



G. 27. num. 9.

1778, 3

12

DISSERTATIO INAUGVRALIS
 DE
 EO QVOD IVRIS EST CIRCA
 FICTAM POSSESSIONEM
 MAXIME QVOAD REI VINDICATIONEM ET
 HEREDITATIS PETITIONEM

P. G.

Q V A M
 SVB AVSPICIIS REGIIS

CONSENTIENTE
 ILLVSTRI ICTORVM ORDINE

PRO
 SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
 RITE ET LEGITIME CONSEQVENDIS

DIE XXVIII. FEBRVARII MDCCCLXXVIII.

PVBLICE DEFENDET
 AVCTOR

IOANNES HENRICVS CHRISTIANVS ERXLEBEN

QVEDLINBVRGENSIS
 NOTARIVS CAESAREVS PVBLICVS ET ADVOCATVS IN SVMMO
 APPELLATIONVM QVOD CELLIS VIGET TRIBVNALI
 IMMATICVLTATVS.

GOTTINGAE,
 Litteris IOH. CHRIST. DIETERICH
 ACAD. TYPOGR.



DISSERTATIO IN AUCTORIALI

DE
EO QVOD IURIS EST CIRCA

FICTAM POSSESSIONEM

MAXIME QVOD AD REI VINDICATIONEM ET

HEREDITARIAM PESSIONEM

SVB AVSPICIIS REGIS

REVERENDISSIMO ORDINE

SVB NRO. IN AUCTORIALI

DE REVERENDISSIMO ORDINE

IOHANNES HENRICVS CHRISTIANVS FRIDERICVS

GOTTINGAE
MAGNVS IOHANNIS DICTORIS



VIRIS ILLVSTRISSIMIS
AVGVSTISSIMI MAGNAE BRITANNIAE REGIS PRINCIPIS ELECTORIS
BRVNSVICO-LVNEBVRG.

CONSILIO SANCTIORI
ELECTORATVS BRVNSVICO LVNEBVRGICI TERRIS
REGVNDIS

ADSCRIPTIS
DOMINIS MEIS INDVLGENTISSIMIS

ILLVSTRISSIMO DOMINO
ALBERTO FRIDERICO DE LENTHE

PRAESIDI COLLEGII FISCO REG. CVRANDO

ILLVSTRISSIMO DOMINO
DETLEVO ALEXANDRO
DE WENCKSTERN

ILLVSTRISSIMO DOMINO
BENEDICTO BREMER

ILLVSTRISSIMO DOMINO
LVDOVICO EBERHARDO
L. B. DE GEMMINGEN

MAGNO PER DVCATVM CELLENSEM ADVOCATO

ILLVSTRISSIMO DOMINO
IOANNI FRIDERICO CAROLO
DE ALVENSLEBEN

ILLVSTRISSIMO DOMINO
ERNESTO AVGVSTO GVILIELMO
VON DEM BVSSCHE

PRAESIDI CONSISTORII REBVS ECCLES. SVPREMI

HOC QVALECVNQVE STVDIORVM SVORVM

SPECIMEN INAVGVRALE

EA QVA FIERI POTEST REVERENTIA

CONSECRAT

AVCTOR.

CONSPECTVS.

Proëmium.

- §. I. Instituti ratio.
- §. II. Speciminis huius ad praxin relatio.
- §. III. Modus quo elaboratum hoc specimen.
- §. IV. Notitia litteraria.

Caput Primum. Siftens notionem ficti Possessoris.

Membrum Primum. De ficto possessore in genere.

- §. I. De natura Fictionum in genere.
- §. II. Fundamentum fictae possessionis est dolus.
- §. III. Non in fictione sed immediata legis nititur dispositione.
- §. IV. Quae etiam in iure naturae fundata.
- §. V. Ratio cur nomen fictae possessionis retentum.
- §. VI. Transgressus ad sequens membrum.

Membrum Secundum. De eo qui liti se obtulit.

- §. I. Definitio oblationis ad litem.
- §. II. Definitio Icti celeberrimi Hombergk zu Vach.
- §. III. In quibus actionibus oblatio ad litem locum habeat.
- §. IV. Leges quae permittunt contra eum qui Liti se obtulit agere.
- §. V.

C O N S P E C T V S.

- §. V. Singula requisita oblationis ad litem in actionibus realibus.
- §. VI. Continuatio.
- §. VII. Modus quo fit oblatio ad litem.
- §. VIII. Necessè est ut actor ignoret reum non possidere.
- §. IX. Quando effectum habeat oblatio ad litem.

Membrum Tertium. De eo qui desit possidere.

- §. I. Quomodo is qui desit possidere sit conveniendus.
- §. II. Probationes ex legibus.
- §. III. Doctrina communis refutatur.
- §. IV. De modo quo possidere quis desit.
- §. V. Quid obtinet si plures possidere desierunt.
- §. VI. Cessat actio contra fictum possessorem ubi verus paratus est ad iudicium suscipiendum.
- §. VII. Aut ubi res iam praestita est.
- §. VIII. Non autem si actor sciuerit alterum non possidere.

Caput Secundum. De iuribus contra fictum possessorem competentibus.

- §. I. Idem obtinet contra eum qui liti se obtulit, quam contra eum qui desit possidere.
- §. II. Diversae Doctorum sententiae super obiecto condemnationis.
- §. III. Quod duplex est.
- §. IV. De restitutione fructuum.
- §. V. De modo quantitatem restituendam, determinandi.
- §. VI. De obligatione rei, ad actiones suas contra tertium auctori cedendas.
- §. VII. De condemnatione plurium qui possidere desierunt.
- §. VIII.

C O N S P E C T V S .

§. VIII. Fictus possessor liberatur si iudicio accepto, verus rem restituere paratus.

§. IX. Fictus possessor, rem aut interesse non autem poenam soluit.

§. X. De obligatione heredum.

Caput Tertium. De iuribus contra possessorem verum competentibus.

Membrum Primum. De iure quod ficto possessori excusso, contra verum rei possessorem competit.

§. I. Principia generalia.

§. II. Ficto possessori qui ob dolum praeteritum condemnatus est, actiones a domino sunt cedendae.

§. III. Non autem si ex dolo praesenti est condemnatus.

§. IV. Explicatur l. 12. ff. de re iudicata.

§. V. Remouetur dubium.

§. VI. Reus proprio nomine actionem contra verum mouere potest possessorem.

§. VII. Explicatur l. 70. ff. de Rei vind.

Membrum Secundum. De iure quod actori ficto possessore excusso, contra verum possessorem competit.

§. I. Opinio Istorum, aestimatione a ficto possessore praesita, verum ad rem restituendam conueniri posse, recensetur.

§. II. Ius naturae et analogia quoad hanc quaestionem.

§. III. Verus possessor non potest conueniri vbi pretium dominus accepit.

§. IV. Argumentum confirmatorium ex l. 46. ff. de Rei Vind.

§. V.

C O N S P E C T I V S .

- §. V. Aliud eiusdem argumenti.
§. VI. Casus qui in Iure romano, eodem modo deciduntur.
§. VII. Ante executionem ficti possessoris domino electio competit, malitne contra verum agere.
§. VIII. Argumenta quae dubium afferre possunt, contra hanc doctrinam.
§. IX. Leges explicantur L. 13. §. 14. ff. de Hered. Petit. L. 7. ff. de Rei Vind. et L. 95. §. 9. ff. de solutionib, ex quibus Doctores contrarium evincere student.
§. X. Conclusio huius capituli.

Caput Quartum. De Vfu hodierno materiae de ficta possessione.

- §. I. Iuris romani usus evincitur.
§. II. Dubia contra illud refelluntur.
§. III. Rebus iudicatis confirmatur.

PRO.

PROOEMIUM.

§. I.

Nullam fere a Iſtorum diſſenſu liberam exiſtiſſe iuris doctri-
nam, et iis qui vel prima huius ſcientiae primordia per-
cepta habent, non ignotum eſſe, mihi videtur. Manant exinde
opiniones Doctorem, manat varietas in explicatione iuris, quae
cum illud ipſum nullius plane dubitationis obiectum eſſe poteſt,
merito his proſperis, ſplendefcentibus ſcientiarum lumine tem-
poribus ignota omnibus eſſe deberet. Quum vero res aliter ſe
habet, iſ ſane optimo utitur conſilio, qui priuſquam in hanc il-
lamue cadat Doctorem ſententiam, rem populari trutina, arti-
ficisque ſtatera examinat, animumque mentemque adhibet, num
illis fortaiſſe aliquid inhaereat, quod vel veris principiis repugnet,
vel ex obſcuro corruptoue fonte ſuam hauriat originem. Hiſ a
primis ſtudiorum cunabulis imbutus principiis, animum identi-
dem ad explicationem applicationemque praefentis materiae,
cuius in decidendis quaefionibus celeberrimos Iſtos longe inter
ſe diſſerre videmus, adhibui. Multa quidem poſſem de propria
ipſius dignitate enarrare, multa de vario ipſius in foro adducere
vſu; multaque alia in laudem thematis huius proferre. Sed

A

longe

longe abfit a me praeconis officium. Hoc vnum fas fit adiungere; quod, cum argumento huic, primitias studiorum ausus fuerim dicare, nulla grauior in me incubuerit sollicitudo, quam rem ex legibus ipsis componere. In his euoluendis occupatus, varia non leuis momenti, mihi occurrerunt *παράδοξα*, quae si arrectus non adhibetur animus dubitationem facile vnicuique, scrupulumque iniicere possint, ac si res ipsae aut verba legum in controuersiam venirent. Sed cum perspicuum mihi erat, nihil vnquam naturae conueniens, magisque rationis legibus consentaneum esse; quam adstrictos et in semetipsos implicatos nodos, nisi quis praeferat methodum Alexandri herois, eodem quo constricti fuerint modo, resoluere, in reconciliatione, quae sibi inuicem obstare videbantur legum, cum non fucatis innixa principis analogia, omne studium, curamque omnem ponere non haesitauit.

§. II.

An vero singula a me asserta praxi conueniant? de eo ipse practicus dubitauerim. Sed etiam de variis aliis iuris positionibus hoc dubium afferre licet. Nonne enim videmus frequenter, vnum idemque magistrum, de re eadem in scholis alia docere axiomata, et theoremata, alias in praxi obseruare regulas? nonne saepe animaduertimus fori vsu a recto legum tramite discedere? Horum dissensuum pro parte auctores sunt inueterata quaedam consuetudo, (quam vt veram validamque dicam longe a me abfit.) pro parte non raro claudicantes Doctorum opiniones, quas Themidis sacerdotes saepius quam fontes ipsos sequi videmus.

Et

Et multis sane longe facilius est, compendium, aut commentariolum quemdam adire, quam ipsos, non sine studio perlustrare fontes, eorumque saepe latitantes recessus perscrutari.

§. III.

Veritatis studium, quod in iurisprudencia, vtramque facit paginam, semper in hoc specimine ante oculos habui; eo magis hoc necessarium putans, quia plurium super hoc themate Doctorum sententiae, sedulo comparandae, et legum verus sensus eruendus erat. Veritas semper a quo etiam proficiscatur, grata fuit. Sed toto errant coelo, qui perlectis hisce lineis me vnum ex illis esse, de quibus Virgilius canit:

Possunt, quia posse videntur,

fortasse iudicabunt. Humanam naturam in errorem procliuam esse, asserere non dubitavit sapientissimus quidam veterum philosophorum, cuius vestigiis inhaerere bonis omnibus viris rectisque, prae aliis autem omni incumbit Iurisprudenciae cultori. Haecque ipsa debilitatis humanae notitia illuc me perduxit, vt acerbissimo me ipsum persequeretur odio si coetui illorum, qui nunquam aut raro, persuaderi possunt, vt semel defensam, derelinquant opinionem, adnummerari promererem.

Gratus mihi erit acceptusque, qui quando titubauerim me fulcire non dedignabitur, amicorum numero adscribi dignissimus, qui me errore exsoluet, ipseque meum prae mea feret punctum sententiae.

§. IV.

Ad notitiam litterariam quod attinet, monendum adhuc est; pauca exstare scripta singularia, quae thema tractent propositum.

Habuit IOH. HELDT Dissert. De eo qui desiit possidere. Altorfii 1671.

Item Marburgi a. 1746. sub Praesidio AEMIL. LVD. HOMBERGK zu Vach disputatum est: de oblatione ad litem.

Nouiter Praeside ADAMO IGNAT. TVRIN Erfordiae 1774. Dissertuit IOH. ADAM BIRNICH: De ficto possessore.

Quod scriptum qui euoluit, mox perspiciet, materiam exhaustam nondum esse; nec semper quoque auctoris sententiam equidem amplecterer.

Commentatores ad Digesta, tantum non omnes hanc materiam sicco pede transeunt, certe non satis illustrant. Ex his prae caeteris placuerunt, quae habet HVBER praelectionib. ad Digest. Tit. de hereditatis petitione §. 6. seq. et Tit. de Rei Vind. §. V.

Hisce iam praemissis ad ipsius thematis explicationem progredior.

CAPVT PRIMVM

SISTENS
NOTIONEM FICTI POSSESSORIS.

MEMBRVM I.

De ficto possessore in genere.

§. I.

Ordo naturalis, quem nunquam non in omni scientiarum genere sequi et obseruare debemus, me admonet, vt pro instituti ratione, pauca de ficto possessore in genere disseram. Qui enim sint veri possessores in legibus dicti, me etiam non monente, omnis sane lector perspiciet.

Nec minus inter omnes nota est res, Romanos saepe fictionibus usos fuisse; de quibus, antequam quis sit fictus possessor explicari queat, paucis agendum videtur (a). Cum Iurisprudencia secundum L. 1. ff. de Iustit. et Iure sit vera non simulata philosophia, omnes ex illa fictiones prorsus extirpandae videntur. Sed salua est res. Fictiones sic dictae nihil sunt, nisi dispositiones iuris, per quas nodi et dubia ex legum subtilitate oriunda soluuntur. Sunt vti Alteserra loquitur: *colores quibus veritas fucata non corrumpitur, sed potius illuminatur* (b).

A 3

Origo

a) Materia de fictionibus iuris ex instituto tractari hoc loco nequit; plura qui scire cupiunt; consulant inter alia, ANTONII DADINI ALTESERRAE tractatum de fictionibus. Qui liber varie editus et a. 1769. cum praefatione IOH. ERIED. EISENHARDT ornatus, in lucem prodit.

b) Differentias inter fictiones iuris et simulationes, tractat ALTESERRA, in laudato tractatu de Fictionibus, Tract. I. c. v. p. m. 12. (Parisiis 1659)

Origo tantum non omnium fictionum Praetoribus debetur, quibus cum potestas noui iuris condendi non competeret, aliquid factum esse, quod tamen nullo modo factum est, fingebant; exinde autem nouae deductae conclusiones, quae cum legibus antea latis, optime conspirarent.

Sed negari vix potest, fictionem tunc legis vim ac valorem namctam fuisse, cum illi apud quos leges ferendi erat potestas, in ea acquiescerent. Sic vt exemplo vtar, pater et filius pro vna reputantur persona. Sic captus ab hoste, si ibi decessit, fingitur mortuus, primo captiuitatis momento (c).

§. II.

Iam nunc videamus, quis sit fictus possessor? num in hac etiam denominatione lateat talis *fictio*, quam in antecedentibus attigimus.

Nomen *ficti possessoris* in legibus vix occurrit; hoc modo loquuntur: esse personas quae *quasi possidentes* conueniri possint, ea ex ratione, quia vti lex 131. ff. de reg. iur. loquitur, *dolus pro possessione est*. Et semper inquit VLP IANVS in L. 157. §. 1. ff. de Reg. iur. *qui dolo facit quominus haberet, pro eo habendus est, ac si habeat*. Totum itaque fundamentum cur quis licet non possideat, tanquam possessor conueniri potest, in *dolo* est ponendum; qui quidem duplici modo adesse potest. Is nempe qui possessionem iam habuit, vel dolose se abdicat ea ad alterum circumueniendum; vel is qui numquam possessor fuit, ex eadem causa

(c) Sunt Doctores non infimi ordinis, qui fisiones legum ex sede sua, per longissimi temporis praescriptionem firmata depellere student. Inter quos omnino referendus est, GERH. GOTTL. TITIVS (Professor Acad. Lips.) In Dissertat. de *Fictionum romanarum natura et inconcinnitate*. Lips. 1694. cuius deinde summa capita repetit in *inve. privato* Libr. 1. c. 9. p. 92. seq.

caussa iactatur, se omnino rem quaestionis possidere. In utroque casu, de quibus mox sigillatim dicendum, dolus pro possessione habetur; sic ut in poenam doli eodem plane modo conveniri possit, quam si reuera possideret.

§. III.

Ex his itaque apparet, non latere in proposito iuris articulo eam fictionem, quam Praetores in edictis suis adhibuerunt, ad novas occultandas constitutiones, adque ius strictum subvertendum. Immediata potius adest legum dispositio; nullo fictionis colore in medium vocato, clara et distincta voce iubent: *Dolum* pro possessione esse habendum. Immo quod magis est Senatus consultum ipsum cuius et verba in L. 20. §. 6. etc. de Hered. Petit. d) referuntur, haec principia expresse adoptat, sic ut nemini dubium superesse queat. Quis autem non animadvertit, Senatus consultum fictionibus plane non indigere, sed directe illud disponere potuisse! Fictio definiente Alteserra in alleg. libro tract. 1. c. 1. est *constitutio iuris, qua fingitur id contigisse, quod minime contigit; vel id non euenisse, quod re euenit.*

Sed in eo qui desit possidere in eoque qui liti se obtulit nil possum, si leges inspicio, animaduertere, quod contigisse fingitur, quamvis non contingat; nil itaque adest quod fictionem sapiat; nil quod imaginem eius prae se ferat. Negant legum sanctiones adeste possessionem, sed eodem momento affirmant; *dolum* possessionis loco habendum esse. Et hac semel admissa ratiocinatione non possunt non eadem prorsus re-

me-

d) Rationem cur in limine *Sibi* quatuor occurrunt consules, suppeditat GERH. NOODT in Comment. ad Digesta tit. de heredit. Petit. p. 146. (edit. d. a. 1732. Colon. Agrip.). Duo nempe erant ordinarii, duo suffecti.

media contra dolosum admittere, quae alias in eum finem comparata erant, vt rem nostram, a possidente obtinere queamus e).

§. IV.

Iam vidimus hactenus, rationem vnicam cur is qui desit possidere, aut is qui liti se obtulit, tanquam possessor conueniri possit, in *dolo* eius esse ponendam. Restat vt paulo accuratius perpendamus, quo iure, quibusue legibus hoc ita sit constitutum f).

Nemini quidem ignotum esse potest, Quiritium hoc deberi legibus; sed nec vtilitate carebit, et remotiores adire fontes, atque ex his colligere, in quantum, ius positium, iuri naturali, iique sempiterno conueniat. Magnam enim legum minister percipiet laetitiam, vbi illud, huic accurate respondere animaduertit, vbi *ius posituum licet naturali non per omnia inferuiat, neque tamen ab eo in totum recedit: ita vt addendo aliquid vel detrahendo iuri communi, ius civile efficiatur.* Quod de omnibus vt asserere possimus legibus, inter pia vota est referendum.

Secundum iuris naturalis placita, nemini dolus prodesse debet suus; nec vnquam aliquis tenetur damnum sentire, quod ob dolum incurrit

e) Alteserra ipse, haec licet falsa ex ratione sentire videtur, dum tractat. 4. c. 13, regulariter inquit possessio quia est facti non iuris, non admittit fictionem. --- Nihilominus autem sic postea pergit: Tamen vtilitatis causa obtinuit possessionis naturam inflecti, ita vt fictiones recipiat. --- Vindicatio seu actio in rem vniuersalis vel particularis non datur aduersus alium quam possessorem, vel eum qui fictione legis, pro possessore habetur. Quae omnia satis indicant, auctorem confusas tantum fictae possessionis habuisse ideas, quae a principiis ab ipso struis multum aberrant.

f) In multis infra proponendis quaestionibus omnino refert, accurate scire, quid veniat ex iure naturali, quid ex iure positio.

currit alterius. Oritur exinde regula aequitati quam maxime consentanea, totiesque repetita: *resarciendum est damnum dolo datum.*

Quodsi itaque alter eo fine, rem meam, ex possessione dimittit sua, ut damno afficiar, secundum ius naturae aequa erit, petitio mea de damno reparando. Quo autem modo, quamam via et ordine haec omnia procedant, non tam accurate in iure naturali determinari potest; relictum hocce legibus positivis videtur.

Regula ergo fundata est in iure naturae, inque aequitate; regulae autem interpretationes, et determinationes speciales, ex iure positivo cuiusque civitatis addiscendae sunt g).

§. V.

Cum operam dedissem, ut demonstrarem, non subesse in hac materia fictionem proprie sic dictam, forsitan reprehendendus videor, qui ipse non solum in rubro commentationis, sed etiam in tractatione ipsa, nomine *possessionis fictae* usus sum. Sed excusabit, qui recordari vult, me in hac denominatione moribus et genio saeculi aliquid dedisse h). Verbum *possessionis fictae* generaliter est receptum; sic ut nihil aut parum pro-

e) Conspirat mecum GUNDLING in Diss. de Rei Vindicatione (existat in eius operibus Halae 1736. editis, nro. 17.) cap. 2. §. 22. cuius tantum non omnia mea facere non dubitaverim. Eoque fictus, inquit possessor, hic erit possessor, iuris sensu. Cuius? civilis an naturalis et sempiterni? ac non desiteor, postremum mihi sedere ac placere. Est enim rationi congruum utique, nemini summe prodesse dolum debere, nec alteri nocere. Ergo qui dolo desinit possidere deli facit, aut saltem factum huiusmodi nullo iure sustinetur: sed nullum videtur omnino. Si vero nullum est, possessio ab eo non abiit, qui fraudem admittit, sed penes ipsum manet etc.

h) Idem ante me, ex iisdem fecit rationibus, GUNDLING in Dissertat. laudata §. 22. ubi sic ait: Et putem nihil hic proprie occurrere, quod possit appellari

proficeret, qui ex longa possessione vel quasi, id deicere vellet. Nec video quid incommodi afferat haec denominatio? Si modo non adest, qui fictiones eas sibi repraesentat, quae apud veteres praetorum sapientiae adscribuntur. Melius hoc putavi quam novas vuculas, nouosque terminos inconfuetos proferre; quo facto certe non laudabili, studium iuris magis aggrauatur quam promouetur.

§. VI.

Quum duae sint species fictae possessionis, eius nempe qui liti se obtulit et eius qui desit possidere, in membro sequenti iam videamus de illo qui liti sese obtulit.

MEMBRVM II.

De eo qui liti se obtulit.

§. I.

Oblatio ad litem in genere est actus quo quis se esse legitimum reum in aliqua causa contendit, cum sciat se talem non esse.

Posita hac definitione, quam virorum doctorum examini subicio, sponte sequitur, eum non esse pro ficto possessore habendum, qui reum se profitetur, cum ipse persuasum id habeat; nam is certe in errore aut vincibili aut inuincibili haeret, omnis autem error dolum seu propositum nocendi excludit, qui tamen in omni litis oblatione ut adfit necesse est. Ex allata definitione porro apparet; actoris nunquam esse liti se offerre. Alia vtuntur leges denominatione, si quis legitimum

acto.

fictum: etsi neoterici hoc loco vocula FICTI vtantur et nos quoque idioma eorum secuti, haud temere sumus vsi, fictum possessorem appellantes, qui desit possidere dolo - - -

actorem se fingit, dum talis non est, et appellitant eum temerarium litigatorem, i) quod factum legibus aduersum, condemnatione in expensas litis, plerumque vindicatur.

§. II.

In definienda *oblatione ad litem* interpretes varie dissentire, multaque operam in eo collocare videmus.

Vnum exempli loco adferre liceat Viri summi HOMBERGK ZV VACH in *Diss. de oblatione ad litem* §. I. 6 et 7. Secundum quem is dicitur liti se offerre, qui periculum litis, cuius molestias euitare poterat, tanquam reus sponte suscipit. Quam definitionem in omnibus vt meam faciam a me impetrare non possum. Ingressitur nempe illam effectus, cum tamen vti mox videbimus oblatio ad litem etiam sine effectu cogitari possit; nec semper quoque, vt reus sponte molestias litis in se suscipiat necesse est. Persaepe inuitus molestias subit, cum propter oblationem suam semel factam, omnem litis euentum in se suscipere teneatur.

§. III.

Cum quis non solum in actionibus realibus sed et personalibus, esse legitimum reum fingere queat, sponte sequitur, oblationem ad litem, tam in iudiciis realibus quam personalibus locum habere. Actio- num in rem scriptarum porro natura, cum sic comparata sit, vt ex personalibus et realibus aliquid participant, facile est ad diiudicandum, in hoc effectu etiam illas conuenire.

B 2

In-

i) Negotia cum oblatione ad litem haud commiscenda tractat HOMBERGK ZV VACH *Diss. de oblatione ad litem* §. 2. 3. 4. Sic e. g. calumniatores, accusatores, procuratores in rem suam etc. liti nullo modo se offerunt.

Institutum quidem non patitur haec omnia late prosequi et multis verbis deducere, quia thema propositum de ficta possessione maxime quoad rei vindicationem et hereditatis petitionem agit; sed tamen liceat quasdam per transitum adducere leges, quae usum oblationum ad litem in aliis etiam actionibus euincunt.

Sic de noxalibus actionibus, quarum natura nemini latet id affirmatur in L. 39. §. 1. de noxalib. actionib. L. 8. ff. de interrogationib. in iure faciend. Nec minus de confessoria actione id compertum habemus ex l. 6. ff. usufruct. petat. De personalibus actionibus denique non sine fructu legi potest HOMBERGK ZV VACHL. c. §. 30.

§. IV.

Si leges, per quas constitutum est, ut qui liti se obtulit habeatur pro possessore, quaerimus, collectio Iustinianea larga manu illas praebere potest. Sic enim habet L. 13. §. 13. etc. de hered. petit. *Non solum autem ab eo hereditas peti potest, qui corpus hereditarium possidet, sed etiam si nihil. Et videndum si non possidens obtulit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus libro quarto digestorum scribit, ex dolo eum teneri; dolo enim facere eum qui se offert petitioni, quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: Omnem qui offert se petitioni, quasi possidentem teneri.*

Idem fere tantum non repetitum est in L. 45. ff. de hered. petit. L. 25. ff. de Rei Vind. In omnibus autem animaduertere possumus, ad dolum semper esse respiciendum, nec sine illo oblationem ad litem cogitari posse; et si rationem earum spectes, nullum est dubium, quin definitio in §. 1. huius membri allata, apprimè illis conueniat.

§. V.

§. V.

Re ipsa generatim cognita iam singula percurramus oblationis ad litem puncta; cumque de ficta possessione quoad rei vindicationem et hereditatis petitionem tantum agimus *k*) haec autem quippe iudicia realia, contra possessorem solum institui queant, ille considerandus est casus, ubi quis *possessionem iactauerit*; hoc enim modo in his se esse legitimum reum, aliquis fingere potest.

Primum itaque requisitum nostrae oblationis ad litem, est iactatio possessionis. Euincunt id non solum leges in §. antecedente allegatae sed plures adhuc aliae, e. c. L. 27. ff. de Rei Vindicat. Illud parum refert, quonam loco, in iudicio aut extra iudicium, haec iactatio sit facta. Nam quamuis extra iudicium alter gloriatus sit, se possidere rem, quam actor vindicare intendit, tamen hic damnum ob dolum eius incurret; quoties itaque adest ratio iuris, toties et eadem obtinere debet decisio *l*).

§. VI.

Quo autem tempore et quamdiu necessaria est iactatio possessionis, ut effectum habeat oblatio ad litem? Responsio in promptu est.
Eo

k) Non temere sed legum auctoritate, has coniunxi actiones. Expresse enim in L. 27. §. 3. ff. de Rei Vind. asseritur: *cum in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolum praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione, dolum praeteritum deduci.*

l) Non satis mirari possum GYNDLINGIVM in *Diff. de Rei Vind. c. 2. §. 23.* qui haec perspicere non videtur, cum in STRYKIUM eadem principia in *Diff. de rei vindicatione §. 4.* defendentem acri stylo inuehit, verbisque hisce duris vitur: *nam hoc est contra L. 25. ff. de Rei Vind. Ergo introducit nouum, non romanum, non tentonicum, sed Strykianum ius.* Non est contra legem 25. et quamuis gloriatio extra iudicium facta sit, tamen in illa perseverare et sic al-

Eo nempe tempore quo alter reuera damnum ex tali oblatione passus est. Regulariter hoc cum litis contestatione coincidit, quia plurimum si ante litis contestationem dolus purgatur, actor damno affectus nondum est. Respicit hunc casum praecipue L. 25. ff. de Rei Vind. --- *sed hoc post litem contestatam.* Ceterum ante iudicium acceptum, non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret; nec videtur se liti obtulisse, qui discessit. Tantum non omnes exinde contendunt Doctores, fictum possessorem ad litem usque contestatam in dolo perseverare debere, interque exceptiones casus esse referendos, ubi non licet, ante Litem contestatam dolum purgare suum. Melius autem credidi regulam sic struere, ne exceptionibus opus sit. Doli nempe tam diu permilla est purgatio, quamdiu alter damnum non incurrit; hoc et ante litem contestatam quod adesse possit, satis ab aliis est demonstratum *m*). Cum ergo leges scire, non est verba earum captare, sed vim ac rationem tenere; magis et hic *ratio* est sequenda, quae in deceptione alterius consistit.

§. VII.

Modum si spectas, non refert qua ratione aliquis gloriatus fuerit, se esse possessorem rei. Idem plane est an praecedat interrogatio actoris an sponte iactatio sit prolata. Nec minus ille pro facto habendus est possessore, qui vel plane non respondet, vel tam ambigue, ut actor illum

terum decipere potest. Cogitandum quoque oblationem ad litem et sine effectu cogitari posse; quod tunc accidit, ubi quis gloriatus se possidere, desit antea quam alter damnum incurrit.

m) Exemplum inter alia avert NOODT Commentario ad Digesta tit. de Rei Vindicat. p. 158. (edit. 1732. Col. Agrip.) Aliquis voluit agere contra TITIVM bonae fidei possessorem, tu mendacio tuo fecisti ne adversus eum ageretur; ita TITIVS implevit usucapionem. Actori nocuit mendaciam, etsi tu ante L. C. mendaciam corrigere velis. Quidni igitur sis damnandus, ei cui nocuisti?

illum pro possessore habere possit. Nam et silentium dolosum per quod alter damnum incurrit, inter prohibitas artes est referendum. Nullum denique est dubium, eodem numero habendum esse, qui contumax in respondendo facit, quod lis in poenam, aut pro negatiue, aut pro affirmatiue contestata habeatur. Hoc tantum semper est perpendendum, an re vera tale factum praecesserit, ob quod damnum actor passus est; alias enim licebit desistere ab oblatione ad litem.

§. VIII.

Possit iam sana vnumquemque docere ratio, tunc demum aliquem tanquam fictum possessorem, esse conueniendum, vbi actor nesciuit mendacium eius. Sed idem quoque affirmant textus iuris, inter quos l. 25. ff. de Rei Vindicat. et L. 45. ff. de hered. fetit. vt caeteros taceam. Iterum enim cessat ratio legis, quae est fraus et deceptio, et locum habet, quod Paulus in l. 26. ff. de Rei Vindicat. asserit: *nam si actor scit, tunc is non ab alio sed a se decipitur.*

Ad rei itaque pertinet exceptiones, quod actor sciuerit se non possidere, quam plenarie probare tenetur L. 45. ff. de Hered. Petit. Sed quibus vti velit medijs probatoriis, non refert. Plerumque autem, cum actoris internus affectus probandus sit, qui raro per signa externa se prodit, recurrendum est, ad iuramenti delationem, quae et hic, vti recte BERGERVS in Oeconom. Iur. Lib. 2. T. 4. §. 54. not. 5. monet, locum habere debet.

§. IX.

Haecenus enarrata, si omnia concurrunt, tunc demum cum effectu actio institui potest, contra eum qui liti se obtulit; si autem aliud quod ex his deficit, vera quidem est litis oblatio, sed effectu caret, ces-
sante

fante quippe naturali obligationis fundamento, quod in dolosa actoris deceptione consistit. Quomodo autem procedendum sit, contra liti se offerentem, et in quid condemnari possit, de eo in capite secundo videbimus, postquam in sequenti membro, alteram speciem, fidei possessionis considerauimus.

MEMBRUM III.

De eo qui desit possidere.

§. I.

Pro possessore conueniri non solum is potest, qui liti se obtulit, sed etiam qui desit possidere, diuersa quamuis ratione. Res hoc fere modo se habet. Verus possessor ab initio rem vel bona vel mala fide tenuit. Si bonae fidei fuerit possessor, et desinit possidere, non tenetur, nisi dolose possessionem a se auertit, et alteri re vera nocuit, per dolum suum; quod si autem ab initio malae fidei possessor, seu is qui bona inuadit aliena, quae scit ad se non pertinere, iterum amisit possessionem, et actori damnum exinde infert, tunc non solum ob dolum, sed et omnem ob culpam tenetur ^{u)}; sic ut actor eodem modo conueniat fictum possessorem, si per culpam, ac si per dolum desit possidere.

§. II.

Non difficile erit, ex legibus haec omnia deducere.

Generaliter VLPIANVS in L. 13. §. 14. ff. de Heredit. Petit. asserit, cum tamquam possessorem teneri, qui dolo amisit possessionem.

Item

^{u)} Vix necesse est ut moneam culpam latam secundum illud vulgare, dolo aequiparari, cum de damni reparatione agatur. Ob eam causam et ille tenebitur, qui ab initio fuit bonae fidei possessor, deinde autem per culpam latam possidere desit. Hanc itaque cum de culpa loquimur, semper excludimus.

Item inquit si quis dolo fecerit quo minus possideat hereditatis petitione tenebitur. Cum autem non solum malae fidei possessor, sed et ille qui hactenus bona fide in possessione fuerit, dolo eam negligere possit; nullum dubium esse potest, et bonae fidei possessorem tunc teneri, cum dolose definit possidere. Iam autem de altera specie audiamus Iureconsultum sic loquentem L. 25. §. 2. ff. de Hered. Petit. *quod ait Senatus: eos qui bona inuassissent quae scirent ad se non pertinere etiam si ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde, condemnandos quos possiderent, ita intelligendum est, ut et dolo praeteritis in petitionem hereditatis deduceretur, sed et culpa.* Iterum credo verba legis facta clara, fusa interpretatione non indigere, ad perspiciendum de malae fidei possessore tantummodo agi, cum asseritur ob culpam eum teneri. Quomodo nempe bonae fidei possessor esse potest, qui bona inuadit aliena, quae scit ad se non pertinere? Bonae fidei possessor quamdiu talis est, in re sua agit, male itaque faceret, qui ad refarcitionem culpae actionem institueret, cum in re sua culpam admittere, nullo iure prohibitum sit. o)

§. III.

o) Forſan obiciſſes L. 19. §. 2. ff. de hered. Petit. quae omnino ſcrupulum mouere poſſet. Sic ait PAVLVS: *Immo et ſi poſſeſſor ſua culpa eas amiſerit, tenebitur hoc nomine. Idemque erit in praedone, licet hic propter culpam non teneatur, quia nec hic debet has res retinere. Sed ſalua eſt res. Actio in hac lege non inſtituitur contra fictum poſſeſſorem; ſed contra eum qui ex contractu obligatus erat: qui res per culpam amiſerat, non ad hereditatem pertinentes, ſed res alienas, quas ſciebat eſſe tantum depoſitas, commodatas, pignori datas etc. ratione earum omnino culpa praestanda eſt, etiam a bonae fidei poſſeſſore; nam in ſuis rebus tantum negligenter verſari licet, non autem in alienis. De actione reali itaque lex non agit, ſed potius de actione ex contractu oriunda. Quis autem temere negabit, ex contractu, alterum eſſe obligatum, ad culpam praestandam? Vnde miror HVBERVVM in praedilectionibus ad Pand. tit. de Hered. Petit. §. 8. legem 19. §. 2. alleg. de eo caſu intelligere, vbi*

C

poſt

§. III.

Oppido ergo falluntur Doctores qui communem sequuntur opinionem, rem hoc modo explicantem: *Duo sunt genera fictae possessionis; unum quod conficit oblatio ad litem; alterum si quis dolo desinit possidere.* Addendum fuisset et tertium genus eorum nempe, qui culpa desierunt possidere; conuicti enim de hoc genere ex vltimis verbis L. 25. §. 2. in antecedente §pho relatis, iam sumus. Sed inquires forsan, quomodo haec conueniant cum §pho III. nostrae Dissertationis cap. I. membr. I. in qua demonstratum est, fundamentum cur quis possit conueniri, non esse fictam possessionem sed dolum. Optime haec omnia cohaerent. Causa obligationis est dolus, nunquam sola culpa. Duplici autem modo dolus committi potest; et sic vel praeteritus vel praesens esse dicitur. Hic adest ubi quis malae aut bonae fidei possessor, *dolose* desinit possidere; ille praeteritus nempe, si malae fidei possessor, qui tum cum inuaderet bona aliena, omnino in *dolo* erat, nunc autem cum amittit possessionem, in *culpa* tantum versatur. Hoc in casu desinentem possidere, proprie non conuenio, quia culpam commisit, sed quia illas res culpose desinit possidere, quarum antea possessionem, *dolose* in se transtulerat *p*).

§. IV.

post litem contestatam, aut post condemnationem, culpa possidere desinit. Contra prima principia haec est interpretatio. Nam post litem contestatam etiam bonae fidei possessor incipit in mala esse fide L. 45. ff. de Rei Vind. Quid ergo necessarium fuisset, hunc speciatim exprimere casum?

p) Nolo repetere verba legis 25. §. 2. ff. de hered. Petit. in qua *doli praeteriti* expressa fit mentio; sed et aliae leges, eandem habent denominationem, idemque discrimen c. gr. L. 27. §. 3. ff. de Rei Vind. L. 20. §. 6. de Hered. Petit. L. 96. §. 9. ff. de Solut. et Liberat.

§. IV.

Quo autem modo aliquis possessionem amiserit non refert. Sic non solum tenetur, si re vera desinit possidere, si in alterum transtulit rem, super qua actor instituit actionem; sed etiam tunc ubi ipse rem absumit singularem, ne amplius exstet et vindicari queat. Immo qua possessor actione utili conveniri potest, si possessionem noluit admittere, L. 25. §. 8. ff. de Hered. Petit. Nam semper eadem adest ratio legis; dolus ex parte rei, et damnum ex parte actoris.

§. V.

Idem plane obtinet, si non vnus sed plures deserunt possidere. Omnes actori tenentur, secundum L. 25. §. 8. in f. ff. de Hered. Petit. *Sed et si per multos ambulauerit possessio, omnes tenebuntur.* Qua autem teneantur ratione, de eo hoc loco non est disputandum, cum infra fufius haec materia tractanda venit.

§. VI.

Necessè est, vt quaedam addamus tunc necessaria, ubi cum effectu rei vindicatio aut hereditatis petitio utilis, contra desinentem possidere, est instituenda. Denegant leges omnem contra fictum possessorem actionem, si verus possessor ipse paratus est, litem in se suscipere et rem restituere. Clare hoc sancitum est in L. 13. §. 14. ff. de Hered. Petit. Secundum quam actor tenetur verum convenire possessorem, ubi hic paratus est, ad iudicium suscipiendum; hoc vnico tantum casu excepto, si ipse tunc etiam interest, contra fictum agere possessorem, e. c. si verus possessor difficilis esset conventionis. Magnum quoque pondus huic argumento accedit ex L. 95. §. 9. ff. de salut. et Liberat.

§. VII.

Ex haecenus propositis consequitur, eo magis actionis auxiliū denegari contra fictum possessorem, vbi antequam hic est conuentus, res ipsa aut litis aestimatio a vero possessore est praeslita.

Omne tunc cessat interesse; omnis ratio contra fictum possessorem concessae actionis; damnum nempe per dolum causatum. Ne autem aliquid intactum reliquisse leges videantur, et hunc determinarunt casum specialem, in L. 95. §. 9. ff. de solut. et liberat.

§. VIII.

Licet autem actor sciuerit, alterum desuisse possidere, nihilominus poterit eodem modo eum conuenire. Argumentum enim desumi nequit ab oblatione ad litem. In hac quippe reus nil praestat, nisi quia se obtulit, et quia actoris interfuit non decipi; cessat itaque obligatio, vbi tempestiue dolum purgauit, et vbi se non possidere actori indicauit. Longe aliter tota res in eo est, qui desit possidere. Obligatus erat etiam antea quam possidere desit, tanquam verus possessor, nullo modo ergo hoc vitium purgare potest, exinde quod actor sciuit se non possidere. In oblatione ad litem fundamentum obligationis positum est in dolosa deceptione actoris; in hac autem specie fictae possessionis, fundamentum est in amissione possessionis vel ex dolo praeterito vel praesenti facta, cuius effectus nunquam tollitur, per scientiam, damno affecti.

CAPVT SECVNDVM

DE

IVRIBVS CONTRA FICTVM POSSESSOREM COMPETENTIBVS.

§. I.

Iam quod satis est ex mente legum eruimus, quis pro ficto habendus sit possessore, restat vt iura contra eum prodita, pro modulo virium rosequamur; quo, partim de vsu totius doctrinae, partim de accurata romanorum Ictorum philosophia circa hoc argumentum, certissimis constabit indiciiis. In hac autem explicatione commode vterque fictus possessor, qui desit possidere et qui liti se obtulit, coniungi poterit. Nam cum omnis ratio contra eos competentis actionis semper sit eadem, dolus nempe et deceptio alterius, eadem quoque contra hunc dolum comparata sunt remedia. Leges ipsae, eodem modo, vtriusque speciei faciunt mentionem; ita vt exemplum earum, optimo iure sequi possimus.

§. II.

Multae quidem exstant leges, quae de iuribus contra fictum possessorem differentes, statuunt, illum esse condemnandum. Id autem scrupulum, tantum non omnibus ICTis, qui de hac materia loquuntur, mouere solet, quomodo et in quid haec procedat condemnatio. Sic adsunt Doctores, qui strenue defendunt, fictum possessorem in id tantum condemnari, quod actoris interfuit; se minime esse deceptum; non autem et in veram liti aestimationem. Alii demum concedunt

C 3

qui,

quidem eum qui desit possidere, ad omnem rem restituendam, adque interesse praestandum posse conueniri, eum tamen qui liti se obtulit, in id tantum, quod interest actoris, e. c. in sumtus retardatae aut frustratae litis, esse obligatum *q*). Quid ergo secundum leges defendi queat, nunc erit perspicendum.

§. III.

Omnis fictus possessor duplici ratione condemnari potest; tam ad rei ipsius aestimationem praestandam, quam ad interesse actori solvendum, se deceptum non esse. Ea quidem ratione vt arbitrio actoris omnino relictum sit, quodnam velit eligere obiectum suae petitionis. *Perinde inquit L. 25. §. 8. ff. de Hered. Petit. condemnandos, QVASI POSSIDERENT.* Nonne autem possessor ad rem ipsam, aut ad pretium restituendum condemnatur? et L. 36. pr. de Rei Vind. *Qui petitorio iudicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is cum quo instituat actionem possessor sit, vel dolo desit possidere.* Nunquam autem per petitorium iudicium, interesse tantum retardati processus, sed vel ipsa res, vel aestimatio petitur *r*).

De eo qui liti se obtulit, idem asseritur in L. 13. §. 13. ff. de hered. petit. *Non solum autem ab eo hereditas peti potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil, et videndum si non possidens, obtulerit tamen*
peti-

q) Hanc inter alios opinionem A. FABER quoque, acutissimus Ictus, in Rationalibus ad Digesta Tit. de Rei Vind. ad L. 7. (in Tom. II. p. 402) et idem ad L. 13. §. 13. de Hered. Petit (l. c. p. 266) fouet. Sed quod mirandum, ipse tenax principii sui non est, dum l. c. §. 14. asserit: *Dolosum non utili sed directa hereditatis petitione teneri, cum tamen per directam hereditatis petitionem aut hereditatem ipsam, aut aestimationem eius petimus.*

r) Eodem collinent L. 150. ff. de Reg. Iur. et L. 13. §. 14. ff. de Hered. Petit. verbis: *Hereditatis Petitione tenetur.*

petitioni an teneatur &c. Nemo autem facile contendet interesse, quod quis illegitimum pro legitimo conuenerit possessore, hereditatem ipsam continere r).

Quod autem actor praeterea interesse tantum petere possit, relicta aestimatione, vix dubitari potest, si consideres, neminem inuitum cogi posse, ad aestimationem rei propriae accipiendam, cum rem ipsam habere, mauult. Si itaque actor praeuideret, fictum possessorem, non posse rem ipsam restituere, integrum illi erit, lite derelicta, interesse tantum petere, quod in refusione expensarum, et in retardatione processus consistere solet. Innuit hoc l. 45. ff. de hered. Petit. *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.*

§. IV.

Ex duobus condemnari posse capitibus fictum possessorem haecenus assertum, num autem et fructus restituet, rei aut hereditatis, cuius habetur possessor? Equidem non dubitauerim, cum et fructus omnino pertineant ad interesse actoris, quod generaliter ipsi praestandum est. Vidimus quoque nunquam fictum possessorem dolo carere; dolosus autem homo, si pro possessore conuenitur vix efugiet characterem malae fidei possessoris t). Ad huius itaque regulas omnis quaestio de restituendis

- r) Idem fere indigitant L. 45. de Hered. Petit. L. 25. ff. de Rei Vind. et aliae innumerae leges, quae semper sic loquuntur, is qui se obtulit non est absolendus, est condemnandus, per quae verba legislator voluntatem suam declarat, condemnationem in totius obiecti litis aestimationem esse faciendam.
- r) Verba Senatusconsulti in L. 26. §. 6. ff. de hered. Petit. relata, expresse fructuum quoque fecerunt mentionem, ex quo colligi potest, et hos recte in aestimationis petito includi. Praeterea clara exstat L. 25. §. 4. 9. ff. eod. secundum quam, non solum percepti sed et percipiendi fructus restituendi sunt a ficto possessore.

tuendis fructibus est ableganda. Restituet ergo eodem modo, quo omnis simplex inuasor rerum alienarum malae fidei, ad restitutionem adigitur. Quorum principia aliunde nota, iam nolo repetere.

§. V.

Quod ad modum attinet, determinandi, quid proprie sit restituendum, facile diuinari poterit, quod res ad iuramentum in litem qualificari debeat; nec ratio abscondita erit. Agitur enim aduersus dolum, et quaestio an debeatur, aliunde probata est; nil magis itaque naturale videri potest, quam in casu ordinario, etiam ordinaria remedia adhibere. Neque sine legibus loquimur, L. 68. ff. de Rei Vind. *Si vero inquit, non potest restituere, si quidem dolo fecit, quominus possit: is quantum aduersarius in litem sine ulla taxatione iurauerit, damnandus est.*

Integrum autem actori erit, vbi in litem iurare non amat, pretio obiecti litis contentus, interesse praestationsi renunciare. Huius casus mentionem facit Paulus in L. 71. ff. de Rei Vind. *Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero iurare non vult; sed quanti res sit aduersarium condemnari maluit, mos ei gerendus est.* Modo itaque aliunde actor pretium ipsius rei demonstrare possit, reus interesse remisso, omnino in illud est condemnandus. Quid autem si nulla ratione pretium explorari potest, nisi per iuramentum actoris? ordinaria iterum obtinet via. Si actor nec vult iurare, nec alia probatione vti potest, exitu careat tota lis, necesse est. Fictus possessor conueniri aut res iudicata executioni mandari nequit. Vnicum ergo superest auxilium, relictæ priori actione, verum adire possessorem, ipsamque rem petere.

§. VI.

§. VI.

Interdum alia prorsus via, eaque longe commodiori vti licet aëtori, Quodsi enim is qui desit possidere, actionem eius rei quam abiecit nomine, contra tertium habet, vel ad rem ipsam repetendam, vel ad damnum in ea datum reparandum, in aëtoris positum est arbitrio, vel exigendi aestimationem a ficto possessore, vel adigendi eum, vt cedat actiones suas contra tertium competentes. *Quod si dolo malo (sunt verba l. 17. §. i. ff. de Rei Vind.) ipse possessor deserit possidere, et aliquis hominem iniuria occiderit, aut pretium hominis, aut actiones suas præstare cogitur; utrum eorum voluerit aëtor.* Saepè hic modus vtilitate sua se recommendabit; maxime tunc, vbi fictus possessor ipse soluendo non est, et vbi ex propria sua persona aditus ad conueniendum tertium non tam facilis est accessu.

§. VII.

In eo qui desit possidere, hic etiam cogitari potest casus, quod plures, vnus post alterum fuerint possessores, et possessione se abdicauerint, sic vt inter plures ambularet possessio. Vnumquemque possessoris instar tunc quidem teneri, vix dubitari potest.

In omnibus enim eadem adest ratio idemque fundamentum obligationis, aequalis dolus; sic vt nullus allegare possit, cur a necessitate soluendi sit exemtus. Hoc autem e contra aequum erit, caeteros per vnus praestationem liberari. Alias quippe lucrum aëtor haberet, quod cum damno alterius percipere, iniquitatem sapit. L. 17. ff. de dolo malo sic illustrat nostram thesin: *Si plures dolo fecerint, et vnus restituerit, omnes liberantur, quod si vnus, quanti ea res est, praestiterit, puto adhuc caeteros liberari.* Cum autem omnes eodem modo teneantur aëtori, in huius est arbitrio, quem veljt eligere: nec potest reus exceptione vti

D

plu-

plurium litis consortium, quia sufficit vnum ex pluribus eodem modo obligatis, elegisse.

§. VIII.

Quod magis est, aliquando, possessori ficto licebit, ab omni litis incommodo et periculo sese liberare. Dum enim iudicem adit actor, litemque contra fictum possessorem intentat fieri potest, quod verus rei possessor paratus sit ipse iudicium in se suscipere; et tunc quoad fictum omnis cessat metus condemnationis. Ratio iam cessat obligationis; non decipitur, qui eum non possidere actor intelligit; iam effectu desinitur dolus ficti possessoris, nec vllum exinde redundat damnum in actorem, cui rem potius ipsam vindicare, nunc est permillum. Sufficiat confirmationis causa allegasse l. 13, §. 14. ff. de Hered. Petit. *Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram paratus sit, iudicium pati Marcellus libro 4. digestorum tractat, num forte evanescit, adversus eum qui desit possidere, litis aestimatio et magis evanescere ait, nisi petentis interest u).*

Vnica tantum refertur exceptio in hac lege, vi cuius fictus possessor nihilominus obligatus erit; si nempe actoris interest, ipsum potius quam possessorem verum convenire. Casus vbi locus est huic exceptioni non latent. Vidimus enim, duplici modo fictum obligari possessorem; 1) ad aestimationem rei, 2) ad interesse quod actor praeterea forsan potest demonstrare. Prior semper fere evanescit obligatio, vbi verus possessor ipse iudicium suscipere paratus est, nisi et hic ostenderit actor commodum, quod continuata actione priori sit habiturus;

u) Conferatur etiam l. 95. §. 9. ff. de solut. et liberat, quae cum utramque faciat paginam in hac materia, infra explicabitur.

turus; Posterior autem, obligatio ad interesse nempe, perdurabit, modo probatio non desit. Sic repetuntur a ficto possessori, sumtus litis, damnum quod ex retardato processu in ipsum redundat, aestimatio porro eius quod res interim est deterior facta quamvis possessor sit paratus, rem ipsam restituere. Inquies forsitan, inutilem fore hanc disquisitionem cum nunquam verus possessor, se metipsum sit ingessurus. Sed omnino existet casus antea explicatus, quo verus possessor melius putat, litis incommodum statim subire, quam post temporum intervalla inquietari. Potest enim condemnato licet ficto, lis contra verum, varias ob causas, reiterari.)

§. IX.

Supereſt illuſtris quaestio, quo nomine, qua ratione fictus possessor ad soluendum adstringatur? Responsio in omnibus Ictorum libris, eadem in promptu reperitur. In poenam doli condemnandus est fictus possessor. Non quidem falsa est haec responsio, sed minus accurate determinata, omnino illuſtatione indiget, cum a multis leges ad quas prouocant *w*) male intellectas credo. Fictus quidem possessor in poenam doli condemnatur; id autem in quod condemnatur, non soluendum est tanquam poena, sed tanquam aestimatio, vel interesse. Multum certe differt, an aliquis ad puniendum dolum aestimationem restituere teneatur; an autem ob dolum suum sit obligatus, certam summam tanquam poenam soluere. Illud, non hoc in legibus asseritur, dum aiunt: *hoc nomine fictus possessor punitur; tenetur tanquam possessor; non est absolendus, etc.* Argumentum quoque maximi ponderis exinde desumi potest; quod fictus possessor liberetur, si verus iudicium suscipere et rem ipsam restituere vult. Si id quod fol-

D 2

uit

²⁰⁾ c. c. l. 69. ff. de Rei Vind.

uit poena est, nexus obligationis perduraret; quamvis itaque verus possessor restituisset, tamen ad poenam conueniri posset soluendam. Et nonne satis punitur dolus, si quis cogitur aestimationem eius, quod nunquam habuit, aut quod desit possidere, praestare x)?

Cur denique secundum L. 17. ff. de dolo malo, caeteri liberarentur per vnus praestationem, si actor poenam, non autem aestimationem accepisset?

§. X.

Hac qua vidimus ratione fictus possessor ipse est obligatus. Sed num heredes eius si ipse ante litem contestatam mortuus est, eodem modo teneantur, perpendendum erit. Decidit eam quaestionem L. 52. ff. de Rei Vind. *Cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desit, heredes eius, in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt, sed in factum actio, aduersus eos reddi debet, per quam restituere cogantur, quanto lacupestes ex ea re facti fuerunt.* Non opus est interpretatione huius legis. Satis distincte traditur, in quonam casu, quanam actione, et in quantum heredes conueniri possunt, secundum ius romanum. Praeterea autem iuris canonici principia in foris nostris adoptata, hodie successores obligant in tantum, quantum ex re defuncti ad ipsos peruenit. Sic etiam secundum quiritium iura, heredes in totam litem aestimationem et quoad interesse tenentur, vbi ex propria persona aliquid commiserunt, seu vbi ipsi dolo non carent. L. 42. ff. de Rei Vind.

CA-

x) Magni sunt errores qui ex contraria opinione, nempe tanquam poenam id solui, in quod fictus condemnatur possessor, circa hanc doctrinam se exerunt; e. c. verum possessorem, non liberari per ficti solutionem; actionem contra fictum possessorem hodie euanescere, quia est poenalis, et eius generis alia. Nihilominus

 CAPVT TERTIVM

DE

 IVRIBVS CONTRA POSSESSOREM VERVM
 COMPETENTIBVS.

MEMBRVM I.

De iure quod fito possessori excusso contra verum rei possessorum competit.

§. I.

Cum ius romanum tam laute nec vt mihi videtur iniuste, actori fictum possessorem conuenienti prospexerit, quaeri potest, an non et huic misero, qui poenas doli dedit maximas, aestimationemque praestitit, contra verum possessorem succurrat? In qua decidenda quaestione a me impetrare non possum, vt simpliciter eam, secundum plurimorum Ictorum exemplum, negarem. Probe assidue a se inuicem discernendi sunt casus, qui eodem modo quo factum ipsum est diuersum, decisionem quoque sibi postulant diuersam. Rem omnem ad duo momenta bene excutienda redire credo. 1) Num actor qui litis accepit aestimationem, obligatus sit, reo excusso, suas contra verum possessorem

D 3

rem

ominus autem defensa fuit a celeberrimis Ictis, qui axiomatum, exinde fluentium, memores forsan non fuerunt; vid. e. gr. P. MÜLLER ad Struuium exercitat. 10. th. 48. LAVTERRACH Colleg. theor. pract. titul. de Hered. Pet. §. 9. HOMBERGK ZV VACH I. c. §. 27. Nosram e contra sententiam approbat GYNDLING ad ff. tit. de Hered. Pet. c. 2. §. 5.

rem, cedere actiones *y*)? 2) Num reus condemnatus ex sua persona, contra verum possessorem agere, et vel rem ipsam, vel solutam aestimationem repetere possit?

§. II.

Ad primam quaestionem quod attinet, distinctione quadam, in legibus quoque obuia vti licebit. Supra enim vidimus, fictum possessorem condemnari, vel ex dolo praesenti vel ex dolo praeterito. Illuc pertinet a) qui liti se obtulit et b) qui mala bona fide res occupatas alienas, ad intentionem actoris frustrandam, possessione earum se abdicavit. Huc autem, qui ab initio dolo malo, bona inuasit, quae sciret ad se non pertinere, et quorum deinde possessionem amisit, non dolo sed culpa. De hac fictae possessionis specie intelligo L. 63. ff. de Rei Vind. In qua PAPINIANVS, *si culpa inquit, non fraude quis possessionem amisit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret ut aduersarius actiones suas cedat* 2). Hic ergo optimo iure cedantur vt sibi actiones ab actore postulabit; quibus non solum contra tertium possessorem verum, sed quod magis est, etiam contra actorem ipsum, si interim possessor factus, vti potest. Nec integrum est actori qui semel aestimationem accepit, pecuniam acceptam reddere, remque sibi potius retinere. L. 63. alleg.

§. III.

- y*) Principia generalia de cessione actionum, merito hic praeteriri possunt. Nam abstinendum censeo, ab his quae iam nota sunt, aut aliunde illustrationem accipere debent.
- z*) Quamuis mentionem *doli praeteriti* lex expresse non faciat, nihilominus salua analogia saluisque caeteris legibus, de nullo alio casu intelligi potest. Nunquam enim is qui culpa desit possidere, ad aestimationem praestandam obligatur, nisi antea dolose fuerit versatus. Quomodo I. 19. §. 2. ff. de Hered. Petiti. quae his obfarcere videtur sit intelligenda, supra C. I. Membr. III. §. 1. n. o. motum est.

§. III.

Longe durius proceditur contra eum qui ob dolum praesentem est condemnatus. Nam quoad hunc omnis cedendarum actionum spes in fumum abit per L. 69. ff. de Rei Vind. vbi Paulus: *Is qui dolo facit, quominus possideret, hoc quoque nomine punitur, quod actor cauere ei non debeat actiones, quas eius rei nomine habet, se ei praestaturum.* Non itaque praestat actiones, antequam aestimationem accepit actor; sed nec etiam adigi potest vt cautionem de praestandis in posterum actionibus, interponat. Quod quidem optima ex ratione sic constitutum cen-
seo a). Nam reus ipse, per eandem actionem realem quae contra verum possessorem institui potuisset, est condemnatus; inefficax ergo inutilisque ex hac ratione facta ipsi cedi non potest.

Quid enim cederetur? actio quae vires quas habuit amisit; id est: nulla. Nullius autem entis nulla sunt praedicata.

§. IV.

Non leue dubium oriri potest, ex praestantissima illa l. 12. ff. de re iudicata, quae ad illustrationem materiae de cedendis actionibus multum contribuere potest. Verbis hisce vtitur MARCELLVS Ictus: *In depositi vel commodati iudicio quamquam dolo aduersarii res absit, condemnato succurri solet, vt ei actionibus suis dominus cedat b).* Sed minime obstat principiis in §pho antecedente defensis; et duplex suppetit

a) optime rationes subducit A. FABER in rationalibus ad Pandectas Tit. de Rei Vind. ad L. 69. p. 485. *Quid enim inquit, absurdius quam cedi condemnato eam ipsam actionem ex qua sit condemnatus? Multo minus cogendus est petitor, cauere de actionibus cedendis. Nec enim tam facile est cauere, quam actiones praestare.*

b) Iterum legi merentur, quae habet FABER l. c. p. 486. sequ.

tit responsio contra eam. 1) Loquitur enim lex de tali casu, ubi reus causam possidendi a domino accepit, in L. 69. autem reus vel ipse possessionem apprehenderat, vel ab alio quam domino acceperat. 2) In L. 12. cit. actio qua reus convenitur, est actio ex contractu, depositi nempe vel commodati; superest ergo realis actio contra verum possessorem, quae reo cedi poterat; sed in L. 69. de Rei Vind. per actionem realem reus excussus erat; nulla itaque remansit actio efficax reo cedenda c); quodsi autem deficit obiectum cessionis, ipsa actio ut deficiat, necesse est.

§. V.

Sed et hoc contra meam explicationem moneri posse, auguror. Si reus ex dolo praeterito condemnatus est, ad praestandam aestimationem, et quidem actione reali utili cogitur, quomodo §. 2. vidimus. Tenetur autem et in hoc casu actor, suas reo cedere actiones, ergo falsa videtur regula, quod actio iam excussa, amplius cedi nequeat. Sed non ita. Multum sine dubio interest, inter dolum praeteritum et praesentem; in illo fictus possessor proprie non punitur, quia possidere desit; sed quia id, quod antea dolose erat occupatum possidere desit. In hoc autem maior omnino venit dolus; quia animo nocendi possessione fictus possessor se abdicat, ad alterum circumveniendum.

In

c) Non possum ad stipulari HUBERO in Praelect., ad ff. tit. de Rei Vind. §. 5. qui contendit, *quamvis reus non possit exigere, ut actor ipsi de cedendis actionibus censeat; tamen officium iudicis implorari possit, ut victo dominus sibi absque praedicio suo actiones praestare iubeatur, secund. l. 12. ff. de Re ind.* Quid sibi velit HUBERVS, non intelligo, nil aliud hoc esset, quam, immutatis aut inuervis legum verbis obtinere, quod directe obtineri fas non erat. Legem 12. cit. neutiquam obflare satis demonstratum credo, nec per rerum naturam in casu leg. 69. alleg. cessionem cogitari posse, quilibet perspiciet. Haec sufficiant contra Huberum.

In illo quidem aestimatio soluenda est, magis autem ex actione in factum ad interesse, quam ex reali, cum culpa proprie alteri imputari nequeat; realis actio in rerum natura esse non desinit, et pro lubitu reo cedi tradique potest. In hoc autem, dolo nempe praesenti, condemnatus reus, nullo iuris praetextu actionem realem efugere potest, quia statim dolose egit, magisque ex proposito actori nocuit. Absurdum itaque esset eam actionem alicui cedere, per quam ipse est condemnatus.

§. VI.

Restat alterum momentum, num reus excussus, propria ex persona verum possessorem conuenire et vel rem ipsam vel solutam aestimationem repetere possit? Mitiores in decidenda hac quam in priori quaestione esse possumus. Nec enim legislatores voluerunt, ut omni effectu quoad ipsos careat solutio aestimationis. De singulis ergo videamus speciebus. Is qui liti se obtulit, contra verum possessorem, actionem habebit proprio nomine, si antea bonae fidei possessor, absque dolo possessionem amisit, et hoc sine tantummodo, ut actor circumveniretur, se adhuc possidere affirmavit; tunc enim aestimatione actori praestita, rei vindicationem contra verum possessorem omnino instituire potest. Is porro qui desinit possidere, proprio nomine verum conueniet possessorem, si hoc factum fuerit, absque onerosa vel gratuita in eum translatione; si verus possessor, obiectum litis nec consensu rei, possidet, nec titulum ab eo accepit. Generatim haec regula firui obseruarique potest. Fictus possessor condemnatus toties proprio nomine contra verum possessorem, vel etiam contra alium agere potest, quoties nexus obligationis, inter illum et verum possessorem vel quemcumque tertium sublatum nondum est. Facile haec regula in singulis casibus applicari poterit.

E

Sunt



Sunt etiam argumenta legum haud vituperanda; sic in L. 17. §. 1. ff. de Rei Vind. *Quod si dolo malo ipse possessor deserit possidere et aliquis hominem iniuria occiderit, aut pretium hominis, aut actiones suas praestare cogetur: utrum eorum voluerit actor.* In casu relato non quidem contra verum possessorem actio institui potest, cum talis cogitari nequeat, quia obiectum fictae possessionis non amplius existit; actori autem nihilominus duplex permittitur via agendi. 1) Contra fictum possessorem ad aestimationem soluendam. 2) Contra tertium qui hominem occiderat, per cessam actionem legis aquiliae.

Necesse ergo est, ut reus ipse actionem legis Aquiliae proprio nomine instituere potuisset, quippe alias cessioni locus non fuisset. Similiter ad normam huius legis, in reliquis casibus iudicari potest; ubi eadem analogia eademque ratio, actionem contra verum possessorem vel quemcunque tertium dari suadet.

§. VIII.

Haecenus assertis obflare videtur, sed reuera non obstat L. 70 ff. de Rei Vind. in qua Pomponius *nec quasi inquit publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem in isto pretio comparare.* Loquitur Ictus in antecedentibus de illa fictae possessionis specie, qua quis dolo desit possidere, sed nil obstat, quominus idem de omnibus fictis possessoribus asseri queat. Denegatur illi actionis publicianae auxilium; haec exinde competit, quia actor fortius ius possidendi habet reo; cum autem hoc iure possidendi proprio nomine gaudeat, sequi videtur, omnes actiones quoad rem ipsam aut quoad aestimationem illi esse denegatas. Sed non ita: Ratio cur publicianae actioni locus esse nequit, duplex asserri potest.

1) Praesupponit illa titulum ed bonam fidem; Quod si ergo titulus adesset, ta-

men

men non potest non bona fides in eo deesse, qui dolo desinit possidere; aut qui dolo possessorem se simulauit. 2) Altera ratio haec est: actio publiciana est remedium praetorium. Praetores in dandis actionibus aequitatem spectarunt, quam contra ius ciuile supplere, et iniustitiae aeuos tollere studuerunt. Nulla itaque ratione auxilium honorariae actionis, dolo homini, qui ipse aequitatem omnem deponit, superesse poterat. Ad hunc ergo casum specialem prohibitio est restringenda, quia speciales prohibitionis causae adsunt: quae si cessant et applicationem respuunt fictus possessor verum rei possessorem omnino conuenire, vel a tertio etiam damni restitutionem aestimationemque, optimo iure postulare potest.

MEMBRVM II.

De iure quod auctori, ficto possessore excusso, contra verum possessorem competit.

§. I.

Si vnquam quaestio iuris, aut axioma quoddam, vnanimi consensu Ictorum est celebratum, huc certe referre debet disquisitio, an, ficto possessore iam excusso adhuc res ipsa a vero possessore possit peti. Tantum non omnes Doctores sint primi vel infimi ordinis, sint magnae aut minimae aut nullius plane auctoritatis, vno affirmant ore, verum possessorem omnino conueniri posse ad rem ipsam praestandam, quamvis actor fictum iam excusserit *d*). Toties iam repetita sunt argu-

E a

menta

d) Quosdam tantum illustriorum, sine vilius praecudicio asferre liceat, sic DONEL-

LVS in commentariis ad ius ciuile hanc fouet sententiam in Libr. 19. c. 12.

n. 10.

menta huius opinionis, quoties nouus extitit, eiusdem defensor. Neque hoc negari potest, adesse leges, quae sententiam eorum affirmare et corroborare utique videntur, sic vt facile quilibet perducı possit, eandem amplecti sententiam, quae primo intuitu tot legibus conformis apparet. Sed nihilominus liceat periculum facere, quomodo aliter haec doctrina explicari et leges sibi obstantes remoueri possint. Cum autem ad eadem principia, omnes casus reduci ac reuocari non possint, necesse est, vt caute ac distincte procedam, tam in explicando, quam in aliorum remouendis dubiis; hoc certe probari posse, spero, quod actor nulla ratione verum conuenire possit possessorem, vbi aestimationem ipsius rei a ficto iam obtinuit e).

§. II.

In decidenda quaestione, an actor excusso ficto, verum possessorem conuenire possit, nec ne, vtile erit primo loco; quid ius naturae, quid analogia statuet, disquirere. Vidimus nempe iam dudum, omne fundamentum cur fictus possessor in genere obligatus est, iuri naturali omnino deberi. Idem quoque ius non vult vt quis ex damno

n. 10. 70. p. III3. CVIACIUS in obseruationibus Libr. 22. obs. 29. STRV-
 VIUS exercitationib. iur. civil. exerc. 10. §. 48. BERGER Oeconomia Iuris
 tit. 4. Lib. 2. §. 54. not. 5. NOOD commentario ad Digesta tit. de Rei Vind.
 p. 158 (edit. 1732. Colon. Agrip.) LAVTERBACH Colleg. Theor. pract.
 Tit. de hereditat. Petit. §. 9. HVBER Praelectionibus ad ff. tit. de hereditat.
 Petit. §. 7. GVNDLING Diss. de Rei Vindicatione cap. 2. §. 22. ADIGN.
 TVRIN de ficto possessore §. 9. HOMBERGK ZV VACH de oblatione ad
 litem §. 27.

e) Vnice fere hanc defendit opinionem I. H. BOEHMER in Intro-
 ductione ad ius Digestorum tit. de hereditat. Petit. §. 4. qui autem nec argu-
 menta eius sententiae exponit, nec etiam dubiis aduersariorum, quae sunt ma-
 xima, satisficit.

alterius fiat locupletior; nec magis approbat, ut sub nomine murato, rem suam aliquis bis accipiat; quod tunc omnino fieret, ubi actor, aestimatione accepta rem ipsam adhuc petere possit. Constituit potius ut qui sciens pretium accepit, rei dominium in alterum transtulisse videatur; ut dolo non careat, qui sub vilo praetextu, rem et pretium simul habere cupit. Haec omnia aequitati conuenire quilibet aequus homo concedet. Iniquum ergo detestandumque esset ius postituum, nisi eadem sequeretur principia; si regulis iuris naturae contrarium, permitteret, sub praetextu iuris rem et pretium simul extorquere et sic pessimo foeneratorum generi, privilegium artis odiosae illicitaeque tribueret. Certe non expectabis eiusmodi principia in illius populi Iuris prudentia adoptata, quod legislatoribus gloriatur bonis et aequis, quod floruit Ictis quam plurimis, iisque ingenii dotibus excellentibus. Quamuis autem omnes fere non erubescant, hanc iniuriam Quiritibus inurere, longe tamen ut mihi videtur adest, quod dici possit promerita.

§. III.

In cap. II. §. 3. huius Dissertat probare n̄sus sum, duplici ratione actum possessorem conueniri, duplicique modo condemnari posse. Actor nempe vel aestimationem seu pretium hereditatis aut rei singularis petit; vel dum ipsi magis aridet rem habere, quam pretium, ad interesse tantum, retardati forsan processus, adque expensas litis refundendas agit. Probe inter haec diuersa plane actionis capita distinguendum erit, ad nostram decidendam quaestionem. Nam actor, si a ficto possessore omnia consequutus est, ad quae praestanda ipsi obligatus erat; id est si pretium rei et interesse simul accepit, nulla ratione

rem

rem a vero possessore iterum petere potest, sed liberatur hic et opponit exceptionem *doli f.*

Quodsi autem actor perspicit, reum cum vere non possidet, nec posse restituere eam rem, quam in natura recuperare amat; quodsi tunc interesse tantum, non et aestimationem petit, nil obstat, quo minus verum possessorem ad rem ipsam conveniri possit, quamvis fictus excussus esset.

Haec omnia, legibus quae illa actionis diuersa obiecta satis discernunt, et ceterae analogiae tam consentanea credo, ne opus esset, aliis argumentis, aliisque legibus in medium vocatis vti, sed ad illustrandam et magis firmandam hanc sententiam, multa adsunt et alia veritatis indicia.

§. IV.

Primum est argumentum, quod ex l. 46. ff. de Rei Vind. desumitur, in qua PAVLVS ait: *Eius rei quae per in rem actionem petita, tanti aestimata est, quanti in litem actor iurauerit: dominium statim ad possessorem pertinet, transgressisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.* Clare indicant haec verba, actorem, dum per iuramentum in litem aestimatum accepit pretium, rei ipsius transtulisse et amisisse dominium; et cum generaliter loquatur lex allegata, res-

f.) Eadem defendit quidem FABER in rationalibus ad ff. tit. de Rei Vind. ad L. 7. (in Tom. II. p. 402) qui nempe inquit, si malit actor rem suam habere quam eam pretio etiam instituto vendere. Nam si a condemnato consequutus sit aestimationem taxatam per insiurandum in litem non est ei permittendum ut rem suam iterum petat a possessore cum iam consecutus eam videatur. Improbis enim est, qui eandem rem vult bis consequi etiam ab alio etc. - - - Aliud est, cum id quod quis prius consecutus fuit, nihil nisi poena est. Non enim ideo actor rem suam petere etiam ab eodem prohibetur etc. Sed mox incon-

stantis propriae opinionis in contrariam inclinare videtur sententiam,

stringi nequit ad illum casum, quo quis contra eum agit qui culpose rem ipsam restituere nequit. Quod eodem modo et confirmant L. 1. et 3. ff. Pro emtore.

Quod si autem nullum apud actorem remanet dominium, quo titulo actionem realem contra verum possessorem instituet; quum haec semper praesupponat ius aliquod in re ipsa fundatum?

Nec id dubium facere potest, quod sic verus possessor aliquando ignorans liberaretur, vel quod rei accipiat dominium, quamvis ab ipso nil sit solutum. Nam secundum L. 23. ff. de solut. et liberat. inuiti et ignorantes liberari possumus, si vel alter pro nobis soluit, vel iudicium pro nobis accipere vult. Deinde verus possessor propterea non fit dominus, quia actor eum convenire nequit. Vidimus enim quod omnino fieri possit, ut fictus possessor actionem contra illum instituat proprio nomine; tunc ergo adigi potest, ad rem restituendam, vel ad pretium solutum refundendum; quamvis actio eius qui aestimationem accepit, quoad illum, inefficax et inutilis dudum facta sit.

§. V.

Ad aliud progredior argumentum huius sententiae, quod nempe in eo consistit: Nunquam licitum est, omni remota aequitate, vnam eandemque rem, bis petere, et sic pessimo lucro operam dare. Sequerentur hanc regulam omnes iudices, quamvis expresse eam non iuberet l. 47. ff. de Regul. iuris, aliaeque innumerae constitutiones. Quis autem non perspicit, actorem reuera idem bis petere, qui aestimatione non contentus, ipsam rem auferre cupit? Non ignota est regula: Res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei, quam toties omni occasione leges inculcant, speciatim in L. 1. C. de castrensi pecul. milit. L. 16. §. 1. et L. 22. ff. de hered. petit. et certum est non solum in
vni.

vniversitatibus iuris, sed etiam in singulis rebus, quoad hunc effectum, validam constantemque esse hanc regulam. Nam si aliquis consentit in pretium rei singularis accipiendum, quomodo tunc recedere et rem eo praetextu repetere poterit, quia pretium in locum eius non succedat. Ad vim huius argumenti effringendam Doctores sic ratiocinantur. Actor qui fictum possessorem, reali vtili actione conuenit, pretium rei neutiquam accepit, sed poenam doli tantum obtinuit *g*); iniquum autem non est, poenam et rem simul vindicare. Praeuidi hocce dubium, eaque de causa, supra operam nauauit demonstrare, quod fictus quidem possessor, in poenam doli ad soluendum adigatur; non autem poena est quod soluit, sed vt puniatur leges eum ad aestimationem praestandam obligarunt. Nolo itaque repetere, quae iam antea a me dicta sunt, et quae responsonem huius dubii continere videntur.

§. VI.

Nec deficiunt casus similes, in quibus ad analogiam in eodem modum leges expressè constituerunt. Sic in L. 14. ff. de Rei Vindicat. refertur casus, in quo dominus rem a possessore vindicare potest; sed quia ab alio haec deteriorata et damnum in illa iniuria datum erat, actio quoque legis aquiliae contra illum tertium competit: vtraque domino patet; non autem simul, sed electio tantum patet, quae velit vti; et dum legis aquiliae praefert, possessor liberatur. Verba legis haec sunt: *Quod si malit actor potius legis aquiliae actione vti, absolendus est possessor. Itaque electio actori danda est, non vt triplum sed duplum consequatur.* Nullam video rationem disparitatis, inter hunc casum

g) Sic e. gr. argumentatus est COCCENI in Iure Controu. Tit. de Hered. Petiti. quaest. 4.

sum et eum quo dominus agere potest vel contra fictum possessorem ad aestimationem soluendam, vel contra verum, ad rem ipsam restituendam. Ergo et huc si prior magis arridet modus, verus liberatur possessor; electio non autem cumulatio, vtriusque actionis domino esse concedenda.

Alterum exemplum quod ad nostrum casum decidendum, non leue assert pondus, reperitur in lege haecenus quantum scio non in medium vocata; est nempe L. 8. ff. de interrogationib. in iure faciend. cuius verba necesse est vt adducam: *Paulus si quis inquit interrogatus de seruo, qui damnum dedit, respondit suum esse seruum: tenebitur lege aquilia quasi dominus, et si cum eo actum sit, qui respondet, DOMINVS EA ACTIONE LIBERATVR.*

Non indiget haec lex verboso interprete. Quilibet factum intelliget, quilibet decisionem animaduertet. Sed spero etiam, similitudinem eius cum nostra quaestione non posse non in oculos statim incurrere eius qui re accurate ponderata, veritatem noscere cupit. Loquitur enim lex de actione contra fictum possessorem instituenda, eum nempe qui liti se obtulit; clare ac distincte constituit, dominum contra quem eadem actio institui poterat, tunc liberari, vbi cum ficto possessore actum sit. Cur itaque dubitarem de litis oblatione, de dolo eius qui desit possidere idem statuere, si in hereditaris petitione aut rei vindicatione, obueniunt? cum tamen in his casibus ob paritatem rationis, ad eam quoque obseruanda sint principia. Optimo iure locum sibi vindicant verba L. 12. ff. de Legibus, *non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus aut Senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia earum manifesta est, is qui iurisdictione praestit, ad familia procedere, atque ita ius dicere debet.*

§. VII.

Quamuis itaque dominus nulla ratione verum possessorem conuenire possit, ad rem ipsam restituendam, cuius iam aestimationem accepit, tamen hoc ipsi est concedendum, quod actione contra fictum instituta, hanc vel in totum relinquere, vel interesse tantum petere et sic actionem realem contra verum possessorem instituere queat, ad rem suam recipiendam. Integrum hoc ei est, si mauult rem quam pretium habere; immo integrum est, omni tempore, tam initio litis, quam post ficti possessoris condemnationem ipsam, si animaduertit, se ab hoc non posse rem obtinere. Alias iniquum fuisset actorem constringere, ad rem suam pro iusto pretio in alterum transferendam, cum semper emtiones coactae in iure prohibeantur. Nec id dubium videri potest, quod post reum semel electum alius conueniri nequeat. Solutio enim non electio refertur inter modos tollendi obligationem vti in *l. 1. §. 43. ff. depositi vel contra* expresse legitur.

§. VIII.

Haecenus stabilita defensaue theoria legibus et Analogiae tam conueniens est, tam accurate aequitati et bonae fidei conuenit, vt in iudicando sequenda, et retinenda videatur; quamuis vna vel altera adflix lex quae contrariam suadere et oppositam iubere sibi assumat; numero enim ac pondere haec vinceretur ab illis quae nostram suadent sententiam. Sed eo magis haec sequenda est, cum quae illi contraria afferuntur, optime cum ceteris conciliari queant. Caeterum me non fugit, multa afferri a doctis viris dubia ex ipsis legibus deprompta, quae et in caussa fuerunt, cur in omnia alia abirent, et cur aequiorem sententiam postponerent, ei quae in legibus fundata non est. Sic primo

mo loco contra nos hoc infurgunt argumento: secundum *L. 69 et 70. ff. de Rei Vindicat.* actor non tenetur suas contra verum possessorem reo cedere actiones; necesse itaque est, ut ipse dominus habeat facultatem eas institutiendi. Quamuis autem illud verum sit, tamen consequentia neganda erit. Supra enim ratio euoluta est, cur dominus ad actiones cedendas cogi nequit; quia nempe ficto possessori per quam ipse actionem iam condemnatus est, amplius eadem cedi nequit; quamuis nec actori pateat cum suum per illam persequutus est. Habuit enim actionem directam contra verum possessorem; habuit et actionem vitalem contra fictum; hac instituta et excussa necesse est, ut illa sit extincta.

§. IX.

Deinde quod magis est, ad expressos confugiunt textus, ex quibus demonstrare volunt, verum possessorem non liberari per aestimationis ficti praestationem. Obiiciunt verba *L. 13. §. 14. ff. de Hered. Petit.* in qua *VLPIANVS: Sed si is qui dolo desit ante conueniatur, eum qui possidet non liberabit h*). Non obstat haec lex, sed magis confirmatoria est nostrae sententiae. Affirmatur tantum, quod per solam conuentionem ficti, neutiquam verus liberaretur, nulla fit mentio, iam praeslitae aestimationis, ergo stipulatur illis, quae in *Spho VII.* huius cap. sunt dicta; quod vsque ad executionem ab electione recedi possit. Eodem tendit *L. 7. ff. de Rei vindicat.* *Si is qui obtulit se fundi vindicationi damnatus est, nihilominus a possessore recte petitur, sicut PEDIVS*

F 2

h) Notare licet erratum typographi, quod contrarium plane sensum producere potest. Legitur enim in editione corporis Iuris *GOTTFRED.* d. a. 1720: *eum qui possidet liberabit.* In edit. eiusdem d. a. 1740. autem purgatum est hoc vitium, et non liberabit restitutum est; Hanc lectionem esse rectam facile perspicere potest; praetereaue glossa eam probat.

ait. De eo casu intelligamus legem, de quo intelligi vult; *condemnatus* erat fictus possessor, non autem *praestiterat*. Dominus ante executionem desistit quia rem potius quam pretium habere cupit; tunc absque omni dubio secundum §. VII. verus possessor obligatus est, cum actio realis nondum potest dici inutilis, et inefficax quoad illum.

Maius dubium certe obstat ex famosa L. 95. §. 9. ff. de solutionib. et liberat. defunctum, in qua PAPINIANVS de ficto possessore verba faciens, ait: *cacterum si tu ante conuentus ex praeterito dolo praestiteris nihil ea res possessori proderit*. Verum est possunt haec verba dubitationem omnino iniicere; sed quid si re vera obstaret? nonne nostram nihilominus praeferes opinionem, quae tot aliis innixa legibus, tot suffulta argumentis, per vnicam vinci non potest contrariam legem? Sed hisce opus non est. Videamus an commodiori via explicari, et cum defensa theoria conciliari queat. Ante omnia in mentem reuocare velis, duplici modo fictum possessorem condemnari posse; vel ad aestimationem rei praestandam, vel ad interesse tantum, retardati litis et reliqui damni, quod in actorem per conuentionem eius redundat. Lex praefens loquitur de casu vbi fictus possessor praestitit; sed quid praestiterit non determinatur, suppleamus itaque legem, sed ita procedamus vt cum analogia, et reliquis conueniat legibus. Ergo intelligamus eam de casu vbi fictus possessor conuentus, interesse non autem vbi aestimationem praestitit. Tunc quam optime systemati nostro conuenit, immo confirmat, quia et nos contendimus, verum possessorem non liberari, si interesse damni tantum accepit dominus. Nonne necesse est, vt aliquo modo incompletam legis decisionem suppleamus? quod autem optimum erit supplementum? Certe illud, quod aequitas, quod innumerae aliae leges, quod omnis analogia suadent.

De.

Deinde et hoc moneri potest: dicitur in illa leg. 95. §. 9. *nihil ea res possessori proderit*. Doctores qui nostrae contrariam fouent sententiam, parati sunt, haec verba sic intelligere, quod secundum illa dominus accepto pretio rem petere possit; sed nonne vidimus, verum possessorem non statim esse liberatum, vbi dominus contra eum actionem instituere nequit? nonne et fictus possessor interdum proprio nomine ipse verum conuenire potest? Scimus in omnibus legibus subesse factum aliquod singulare, ad quod datur responsio. Quid, si in praesenti tali adfuisset, in quo fictus possessor excussus proprio nomine contra verum agere potuisset? Nonne eodem iure haec verba ad fictum possessorem quam ad dominum referri possent?

§. X.

Haec sunt quae pro mea asferre volui sententia. Proposui, quantum exiguitas ingenii non exercitati, et curta supellex cognitionis meae id permetteret, etiam puncta contrariae sententiae, sic vt quam quisque sibi eligere velit, habeat ad eligendum. Iucundum erit dulceque, vbi quae dixi, ad veritatem indagandam et excutiendam, aliquid contribuere possunt.

CAPVT QVARTVM.
DE VSV HODIERNO MATERIAE DE FICTA
POSSESSIONE.

§. I.

Coronidis loco de vsu huius doctrinae quaedam afferre liceat. Vix dubitari potest, quin Romanorum leges in hoc etiam capite, rite sint obseruandae sequendaeque. Militat pro eo ius romanum in folle apud nos receptum, a quò recedere nefas omnino habendum est, nisi vel rationis disparitas doceri, vel discrimen inter nostrum et romanum statum publicum ad quem materia aliqua se refert, liquido demonstrari possit. Haec omnia ad fictam possessionem applicata, non possunt non viridem eius obseruatiam apud nos quantum satis est testari. Statum priuatum haec omnia non et publicum respiciunt. Sunt et apud nos qui dolo cuiuscunque generis indulgent; qui callide versantur, vt alii damnnum incurrant. Sunt et apud nos homines pessimi generis, qui vel liti se offerunt, vel possidere desinunt, nullo alio sine, quam vt laedantur alteri. Quodsi itaque necessitas eadem, morbus idem quam apud romanos, cur non et eadem adhiberetur salutaris medicina?

§. II.

Nec contra vsum huius materiae exinde insurgere possumus, quod actiones poenales romanae, apud nos non sint vsu receptae i). Vidi-
mus

i) Litem super vsu actionum poenaliu in praesenti meam facere nolo. Litigent magnis voluminibus Doctores, quando otium et altercandi libido ipsis praebuit iuris materiam.

mus enim actionem contra fictum possessorem instituendam, realem vtilem esse nec pro poenali vnquam haberi posse. Verum est, condemnatur fictus possessor in poenam doli; non autem condemnatur ad poenam soluendam, vti in actionibus poenalibus requiritur, sed condemnatur, ad aestimationem ad interesse praestandum.

Nec magis refert, aut dubitationem iniicere potest, quod apud nos non tam facile existerent ficti possessores, qui vel liti se offerunt, vel possidere desinunt. Verum est argumentum. Adeas iudices, adeas aduocatos de exemplis roges; et raro veteranus occurrer, qui litis huius generis recordari et exemplum in medium proferre potest. Num autem haec non vsum ipsius monstrant? Nullo modo. Quis est, qui probare assumit, apud Romaunos frequentius condemnatos esse fictos possessores?

Sufficit scire, quomodo sint condemnandi, in casu vbi adsunt. Nunquam Ictus philosophi more examen instituit, an casus quem legislator sibi cogitauit, possit existere nec ne; ad eius spectat prouinciam scire et applicare vbi occasio data fuerit.

§. III.

Quandiu ergo ius romanum per leges germanicos non reperitur immutatum tam diu, pro eius valore militat praesumptio. Ne autem omnis praxis huic materiae deesse videatur, propterque casuum raritatem, in Spho antecedente relatam, non a re erit, duas referre sententias contra fictum latas possessorem.

Prima ex MEVII *Decisionibus Part. III. Dec. 98. est desumpta.* Foemina diu cum alio super iure seruitutis ratione aedium competentis, litigauerat; deinde obiecit, se non esse dominam aedium, sed fratrem.

trem: Condemnata est, tanquam liti se obtulisset. Sic iudicatum; In causa Alard Sitmanns contra Sophiam Horns d. 13. Febr. 1655.

Alterum exemplum quod hereditatis petitionem ipsam concernit, praebet HUBER in *Praelectionib. ad Pand. tit. de Hered. Petit.* §. 6. Foemina nobilis e vinis excesserat, herede forore degente in Artesia. Agnata defunctae gnara se non esse heredem, inuaserat hereditatem. Eadem petito commissario curiae, bona curauit describi, impensas fecit maximas, ipsa bona prae manibus quae erant distraxit auctione publica. Superueniens heres, conuenit agnatam, petens se heredem declarari, illamque condemnari ad hereditatem in pristinum statum sibi restituendam, sine mentione eius quod interest. Quia hoc fieri non poterat, multi adfuerunt, qui inepte actum existimarent. Sed nihilominus quia desit possidere, rea condemnata est; in causa Annae Agnetis B. de Swartsonberg, viduae de Hauteuille contra A. R. viduam de S. 1679.

T A N T V M

pag. 34. §. VIII. vit. lin. et pro ed

P-240



ULB Halle

3

004 588 452

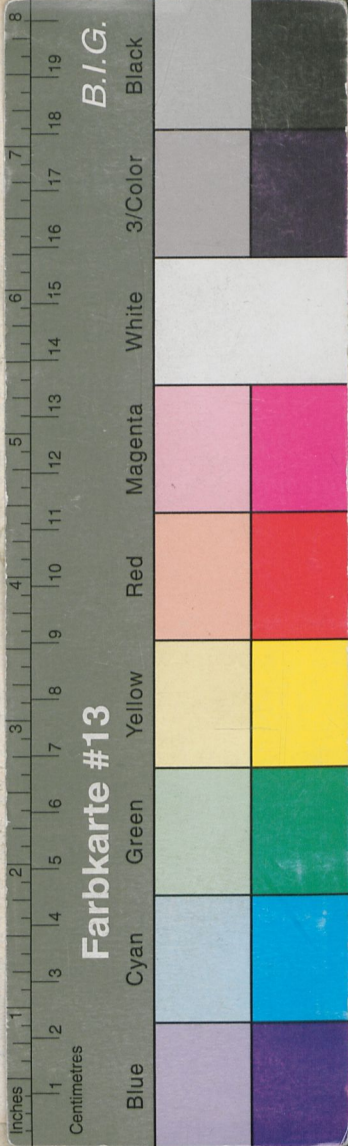


nur 1 Stück

f







4

G. 27. num. 9.
1778, 3
12

DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE
EO QVOD IVRIS EST CIRCA
FICTAM POSSESSIONEM

MAXIME QVOAD REI VINDICATIONEM ET
HEREDITATIS PETITIONEM

P. L.

Q V A M
SVB AVSPICIIS REGIIS

CONSENTIENTE
ILLVSTRI ICTORVM ORDINE

PRO
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
RITE ET LEGITIME CONSEQVENDIS

DIE XXVIII. FEBRVARII cło Id cc lxxviii.

PVBLICE DEFENDET

AVCTOR

IOANNES HENRICVS CHRISTIANVS ERXLEBEN

QVED LINEVVRGENSIS
NOTARIVS CAESAREVS PVBLICVS ET ADVOCATVS IN SVMMO
APPELLATIONVM QVOD CELLIS VIGET TRIBVNALI
IMMATICVLTIVS.

GOTTINGAE,
Litteris IOH. CHRIST. DIETERICH
ACAD. TYPOGR.

