiles*, in citatis constitutionibus, ponendos esse contendo; propterea, ne, dum stricte verbis constitutionum inhaeremus, legibus, perpetuam communionem reprobantibus, impingamus, quae iis abrogatae certissime dici nequeunt; partim, quod abrogationes legum, in casu dubio generatim non praesumuntur; partim, quod posterioris sanctionis *Auctor*, si in ea voluntate fuisset, id certe suo more, pluribus verbis et ambagibus declaravisset; quod, cum non fecerit, *vel* de illo casu voluit intelligi, quo facta divisione, de praestationibus personalibus intra XXX. annos actum non est; *vel* etiam de illo, quo vnus ex reis seu consortibus, rem communem, non vt communem, sed vt *propriam*, per longissimum tempus possedit.

Quod de non admittenda praescriptione iudiciorum diuiforiorum, quoad scilicet res communes vt communes possidentur, hucusque disserui, id non tantum in illo casu ita se habet, quo *utroque reus seu consors*, est in possessione rei communis; sed etiam tunc certe obtinet, si *vnus* tantum rem communem vt communem possidet; modo hoc vltimo casu, is, qui in praesentiarum actu non possidet, *olim* certe cum tertio simul rem possederit, illamque pedetentim, et corpore tantum, possidere defuerit. Tunc enim, solo animo possessionem retinuisse videtur, testantibus id clare *Iulio Paulo* in *L. 3. §. 7. ff. de adquir. vel amitt. poss.* — et *Impp. Diocl. et Maxim.* in *L. 4. C. eod.* — nec agenti ad diuisionem, etiam si id fiat post lapsos iam XXX. annos, exceptio praescriptionis obstare poterit; propterea, quod *res reuera* sit communis; cuius intuitu, si necessitas ita exigit, reiuindicatione partiaria, deinde iudicio diuiforio experiri licebit. — Quod si e contrario, is, qui actu non possidet, nec *olim* vnquam

ia

in aliquo saltem momento temporis, fuit cum altero in possessione, omnino interesse videtur; *utrum* ius tantum in personam, seu solus titulus, rei nomine ipsi competiit, vi cuius possessionem rei nancisci potuisset; *an* dominium rei ipsum, vel ipso iure<sup>(48)</sup>, vel accedente traditione<sup>(49)</sup>; adquisiuit. In hoc posteriore casu, ob durantem adhuc possessionem animi, per oppositam exceptionem praescriptionis, non poterit repelli, etiam si post XXX. annos, diuisionis nomine agatur. At in casu priori, quo scilicet dominium rei nunquam vere adquisiuit, sed titulus tantum rei nomine ipsi competiit, post lapsum XXX. annorum, ab omni actionis diuisionis vsu, exclusus est; propterea, quod in praescriptione extinctiua, nec titulus, nec bona fides, sed lapsus temporis vnice spectatur<sup>(50)</sup>.

(48) L. 1. C. commun. de usucap.

(49) L. 33. §. 1. de usurp. et usucap. L. 3. §. 19. ff. de adquir. vel amitt. poss.

(50) L. 8. ff. de reiind.

(51) Berlich part. 2. concl. 3. n. 8. sqq.

(52) L. 77. §. 20. de Legat. 2. L. 2. C. quando et quibus.

(53) Voetius in comment. ad Dig. Tit. famil. erisc. §. 33. et Vinnius in select. quaest. Lib. 1. cap. 34. Werner in Obseruat. Part. 2. obs. 422. Pufendorf in obs. Tom. 1. obs. 42.

(54) L. final. C. de longi tempor. praescript. add. L. 37. ff. de liberali causa. L. 10. C. eod.

(55) L. 70. ff. pro socio. L. 14. §. 2. comm. diuid. add. L. 5. C. eod. L. 26. §. 4. ff. de condit. indeb. L. 1. et 52. §. 9. et L. 59. ff. pro socio. — Ita sane res se habet secundum The midem Rom. — Iure enim Germ. pacta de perpetua communi one, valida esse notum est; maxime, cum in finem conseruationis splendoris familiae, inita esse appareat. cf. Meuius part. 9. dec. 157. n. 4. — Knipschild de fideicommiss. famil. nobil. cap. 6. n. 319. — Stryck in vs. mod. Tit. Comm. diuid. §. 5. sqq.

(56)

(<sup>56</sup>) vid. *L. 27. ff. qui testamenta facere possunt.*

(<sup>57</sup>) *L. 80. ff. de Leg. 2. — L. 64. ff. de furtis.*

(<sup>58</sup>) *L. 23. prooem. ff. de Reuind. — L. 20. C. de pacē.*

(<sup>59</sup>) *L. 3. C. de praescript. XXX. annor. — L. 1. §. 1. C. de annuali except. — de quo casu citatae leges etiam commode intelligi possunt.*

§. 10.

*An exceptio praescriptionis obtineat in iudiciis diuisoriiis, respectu ipsius obiecti diuidendi,*

B) *si res communes ut propriae, et pro suo, a possessore fuerint possessae.*

Quotiens rei seu *confortes*, obiectum communionis, non ut rem communem, sed ut rem *propriam*, ideoque pro suo possederunt, locum habere potest.

A) Praescriptio extinctiua ipsius iudicii diuisorii; — et quidem non solum in illo casu, quo *ambo rei* seu *confortes*, portiones suas separatim, et pro diuiso possederunt, tanquam sibi singulis proprias, quasi inter eos diuisio olim facta fuisset, quamuis id falso prae se ferant partes (<sup>60</sup>); verum etiam tunc locum inueniet, si *unus tantum reorum* seu *confortium*, in re communi versatus est, ita, ut animum rem sibi soli habendi, statim ab initio induxerit, nec alterum coheredem seu condominum, vlla ratione agnouerit; sed re quasi ad se solum pertinente vsus est per XXX. annos; quo facto, post huius temporis lapsum, solitarius possessor obiecti communis, alterum, ad diuisionem iam agentem, poterit repellere posita exceptione: *at si interea praescriptum non esset.* Nec his obstat, a) regula iuris notissima, quam tradit *Iustus Paulus* in *L. 3. §. 19. ff. de acquir. v. amitt. poss.*

E

poss.

*poss.* — quod scilicet possessor, titulum possessionis suae mutare non possit. Quam regulam etiam *Impp. Diocl. et Maxim.* speciali constitutione confirmarunt, quae continetur in *L. 22. C. famil. erisc.* — Dicta enim regula iuris, de illa praescriptione intelligi debet, qua dominium ipsum acquiritur, et quam ideo *adquisitivam* adpellant. Mihi autem hoc loco sermo est, de praescriptione actionis, et hinc de praescriptione *extinctiva*; cuius ea vis est atque virtus, ut nullus respectus ad qualitatem possessionis alterius fiat; sed cuius ratio vnicè posita est, in neglecta iuris perfectione, per tempus lege definitum: quo in sensu etiam accipi oportet illud decretum Imperatorium, quod est in *L. final. C. fin. reg.* — quocum etiam conspirat, vera mens Imperatoris Iustiniani in *L. 1. §. 1. C. de annal. except.* sufficienter declarata. Neque etiam ab his me amovet, b) dispositio *iuris can.* in *c. final. X. de praescript.* — nullam scilicet praescriptionem procedere, absque *bona fide*. Etenim, et illa dispositio haud obscure loquitur, de praescriptione *adquisitiva*, neutiquam de illa, qua ius alterius tantum excluditur; id, quod satis probatum dederunt, *auctores* supra iam citati §. 7. not. 38. — Quae interpretatio *cit. cap. fin.* tanto magis assensum meretur, quo certius constat, *Pontificem Maximum*, contra rationes introductae praescriptionis haud dubie egisse, ideoque praescriptionem maximam partem utilitatis suae amisisse, si de bona fide semper, et ubique, nobis esset disceptandum.

Deinde etiam, rebus in se communibus ut *propriis*, et *pro suo possessis*, locum habere potest

B) *Praescriptio adquisitiva* ipsius obiecti diuidendi. Scilicet si vnus ex reis seu consortibus, rem in se communem, non ut communem,

munem, sed vt propriam et pro suo hactenus possedit, et hanc possessionem, accedente *bona fide et iusto titulo*, continuauit per *legitimum tempus*, actio diuisoria per indirectum extincta atque perempta videtur <sup>(61)</sup>; eadem circiter ratione, vt reuindicatio, quae sua natura XXX. annos durat, perempta intelligitur, quotiens possessor rei singularis, dominium interea adquisiuit. Ita etiam in iudiciis diuisoriis, idem illud accidere potest. Dominio enim obiecti communis solitario semel adquisito, actor condominium, vel aliud ius in re commune, sibi asserere non potest; et hinc iure agendi, tanquam fundamento remoto, iam nunc destituitur; quo tamen in omnem euentum, et si necessitas ita exigit, ad causam se se legitimare debet; qua legitimatione deficiente, nec diuisoria actio cum effectu institui poterit.

Et haec fere sunt, quae pro modulo virium mearum, de his rebus disserere volui, et potui. Ceterum rogo L.B. vt ea, quae in materia intellectu in se iam difficili, adlucinatsum, pro humanitate sua corrigere, atque emendare velit.

(60) Si enim obiectum commune uera iam diuisum est, siue fuerit aequa, siue iniqua diuisio, et lapsus XXX. annorum, omnem sane actionem cassare puto; non solum *diuisoriam*, quod iam per se intelligitur, sed et *illam*, qua laesio reparatur. Diuturno enim silentio, laesus consensisse videtur laesioni; et hinc de perpetua iniuria, iam nunc amplius queri non potest. *L. 28. de V. S. — L. 145. de R. I.*

(61) *L. 2. §. 6. L. 7. §. 1. ff. pro emptore. Iust. Henn. Boehmer in introduct. ad ff. Tit. Famil. exercisc. §. 13.*

---

THESES VARI ARGVMENTI.

1.

*Privilegia strictè sic dicta, in dubio ad heredes transeunt.*

2.

*Actus iurisdictionis voluntariae mercae, diebus cultui diuino destinatis, peragi nequeunt.*

3.

*Stuprum simplex, hodie non infamat.*

4.

*Actio realis propter rem alibi sitam, etiam in foro domicilii, insitui potest.*

5.

*In emphyteusi seculari, emphyteuta moram purgare nequit.*

6.

*Lex statim a tempore, quo lata est, obligat; — hinc non datur vacatio generalis.*

*Legi scriptae per consuetudinem contrariam derogatur; nisi clausulam: legis in perpetuum valiturae, contineat.*

8.

*Fundamentum verum, et proximum rigoris cambialis, vniice ponendum est, in fide mercatorum; neutiquam in solutione praesentis et paratae Valutae; vti id quidem putat, Vir Illustr. J. G. Büsch, in der Abhandlung, vom wahren Grund des Wechselrechts.*

---



ULB Halle

3

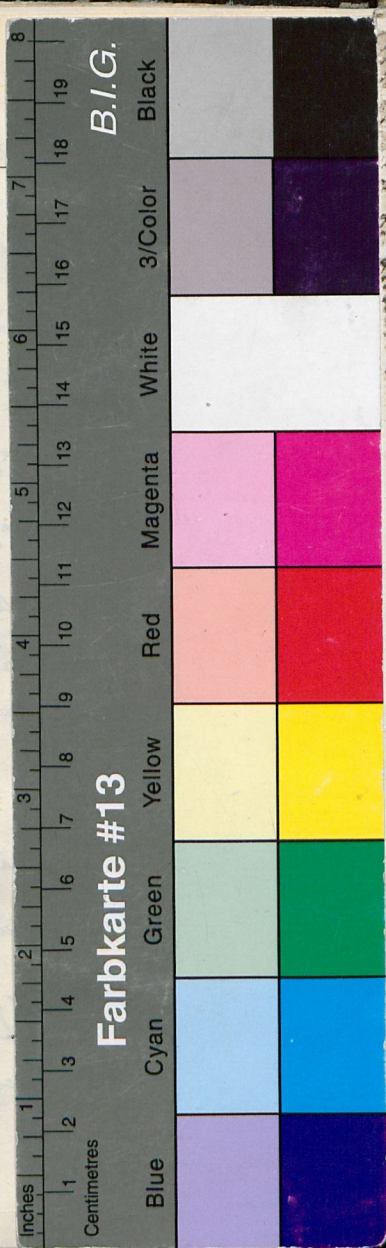
004 833 155



*Sl*







*De Praescriptione in Iudiciis Divisoriis*

1792, 1 / 1

DE EO  
QVOD IVSTVM EST  
CIRCA PRAESCRPTIONEM  
IN IVDICIIS DIVISORIIS.

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS  
AVCTORITATE  
SYMMAE IN VTROQVE IVRE DIGNITATIS

CONSEQVENDAE CAUSA  
A. D. XXXI. AVG. MDCCLXXXII.

DISSERT  
AVCTOR  
BRUNO CASTENDYK, NATV MINOR,  
BREMANS.

GOTTINGAE  
TYPIS JO. CHRIST. DIETERICH.

