







1689.

1^a et 2^a Hartung, Fab. Christophorus: de jurisdictione Consistoriali.
2^a Supt. 1689 et 1728.

2. Lamberbach, Johannes: de originibus lingue Germanicæ

3. Lynckerus, Nic. Christophorus: de presentatione

sui ipsius

4^a et 5^a Lynckerus, Nicolaus Christophorus: de superioritate sacre.
2^a Supt. 1735 et 1738.

5. Lynckerus, Nicolaus Christophorus: de familiarum nobi-
limo splendore

6. Lynckerus, Nicolaus Christophorus: collatio processus judicii
provincialis Holsatici cum processu juris communis
et harrici.

7^a et 8^a Lynckerus, Nic. Christophorus: de generibus nobi-
limi.
2^a Supt. 1689 et 1747.

8^b Lynckerus, Nic. Christophorus: de successore feudi.

9. Lynckerus, Nic. Christophorus: de sumptibus.

10. Lynckerus, Nic. Christophorus: de accessione fluviali.

18^a Lynckerus, Nic. Christophorus: de causis judicium
Comercii fundantibus

4689.

11. Mätkopf, Christoph Wertham: De decimis laborum in terris
protestantium
12. Mullerus, Petrus: Anatenus pœna ex heredes trauscat,
vel non.
- 13.^a, 6 Mullerus, Petrus: De constituto possessorio.
2 Suppl. 1708 = 1728
- 14.^a, 6 Mullerus, Petrus: De jure agrarum. 2 Suppl.
1689 = 1729.
15. Mullerus, Petrus: De instanti mortis hora.
- 16.^a, 6 Mullerus, Petrus: De quinquennio studii juris
2 Suppl. 1689 = 1714.
- 17.^a, 6, c Mullerus, Petrus: De obligatione sub infamia Reg
Sachsen-schelten. 2 Suppl. 1705, 1712, 1784.
18. Mullerus, Petrus: De probationali filiatiois



J

J

L



F. 27, num. 21. X. 17.

14
C. D.

1689, 13^a

17

DE

CONSTITUTO POSSESSORIO,

ACADEMIÆ JENENSIS
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO

20
JOHANNE GVILIEMO

DUCE SAXONIÆ, JULIACI, CLIVIÆ
AC MONTIUM, &c. &c.

CONSENSU

MAGNIFICI JCTORUM ORDINIS

PRÆSIDE

PETRO MÜLLERO, Jcto,

Consiliario Saxonico, Curia Provincialis & Scabi-
natus Assessore, Professore Pandectarum, &
Collegii Juridici Decano

PRO LICENTIA

Summum in utroque Jure Doctoris Gradum
rite acquirendi,

IN AUDITORIO JCTORUM

d. 12 Octobr. MDCXXCIX.

horis ante- & pomeridianis disputabit

HENRICUS ERNESTUS *Flörcke /*

Lippiacus-Westphalus.



JENÆ, Typis EHRICHIANIS. 1706.

DE
CONSTITUTO
POSSESSORIO

ACADEMIAE
RECTORI MAGISTRO

DOMINO
JOHANNES V. LEMO
DUCE SACRORUM

ACADEMIAE
MAGISTRI

PROFESSORUM
PETERO MILLER

CONDITORE SACRORUM
MAGISTRO

PROFESSORUM
SUMMUM IN

INSTITUTIONE
HENRICUS ERNESTUS





I. N. D. N. I. C.

PRÆFATIO.



Sicuti *equum* est & *Christianum* proximū indigentiam mutui datione sublevare, ita *justum* omninō ex tali causa acceptum restituere, eoque magis, quod *suum cuique reddere* nitatur Jure longē perfectiori, robore juris civilis vallato, quam *mutuo dare*, quippe hoc saltem pudore naturali & præcepto charitatis Christianæ continetur, citra vinculum civile obligatorium, potestate legislatoria hoc debitum pietati & conscientiæ cujusque relinquente; Neque enim egenti competit actio ad mutuo accipiendum, qualem creditori ad recipiendum quod dedit jura concesserunt. Caterum creditori ob fraudes & malitiam debitoris sæpe beneficium cedit in patrimonii sui imminutionem; hinc ut fallaciis occurratur, adhiberi solent remedia jure civili comprobata: Itaque non est decipere, sibi cavere, prudentis est, securitati suæ prospicere. Prostant in hunc finem varia Juris remedia, Pragmaticis nostris cautela dicta, sic satis usitata sunt con-

ventiones super pignore bonorum; sic varia renunciatio-
nes beneficiorum, Exceptionis non numerata pecuniæ,
SCTi Vellejani &c. Sic satis frequentes sunt cautelæ, ut
via suum consequendi vel privata propriaque autoritate,
vel per processum executivum, eo sit expeditior. Sic
nec ignotæ, quæ majus vinculum per Juramenta, oppi-
gnorationem famæ, existimationis, dignitatum &c. ob-
ligationi super addunt, eamque confirmant. Sane in
hoc cautelarum genere non postremum locum obtinet
clausula de *constituto possessorio*, quæ sicuti ut plurimum pi-
gnoribus in securitatem creditoris constitutis apponi so-
let, ita per alia negotia civilia effectus suos latè diffundit.

Placuit hæc clausula, quæ materiam præberet con-
scribendæ disputationi inaugurali, cum ejus rei licentia
ab Inclyta facultate Juridica mihi concederetur, non quod
aliæ materiæ non essent, in quibus ingenii vires exerceri
possent, sunt enim adhuc satis multæ, sed quod hæc clau-
sula dissertatione quadam nondum elaborata, in praxi ta-
men satis frequens mihi videretur. Sanè mihi hæctenus
non licuit aliquam de hoc themate conscriptam disputa-
tionem videre, præter unicam illam D. Balthasaris Rincke
P. Pandect. in Illustri Julia, habitam ibidem anno 1644-
quam, meâ jam conscripta disputatione, ab amico com-
municatam licuit per legere: ipse tamen Rincke videtur
hoc thema raptim tractasse, & vix vigesimam materiæ
locupletissimæ partem absolvisse. Refert quidem Besold.
in thes. pract. voc. constitutum possessorium, accuratissimam
esse de hac materia Corbii disputationem Inauguralem,
quam ipse habuit Altorfi anno 1637. Verum frustraneus
fuit labor, quem impendi, ut hæc ad manus meas perven-
nirer. Caterum restat, ut qua methodo, quibusve au-
xiliis, una cum gratia divîna, rem aggressus sim, breviter

exponam: Modum tractandi quod attinet, fuit ob oculos decantata ista methodus causarum, subsidia quibus usus sum, hausi ex Guidone Papa, Tyraq. & Fabro præter nonnullos alios authores, quos sparsim citavi: istis viris maximam partem debeo, non tamen omnia. In Tyraquello multa sunt, quæ desiderari possunt, sic deficit dispositio, nullam observavit, in tractatione ipsa plus laboris quam accuratioris discussionis apparet, lectio fastidiosa, denique totus tractatus mole sua laborat. Papa multa passim in suis decisionibus & consiliis non contemnenda habet. Subtilissimus Faber. in *C. suo Sabaud.* quam plurima ad hoc thema facientia & usu fori comprobata mihi subministravit, hos viros passim secutus, hinc omnem fere paginam mihi faciunt, ipsorum authoritati multum tribui, non tamen tanta fuit, ut veritati palmam præriperet; hinc culpandus non ero, si ab iis quandoque discessum modestè feci, ipse Faber in hac materia quandoque sibi contrarius est, ut non mirer testimonium, quod ipse in præfat. Cod. ad Lectorem de suarum definitionum concordantia & repugnantia ingenuè fert. Denique qui viri hoc argumentum tractarunt, ita tractarunt, ut multum reliquerint alienæ industriæ. Interim illud fatendum, quod ulterius inquirendi mihi sæpè suppeditarint materiam, hinc passim adjeci quæstiones, quas quidem decidi, sæpè tamen nulla lege, nullo authore comprobata, nec enim potui: non aderam subsidia, non libri, quos quidem frustra expetivi, & temporis quoque ratio sæpè habenda erat. Interim illud non temerarius audeo affirmare, responsiones nostras, si non Jure convenientes, tamen non omnino alienas esse. Caterum si futura vitæ ratio, disponente divina providentia, ita feret, eandem materiam magis extensam, accuratius examinatam, legibus & Dd.

authoritate, usive fori comprobata, denique per omnia expositam tibi, benevole Lector, in futurum promitto. Interim vale & fave!

CAPVT I.

Exhibet evolutionem nominis, resolutionem quæstionis, an detur? & definitionem rei.

§. I.

Constitutum possessorium, quoad nomen ipsum in iure non occurrere nemo facile negabit, ut tamen propterea rem ipsam non dari, atque ita solo usu & errore Pragmaticorum introductum esse, tuto asseri non possit: quamvis pauca circa Etymologiam notanda. Caterum ut de verbo *constituere* quid dicamus, constat, hanc vocem idem significare, quod convenire, pacisci (*Verabreden*) sic Terent. in *Heecr.* nam constitui inquit, cum quodam hospite, Julianus Annæus Florus. l. 4. rerum Rom. c. 16. sub n. 14. edit. *Freinsb.* sic significat idem quod statuere, seu legem ponere, ut ita constituere sibi possessionem idem sit ac convenire seu pacisci v. g. cum emtore, ut venditori licet rem emtam huius nomine possidere. Non verò confundendum est hoc constitutum cum eo, de quo agitur in ff. & C. *integris titulis*, hoc enim est obligatorium & pactum prætorium, quo quis debitum vel proprium vel alienum promittit solvere, ideoque per illud quis se debitorem facit Carpzov. 2. 16. def. 2. num. 6. nostrum autem constitutum agit de possessionis translatione. Vocem

Quid constituere?

Differt à constituto obligatorio.

pos-



possessorii quod attinet, ea denotat tale quid, quod de possessione agit, quam vocis significationem velle enucleare, esset actum agere, videantur, quibus placet, *Le xicographia* dicta voce, aliive systematici authores in materia de *acquir. possess.* ubi latè & pluribus sensus & significationes voci explicantur.

§. II.

Ceterum, quod in quaestione attinet, an detur *an detur?* constitutum possessorium? Affir. dubiam fecit Giphon. fortè idè (1) quod pactis rerum dominia transferri non possint. *l. 20. C. d. pact.* (2) propter *l. 3. §. 1. & 3. de acquir. poss.* quod possessionem adipiscamur animo & corpore, neque solo animo velit nos posse acquirere possessionem, si non accedat naturalis possessio (3) propter *l. 8. d. tit.* quod sicut nulla possessio acquiratur nisi animo & corpore, ita & nulla amittatur, nisi in qua utrumque in contrarium actum (4) quod ejus in jure nullum detur vestigium. Verum leges pro constituto nimis aperta sunt, quam ut rem in dubium vocare firant; sic *l. 18. pr. ff. d. acquir. poss.* dicit: *quod meo nomine possideo. possim. alieno nomine possidere, nec enim meo mibi causam possessionis, sed desino possidere, & alium possessorem ministerio meo facio:* quæ Verba non intelligenda sunt cum *Zaf. de actu aliquo corporeo*, alias Jctus dixisset verbo & facto, neque eum alio quodam Jcto d' signo, vel argumento possessionis jam translate, seu duratione possessionis, sed de declaratione & expressione modi, per quem constitutum concipitur; hinc falsa est Rinckenii opinio, & novus quem adeo jactat interpretandi modus in *Exercit. Jurid. d. Const. poss. c. 1.* quasi non in constituto sed aliunde v. g. in ventione, donatione, modus transferendæ possessionis quaerendus sit.

§. III.

§. III.

*Sit sine actu cor-
porali.*

Certè non opus est in constituto possessorio, ut actus quidam corporalis interveniat, frustra dissent Giphani: non obstante, quod possessio sit facti, quæ tradi debeat, sed sufficit sola contrahentium voluntas, & per eam, tanquam fictum tradendi modum, possessio tam civilis quam naturalis in alium transfertur, retenta duntaxat corporali, seu secundum Glossographos, a minima, huc faciunt l. 77. d. R. V. l. 28. C. de donat. quæ hanc nostram sententiam satis confirmant; quod textus in contrarium adductos, attinet, aut intelligendi sunt de acquisitione possessionis vacuæ, non concurrente voluntate tertii, qui suam possessionem in alium transferre vult (nam facilis est, aliquem possessorem constituere sine facto aliquo corporali vid. l. 18. §. 2. C. d. acqu. poss. quam possessionem quæ vacua est nudo animo sibi acquirere) aut ut modus tradendi fictus non excludatur.

§. IV.

Definitio.

Definitur constitutum, quod sit *fictus tradendi modus, quo quis rem, quam alteri, v. g. vendidit, simpliciter ac nudis verbis ejusque nomine possidere constituit, eoque ipso possessionem ad illum transfert, per verba, fictus tradendi modus* indigitatur genus, nam in hoc serè Dd. conveniunt, quod constitutum sit fictus modus transferendi possessionem Fab. l. 7. t. 7. def. 1. n. 2. sequentia verba formam absolvent, ultimis, *eoque ipso possessionem ad illum transfert* effectus exprimitur. Distinguit Rincke l. ab. c. 2. constitutum in simplex seu absolutum, & conjunctum, hoc vocat constitutum cum conductione rei suæ l. 77. ff. de R. V. it: cum precario. l. 21. pr. C. §. 3. d. acquir. poss. vel cum retentione ususfructus, l. 28. C. de donat.

Disiunctio.

CAPVT. II.

De Personis constituentibus.

§. I.

Unanimi Jctorum consensu constat, omnem eum, qui cum facultate disponendi de rebus suis, illarum possessionem habet, posse eam per constitutum in alium transferre, sive sit debitor qui creditori constituit, sive sit alius, qui ex contractu quodam tenetur ad possessionis translationem. *l. 18. pr. ff. de acquir. poss. l. 77. ff. de R. V.* Si enim reali traditione possessio transferri potest, quidni per constitutum? fictio hæc est Jure recepta, quales bene multas in Jure habemus, ut ita extra omnem controversiam positum sit possessioem transfere, Ipse tamen debitor, qui jam ante constituit possidere pro creditore, constituere non potest, ipse enim non possidet, nec potest immutare causam suæ possessionis, nec priori creditori possessionem intervertere, nec factum aliquod intercedit, & constitutum possessorium in casu reprobato nil operatur. Sed quid dicendum est de negotio domini translativo, an debitor alii vendens, pro eo se velle possidere rectè constituat: Tyraq. *p. 3. lim. 14. num. 10.* hoc casu in emtorem dominium vel usucapiendi conditionem transfere, sicuti erat penes debitorem, cujus commodo possessionem creditoris respectu domini vel conditionis usucapiendi cedere tradit *per l. 1. §. 15. & l. 36. de acquir. poss.* quod an probari possit ego dubito (1) Fallum est debitorem possidere, si possessio creditori tradita, vid. *l. 37. ff. de acquir. poss.* hæcenus tamen dicitur possidere ut usucapio procedat, & immunis sit ab onere satisfactionis,

Personæ constituente

Debitor.

Limit.

B de



de his casibus loquuntur textus in contrarium allegati Gothofr. *ad d. l. 36.* (2) cum possessio penes constituentem non sit, in constitutarium nihil potest transferri. (3) videtur posse defendi, dominium rei oppignoratae cum clausula constituti possessorii, nequidem per actualem traditionem à debitore factam transire, qui ergo poterit fieri per constitutum? videatur *c. 7. §. 24* Ceterum de constitutario quaeritur, an ipse Jus suum in alium transferre possit? *aff. Fab. in C. l. 7. d. 7. d. 32.* modo fiat per aliam constituti clausulam, cum simplex cessio non sufficiat, quod puto procedere quoad ipsam possessionis acquisitionem, non verò ut Juris remedia pro retinenda vel recuperanda possessione competentia non videantur transire, nam ut hæc competant, sufficit sola cessio *Fab. d. l. n. 2.*

Constitutarius.

§. II.

Quod procuratorem attinet, negari non potest, per constitutum ab eo factum transferri possessionem *Tyraq. p. 3. lim. 13. n. 3. & seq.* præpmissis si habet speciale mandatum ad constituendum *n. 10.* item si habet mandatum cum libera. *num. 12.* imò sufficit si habet mandatum de tradenda possessione sine mentione constituti *num. 13.* an verò solum mandatum de vendendo sufficiat? Ita statuit *alleg. à Tyraq. d. l. num. 4.* nam qui mandatum habet ad vendendum, debet quoque mandatum habere ad ea, quæ venditioni sunt consecutiva; rectior est contraria opinio, non enim qui habet mandatum de vendendo, statim quoque mandatum habet de accipiendo pretio, at verò res regulariter non solet tradi, nisi sub ista conditione, ut statim pretium recipiatur. De negotiorum gestore quaeritur an constituere possit? Sanè regulariter huic non competit Jus alienandi, ergò nec constituendi, quod si verò

Procurator.

Negotiorum gestor an possit.

Domi-

Dominus constitutum rati habeat, nihil prohibet quo minus ex illo tempore valeat.

§. III.

De testatōres non adeò expedita est, scilicet an, si quis in testamento constituat se possidere nomine heredis vel legatarii, in eos possessio transeat? *Affirm. Afflicti. O. 275. Tyraq. p. 2. ampl. 24.* qui, si loquuntur de casu, ubi heredis vel legatarii acceptatio accedit, probari possunt, si vero sine acceptatione, quæ vivente constituario fieri debuisset, constituto vim quandam tribuunt, neutiquam cum iis facimus, nec enim videmus quid textibus *l. 8. de acquir. poss. §. l. 159. d. R. l.* reponi possit, sanè leges, quos pro sua sententia adducunt, ut *l. 88. pr. d. leg. 2. l. 37. §. 1. de leg. 3.* nihil minus probant, nam ne vestigium quidem in illis reperitur de constituto possessorio, vel ejus effectibus.

Facilius admittimus constitutum in Ecclesia à Prælati & Ecclesiasticis factum. *Tyraq. p. 2. ampl. 23.* per illud transfertur possessio, modò reliqua requisita concurrant, præ-

missis fiat cum consensu capituli; Idem dicendum de universitatibus, communitatibus & collegiis. *Tyraq. d. l. n. 25.* Quid verò dicendum de tutore & curatore? hos possessionem bonorum pupillorum per clausulam constituti possessorii non posse transferre communiter tradunt *D. Fab. in C. l. 17. t. def. 17.* non, quòd duo singularia non possint concurrere, hoc enim Brocardicum ipse rejicit, sed potius, quòd qui alieno nomine possidet, necesse sit, ipsum suo nomine prius possedisse, ut constituti clausula aliquid operetur.

l. 18. ff. de acquir. poss. tutorem verò non suo sed pupilli nomine possidere, aut potius pupillum per tutorem *l. 1. §. furiosus §. l. 32. de acquir. poss.* Interim ex æquitate contra subtilitatem Juris receptum esse idem testatur *d. l. 2. 7.* ut in consequentiam licitæ alienationis sufficiat clausula constituti.

An Prælatuſ?

Cæterum Prælatuſ non poteſt per conſtitutum tranſferre poſſeſſionem *Tyraq. lim. 16. n. 1.* hinc ex conſtituto facto à Prælato rem Eccleſiæ alienante, & nomine emtoris ſe velle poſſidere, conſtituente, in hunc poſſeſſio non tranſfertur. Imò etiã ſi à nonnullis ex capitularibus conſtitutum factum fuerit, tamen nullius eſt momenti. Multò minus tantùm juris conſtitutario eſt quæſitum, ut poſſit in poſſeſſorio obtinere, & Capitulum ad petitorium & ordinarium iudicium remittendum ſit. Latè *Klock. integro conſilio tom. 1. Conf. 35. præprimis n. 187.* poſſeſſio enim rerum Eccleſiaſticarum non eſt penes conſtituentes, ſed penes ipſam Eccleſiam, hinc licet Prælatuſ moriatur, poſſeſſio tamen non vocat, ſed eſt penes Eccleſiam, quæ nunquam moritur. *Id. d. l. n. 184. Sic nec* Judex, vel nunciuſ, vel aliuſ, qui partem inducit in poſſeſſionem ex re iudicata, poſſeſſionem ejuſ rei in alium tranſferre poteſt per conſtitutum *Tyraq. l. 17. n. 1* nec obſtat, quod factum iudicis videatur eſſe factum partis, non tamen indè ſequitur, iudicem poſſe per conſtitutum in victorem poſſeſſionem tranſferre, ſicut ipſa pars victa poteſt, nam penes hunc eſt poſſeſſio, quæ penes iudicem nulla, quæ ratio melior videtur illà quam habet *Tyraq. d. l. n. 5.* ne ſc. duæ fictiones concurrant, ipſe tamen *num. 7. & ſeq.* hanc ſententiam variis

An Iudex?

Limit.

modis limitat 1. ſi per adverſarium iudex poſſeſſionem ingredi impediatur 2. ſi conſuetudo ita ferat 3. ſi iſ, qui miſuſ eſt in poſſeſſionem ex alia cauſa, rem jam detineat, hiſ caſibus per conſtitutum poſſeſſionem à iudice tranſferri poſſe ſtatuit, quod quidem nemo negabit, quamvis ſententiæ prioris caſuſ repugnet unuſ Ang. ſibi contrariuſ in *l. 1. princ. paulò ante ſine ff. de acquir. poſſ. re-*

An precario poſſidens?

ſerente Tyraq. l. alleg. n. 8. De precario poſſidente ab alio qua-

qua-

quaritur, an eum priver possessione? Affir. *Dd.* communiter, cum ista civilis requiescat in naturali, qua per constitutum amissa, civilem perire *Tyraq. lim. 14. num. 7.* hinc debitorem, qui creditoris nomine bona se possidere, cum adjectione precarii, se constituit, in emtorem per constitutum possessionem transferre iidem statuunt; limitant sententiam, si possessio civilis non requiescat in naturali v. g. in proprietario & usufructuario, quod tum naturaliter possidens suo constituto civiliter possidenti non præjudicet. Mihi scrupulum facit, quod non suffi iat possidere, ut constitutum procedat, multi enim possident, qui tamen constituto nihil agunt, sed quod præprimis attendendum sit, quid lex de alienatione rei sentiat. Certè alienationem ab eo, qui precario possidet, factam omnino improbabit, hinc in colono, servo, conductore, & aliis, per quos possidemus res expedita est, quod per constitutum veris possessoribus non præjudicent *Tyraq. lim. 4.* ipsi enim non possident, nec nudo animo causam possessoris possunt immutare, licet actuali traditione, possessionis eam intervertere possint. Sic nec venditor, qui pro emtore antea constituerat se possidere. Sic nec Emphytevta, Vasallus, Dominus feudi, maritus ratione rei dotalis, usufructuarius ratione ipsius proprietatis, constituere possunt: Verum cum in sequentibus prolixè de his agatur, ideòque in hoc loco has quaestiones tractare superflue debimus. De pupillis, minoribus, mente captis, prodigis & similibus non attinet dicere, quilibet enim facile admittet, has personas inhabiles esse ad constituendum.

Quid de colonis, servis, conductore?

Quid de Emphytevta Vasallo &c.?

Quid de pupillis &c.?

§. V.

Dictum hactenus est de personis constituentibus; sequuntur quibus fiat constitutum: ubi generaliter notan-

Quibus fiat constitutum?

Procuratori.

tandum, omnes qui possessionem acquirere possunt, habiles esse, ut sibi illam ex constituto acquirant, hinc, cum possessio per procuratorem rectè acquiratur *l. 1. §. 20. ff. de acquir. poss.* constitutum fieri potest procuratori Domini ejus nomine *Guid. Pap. d. 112.* circa finem, sic vendo tibi domum ut Procuratori Titii, & constituo me possidere nomine illo tuo procuratorio, valet constitutum *Tyraq. p. 2. ampl. 26. n. 1.* pro hac sententia adducitur. *l. certè §. 1. ff. de precar.* quæ licet loquatur de procuratore constituentis, eadem tamen ratio est in eo, cui tanquam procuratori alter constituit, alios textus adducit *Id. d. l. n. 3.* ut sanè mirer dari adhuc dissentientes, quos ipse refert *num. 4.* & ad ipsorum argumenta *num. seq.* respondet, quorum primum desumptum est *ex l. ea, que civiliter ff. de acquir. possess.* alterum in brocardico isto se fundat, quod duo fisiones seu specialitates non possint concurrere, neque certè tolerabilior est ipsorum sententia, qui non quidem Domino, sed Procuratori possessionem acquiri statuunt, nulla lege, nulla ratione.

§. VI.

Requisita Procuratoris.

Caterum requiritur (1) ut ipse procurator habeat mandatum (2) ut constituens illud constitutum concipiat in personam ipsius procuratoris, tanquam procuratoris Domini, adeò ut constitutum in personam ipsius Domini conceptum in utile dicat *Tyraq. d. l. num. 16. per l. quæcunque ff. de acquir. dom.* (3) ut procurator intendat domino per constitutum quærere possessionem. Patet inde (1) si constituentis animus erat, constituere procuratori nomine proprio, nullam in Dominium transferri possessionem, cum illud ne quidem in reali traditione fiat *l. 59. ff. de acquir. rer. dom.* (2) quod licet constituens intendat per constitutum, interveniente procuratore, in mandan-
rem

tem transferre; tamen, si procurator ex constituto sibi velit possessionem quarere; nihil in Dominum ejus transferatur. Servi sanè factum transfert possessionem in Dominum, non saltem ex causa peculiari. *l. qui à seruo ff. de O. & A. sed & secundum Glöf. in d. l. ex causa dominica, per legem, quod servus, & legem si me in vacuum ff. de acquir. poss. Tyraq. ampl. 28.* Sic Ecclesie factum in eam transfert possessionem. *Tyraq. ampl. 29.* Sic & in secundum donatarium illud transire volunt, juxta *l. quoties C. de donat. Decius. Conf. 239.* ubi multis rationibus hanc sententiam defendit; communiter tamen dissentiunt *Tyraq. ampl. 30. num. 2. Guid. Pap. D. 512.* eaque sententia nobis verior, ut in sequentibus patebit.

An Servo?

An Ecclesie?

§. VII.

De negotiorum gestore quaritur, an ex constituto huic facto transferatur possessio in eum, cujus negotia gerat? *Affir. Fab. C. l. 7. t. 7. d. 33.* idque expeditum est, si rati habitio subsequatur. *Tyraq. ampl. 27.* qui tamen illud ad notarium saltem, stipulantem nomine alterius absentis, restringit. Sanè quod absentem attinet, in eum non aliter ex constituto possessionem transire statuunt, quam si rati habuerit. *Tyraq. lim. 30. n. 1.* hinc si interim constitutus expellatur, constitutarium remedio recuperanda agere non posse *num. 2.* nec attendi, an alius pro eo accipiet, aut possessionem pro eo apprehendat *n. 7.* sed quid si notarius pro absente sibi constitui curavit? Valdè controversitur hæc quæstio, quæ dependet ex illa non minus vexata quæstione, an notarius pro absente stipulari possit, ita ut ei jus quaratur? alii dicunt eos stipulari posse in prætoriiis & judicialibus stipulationibus, alii hoc restringunt, & in judicialibus locum judicii, auctoritatem judicis, & ne sit alius qui de Jure alteri stipulari possit, requi-

An negotiorum gestor?

An absentis?

An notario pro absente?

requirunt; alii circa delectum stipulationum, an sint con-
 tionales, vel judiciales, nulla habita mentione mandati
 vel autoritatis judicis, tenent indistinctè pro absentibus
 Notarios stipulari posse, cumulum Dd. cujuslibet opinio-
 nis exhibet *Tyraq. lim. 30. num. 17. & multis seq.* Verum
 neque hæc, neque illa, neque ista opinio de jure civili ve-
 ra est late, *Tyraq. d. l. n. 29. & seq.* ubi ad textus, quos pro
 sua sententia contrarium sentientes adducunt, responder.
 Equidem ubi jure statutorio receptum, Notarium pro ab-
 sente stipulari posse, per se patet, absenti jus per notari-
 um acquiri; sed quid dicendum de clausula constituti, an
 ea à Notario adjecta in absentem transferat possessionem,
 antequam ipsius ratihabitio subsequatur? *Neg. Tyraq. d. l.
 num. 53.* rationes ejus potissimæ sunt & quod possessio sit
 ejus naturæ ut non nisi animo ejus, cui dari debet, qua-
 ri possit 2. quod aliàs plures specialitates circa unam ean-
 demque personam concurrerent: Verum prior ratio est
 ex lege civili, non secus quod per extraneam personam
 nihil juris nobis acquiri possit, sicuti verò posterius le-
 ge alia civili potest tolli, quid prohibet, quo minus prius
 quoque immutetur? posterior ratio est insufficientis, quid
 enim vetat, plures specialitates concurrere? & brocardi-
 con illud Dd. diu refutavit Fab. Denique pupillis & mi-
 noribus constitui posse nemo negabit; an & tutoribus
 transeat? quatenus per hos illis Jus potest
 dari, eatenus gaudebunt jure
 constituti.

An pupilli, &c.

CAPVT III.

De Objecto seu rebus, quæ consti-
tui possunt.

§. I.

REM suam, quam quis possidet, constitui posse extra con-
troversiam est *l. 18. ff. de acquir. possess. l. 77. de R. V.*
non solum singularem sed quotam bonorum, imò uni-
versa bona *Afflic. d. 139. v. g. si oblige universaliter omnia*
bona, & constituo me possidere nomine creditoris, licet
bona non exprimantur, transfertur tamen possessio *Ty-
raq. p. 2. ampl. 31. num. 1.* dissentientium argumenta tanti
ponderis non sunt, ut in suam sententiam nos trahere
valeant, videri ea possunt *apud Tyraq. d. l.* Illud facile largi-
mur, si statuto ita provisum, ne ex generali bonorum con-
stituto possessio transferatur, aliud dicendum esse, qua-
le statutum Mediolani esse refert *Id. d. l. num. 7.* Singulare
quoque temperamentum circa constitutum omnium bo-
norum affert. *Fab. in C. l. 7. t. 10. def. 7.* nam possessionem
rei singularis ex clausula constituti generalis conditione
ex *l. ult. C. de acquir. possess.* à tertio b. f. possessore
ayocari posse difficulter concedit, ut ita creditor
exceptione discussionis repelli possit: facile ipsi subscri-
bimus, præprimis si in distractione ab utraque parte bo-
na fide agatur, eoque magis, quod conditio ista *l. fin.*
exhibens intra limites cohibenda potius, quam ut latius
expansis sinatur. Durum sanè, si debitor, quantumvis
locuple, ob constitutum generale unam aliamve rem bo-
na fide, alienans creditori suo possessionem intervertisse
diceretur. Quis contrahere vellet cum tali debitor, cum
non habiturus esset exceptionem non facta excussionis;

Quota bonorum
& uniuersa bo-
na.

Limite.

Aliareprensio.

C

Sic-



Sicuti itaque jam tum lege prohibitum, ne quis pro debito certo universa debitoris bona jure domini possideat. *l. 2. Cod. de Jur. dom. impet.* Ita ipse Faber *dict. l. prohibendum* esse vult, ne quis per clausulam constituti universorum debitoris bonorum possessionem sibi acquirere possit.

§. II.

Bona futura sub
variis distinctionibus.

Casus 1.

Cas. 2.

Cas. 3.

De bonis futuris quaeritur, an ad ea effectus constituti sese extendat? *Afflict. D. 335. num. 8. & seq.* distinguit: aut (1) quis constituit se rem nomine alterius tenere aut possidere, & tempore constituti non possidebat, tum nihil operatur: aut (2) obligat pro debito omnia sua bona, praesentia & futura, & constituit se nomine creditoris tenere, si postea acquirat, constitutum ad ea se extendere affirmat. Aut (3) obligavit bona sua, suorumve heredum, praesentia & futura, & constituit se creditoris nomine possidere, & non acquisivit, sed heredes ejus acquisiverunt, quoad ista bona heredum constitutum nihil operatur. Sanè quod ultimum casum attinet, nemo facile contrariam sententiam sequetur, qui enim non possidet, nec possessionem acquirit, quomodo eam in alium potest transferre? In secundo casu communiter Dd. cum *Afflict. Sentiunt: sic Fab. in C. l. 7. t. 7. d. 20.* clausulam constituti quoad bona futura vim suam exerere, si de iis specialiter actum, statuit. (quamvis in *Erroribus Pragmat. decad. 4. Err. 8.* satis subtiliter defendat, quod constitutum, expresse conceptum quoad bona futura, vim suam eo extendere non possit, potior ejus ratio est, quod actus, qui sub conditione fiunt, si non eo instanti, quo conditio impletur, effectum producant, quem producere potuissent, si purè essent facti non valeant, ac verò naturam non pati, ut uno eodemque momento possessio acquiratur,

sur-

rursus verò in alium transferatur, diversam rationem esse ait in acquisitione dominii, & constitutione hypotheca, cum utrumque Juris fiat potestate, & Jus utrumque possit operari, facta autem, quæ rationem ordinis inter se habent, à natura non nisi in tempore produci queant.) Hanc sententiam latè defendit, & dissentientium argumentis satisfacit *Tyræq. p. 2. ampl. 32. ubi n. 15.* eos refutat qui necessarium esse volunt, ut constituens tempore acquisitionis animum habeat acquirendi possessionem constitutario, sufficit si sibi acquirat, quamvis in dubio constitutario possessionem querere præsumatur *Id. n. 17.* Sanè si nomine Procuratoris tertio velit acquirere possessionem, constitutario nihil Juris inde competit. *Id. num. 16.* Priorum denique casum & sententiam Afflict. tuetur *Fab. l. 7. t. 7. def. 14.* I. Quod requiratur à parte constituentis possessio II. quod possessio, cum magis facti sit quàm Juris, nullam fictionem recipere possit, neque fieri queat, ut constituens, qui postea possessionem acquisivit, jam exinde possessisse videatur III. quod non ita facile transire possit in constitutarium possessio constituenti postea superveniens, uti in emtorem dominium à venditore postea acquisitum transfertur; an verò his argumentis Fabr. sententia adstruatur alii judicent: mihi constituens non audiendus esse videtur, nam & hic militat ratio, quæ debitorem de dominio rei post constitutam hypothecam demum quasiro excipientem, repellit. *vid. l. 41. ff. de pign. act.* nec potest quis venire contra factum proprium; Idem dicendum de herede constituendis, & tertio, qui ab ipso habet causam, plerumque enim eadem causa est successoris, quæ fuit authoris. Sic ferè consentiunt Dd. quod constitutarius contra constituentem, ejus heredem, vel tertium ab ipso causam habentem agens, non teneatur probare.

constituentem constituti tempore possedisse *Mascard. de probat. concl. 422. n. 5.* Illud facile concedimus, quòd contra tertium, causam à constituyente non habentem, nihil operetur.

§. III.

An litigiosa?
Neg.

Sed quid dicendum de re litigiosa, an ejus possessio per clausulam constituti transferatur? Constat rerum litigiosarum alienationes esse prohibitas *t. t. ff. & C. de litig.* ideoque vix dici potest, ex tali constituto possessionem transire vid. *cap. seq. §. 4.* nam licet actuali traditione ea transferatur, ficta tamen, qualis est, quæ fit per constitutum, hæcenus idem non potest operari. *Fab. in C. l. 7. t. 7. d. 13. n. 11.* ubi expressè dicit, *quod non possit per constitutum transferri ex contractu, qui sit ipso jure nullus, licet, si sit secuta ex eo traditio vera, per illam possessio transferatur:* in illa nudum factum attenditur, & possessio plus facti quam Juris est, in hac lex occupata est, a qua omnis constituti vis dependet, nec est verosimile, legem, quod uno casu vetat, in altero velle admittere. Sic nec potest dici, poenæ, quæ in alienationem rerum litigiosarum *per l. ult. C. de litig.* statuta est, locum esse, si non actualis traditio, sed saltem ea, quæ fit constitutum, intercescit. Videantur ea, quæ dicentur, *cap. 5. §. 3.* Sane si moribus nostris res litigiosa vendi, & quocunque modo alienari potest, salvo saltè Jure tertii, ut statuit *Magnif. Dn. Struv. Exerc. 46. th. 51.* per constitutum traditionem ejus rei fieri posse in dubium est; sicut & de Jure civili istis casibus, in quibus isto jure alienatio per mittitur. De fundo dotali quæriur, an ille constituti sit capax? seu an maritus possit constituere, se velle fundum dotalem possidere nomine alieno? Putamus idem omninò statu-

Nec fundus dotalis.

statuendum esse, quod in proxima quaestione de re litigiosa diximus.

§. IV.

Actum est de rebus quæ Jure pleni dominii ad constituentes pertinent, quid dicendum de iis, in quibus dominium minus plenum alicui competit, quales sunt feudum, Emphytevis superficies &c. quod feudum attinet, facile constat, illud per constitutum à Vasallo non posse transferri, arg. eorum, quæ de re litigiosa diximus, nisi alienatio ejus consentiente Domino suscipiatur, vel natura feudi aliæ circumstantiæ distractionem ejus admittant. De Emphytevi quærimus, an clausula constituti ipsius alienationi ab Emphyteva adjici possit, ut effectum suum consequatur? siquidem alienatio modo legitime peracta est v. g. si consensu Domini requisito, hic intra duos menses novum Emphytevtam suscipere superfeedat, aut ubi Domino competit jus protimiseos, ipse emere, aut intra duorum mensium spatium dare pretium recuset; omninò affirmandum. Quoties verò alienatio neglecto Domini consensu, atque ita contra *l. 2. §. 3. C. de Jur. Emphyt.* facta est, stante nostra hypothese, quod rei alienari prohibita constitutum adjectum nullius momenti sit, positionem non transire dicendum est, adeò, ut ne quidem quoad pœnam commissi, in quam Emphyteva irrequisito Domini consensu alienando incidit, *Fab. in C. l. 4. t. 43. d. 7. n. 6.* nihil censeatur actum, sicuti fufus infra dicemus: inde patet, quod si alteri fuit res vendita, & tradita, accedente approbatione & receptione Domini, hic priori præferendus sit *Tyr. ag. p. 3. lim. 3. num. 1.* nisi prior à Domino fuit antea investitus, ex eo enim tempore jus ipsi quaesitum est. *Guid. Pap. D. 46.* aut si consuetudo Emphytevæ pro lubitu jus alienandi concedat,

Nec feudalis.

nec Emphytevis.

Limit.

Quid de re superficiaria?

de qua testatur. *Tyrac. d.l. num. 4.* Denique de superficiario constat, quod liberior ipsi sit potestas circa rem disponendi; ideoque sine dubio per constitutum eam in alium transferre potest.

§. V.

In Jure Emphyteutico, & Superficiario, quod domino competis:

Non vero in feudi Jure constitutum procedit.

Sed quid dicendum de iis, qui talium rerum dominium directum habent, de Domino scilicet superficiem, Emphyteuticos, & feudi? Priores duo, cum citra possessoris consensum jus suum alienare possint, uti de Domino Emphyteuticos tradit *Carpzov. 2. C. 39. d. 10.* optimo jure poterunt constituere, feudi verò Domino alienatio juris sui invito Vassallo uti interdictum, secundum *text. J. feud.* ita constituendo nihil ager.

§. VI.

An constitutum sufficiat in constituenda Emphyteuti &c.?

Denique circa jus tale constituendum quæri potest, an constitutum sufficiat? seu an Dominus per constitutum rem suam alteri in Emphyteusin, superficiem & feudum dare possit? & an quis rem suam per constitutum ita in alterum transferre queat, ut illud in posterum tanquam Emphyteuticariam, superficiariam & feudalem agnoscat, atque hisce casibus Jus ipsum censeatur constitutum? Quod intrepidè affirmamus, cæteris tamen requisitis, in constitutione cujuslibet juris necessariis, concurrentibus, ficta enim traditio idem operatur quod vera, nec facit, quod possessio juris constituendi non sit penes constituentem, & quod in omni constituto ea necessaria sit. Neg. enim quod constituens jus non possideat, possidet Jus illud, si non formaliter, tamen virtualiter vid. *Grot. l. 2. c. 3. n. 2. addat. cap. 5. §. 6. in fin.*

§. VII.

Res incorporalis potest constitui.

Hactenus dictum de rebus corporalibus, progredimur ad incorporales, an ipsarum quasi possessio per constitu-

titutum transeat? *Neg. Fab. l. 7. r. 7. d. 19. cum in' corporalia neque tangi neque teneri possint. l. 1. §. ult. ff. d. R. D.* possessio verò per clausulam constituti non aliter transferatur, quam si ea sit penes constituentem tempore constituti. *l. 18. ff. de acquir. poss.* Sanè si Fab. vellet intelligi, an bonis omnibus oppignoratis cum clausula constituti, veniant quoque actiones? negativa facilius posset tolerari: at verò cum ex ratione subjecta constet de ipsius mente, quòd planè jurium possessionem vel quasi per constitutum transire non posse velit, deferendus est: Nam & jura posse per constitutum transferri veriùs putamus, quæ enim quasi possidentur, & tradi possunt, cur non ipsorum quasi traditio fieri posset per constitutum? Sic usufructuarius constituendo usufructum in quantum est alienabilis, vel potius ejus possessionem in alium transfert *Tyraq. p. 2. ampl. 33. num. 3.* Sic servitutem reliquarum, sic jurisdictionis, omniumque jurium incorporalium quasi possessio per constitutum transfertur. *Id. ampl. 34. num. 1.* Sic actiones, nominaque creditorum, cum per cessionem tradi possint, ita & per constitutum transferuntur. *Tyraq. p. 3. lib. 1. num. 10. dissentiente. Fabr. loc. jam alleg.* (Interim non obstante constituto, debitor de eo nondum certior redditus, creditori solvere potest, ad effectum ut ipse liberetur, constitutum enim non potest plus operari quam actualis cessione nominis, qua interveniente creditori competit actio conveniendi debitorem. *Brunem. ad l. 3. C. de Novat. §. deleg.* & tùm hic cedenti, seu creditori suo non potest solvere, si res non amplius integra, quando verò non magis integra sit *Id. Brun. tradit. l. alleg.*) Sic & rerum spiritalium, in quibus quasi possessio datur v. gr. beneficiorum, decimarum &c. constitutum fieri potest. *Id. ampl. 34.* Hactenus tamen illud procedit, si cui

Sic Jura

Servitutes.

Actiones.

Res spiritalis.

Limit.

cui sit constitutum, ejus possessionis sit capax. Quid enim si constituat clericus se possidere nomine laici? Sane non transferret possessionem. *Id. d. l. n. 3.*

§. VIII.

An jus constituendum constitui possit?

Neg. Tyrq.

Nos distinguimus.

Ceterum illud non aded expeditum est, an juris ad huc constituendi quasi possessio per constitutum transferri possit? v. g. vult quis alteri in re sua constituere servitutem usumfructum vel aliud jus, an valeat constitutum? Videtur negandum, constituens enim debet possidere, quod hic non facit, nam rei suae servitus consistere non potest, atque ita sentit *Tyrq. ampl. 35. num. 3.* Nobis distinguendum videtur, aut juris constituendi usus per esse potest, citra respectum ad rem aliam, aut talis usus non datur, qui non sit simul conjunctus cum re, cui jus acquirendum, priori casu non videmus, quid obstat translationi possessionis per constitutum, sic si promitto alteri usumfructum rei meae, eamque constituo me velle possidere nomine ejus, quid prohibet, quo minus possessio transeat. Idem dicendum de Juribus similibus. Posteriori casu tum demum procedet constitutum, si constituens rem, cujus intuitu jus constituitur, à constitutario habeat, sic conduxit à Titio fundum, promitto ipsi iter in meo fundo ad dictum fundum, cum constituto possessorio, quis negaret transferri possessionem: alia longè ratio est, quando citra detentionem alteri vellem iter constituere, nam hoc casu nihil per constitutum agi posset.

§. IX.

In nonnullis rebus non procedit regula generalis.

Illud generaliter observandum, in omnibus rebus, quae ab aliis possideri non possunt, jure aut natura repugnante, constitutum nihil operari; v. g. si pater velit constituere, se possidere jus paternitatis, aut maritalis: nam per tale constitutum nihil transfertur *Tyrq. ampl. 35. num. 5.* Sed cum pater certo casu jus habeat distra-



distrahendi filium, an possit constituere, se velle eundem pro emtore possidere? Non puto quicquam obstare, quo minus fieri possit, quæ enim & in quantum alienabilia sunt, ea constitui nihil prohibet.

CAPVT. IV.

De modo & forma Constituendi & Constitutum probandi.

§. I.

Cum per constitutum possessionis translatio intendatur, ^{Constitui re-} facile constat, à parte constituentis requiri, ut sit in ^{quisita.} possessione *Guid. Pap. D. 356.* quomodo enim constituens ^{Requisit. l. pos-} possessionem, quam non habet, suo constituto in alium ^{sessio} transferre potest? *l. 20. pr. ff. de acquir. rer. dom.* hinc qui non possidet, ejus possessionem non transfert. *Afflict. D. 37. Tiraq. p. 3. lim. 1. num. 1.* nec possessio, cum magis facti sit quàm juris, ullam fictionem recipere potest, nec in alium transferri, priusquam sit quaesita *Klock. t. 1. C. 35. num. 103.* & fictio debet fieri circa illud, quod fieri potest, adeò ut ne quidem fictam possessionem v. g. quando ex statuto in heredem ipso jure illa transit, sufficere velint alleg. *Dd. apud Tiraq. p. 3. lim. 4. num. 1.* hinc heredem ex statuto possessorem rerum hereditariarum, si ante realem possessionem rem cum constituto vendat, in emtorem possessionem non transferre iidem statuunt, ne scilicet duæ fictiones concurrant, ficta scilicet possessio & ficta traditio, *contra textum & Gloss. in l. 1. C. de dot. promiss.* Sanè si possessio rei hereditariæ non sit penes alium, non videmus, quidnam translationi possessionis ex clausula

D

con-

constituti impedimentum ponat; fictum enim idem operatur? quod verum. Imò falsum, possessionem, quæ est ex constituto, esse fictam, modus acquirendæ possessionis fictus est, non ipsa possessio acquisita; atque insensibile videtur *Tiraq. l. alleg. num. 2.* &posito possessionem esse fictam, non tamen quicquam hoc facit, nam falsum, duo singularia non posse concurrere circa eandem rem. Quòd si verò possessio ab alio jam occupata est, facile largimur, heredem per constitutum non posse transferre possessionem, non ob fictionem, per quam videtur eam habere, sed ob defectum communis requisiti in omni constituto, & statutum hæctenus illud operatur, ut ipsi competant remedia recuperandæ possessionis.

§. II.

Actualis detentio non requiritur.

Nec presentia rei.

Sufficit possidere per procuratorem &c.

Caterum illud non requiritur, ut constituens sit in actuali detentione rei. Sic I. sufficit possessio quæ ex modo possidenti dicitur civilis: hinc rei absentis possessio transit per constitutum *Tiraq. p. 2. ampl. 3. n. 1.* nec ejus presentia requiritur, esset enim clausula constituti inutilis, si non operaretur sine rei presentia & conspectu, nam tunc citra constitutum possessio facile transferri possit. *Id. d. l. num. 2.* Imò re presente nego fieri posse constitutum, ut nos illud consideramus, quicquid alii in contrarium dicant, nam qui rei presentis possessionem constituit, non per fictionem ex constituto transfert possessionem, sed talem quæ in actu corporali conspicua est vid. *l. 1. §. 21. ff. de acquir. poss. ff.* Sic II. sufficit, si quis possidet per procuratorem, colonum, servum &c. *Tiraq. p. 2. ampl. 6.* (quamvis dissentiat *Merend. l. 3. controu. c. 21.* qui ad argumenta nostræ sententiæ respondere conatur, deferendus tamen est, nec difficilis est responsio ad *text. l. 44. §. 2. vers. ejus l. 1. §. 45. de vi & vi arm.* quos pro adstru-

struenda sententia adducit) **cujus sicuti consensus non requiritur**, ita nec dissensus consideratur. *Id. d. l. putarem* ^{Cujus dissensus nihil facit.} tamen attendendum esse, an saltem contradicat, ne constitutario acquiratur possessio, quamvis eam sibi non velit asserere, an verò idè se opponat, ut constituenti suam intervertat, priori casu facile admittimus possessionem ex constituto transferri, posteriori verò casu vix illud procedet, non ob contradictionem alterius, quæ ^{Limit.} injusta est, sed quod penes constituentem nulla sit nisi fortè contractui jam perfectò contradictio superveniat. Nam licet concedatur amitti possessionem, cum tamen ea semel constitutario fuerit acquisita, remedia eam recuperandi utique habebit.

§. III.

Ex hactenus adducto requisito, quod à parte ^{Ex requisito} constituentis possessio necessaria sit, sequitur I. Si quis ^{possessio, sequitur.} constituat se velle possidere nomine Titii donatarii & post Titii mortem nomine secundi donatarii, quòd clausula constituti huic nihil profit, quia donator non potuit facere secundum donatarium possessorem, facto jam Titio possessore, cum post Titii mortem non sit possessor *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 14. num. 5.* quamvis non omni dubio careat. Illud expeditius est, quod si quis Titio donet bona, si sine liberis decedat, & si hic sine liberis decedat, Sempronio addito constituto, quod tam Titii quam Sempronii nomine possidere velit, posteriori per constitutum nihil quærat *Guid. Papæ D. 512.* Sic sequitur II. heredem, licet per aditionem hereditatis jus hereditarium consecutus fuerit, nondum acquisita rerum hereditariarum possessione per constitutum eam in alium non posse transferre: Nam hæres non possidere dicitur, nisi possessionem apprehendat. *Gail. 2. Obj. 129. num. 2.* neque possessio de-

functi, quippe quæ morte ejus extincta, in ipsum transit
Id. 2. Obs. 152. num. 10. nec ipse eam sibi acquirere potest si-
 ne animo & corpore. *l. 8. ff. de acquir. possess.* adeo ut ne
 quidem in suum ipso jure transeat, reprobata Accursii o-
 pinione *Gail. 2. O. 152. num. 4.* licet enim dominium ipso
 jure continetur, non tamen possessio, diversa sunt pro-
 prietas & possessio *l. 12. §. 1. de acquir. poss.* Idem dicen-
 dum de legatario, in quem licet dominium transeat non
 tamen possessio. *Gail. 2. O. 152. num. 5.* & generaliter sci-
 endum, quod, cum in iis casibus in quibus ipso iure do-
 minium transit v. gr. in Ecclesiam, filicum &c. non trans-
 feratur possessio *Gail. loc. alleg. num. 9. Assl. D. 299.* hisce
 casibus itidem clausula constituti, nondum apprehensa
 reali possessione, nihil possit operari. Fluit III. ex ad-
 ducto superius requisito, quod nuda detentio non suffici-
 at. *Tiraq. p. 3. lim. 1. num. 11.* nam diversa sunt *possidere*, &
detinere, etiamsi detinens id faciat consentiente Domino,
 scilicet si Dominus velit, ut constituat suo nomine, ille
 verò nomine proprio constituit. *Id. num. 12.* Illud scien-
 dum si constituens nanciscatur possessionem quod ea vi-
 dicti constituti transferatur. *Id. d. l. num. 14. & seq.* Dis-
 sentit *Fab. l. 7. tit. 7. def. 14.* qui possessionem superven-
 ientem non facere constitutarium possessorem statuit; ni-
 si constitutum collatum sit in futurum, nec facere quod
 dominium superveniens venditori ad emptorem transeat.
l. 46. de act. emt. possessionem, cum sit facti, non trans-
 fire, nisi eo tempore quis possideat, quo constituit se a-
 lieno nomine possidere. *vid. cap. 3. §. 2.* Quicquid sit Ty-
 raq. sententia nobis verior est, hanc sequitur *Tbessaur. D.*
215. num. 7. præmissis extra controversiam est quoad ip-
 sum constituentem, ut hic non possit venire contra fa-
 ctum proprium, nec enim hoc ita facile procedet, si de
 præ-

præjudicio tertii agatur, cui forte interim Jus quaesitum
Id. num. 17. An verò qui saltem detinet, nullus tamen a-
 lius possidet, per constitutum transferat possessionem?
vid. eund. d. l. num. 26. ubi affirmat. Generaliter his no-
 tandum omnes eos, qui non possident v. g. colonum,
 prælatum, possidentem precario &c. de quibus jam c. l.
 actum suo constituto nihil agere.

§. IV.

Ad constitutum requiritur titulus, sine titulo enim
 nunquam transfertur possessio *Affl. D. 139.* quamvis domi-
 nii translatus non requiratur, uti videmus in constitu-
 to, quod pignori adjicitur. II. requiritur ut titulus sit ju-
 stus, non jure prohibitus, & propterea nullus, sic si quis
 rem litigiosam alienet, cujus alienatio prohibita & sus-
 cepta est nulla *l. 3. ff. de litig.* eamque constituit velle pos-
 siedere nomine constituentis non transfert possessionem
Affl. D. 331. & in annot. num. 4. sic & alii volunt, ut ipsum
 constitutum fiat spontè non coactè. *Zaf. ad l. 18. ff. de ac-
 quir. poss.* quibus meritò assentimur, præprimis si ipse ti-
 tulus præcedens ex metu proficiscatur. *Tiraq. part. 3. lim. 7.
 num. 1.* sic in donatione inter virum & uxorem appositum
 non transfert possessionem. *Id. num. 12.* lex enim est,
 quæ eam transfert, hæc verò nunquam fingit, quando
 ex fictione nulla oritur utilitas. *Bartol. in l. 15. ff. de usucap.*
 Sanè illud eò facilius procedet, quando in nonnullis ca-
 sibus ne quidem per veram traditionem, possessionem
 transferri videmus. Dissentiunt plurimi, quos licet vi-
 dere apud *Tyraq. d. l. num. 18. & seq.* ipse tamen eos de-
 serit & in Curia Parisiensi semper secundum priorem o-
 pinionem judicatum fuisse testatur. III. ut contractus sit
 verus, non simulatus *Tyraq. lim. 8.* (qualis facile ob ta-
 lem clausulam præsumitur, hinc nec possessio transfertur

II. requiritur
 titulus.

Justus

Verus

Id. d. l. num. 2.) ex tali enim contractu ne quidem reali traditione transfertur possessio, nisi expresse illud actum. *Id. num. 34.* aut unus contractus fingatur pro alio, quem contrahentes verè intendunt, tum transfertur possessio ex vera causa, quam intendunt. *Id. d. l. num. 6.* An fictus titulus sufficiat, quaritur? Negant per constitutum tali titulo appositum possessionem transire *alleg. à Tyr. l. m. s. num. 5.* qui tamen simpliciter probandi non sunt, & ipse *Tyr. d. l. num. 6.* quadantenus ab iis recedit, ut si ista ficta traditio procedat ex consequentia alterius scilicet tituli vel veri vel præsumti, non prohibeatur translatio. Illud parum facit ad rem an contractus sit purus an conditionalis, nam & tali potest accedere. *Tyr. p. 2. ampl. 18. num. 1.* ut tamen non operetur nisi ex die conditionis existentis. *Fab. in C. l. 7. t. 7. d. 27.* nam & tale constitutum licet in se consideratum purum sit, est tamen conditionatum, imò etiam si dicatur, quod sit purum, nullius tamen effectus est ante impletam conditionem *Tyr. d. l. num. 4.* deficit enim causa ad transferendam possessionem.

§. V.

Cæterum nudo pacto appositum transfert possessionem *Tyr. p. 2. ampl. 18.* multo magis contractibus innominatis. *Id. d. l. ampl. 19.* quod quidem expeditum est, si contractui, per dationem à parte unius jam perfecto, constitutum accedat, ut constituens à parte sui videatur contractui satisfecisse, & ita poenitentia, vel conditioni causa data causa non secuta, locus non amplius superesse videatur, an verò ita contractui innominato, vel potius pacto de permutando apponi possit, ut cum per traditionem rei in esse deducatur, constitutum sufficiat ad hunc contractum conficiendum, quod intrepidè affirmamus. Sic & procedit in donatione reciproca, scilicet si duo sibi mutuo do-

An fictus titulus sufficiat?

Conditionalis contractus sufficit.

Pactum sufficit. Et contractus innominatus.

donant, & constituunt se possidere nomine superstitis
transfertur possessio. *Tyrag. ampl. 37.*

§. VI.

III. Requisitum est, ut constitutarius sit praesens, in constitutum consentiat *arg. l. 1. §. 2. junct. l. 3. §. 1. ff. de praesentia constitutarii.* vel si absit, quam primum constitutum sci-
vit, illud rati habeat. *arg. l. 24. de neg. gest. junct. arg. l. 24. pr. ratam rem hab.* adeo ut constituyente vi dejecto ante
constitutarii rati habitationem huic interdictum recuperan-
da non detur. *Zaf. ad l. 18. de acquir. possess. num. 7.* ne-
que heredi constitutarii ante rati habitationem decedentis
amplius integrum sit constitutum rati habere, atque ita
effectus ejus in se derivare.

III. requiritur
praesentia consti-
tutarii.
vel absentia rati-
habitiio.

§. VII.

IV. Requiritur ut constitutum certo modo atque
verbis illud inducentibus concipiatur, sic non sufficiunt
per quae quis alteri concedit licentiam possessionem pro-
pria autoritate ingrediendi, non enim ante ingressum
transfertur possessio, sed hoc saltem agitur, ut constituta-
rius eam per ingressum sibi acquirat *Klock. tom. 2. cons. 21.
num. 22.* Imo nequidem illa sufficiunt, quae quotidie in
instrumentis venditionum ponuntur; Titius vendidit,
dedit & tradidit Sejo talem fundum, sehet ihn hiermit und
krafft dieses Briefes in eine freie stille und geruhige Gewehr;
saltem important, quod licentia data sit emtori per ven-
ditorem capiendi possessionem propria autoritate. *Schnei-
der. §. retinenda num. 49. f. de Interd.* adeo ut ne qui-
dem talia verba, quibus venditor v. g. emtori expresse
possessionem tradit, attendenda putarem.

IV. Certus con-
stituendi modus
& forma.

§. VIII.

Patet itaque constitutum debere concipi verbis di-
positivis, puta quod constituens, expresse & diserte con-

Requiritur in
constituto verba
positiva.

stituat, se possidere nomine constitutarii. *Klock. t. 1. C. 35. num. 194.* Da einer bekennet / er wolle das verkauffte oder verpfändete Gut nomine emtoris vel creditoris besitzen. *Besold. thes. pract. voc. constitutum possessoriu* quæ expressio omnino necessaria est, si hæc clausula possessionē naturalem & civilem transferre debet. *Fab. in C. d. 15.* ubi ait clausulam ita concipi solere & debere, ut quis disertè constituat se alieno nomine possidere. *l. 18. ff. d. acquir. possess.* præprijis si possessionem rerum alienatarum absque ordine & legitimo processu & causæ cognitione summarie & executive quis avocare velit. *Klock. d. l.* Sanè verba enunciative & narrative concepta non sufficiunt, neque hic ulla dispositio vel obligatio constituti possessorii induci potest. *Klock. d. l. num. 194.* Quamvis necessarium non sit ut constituens à se abjiciat possessionem, quam ipse habet, & postea illam apprehendat nomine constitutarii *Tyræq. ampl. 4. num. 1.* Modum constituti possessorii introducendi per retentionem ususfructus habet. *Id. Klock. tom. 2. conf. 21. n. 22.* Daß jemand mit vorbehalt einer Nutznießung erklären kan / daß er im Nahmen eines andern dieß oder jenes inne haben und Besitzen / jedoch für sich selbst genießen wolle / zu dem Ende / damit die vera possessio an den constitutarium kommen und im Nothfall derselbe remedii possessionis recuperada sich behelffen könne. Alias formulas videre licet apud Balth. Rincke *in Ex. Jurid. de Constit. possess. c. 4.* quæ quidem quoad alias materias satis prolixæ; nostram verò clausulam vix tribus verbis expriment, v. g. alles bey würclicher Verpfändung meiner Güther &c. so auff solchen Fall cum clausula constituti possessorii & pacto executivo davor stehen sollen / It. sequentem formulam dicit frequentiore: dessen zu Bergewisserung

Enunciativa
non sufficiunt.

Er N. ihm N. das Haus &c. zum freywilligen wahren Unterpfande / jure constituti possessorii, & cum pacto executivo einsetzen / und hypotheciren thut.

§. IX.

Ceterum quia possessio sub conditione transferri potest. *l. 38. §. 1. de acquir. poss.* inde patet, quod constitutum contractui vero appositum possit concipi sub conditione, vel ex die, & hoc casu conditione impleta, vel die cedente, transfertur possessio. *Tiraq. p. 2. ampl. 16. num. 1. ubi num. 3.* ampliat etiam si constituens ante existentiam conditionis voluntatem mutet, quod propterea non impediatur possessionis translatio. Sed quid si conditio existat, an ea retrahatur in præjudicium tertij cui res fuit vendita & tradita? *Neg. Tiraq. d. l. num. 4.* modò realis traditio accessit, nam fictam traditionem, quæ sit per constitutum, vel per conductionem ab alio recepram non sufficere putat *num. 5.* distinguit. *Fab. l. 7. tit. 7. def. 36.* an conditio casualis sit vel mixta? an verò potestativa? posteriori negat possessionem retrahi in præjudicium tertij priori concedit, ut ita per clausulam constituti possit fieri retractio à tempore inhabili ad tempus habile *Ibessaur. D. 38. n. 2. §. 3.*

Potest fieri sub conditione.

§. X.

Illud quaritur an constitutum possit concipi post mortem, seu an quis possit constituere se possessurum post mortem? *Negant Dd. unanimiter,* adeò ut referente *Tiraq. p. 3. lim. 2. num. 6.* nullus ferè sit, qui contradixit, propterea, quod eo tempore constituens non possideat, quod tamen omnino necessarium est; Ipse tamen *d. l. n. 6. 7. §. seq.* ingenii exercendi causa nonnulla argumenta profert, quibus probari posse putat, constitutum validum esse, verum hæc tanti momenti non sunt, ut senten-

An post mor- tem? Neg.

E

ten-

*ne qui.lem à
marito pro dote.*

Limit.

tentiam Dd. oppugnant, minus evertant, quam adeò extendunt, ut ne quidem à marito pro dote restitutum constitutum factum quicquam operetur. *Thessaur. D. 38. num. 1.* Sed quid si clausula *ex nunc prout ex tunc* addita sit, an illa quicquam operetur? Neg. *Thessaur. d. l. num. 4. Aff. Fab. l. 7. tit. 7. def. 35.* cum impletà quancumque conditione ab initio contractus effectum habuisse videatur, cum quo facit *Guid. Pap. D. 268.* quamvis in casu quodantenus diverso, agit enim de casu, quando quis alteri sua bona donat, sub conditione, si sine liberis decederet, constituendo ex nunc prout ex tunc, & è contra, se dicta bona donata possidere, quod facilius procedit. Sanè si dispositio principalis confertur post mortem, ita & constitutum in ea appositum, quippe quod sequitur dispositionis naturam & qualitatem *Tiraq. l. alleg. num. 2. add. id. num. seq.* ubi aliquot limitationes v.g. si conferatur in tempus mortis, sic potest quis alteri donare, si sine liberis decedat, & constituere, se velle nomine ejus possidere, donatario ex constituto acquisita erit possessio. *Pap. D. 512.* duo enim extrema concurrunt, de se habilia *Id. d. l.* It. si ex accidenti incidat in tempus mortis v. g. si constitutum sub conditione factum, eaque post mortem extiterit, It. si effectus actus conferatur in tempus mortis, non etiam ipse actus, his enim casibus per constitutum transfertur possessio.

§. XI.

*In Constituto
semper proban-
da possessio con-
stituentis.*

Exceptiones.
1.

Illud sciendum, eum, qui ex constituto jus aliquod sibi asserit, probare debere, constituentem tempore constituti possedisse, aliàs non obtinebit. *Mascard. Vol. 1. conclus. 422. num. 1.* qui enim constitutarius potest acquirere possessionem, quando constituens eam non habet? *Fab. C. de acquir. possess. d. 14. num. 1.* Fallit (x) in antiquis, in qui-

quibus non est necesse, possessionem constituentis probare tempore constituti, sed illa præsumitur. *Masca. d. d. l. num. 4.* (2) ut non procedat quoad tertium, quando scilicet de ejus præjudicio agitur, sed tantum quoad ipsum constituentem, seu ejus heredes, cum quoad ipsorum præjudicium sufficiat ipsum constitutum sine alia probatione ipsius possessionis. *Id. num. 5.* Idem dicendum de tertio, quando causam habet ab ipso constituyente, quod huic quoque præjudicet *num. 6.* An verè constare debet, clausulam constituti contractui appositam esse ex voluntate contrahentium? Certè sæpè ex stylo Notariorum & scribarum apponitur contrahentibus vim & effectum ejus ignorantibus, quo casu nulla vis & efficacia in ea potest poni *Klock. t. 1. conf. 35. num. 198.* Putarem in dubio præsumi, clausulam ex voluntate partium esse appositam, cum Notarius non nisi rogatus officium suum impertiri debeat.

Appositum præsumitur ex voluntate partium factum.

CAPVT V.

De Effectibus Constituti.

§. I.

Effectus constituti sunt varii, iique insignes. I. Quod in Constitutarium transferatur possessio *l. 18. de acquir. possess.* & quidem naturalis, si constituens saltem naturalem habuit. *Tiraq. de Constit. Possess. p. 2. ampl. 20.* civilis, si civilem, *Id. p. 2. ampl. 21.* Si utraque penes constituentem fuit, tam civilis quam naturalis transit: *Coler. de process. Exec. p. 1. c. 10. n. 182.* Sic per constitutum naturalem & civilem transferri tenet *Klock. tom. 2. conf. 21. n. 1. §. D. ab ipso alleg.* sive eo tempore, quo constitutum factum est, possideat, sive postea possessio superveniat. *Tiraq. de Constit.*

Effect. I. constituti, quod transferat possessionem. Naturalem. Civilem. Utramque.

possess. p. 3. lim. 1. n. 20. sic transit non saltem, cum quis constituit se possidere, sed etsi confitetur se id facere. *Tirac. p. 2. ampl. 2. num. 1.* ipse tamen *num. 3.* restringit, quando quis confitetur se possidere, nomine alterius, secus, si simpliciter fateatur, alterum possidere, cum ipse, qui fatetur, possideat; nec enim per ejusmodi confessionem perdit possessionem, quam habet: Sanè non video, quid priori calu, quo quis fatetur se id facere, possit confessio conferre ad translationem possessionis; aut enim non constat, quod constitutum non intervenerit, ob confessionem alterius præsumitur intervenisse, & ex eo censetur translata possessio; aut certum est, quod non intervenerit & tum aut non accedit acceptatio alterius, possessio non erit translata, nemini enim acquiritur nisi volenti & acceptanti, nec falsa confessio immutat rei veritatem. *l. 6. ff. ad Municip. aut acceptatio accessit, tum quidem possessionem transire concedi potest.*

§. II.

Transfertur vera possessio.

Cæterum, ea quæ per constitutum acquiritur possessio, vera & propria est. *arg. l. 6. ff. de precar. Bald. in l. 1. C. de acquir. possess.* ubi dicit, quod, licet modus acquirendi sit fictio, acquisitum tamen sit veritas & substantia *Guid. Pap. D. 356.* Illudque generale est in omnibus fictis traditionibus, ut scilicet ex illis vera possessio transferatur. *l. 48. ibique Bart. ff. de acquir. poss. facit huc cap. 9. extr. de restit. spoliat. §. c. 17. extr. de præscript.* Alii dissentiunt, quasi, hæc sit ficta possessio, non vera *per l. 9. de acquir. poss. voc. videmur*, quod ipsis denotat ex sua nativa significatione fictionem. *l. 1. §. 12. junct. Gloss. in verb. videor. ff. de vi & vi arm.* Hanc sententiam Sequitur *Tirac. p. 2. num. 7.* ex eò, quod fictum non possit operari & producere verum effectum, verba ejus sunt, *quomodo illud quod fictum*

Alii fictam putant.

fictum est, potest dare rem non fictam? arg. l. 20. ff. de acquir. rer. dom. Verùm hæc tanti momenti non sunt, ut à priori sententia recedamus, aliud est modus rei, aliud res nec unum cum altero confundendum, modus quidem fictus est, malè inde colligitur, quasi & possessio sit ficta; sic sunt modi ficti transferendi dominium, hoc tamen propterea fictum non est; hanc sententiam communiter Dd. sequuntur, & ipso fatente Tiraq.

Quorum sententia rejicitur.

§. III.

Quæ hactenus dicta sunt, quod per constitutum transferatur possessio, non semper procedunt: Nam quandoque ea (1) vel planè non censetur translata; vel (2) quæ facta est non attenditur, quasi insufficientis, vel (3) non interveniense in effectu censetur. Sic non sufficit constitutum, quando lex utitur verbo *accipiendi*, sed requiritur realis traditio *Tiraq. de Const. possess. p. 3. lim. 10.* Cum hæc sit significatio & natura hujus vocis: Verius est quod dicit ibid. *lim. seq.* quòd, quories lex veram & corporalem, seu actualem traditionem exigit, aut utatur verbis ex sua natura eam importantibus, non sufficiat constitutum, sed corporalis quoque traditio requiratur, sic statuit *Stephan. Grat. Decis. 238. num. 5.* & illud præprimis procedit in statuto, quod ita intelligendum, ut aliquid addat juri communi, & in quo verba in sensu vero sumenda, non ficto *Grat. d. Dec. num. 6.* qualia statuta refert *Tiraq. d. l.* hinc cum statutum exigit, emptorem debere possessionem rei emte apprehendere, in præsentia Notarii & testium, ut consanguinei possint contractus notitiam habere, fictam possessionis acquisitionem, quæ fit per constitutum, insufficientem, esse, & ita judicatum fuisse testatur *Id. l. alleg.* Præterea nec venditorem liberari ab actuali & reali traditione per constitutum in contractu appositum, sed non

Fallit regula tribus cas.

Primi casus exemplum.

Secundi Casus exemplum.

Dissentiunt alii.

eo minus ab emtore conveniri posse, communior est sententia, quam sequitur *Cacher. Dec. 36.* Quamvis alii venditorem obligationi satisfecisse, nec emtorem actione ex emto agere posse, sed vindicatione, aut Publicitaria aut interdicto, uti possidetis, experiri debere autumant, quos refert *Cacher. d. l. num. 1.* Hanc sententiam sequitur *Jason. §. act. num. 138. f. de actionib.* aded ut emtor actione ex emto agens succumbat *Nerviz. Cons. 37. num. 19.* cum sublata sit actio ex emto per constitutum, sicut omnis alia actio ex contractu, tali clausula munito, descendens, & male agat actione ex contractu sublata: *Guid. Pap. Cons. 192. num. 4. in fin.* Nisi emtor se precario possidere constituat, hoc enim casu cum retineat naturalem possessionem, ad eam transferendam actione emti adhuc conveniri posse volunt apud *Cacher. dict. l. num. 4.* Nobis dicendum videtur: aut constitutum in majorem contractus firmitatem adjectum, tum stante contractu, actione inde competente potest conveniri ad actualem rei traditionem, nec enim debet intentio contrahentium contrarium effectum operari; aut constitutum propterea appositum, ut res ex alia causa v. g. locato, commodato vel ex precario &c. sit apud venditorem, hoc casu contractui satisfactum, qui propterea resolutus est, inde non datur magis actio emti, potius aliis actionibus competentibus agendum, atque ita dissentientes quodammodo possunt conciliari. Ceterum illud indubium putamus, si venditor conveniatur ad tradendum, quod non sufficiat, si paratus sit rem tradere per constitutum, ita enim res tradenda, ut emtor facultatem habeat pro lubitu eam tractandi. Sic nec liberatur per constitutum, quando præter illud promissit possessionem vacuum, liberam, verba enim promissionis non debent esse superflua. *Tiraq. p. 1. num. 11.* Sanè in po-

Nostre sententia.

nali-

nalibus possessionis translatio ejusque acquisitio, quæ est ex constituto, quoad irrogationem poenæ omni effectu destituta est: Sic Vasallus constitutarius à convasallo feudum acceptum possidens non cadit jure, si à tempore constituti intra annum & diem investituram vel ejus renovationem non petit. *Klock. tom. 2. Conf. 28. num. 6. & 7.* quamvis fluctuet ob traditionem *Cacher. D. 36. num. 5.* quod vera, propria & actualis possessio per constitutum verè tradatur, & pro tradita habeatur; Idem dicendum de Vasallo, quòd feudum alienando, si per constitutum in alium transferat, jure suo non cadat *Dn. Struv. in Syn. tagm. feud. c. 13. apb. 9. num. 5.* Dissentit Tiraq. qui tum demum sententiam Authoris admittit, quando cum expressa protestatione vel conservatione juris Domini factum fuit constitutum. Sic nec Emphytevta *Guid. Pap. Conf. 192. num. 4.* huc facit, quod Emphytevta laxiorem potestatem habeat circa jus alienandi quam Vasallus. Sic qui detrectat matrimonium contrahere arham duplicatam non restituit, nam & hic vera traditio requiritur. *Tiraq. p. 3. lim. 26. num. 4.* nec sufficit constitutum *Gratian. Decis. 38. num. 7.* ubi ex Tiraq. illam adducit rationem, quod *l. fin. C. de sponsal.* utatur voce *accipiendi*, quæ significat veritatem & realem traditionem. *Brun. ad d. lult. C.* An verò rem alienam scienter vendens furtum ejus committat vel non citra realem traditionem per verum constitutum? Sunt qui negant. *Tiraq. l. 26. num. 3.* Sunt qui affirm. *apud eund. num. 7.* Nos utranque sententiam approbamus.

§. IV.

II. Effectus est, quod si constitutum apponatur contractui, qui titulum conficit dominii translaticivum, hoc ipsum operetur dominii translationem. *Klock. tom. 2. conf. 21.*

Exempla tertii

Casus.

Exempl. I.

Exempl. II.

Exempl. III.

Exempl. IV.

II. Effectus est,

quod constitu-

tum transferat

dominium.

NUM.

num. 1. & plures ab eo allegati. Nam per constitutum possessio transfertur, & consequenter dominium, quod non nisi traditionibus transferri potest. *l. 20. Cod. de pact. ibique Brun. Guid. Pap. D. 268. Job. Aloys. Ric. Dec. 55.* hinc constitutario datur Rei vindicatio, quippe quæ ex dominio oritur; Sanè si constituens Dominus non fuit, constitutum illud operabitur, usucapiendi conditio sit translata. *Guid. Pap. D. 356.* Possessio enim transfertur, ubi verò possessio est, & bona fides cum titulo, ibi per se sequitur usucapio, ut ita dissentientes apud *Tiraq. p. 1. num. 18.* quæ si possessio civilis non sufficiat, attendendi non sint. Hinc constitutario publiciana actio denegari non poterit. *Tiraq. p. 1. n. 16.* Cæterum hæc, quæ dicta sunt, tum demum procedunt, si constituens possidet. *Guid. Pap. D. 356.* Qui enim constituens qui non possidet, suo constituto in alium transferre potest possessionem quam non habet? *l. 20. ff. de acquir. rer. dom. l. 54. ff. de R. J. Tiraq. p. 1. num. 3. Klock. tom. 1. Conf. 35. num. 191.* negata itaque possessionis translatione, negatur acquisitio domini, vel facultas usucapiendi, quippe quæ sine possessione non procedunt.

§. V.

Ex superioribus sequuntur varia notabilia
Notab. (1)

Ex hætenus dictis sequitur (1) quod re duobus vendita, is præferatur cui per constitutum prius tradita, sive sit prior, sive posterior emtor, non obstante quod alteri postea realiter tradatur. *Tiraq. p. 1. num. 21.* nam ficta illa traditio quoad acquisitionem domini eosdem effectus parit, sicut vera & realis *Guid. Pap. 112.* translato itaque per constitutum dominio, quidnam venditor reali traditione potest transferre in alterum emtorem? *l. 54. ff. d. R. J.* Imo licet venditor non fuerit Dominus, in Publiciana eritis potior, cui prius tradita, contra alterum emtorem ab eodem non Domino causam habentem.

Bachov.

Bachov. *De action. Disp. th. 21. & 22.* hæc tamen intelligenda sunt de casu quando fides de pretio habita *Pap. D. 112.*

nam nequidem per realem traditionem transfertur dominium, si fides non fuit habita, quomodo per fictam? *Notab. 2. Quæst. 1.*

Illud quæritur (1) si tempore constituti venditor non fuit in possessione, eo verò tempore, quo rem posteriori vendit, eam habeat, & huic tradat, an prior præferendus? Si per constitutum acquiritur possessio, quæ constituenti postea supervenit, utique prior præferendus, quem quoque præponimus, si post utramque venditionem clausula constituti munitam, constituens possessionem acquirat.

(2) quæritur: An contractus Emptionis venditionis interveniente constituto, solo dissensu possit resolvi, ita ut vis quoque constituti dissolvatur? *Notab. 3. Quæst. 2.*

Neg. plurimi, nisi res ipsa retradatur. *Tiraq. p. 1. num. 19.* quamvis aliis constitutiva traditio sufficiat *Id. p. 3. lim. 29. n. 5.* Putarem, nulla traditione hoc casu opus esse, ne quidem per constitutum, nam si res est apud venditorem, non opus est traditione alia, cum id pro traditione sit *l. 9. §. 5. ff. de acquir. rer. dom.*

Vid. Tiraq. l. alleg. n. 5. ubi auctores, qui hanc sententiam tumentur, addatur *Cacheran. decis. pedemont. 35. per totam* ubi argumenta pro utraque sententia facientia, ipse tamen eam sequitur, quam nos adduximus. Sanè si emtori res ab initio realiter tradita, ad dissolutionem contractus (nisi velimus statuere, quod non tam sit prioris contractus resolutio, quam alia quædam conventio involuta placitis prioris consensus, per se tamen producens novum contractum) omnino requiritur retraditio, sed an sufficiat constitutum? hoc sufficere arbitramur. *Tiraq.*

p. 3. lim. 20. n. 2. (3.) Quæritur, an constitutum faciat, ut emtor teneatur ad usuras pretii soluti? Prolixè de eo agit *Tiraq. locis allegatis*; res eò reddit, aut fructus percipit, *Notab. 4. Quæst. 3.*

Notab. 5.
Quæst. 4.

tum tenetur, aut non percipit, nec usuras debet, *per. l. 13. §. 20. & 21. ff. de act. empt. vendit.* (4) Quæritur, an Dominus directus possit petere laudemia ab emtore possidente per constitutum? *Neg. Guid. Pap. D. 101.* cum laudemia debeantur Domino directo pro labore investitura, & tradendo emtori possessionem realem rei vendita, qualem laborem hoc casu non intervenire in aperto est. Placeat magis *Tiraq. affirmantis opinio p. 3. lim. 27.* Utrique enim Dominus novum Emphytevtam in possessionem suscipit eo ipso quo Emphytevtam cum agnoscere paratus est.

§. VI.

An constitutum
in expectativa
aliquid opere-
tur.

Cæterum, cum in superioribus dictum, quòd is præferatur, cui per constitutum traditio facta, quæri potest, an si quis habeat expectativam cum clausula constituti possessorii, præferendus sit alteri, qui de re ab eodem Domino investitus possessionem rei feudalis consecutus est? Illud constat expectativam saltem conferre jus ad rem, & Dominum inde obligari ad rei feudalis traditionem, interveniente investitura, hinc si tertius legitimam possessionem feudi nactus est, utique præfertur. *Dn. Struv. in Synt. feud. l. 7. aph. 7. n. 2.* Sed an non clausula constituti conferat jus aliquod reale per translationem possessionis? *Alex. Galvan. cons. 30. n. 15.* quam refert *Klock. t. 2. c. 21. n. 1.* tradit, quòd, si primo vasallo traditio facta seu instrumentalis duntaxat, per simplicem constituti clausulam facta & concessa fuerit, secundo autem postea res realiter tradatur, tum ad effectum irrevocabilis acquisitionis civilis traditio prævaleat naturali: posito itaque, quod jus aliquod reale per clausulam constituti competat, erit utique ei concedenda utilis rei vindicatio contra tertium, nam hæc vasallo ex unanimitate Feudistarum opi-

Affirmativa sen-
tentia.

opinionem datur *Vultej. de feud. l. 2. c. 1. n. 13.* ipse tamen
Klock. d. l. num. 20. & 21. dissentit, & vult clausulam con- Negativa
 tituti hic nihil posse operari, cum Dominus concedens
 expectativam cum tali clausula, dominium utile non pos-
 sideat, quippe quod est penes vasallum, jam verò notis-
 simi juris esse, per constitutum nunquam transferri pos-
 sessionem ab alio occupatam *Cacher. conf. 8. n. 74. Afflic. que Gerior*
D. 299. cui sententiæ merito subscribimus, quamvis dubi-
 um super sit, an non possessio morte ultimi possessoris,
 interveniente consolidatione utriusque domini, Domi-
 no postea quaesita vi constituti transeat, cum possessio-
 nem supervenientem transire in superioribus dictum. Limitatio.
 Ceterum si Dominus aliquem investiat super re ad ipsum
 devoluta, & quam possidet, cum constituto possessorio,
 hunc posteriori investito, cui simul res à Domino reali-
 ter tradita, præferendum omnino putamus. *Vid. cap. 3.*
 §. 6.

§. VII.

III. Effectus est: Quòd constitutarius habeat facultatem propria autoritate possessionem ingrediendi, hæc enim facultas in est possessioni *l. 25. §. ult. l. 44. §. ult. de acquir. l. amit. poss.* Hinc neminem spoliare dicitur, quando propria autoritate, nemine contradicente, suam possessionem occupat *Fab. in C. l. 8. t. 3. d. 33.* quod tamen non procedit, si possessio vacua non est v. gr. si alius est in possessione *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 18.* hunc invitum e- jiciendi vel expellendi constitutario jus & potestas non est, etiam si possessor causam habeat ab ipso constituyente. III. Effectus
Constituti, quod
det jus ingredi-
endi rem pro-
pria autori-
tate.
Limit.
Mev. 5. D. 351. n. 6. adeò ut spoliator sit constitutarius, si invito possessore apprehendat eam possessionem, quæ sit penes alium, quàm paciscentem ejusve successorem *Fab. l. 8. t. 3. d. 34.* atque possit conveniri tanquam spoliator

*Rejicitur
Tiraq.*

vulgari actione ex canone pontificio *redintegranda* 3. *quest.*
l. non obstante constituto, ut ita deferendus sit *Tyraq.*
p. 1. num. 43. qui constitutarium possessionem invito &
 resistente successore singulari ingredi posse tradit, etiamsi
 non adsit pactum de ingrediendo *num. 44.* modo fiat in
 continenti *num. 45.* Inerim si hypothecam habeat suc-
 cessor in re, tum eum expelli non posse autumat. *n. 47.*
 Sanè si prior sententia subsistit, hypotheca successorem
 singularem parum defendet. Quicquid sit, neutro ca-
 su constitutario erit concedenda facultas ingrediendi pos-
 sessionem invito possessore, cum ea non permittatur
 contra ipsum qui constituit *Mev. l. alleg.* Communiter
 quidem *Dd.* asserunt, licitum esse in continenti per
 vim ingredi possessionem propria autoritate, etiamsi
 debitor facto resistat, dum creditor id faciens, dica-
 tur magis defendere suam possessionem, quam occu-
 pare alienam vel aggredi *l. 17. ff. de vi & vi arm.* hos
 sequitur *Guid. Pap. D. 356. Coler. de Process. execut. p. 1. c. 5.*
n. 113. Tyraq. p. 1. n. 37. qui hoc assertum limitat, modò
 non prius iudicem adierit *n. 39.* nisi per protestationem,
 ut salva sibi manere debeat via facti, jus occupandi au-
 thoritate propria sibi reservaverit. Hinc *Fab. l. 7. t. 7. def. 18.*
 jus non ingrediendi restringit ad casum, quando debitor
 justam contradicendi causam habet, fortè quod debitum
 offerat, qua si destituatur, quòd ipse potius videatur vim
 facere, & verum possessorem expellere, adeo ut, etiamsi
 precarium saltem intervenerit, rursus à constitutario pos-
 sit expelli. *add. l. 12. ff. de vi & vi arm.* quoad tertium ve-
 rò etiam ab ipso debitore causam habentem, non distin-
 guit *Fab.* loco superius allegato.

*Amplificatio li-
mitationis*

Dd. sententia.

§. VIII.

Ceterum, verius videtur simpliciter cum *Mevio*
 statue-

statuere, quod nullo casu, non attentata justitia vel injustitia causa, ob quam debitor sese opponit, liceat constitutorio ingredi possessionem propria autoritate, etiamsi saltem debitor verbis sese opponat: sic (1) Communiter ferè statuunt, quod creditor ex pacto de ingrediendo possessionem, eam non possit ingredi, si debitorem resistentem cum armis aut corpus suum objicientem invenit *Coler. de Process. execut. p. 1. c. 5. n. 99.* Erg. nec ex constituto, nec facit ratio diversitatis, quod ex constituto censeatur translata possessio, hinc debitor resistens creditorem videatur ejicere, ut ita rursus in continenti possit ejici. Nam leges, quæ spoliatorem in continenti ejicere permittunt, singulares sunt, ideoque intelligendæ de casu, quo ipse Dominus ex possessione ejicitur, aut si possessio ejus notoria est. (2) Concedunt, quod si debitor justam habeat causam ob constitutum propria autoritate non possit ejici. *Fab. l. 7. t. 7. def. 18. num. 4.* At verò discernere an debitor justam causam habeat nec ne, consistit in discretionem judicis non partis, ne sibi ipsi jus videatur dixisse *l. 1. C. Ne quis in sua caus.* Imò eo ipso, quo debitor resistit, videtur justam causam habere præ eo, qui per vim ingredi tentat possessionem: Sufficit eum possidere etiamsi non constet de jure possessoris, & in dubio contra actorem pronunciandam. *can. in pari causa X. de R. J. in 6.*

(3) Facit huc *l. 176. ff. de R. J.* Non est singulis concedendum, quod per Magistratum publicè potest fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi. Sanè ipsi dissentientes, quod creditor contra objicientem corpus suum propria autoritate possessionem valeat occupare, limitant & restringunt variis modis, quos habet *Meyoch. de adipisc. Poss. remed. s. n. 81. Et seqq.* & ex eo refert *Coler de Process. Execut. p. 1. c. 1. n. 119. Et seqq.* Stat itaque firma nostra as-

Mebii sententia quam sequimur.

Ratio. 1.

Rat. 2.

Rat. 3.

tertio, quod creditori jus non sit, invitum debitorem ex constituto expellere, potius hic spectatur illicitum factum, ob quod jus suum amittere debet. *l. 13. Quod. met. caus. l. 7. C. und. vi* quàm jus constitutarii *Mev. d. l. n. 9. § 10.* quod tamen quoad effectum ingrediendi possessionem invito debitore nullum est, ne quidem ex conventionione ipsius debitoris, per quam creditori permittere intendit, ut reluctantem ejicere possit, talis contra jus publicum est, cui privatorum conventionione derogari nequit *l. 38. ff. de pact.* adeò ut creditor propria autoritate possessionem ex constituto invito eo, qui est in possessione, occupando incidat in pœnam, quæ est amissio crediti *Mev. 4. D. 217.* nam ad creditorem sanctionem *l. 7. C. de vi petine* e post alios alleg. tenet *Menoch. recuper. possess. remed. 9. n. 204.* docent textus in *l. 11. C. de pignorat. act. l. 9. C. solut. matr.* & frustranei sunt, qui creditorem, cui ex pacto licentia ingrediendi data, exceptum volunt, quos ipse *Menoch. d. l. n. 208.* sequi videtur; nec juvat eos *l. 3. C. de pignor.* hæc potius contrarium infert, processus quidem judiciarius removetur, requiritur tamen Præsidis autoritas, quod declaratur in *l. 11. C. de pignor.* & ipsi dissentientes limitant, nisi resistat debitor *Menoch. d. l. n. 208.* Nec creditorem juvat constitutum, ex eo enim, quo constituentem invitum propria autoritate ejicere ipse jus non est, ut supra evictum, sequitur pœna legis; amissio scl. juris. *Mev. p. 4. d. D. 217.* quod adeò verum puto, ut nequidem remissio pœnæ à debitore ante violentiam commissam creditori facta quicquam ei opituletur *arg. l. 27. §. 4. de pact.* Continet enim pactum turpem causam, & expedit timere delicti pœnam, ut in furto & injuriis loquitur Jctus. An verò pœna usu adhuc recepta sit quæritur? Negant quamplurimi *Coras. Gabriel. Perez. & alii,* qui si loquuntur de moribus suorum locorum, eos

Ampliatio nostre sententia.

Pœna occupantis rem propria autoritate.

Ampliatio 1.

Ampliatio 2.

Pœna adhuc in usu.

eos admittimus, si verò leges planè abrogatas esse contendant, meritò secessum ab iis facimus; Non enim extat lex posterior derogatoria, doceatur, nec consuetudo quædam generalis, ea facti est, & probanda: Potius hanc legem in vigore suo esse docet *Fab. in C. unde vi d. 28.* adeò, ut neque sexus, neque communio dominii violentum possessorem à pœna eximat: sic quadrat in fœminas, minores, in eos qui propria autoritate sententiam Judicis exequuntur, & pro hac lege iudicatum testatur *Brunn. ad l. 7. C. unde vi.* Sic miles inuasor ex obtentu crediti, non est immunis *Mev. D. 218.* adeò ut clam facta invasio, modo invito Domino facta, hac pœna coërceatur *Id. d. l. dec. seq.* nec sola pœnitentia ab ea liberat. *Id. d. l. d. 220.*

§. IX.

IV. Effectus est: Quod constitutario jus sit possessionem sic acceptam contra quoscunque, ut retineatur defendendi, nec non ab iis, in quos factò vel negligentia debitoris translata est repetendi *Mev. 5. D. 158. n. 3.* nam constituens si rem alteri tradit, privat constitutarium possessione *per l. Colonus ff. de vi & vi arm. §. 1. 3. §. 9. de acquir. poss. Tirag. p. 1. n. 18.* Hinc remedia possessoria constitutario conceduntur, sic contra ipsum constituentem, si nolit rem restituere, dantur remedia, adversus alios spoliatores competentia *Affl. D. 40. n. 14.* Sic si fuit spoliatus, potest intendere remedium recuperandæ possessionis, non minus ac si plenam & veram possessionem habuisset. *Tirag. p. 2. ampl. 11. n. 1. Affl. D. 299. n. 19.* nam & civiliter possidenti competit interdictum unde vi *Guid. Pap. Dec. 357.* Sanè in eo assensum non meretur *Fab. notatur.* *Fab. l. 7. t. 7. def. 4. 12. & 13.* quod retenta civili possessione, naturali licet amissa, si cum hanc propria autoritate reci-

IV. Effectus est in remediis possessionem defendendi.

Dantur remedia possessoria.

Remed. recuper.

recipere vult, ab occupatore prohibeatur, pro illa competat interdictum retinendæ possessionis, uti possidetis, ad retinendam civilem, pro hac recuperandæ, quod vi aut clam, ad repetendam naturalem. Nam falsum est possessionem civilem hoc casu adhuc competere. Optimum sanè remedium est, quod constitutorio concedunt Pragmatici, scilicet conditio ex l. fin. C. de acquir. poss. Menoch. recuper. poss. remed. 14. n. 3. nam lex ista non tantum de servis & colonis loquitur, sed de quibuslibet aliis qui alieno nomine possident *Tiraquell. d. tract. p. 1. n. 2. & 3. Menoch. d. remed. 14. n. 24. & seq.* qui contra dissentientes hanc sententiam confirmant. Sanè si accuratè inspiciatur *d. l. fin.* fatendum utique erit *cum Fabr. in prioribus Decadibus Chiliadis de error. pragmat. decad. 4. Err. 2. & 5.* nequaquam pertinere ad creditorem, loquitur enim constitutio de Domino, verba: *Nihil penitus Domino præjudicii generetur.* Item *hoc sancimus ut Dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat, It. salva videlicet in hoc casu Domino rei,* quod verò verba *d. l.* attinet, *quisquis alius per quem licentia nobis est possidere,* hæc ultra subjectum suum seu substratam materiam extendenda non sunt, quæstio verò est de Domino; Imò si *Fabr.* credendum hæc constitutio legis nequidem Domino omni casu competere potest v. g. si is, cujus corpore possidebatur, transtulerit in alium possessionem, vel vi dejectus sit, cum his casibus non amittatur possessio per dolum & malitiam ejus cujus corpore possidebatur, sed per factum illius, qui incipit possidere. *Fab. in C. l. 7. t. 10. def. 5. n. 22. & 23. & in Error. Pragmat. Decad. 4. Error. 5.* Ipse itaque eo saltem casu conditionem ex *d. l.* concedit, si ex dolo & malitioso detentoris facta amissa est possessio, ne inde præjudicium Domino generetur, præprimis quoad comple-

*datum remedium
ex l. f. C. de ac-
quir. poss.*

*quoad theoriam
negandum est.*

mentum usucapionis, cujus cursus, per possessionis interruptionem sisti videbatur, atque de eo casu legem Justiniani potissimum intelligendam putat.

§. X.

Quicquid tamen de jure sit, errores Pragmaticorum Praxis intro-
 alii introduxerunt, & error quoque jus facit, ita enim xit.
Fab. in alleg. def. 5. in fin. alio jure utimur ex interpretum
 nostrorum receptis traditionibus ad eam Justiniani con-
 stitutionem, quantum ad hoc, ut & creditori beneficium
 novæ legis accomodetur: de natura itaque hujus condi-
 tionis paucis agemus.

§. XI.

Quod naturam hujus conditionis attinet persona- Actio hæc ex
 lem hanc actionem esse statuunt Interpretes, quia condi- mente Interpre-
 ctio est ex lege nova *ex l. ult. C. de acquir. possess.* quam- tum personalis.
 vis in rem scripta dicatur. *Thes. D. 215. n. 5. in fin.* non ad
 condemnationem ullam adversus tertium creditorem, sed
 ut possessio avocetur, cum ratione ejus quodammodo de-
 bitor reputetur. *Menoch. recuper. poss. remed. 14. n. 71.* hinc
 merè possessoria est. *Fab. supr. alleg. n. 20.* & quidem mul- Et quidem ve-
 tis Pragmaticis pro remedio retinendæ possessionis. *Fab.* medium reti-
in C. l. 7. t. 7. def. 1. non saltem eo casu, quo is, qui pro a- nende.
 lio possidebat, possessionem dereliquit & prodidit (quod
 facilius tolerari possit) sed & quo possessionem re ipsa a-
 lli tradidit aut ab alio vi dejectus est *Fab. d. l. n. 14.* peten-
 do sel. non ut immitattatur, sed ut retineatur in sua qua-
 si nunquam amissa, non aliter, ac si interdictum retinen-
 da possessionis institueret, hac saltem differentia, quòd dissent. Menoch.
 interdictum esset annuum, hæc verò actio perpetua. *Id.*
n. 15. licet dissentiat *Menoch. remed. 14. recuper. poss. n. 3.* &
seqq. is enim qui rem sibi habet, fructusque ex ea possi-
 det, non potest non dici possidere, nec facit, quod inju-
 stus

stus sit possessor, nam possessio magis facti est quam juris. *l. 1. §. si vir. ff. de acquir. poss. l. 1. §. Scævola ff. si is qui test. lib. ess. iuss.* jam verò absurdum est, duos eandem rem in solidum possidere posse. *l. 3. §. ex contrario ff. de acquir. poss. nec facit quod prior videatur adhuc civiliter possidere, amissà licet naturali possessione. Dd. ad. l. 10. C. b. t.* Hactenus enim verum est, quando incio possessore quis naturalem possessionem occupavit. *l. 44. §. quibus explicitis, ubi Bart. ff. de acquir. poss. l. ult. ibique Bart. C. cod.* hanc sententiam latè propugnat. *Fab. in priori parte Hemi Chiliadis de error. pragmat. Decad. 4. Err. 2.* præprimis si possessio tradita est & violento modo occupata, ad hos præcipuè casus negat pertinere *Constit. Just. in l. ult. C. de acquir. poss.* sed dari interdicta unde vi, aut quod vi aut clam imò si detur beneficium leg. Justin. tum esse recuperandæ, non retinenda possessionis: tale enim quid non posse simul stare cum prioribus interdictis, addatur idem *d. l. Err. 5.* ubi dicit si concedatur Constitutionem Justiniani pertinere, ad casum, quando nullus dolus, culpa vel factum ejus intercessit cujus fidei possessionem commisimus, tamen ineptissimum esse hoc casu velle statuere possessionem non esse amissam, atque Conditionem istam non esse retinendæ: Nec enim, inquit, favorabilior existimandus est, qui per alium possidet, quam si per se ipsum possideat, imò posito possessionem non esse amissam, usum interdictorum recuperandæ sublatum esse, qui tamen sit frequentissimus, præprimis ex illo pontificio *Canone redintegranda 3. qu. 1.*

§. XII.

Sanè si dicere velimus, quod res est, statuendum omnino (1) quòd conditio exista lege finali magis sapiat naturam remedii possessorii, quàm petitorii, imò ipsa dicitur

Nostra sententia.

catur actio merè possessoria. *Fab. l. 7. t. 10. def. 5. n. 17. (2)*
 quod potius videatur esse dativa quam nativa (3) quòd
 magis referenda sit ad remedia possessionis recuperandæ
 quàm retinendæ. *Meu. 5. D. 158. n. 3. Menoch. recuper. pos-*
sess. remed. 14. n. 3.

§. XIII.

Fundamentum hujus actionis præter legem est illi-^{fundamentum}
 cita interversio & translatio possessionis in alium à con-^{actionis}
 stituente facta *Tbesaur. D. 215. n. 5.* Sed quid si constitu-
 entis heres rem alienavit, an tum constitutario detur con-
 dictio? Puto remedium possessorium omnino competere,
 nam morte illius, cujus corpore posidemus, non amit-
 titur possessio. *l. 49. §. 1. ibique Bart. de acquir. poss. hinc*
remediis possessoriis eam poterit tueri vel reperere.

§. XIV.

Competit hæc actio constitutario late *Fab. in C. l. 7. §. 10. def. 5.* etiam tali casu quando clausula constitui ap-^{Gui detur, sc.}
 posita est obligationi pignoris, cujus executio à conditio-^{Constitutario.}
 ne videtur dependere v. g. quando quis redditum annuum
 emit, hac tamen conditione, ut si singulis annis emtori
 pensio non solvatur, huic jus sit repetendi pecuniam da-^{ampl.}
 tam, illudque venditor promittit sub hypotheca bono-
 rum cum clausula constitui, quem casum tractat *Fab.*
l. 8. r. 8. def. 14. & conditionem ex l. fin. contra tertium
 possessorem concedit, non obstante quod clausula consti-
 tuti non possit operari in præjudicium tertij, fallit enim
 quoties dies debiti cessit, licet nondum venerit: alia lon-^{limit.}
 gè ratio est, quando creditor cum debitore paciscitur, ut
 si pecunia intra triennium, non restituatur, fundus qui
 cum aliis bonis simul in securitatem crediti erat oppigne-
 ratur, creditori sit venditus, addita clausula constitui, hoc
 casu pecunià non restituta conditio ita existens non potest

operari in præjudicium tertii possessoris, ut ab eo avocetur per conditionem possessio. *Fab. in C. l. 8. t. 8. def. 1.* ratio diversitatis à priori est, quod constitutum appositum sit contractui emt. qui hic conditionalis, hinc ipsum constitutum conditionale; nec existentia conditionis potestativa potest retrahi in præjudicium tertii *Fab. d. l. def. 10.* in priore verò adjectum erat constitutum pignori jam valido & conditionis adjectæ existentia facit, non ut obligationis dies cedat, cessit enim ab initio contractus, cui per se inest, ut si non solvatur reditus, jus sit repetendi pecuniam, sed ut possit dici venisse ad effectum scilicet agendi. Sic datur porrò heredi ejus *Afflic. D. 40. in annot. n. 9.* quod extra dubium est, si alienatio facta vivente constitutario, nam actio huic quæ sita, facile ad hæredes ejus transire potest: Sic jure cautum, remedium possessionis recuperandæ ad hæredem transire *Cacher. l. 2. D. 7. n. 2.* Sed an heres, quando constituens post mortem constitutarii rem alienat, habet conditionem *ex d. l. fin. quæritur?* Quæstionis decisio dependet ex eo, an constitutum transeat in heredem constitutarii? Circa quod notandum, aut quæritur an ipsa possessio transeat? an jus ad possessionem acquirendam? Prius dici non potest *l. 23. princ. & l. 30. §. 5. de acquir. poss.* nunquam enim possessio de jure civili transit in hæredem, nequidem in suum, adeò ut nequidem in personam heredis conceptum constitutum transeat, *dictis textibus*, quam sententiam defendit iisdem legibus multisque aliis rationibus *Ozascus allegatus à Thesaur. D. 105. n. 6.* cui quoad jus civile merito subscribo, hinc non video quomodo hoc casu ipsi possit dari *conditio ex l. fin. quæ non datur nisi quibus ablata est possessio*, quam tamen heres nunquam habuit: Aliis remediis uti debet heres, quale remedium exhibet *Thesaur. D. 215. n. 3.*

Datur heredi

Si quis in
statu suo

EX

ex acutissimo Seisfell. ut heres defuncti reneatur aut remittere possessionem, aut continuare nomine defuncti virtute constituti ab ipso facti: Quod posterius attinet, illud heredi erit concedendum, qui sicuti omnium rerum hereditariarum, ita & hujus rei possessionem acquirere prohibendus non est, qua semel acquisita, si postea a constituyente suscipiatur alienatio, habebit conditionem. Caterum praxis judiciorum passim recepit, omni casu heredi conditionem ex lege dandam esse, *Theaur. D. ros. n. 6. Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 39.* & illud quidem expeditum quandoquidem ea consuetudine, qua mortuus fuit vivum, omnia interdicta & remedia possessoria, quae defuncto competebant, competunt heredi ejus non secus, ac si possessio ipsi heredi hoc casu ablata. Sic datur quoque successorii singulari, quod quidem procedit, quando constitutarius jus suum in alterum transtulit, quod tanquam singulare est, quod pauci animadverterunt, ut dicit *Theaur. D. 215. in fin.* nam hoc constitutario per aliud constitutum fieri posse statuit. *Tiraq. p. 2. ampl. 22.* Caterum si tempore constituti non amplius fuit in possessione, speciali cessione opus est, sine qua remedia possessoria non transeunt *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 24.* Sanè secundo constitutario, qui causam habet ab ipso constituyente non competit nequidem contra tertium deventorem *Mench. de recuper. poss. n. 40.* nam constituens qui per primum constitutum omnè jus in Constitutarium primum transtulit, non habet facultatem transferendi aliquid in secundum, qui cum nihil habuit, nihil amisit. *Mench. d. l. in fin.* Sed quid si secundo simul tradita sit possessio, an tum ei competat remedium *leg. fin. Neg. Mench. d. l. 21.* Illud generaliter sciendum competere hanc conditionem, etiam si constitutum sit super omnibus bonis.

Successori singulari.

datur ex constituto omnium

G 3

Afflict.



honorum futu-
rorum.

mobilium.

datur contra
possidentem

etiam alium cre-
ditorem prio-
rem.

Afflicti. D. 139. n. 8. Menoch. R. recuper. possess. 14. n. 27. sic & extenditur ad futura. *Notat. ad. d. decis. Affl. n. 4. Thesaur. D. 215. n. 7.* qui hanc sententiam magis communem ex *Tiraq.* testatur. An etiam locum habeat pro possessione rei mobilis? quod affirm. vid. *Menoch. d. remed. rec. n. 14.* Sic etiam competit in materia beneficiaria, ut tamen resignatio legitimo modo facta fuerit, aliàs contra secundum resignatarium atque legitimum successorem non auditur primus hoc remedio agi volens, quem casum tractat *Menoch. recuper. poss. rem. 14. n. 58.*

§. XV.

Datur contra possidentem ex alienatione fraudulenta debitoris, nec potest hic improbare possessionem illius, à quo ipse possidet v. g. rem à debitore non potuisse alienari, adeoque clausulam nullius valoris esse cum tamen ipse à reo debitore possessionem habeat. *Fab. in C. l. 7. t. 7. d. 21.* Sed quid si in quartum vel quintum res fuerit alienata, an contra hunc competat? Putarem eam dari, est enim in rem scripta. *Thesaur. D. 215. n. 5.* etiam si possessor fraudis non sit particeps. *Fab. l. 7. t. 10. def. 5. n. 2.* ad rei possessionem avocandam, non ad condemnationem adversus possessorem. *Id. d. l. n. 19.* Sic competit contra heredem constituentis, multo magis contra eum, qui jus habet cessum ab herede constituentis *idem l. 7. t. 7. d. 38.* Sic datur contra alium creditorem posteriorem, qui & ipse occupavit bona ex constituto possessorio; & illud quidem citra metum exceptionis excussionis. Notandum tamen hoc quandoque fallere, ita ut posterior praeferatur, priori constitutario, neque huic contra illum ullò modo conditio competat: casum singularem habet *Fab. l. 8. t. 8. def. 18.* scilicet si debitor bona comparet ea lege, ut creditori posteriori exinde satisfiat; ratio est, quòd non aliter debitori

bitori videri possit acquisitum dominium, si non promissis satisfactum, at verò acquisitio dominii necessario constitutionem pignoris precedere debet, nec enim res aliena pignori dari potest. *l. 1. §. t. t. C. si aliena res pignori dat.* jam pignore non quaesito, clausula nihil operatur, cum non possit creditor possidere pignus, antequam sit pignus ut loquitur *Fab. in f. d. l.* Caeterum an & posterior creditor hypothecam cum clausula constituti habens, possit hanc conditionem movere contra priorem creditorem eandem hypothecam sed sine constituto habentem & nunc possidentem, non obstante prioritate temporis? Egregia quaestio est, quam eruditè tractat *Cacheran D. 133.* Pro negativa faciunt (1) quòd creditor anterior à posteriori, si rem possideat, eam possit avocare. Erg. si possidet, potest retinere, nam cui damus actionem, ei multo magis danda est exceptio. *l. 156. §. 1. ff. de R. J. (2) l. 11. in princ. ubi potior dicitur, qui prius accepit hypothecam (3) l. 10. ff. de pignori. ubi ex duobus eandem rem pignori eodem tempore accipientibus possidentis conditio dicitur esse melior, multo itaque magis nostro casu possessoris conditio erit melior, qui simul prior est (4) facit huc l. 8. ff. de dol. mal. except.* Dolo facit qui petit id quod restituere debet. Pro affirmativa facit, quod conditio hæc sit remedium possessorium, in quo de jure potiori non disputatur. Item, quòd creditori vi constituti competant remedia tam retinenda quam recuperanda possessionis: hanc sententiam sequitur *Cacheran. d. l.* ubi ad contraria respondet, quòd procedant, quando agatur hypothecaria, eo enim casu prior tempore, potior est jure, non si agatur merè possessorio, possidens enim debet restitui, deinde novo iudicio ab hoc per hypothecariam avocanda possessio. Nec facit *l. 156. §. 1. de R. J.* nam non procedit in remediis posses-

Datur contra priorem creditorem.

possessoris *Menoch. recuper. poss. rem. 14. n. 26.* ubi *Calvanum. conf. 29. n. 10.* rejicit, qui hanc exceptionem admittit, potest etiam dici quod incertum adhuc sit, an creditori priori danda sit actio contra posteriorem in possessione constitutum, cum ob beneficium excussionis huic competens prius discutienda sunt bona debitoris, atque sic quoque satisfactum legi *Dolo facit, qui petit id quod restituere debet.* Illud quaritur, an contra mulierem anteriorem sive tacitam sive expressam hypothecam habentem creditor posterior agere possit? *Aff. Fab. l. 8. t. 8. def. 17.* Nec hoc casu potest dici, quod dolo faciat, qui petit, quod statim restituere debet, nam & mulieri potest opponi à possessore exceptio excussionis, nec hoc facit, ut dos eo minus salva sit, neque numeratur hoc privilegium inter cetera privilegia dotis. *Fab. d. l. n. 2.* Sane quæ hactenus de creditore priore & muliere dicta, ita sunt intelligenda, quando bona debitoris principalis nondum sunt discussa; hactenus enim possessori competit beneficium excussionis; hinc banis discussis, aut quando ex confessione litigantium, vel notoriè de inopia debitoris constaret, creditor hac conditione agens audiendus non erit, & iniquum foret auferri anteriori creditori possessionem, quam subinde ipsi restitui oporteat. *Fab. in C. l. 8. t. 8. def. 13.* nec poterit constitutum ulterius vim suam extendere, nec plus operari, quam si corporaliter possideret, ne fictio plus operetur in casu ficto, quam veritas in casu vero contra *l. 23. ff. de liber. & posthum.* nam possidenti amplius exceptio excussionis non prodesse possit, hinc in eum quadrat *l. 8. Dolo facit. ff. de dol. mal. & met. except.* & pro creditore facit. *l. 156. §. 1. ff. de R. J.* cui damus actionem eidem exceptionem competere manifestum. Tandem quaritur? an detur contra clericum? Negat

*etiam mulierem
in causa dotis.*

limit.

*datur contra
clericum.*

Negat *Barbof. allegatus à Menoch. de recuper. poss. remed. 14. datur contra Clericum. 51.* inde quod nulla possit esse jurisdictio clericos. *E. ricum.* ob defectum jurisdictionis non potest conveniri, in quem tamen graviter invehit *Menoch. d. l. rejecta* ejus sententia, propterea quod hæc constitutio sit ad commodum ipsorum clericorum, nam possunt ea uti contra laicum; Ergo iniquum non est, si quoque sit ad detrimentum arg. *tituli Quod quisque juris in alterum statuerit ut ipse eodem jure utatur.*

§. XVI.

Circa modum proponendi hanc conditionem ob- *Modus proponendi.*
servandum; quod tractanda sit, tanquam remedium possessorium, & quidem executive agendum, non alio remedio. *Thessaur. D. 215. n. 2.* Aliàs obstat exceptio excusationis, atque ita Senatum semper judicasse ipse testatur *d. l. ad eò ut juxta Fabr. l. 7. t. 7. def. 12.* non sufficiat implorare beneficium clausulæ constituti, si non imploretur, beneficium *l. ult. C. de acquir. possess. ex eo,* quod non sit clausula quæ hoc operetur, sed lex Justiniani, dicitque tolerabilius esse, implorare beneficium legis, non facta mentione clausulæ, quàm clausulam omisâ lege: extendunt hoc pragmatici ad casum istum, quando de possessione agitur adversus heredem debitoris, ejusdemque constitutoris. *Fab. Decad. 5. Err. 2.* Putarem hanc superstiosam subtilitatem non esse attendendam, præprimis si clausula illa salutaris fuerit adjecta, *peto mihi justitiam administrari omni meliori modo,* (cui majorem vim tribuunt *DD.* quam ab ea potest expectari) atque hanc clausulam sufficere putat. *Guid. Pap. conf. 109.* uti dictum beneficium censeatur esse intentatum. Sanè sufficit constare expetito generali actoris de actione quam intendit, & amputatæ sunt juris formulæ nuncupationi Syllabarum insidiantes

antes cunctorum actibus l. 1. C. de formul. & impetrat. act. sublat. Hinc. *Fabro in Error. prag. Dec. 4. Err. 7.* absurdum semper visum, istam formulæ solennitatem, quæ præcisè beneficium legis Justinianæ imploratur, necessariam esse ipse sufficere putat, si ex verbis quocunque modo conceptis de voluntate Constitutarii in possessione per Constitutum quæsita, & quod hæc sine facto suo in alium transferre non potuerit, sese fundantis, constet, atque pragmaticos hoc jure ferè uti docet *d. l. in f. Cæterum cum Serviana concurrere non potest. Fab. l. 7. t. 7. def. 1. num. 12.* adeò ut ex Pragmaticis nonnulli putent, non esse audiendum, qui hac conditione agens petit se retineri in possessione rei obligatæ, si addat, ad tenendam eam jure pignoris, quod tamen ipse meritò rejicit. Illud indubium est, quod creditor petens se immitti in possessionem rei obligatæ, repelli possit exceptione discussionis, arguit enim hæc petitio actionem hypothecariam, ejus proprium est avocare alienam possessionem. l. 66. princ. de Evict. & diversa sunt, petere se immitti in possessionem rei obligatæ, & petere restitutionem possessionis quæ interversa, seu juxta alios, qui remedium l. fin. habent pro remedio retinendæ possessionis, petere se retineri in possessione rei obligatæ, illud innuit possessionem alienam, quæ nunquam fuit petentis, sed jam queritur per actionem hypothecariam; Posterius proprium est remediis possessorii vel recuperandæ vel retinendæ; Illud tamen singulariter notandum, quod proposita hypothecaria actor discussionis in commodum effugere possit, si missa hypothecaria ad condiet. ex l. ult. C. de acquir. poss. confugiat *Fab. in C. d. t. def. 2.* antè litis contestationem impunè postea refusus sumtibus, nec qui rem ipsam petit potest videri jus condicendæ possessionis voluisse abdi-

Non concurrit
cum hypothecaria.

creditor missa
hypothecaria potest
confugere ad
condict.

abdicare, nam non facile quis præsumendus est eam agendi viam repudiâsse, per quam facilius & tutius suum consequi possit. *arg. l. 3. de test. milit. Fab. d. l. num. 9. ubi appositè dicit: sunt ista ex apicibus Juris, quorum ignorantia non adeò puniri debet, ut litis jacturam adferat. arg. l. 29. §. quedam. ff. Mand. Caterum quamquam hoc ita in praxi admittit Fab. maximi tamen erroris pragmaticos inculcat. Decad. 4. Error. 4. Sic ferè ratiocinatur. Sic hypothecaria non datur nisi contra possessorem, & actio *leg. fin. C. de acquir. poss.* non nisi possessori (utrumque enim pragmatici statuunt) sequitur, quòd qui hypothecariam movit, cum actione *ex l. fin. C. de acquir. poss.* non sit audiendus; ratio est, quod dum hypothecariam instituit, eaque saltè non possidenti datur, censetur possessioni renunciâsse, qui vero suo facto possessione cadit, non habet remedium recuperandæ, multo minus retinendæ, & refusio expensarum non est modus legitimus recipiendæ possessionem: quod si vero mota jam hypothecaria concedatur adhuc actio ex lege ultima, stante pragmaticorum sententia, quod sit retinendæ possessionis, concedendum omnino erit, & hypothecariam competere possessori contra non possidentem; hoc vero casu cum utraque actio possit cumulari, non opus erit refusioni expensarum, quippe quæ tam demum locum habet, si transitus sit ab una actione ad aliam: ut paucis dicam: ita concludit Faber: aut motâ hypothecaria (stante hypothese eam dari contra possessorem) condictio ex lege ultima non potest competere, quæ secundum pragmaticos est retinendæ possessionis, quomodo enim potest agere de retinenda possessione, qui ipse per institutam act. hypothecariam confusus est se non possidere? aut si competit condictio, admittendum est actionem hypothecariam competere possessori contra non possessorem (quod tamen erit contra*

pragmaticos) atque ita utraque poterit cumulari, nec opus est refusione expensarum, statuit itaque Fab. aut non competere conditionem, aut si competit, non opus esse refusione expensarum, exclamat itaque in quacunque partem se vertant Pragmatici, quod errent, Verum fallitur Fab. & errorem hunc immerito pragmaticis imputat, non enim sunt erroribus involuta quæ ab ipsis in hoc passu traduntur, demto, quod actio ex *d. l. fin.* magis sit retinendæ, quam recuperandæ possessionis remedium; & posito, quod sit retinendæ, non tamen sequitur, ut vult Faber, hypothecaria agi, quæ non possessori competit secundum hypothecam pragmaticorum, Ergo non possum agere *Condict. l. ult.* quæ pro asserenda possessione datur z. nec magis sequitur, si Condictio competit & actio hypothecaria datur possessori, sequitur, quod hæ duæ actiones cumulari possint, indeque actor non teneatur ad refusionem expensarum; rationes nostras si occasio feret in responsionibus adducemus. Hactenus de modo proponendi; Quod formulam pronuntiandi sententiam attinet, ita refert *Fab. in Error. prag. dec. 4. Err. 6.* quòd ea ferè soleat observari à iudicibus, ut pronuncient manutenendum esse creditorem in pignoris sui possessione & tamdiu eam retenturum jure pignoris & hypothecæ, quandiu ei plenè satisfactum non erit, aliter ac si hypothecariâ actum esset, tum enim jubetur mitti credito in possessionem rei obligatæ; has formulas frustra vellicat. Fab. & cum idem sit talia scire & ignorare, meritò ulteriori discussione superfedemus.

Juras 30 Annis.

§. XVII.

Quod limites hujus actionis attinet, eam usque ad 30. annum concedunt *Afflict.* latè post multos alios quos refert & sequitur *Decis. 139. Thessaur. D. 105.* qui refert, quòd etiamsi 29 anni decurissent, tamen remedio recupe-

recuperanda possessionis contra tertium possessorem agi
 possit, nam hoc tempore præscribuntur omnes condi-
 ctiones ex lege, non secus ac aliæ actiones personales. S.
ult. l. de perpet. & temp. action. l. 3. C. de prescript. 30. vel. 40.
ann. non saltem eo casu, quo tertius aut titulum non ha-
bet, aut saltem non bonam fidem, nam hoc casu nulla
datur præscriptio, ne quidem de jure civili, sed et si bo-
nae fidei possessor sit, qui & titulum & bonam fidem ha-
bet. Afflict. d. l. n. 5. licet fluctuet Menoch. remed. 14. n. 23.
propensior tamen, quod contra hunc detur quoque, cum
spoliatus omni casu sit restituendus, licet aliis durum vi-
deatur, ut qui hypothecariam præscripsit, possit condi-
ctione ista adhuc conveniri Fab. in C. l. 7. t. 10. def. 5. n. 5.
& seq. propterea, quod hypothecaria præscribatur 10. vel
20. annis, quæ tanquam realis videtur difficilior tolli, se-
cundò quod concessa conditione ad 20. annos per indire-
ctum tollerentur vires tituli C. si adversus credit. prescript.
Menoch. remed. recuper. 14. n. 70. ex Curtio juniore, in
rubrica si certum petatur n. 17. Ipse tamen respondet,
 quod remedium hoc sit contra tertium qui reputetur de-
 bitor, quod in casu tituli *C. si adversus credit. prescript.*
 non est: Secundò, quod non semper in nostro casu ter-
 tius sit bonæ fidei possessor. Sanè quod Fab. absurdum
 putet, clausulam constituti non nisi accessorie positam, in
 longius tempus extendi, quàm ipsam obligationem pigno-
 ris, ut eo etiam sublato, duret, ex eo, quod accessori-
 um non possit subsistere sine principali, hoc adeò incon-
 veniens non est, nam sublata principali obligatione, hy-
 pothecam sæpè subsistere videmus, quæ & ipsa accesso-
 ria est, sicut & doctrina ejus, quam habet *loc. alleg. n. 15.*
 suspecta est, quod actio hypothecaria ipso jure non tol-
 latur, sed tantum in efficax reddatur *per l. 1. C. si adversus*
credit.

credit. putat itaque creditori ipso jure competere pignus, praescriptione possessori concedente saltem exceptionem, mediante qua jus elidendum vid. *Brunnem. ad tit. C. se adversus credit. praescriptio opponatur.* Illud quaeritur, an & is, qui scivit possessionem suam interversam esse, jus avocandae possessionis salvum habeat usque ad 30. annos? Affirm. Interpretes, quorum sententiam *Fab. d. l. n. 29.* ferre non potest, quamvis ipse hoc jure in foro nos uti largiatur, ut ita non saltem ipsi scienti possessionem esse interversam, sed & heredi ejus usque ad 30. annos non denegetur. *Thessaur. D. 105. n. 8. Menoch. l. alleg. n. 68. & seqq.* nec facit quicquam, quod constituens moriatur, nam non eo minus ad 30. annos durat. *Thessaur. Dec. 215. n. 7.*

§. XVIII.

Cessat alio
1. Cas.

Ceterum cessat quandoque ista conditio (1) si post mortem constitutarii heres negligens fuit per decem annos, nec imploravit beneficium clausulae *Fab. l. 7. t. 7. d. 39. n. 13.* idem obtinet in Constitutario quando hic post mortem constituentis intra decennium jure suo usus non sit, amittitur enim possessio non tam per mortem constituentis vel constitutarii, sed per oblivionem. Ipse tamen *Fab. d. l. re-* stringit hanc sententiam ad casum, si possessio ante mortem constituentis vel constitutarii interversa non sit, hoc enim si factum & heredi conditio ex *l. ult. C. de acquirenda poss. com. petit. Thessaur. Decis. 105. n. 3.* Cessat (2) si alio modo vel per alium quam debitorem constituentem tertius venit in possessionem v. g. per immissionem judicis. *Mev. 5. Dec. 158.* Constitutio enim ista Justin. *l. fin. C. de acquir. possess.* pertinet ad casum, quando possessio alicui interversa est per eum, qui nomine illius possidebat, haec nova & exorbitans. *Menoch. d. remed. 14. n. 10.* ideo non extendenda ultra literam, nec applicanda ad aliam possessionis amissionem, quae fit

2. Cas.

ex

ex immissione judicis *Mev. d. l. n. 4.* sicut nec praxis Judiciorum eam illuc extendit *Id. d. l.* hinc tertius in possessione defenditur donec prioritatis quaestio discussa est. *Idem. d. dec. n. 158.* Minus dubii habet, quòd ad publicas venditiones ista constitutio non pertineat, quae mandantur. *Judice & ex juris necessitate fiunt. Fab. l. 7. t. 10. d. 6. n. 4.* (ipse tamen sibi contrarius est *vid. l. 8. t. 8. def. 13.* ubi creditori posteriori ex constituto dat conditionem contra alium creditorem, à judice in bona immisum, cum hic factum Judicis sit factum partis, nec quicquam referat, an debitoris, an, quod hac parte idem erit, judicis facto interversa sit prior posteriori creditori possessio, non enim esse in Judicis arbitrio hujus possessionem intervertere & sententiam ipsi nocere non debere, tanquam inter alios laram. *l. 47. de Re Judic.* non video sane quomodo hæc conciliari possint.) Non aliud probandum esse vult. *Fab. d. l. n. 10.* si subhastatio facta sit non contra ipsum constituentem, sed adversus alium, qui emit ab ipso debitore possessionem creditoris sui intervertente, propterea, quòd melior solebat esse conditio ejus qui non à debitore, malaque fidei possessore causam immediatam habet, sed alio mediato ut vocant authore *Menov. vsm. med. 15. recuperand. possess. n. 89.* quamvis hæc assertio suspecta videatur, nam actio semel nata est ex illicita interversione & vitium contractum est, quod rei inhareret, & cum actio sit in rem scripta, dabitur contra quemcunque possessorem, longe alia ratio est, quando ex decreto Judicis contra ipsum constituentem fit immissio vel subhastatio. Illud facile largimur, quòd licet deficiat conditio ex lege, quanquam *Fab. in d. def.* eam videtur restringere non secus ac hypothecariam ad 10. vel 20. annos (in quo probandus non est, nam conditio ista planè non-

compe-

datur tamen hy-
pothecaria.

competit, cum *l. fin. C. ad hunc casum sit in applicabilis*, hinc frustra de actionis prescriptione quæritur) creditor tamen superfit hypothecaria, nam licet ei possit impu-
tari quod publico programme certior redditus; de jure suo non fuerit protestatus, hætenus illud admittendum, ut jus commune creditorum sequi cogatur. *Fab. d. l. n. 8.* quod possessori potest 10. vel 20 annos præstat excep-
tionem prescriptionis & discussionis debitoris principalis, quæ remedia contra conditionem ex *l. fin.* opponi non possunt, uti in sequentibus videbimus.

§. XIX.

Cæterum, quod *Fab. d. l. n. 6.* tradit, pignus ipso jure amissum esse, in eo ipsi subscribere non possum; Nuda enim alienatio sciente debitore facta ipsi non præ-
judicat. *l. 8. §. 15. ff. quid. mod. pign. vel hypoth.* ne quidem ea, quæ fit ad instantiam unius creditoris autoritate pu-
blica, quorsum enim opus esset fisco hoc privilegium da-
re, ut alienationes ab isto sub hasta factæ à creditoribus non possint impugnari. *l. 8. C. de remiss. pign. ibique Brun-
si hoc jure omnes creditores uterentur; unde patet nu-
dam scientiam alienationis creditori non nocere, præter-
casus exceptos, quos habet Brunnem ad l. 1. C. d. t. & de
his II. obstantes loquuntur: sanè si venditio publicè fiat
aut iure cadant, aliar atio est *Mev. 2. D. 201.* item si tace-
ant animo decipiendi, hic enim casibus jure suo cadunt
Brunnem. ad d. l. 1. C. de remiss. pign. quamvis priori casu
ob ignorantiam detur restitutio in integrum *Mev. d. l. n. 7.**

§. XX.

Quintus effe-
ctus est in summa
utilitate, quam
prestat præ hy-
pothecaria.

Quintus Effectus hujus clausulæ conspicuus est in eo, quod longè expeditus & pinguius remedium ex eo detur, quam si actione reali R. V. vel hypothecaria agatur, &

& hæc ferè maxima constituti utilitas, quam creditores sibi polliceri possunt: hic (1) posterior creditor ex constituto agere potest contra priorem hypothecarium sine constituto. *Cacher. t. 1. D. 153.* imò contra mulierem anteriorem ob dotem habentem *Fab. l. 8. t. 8. def. 17.* de quo in superioribus jam actum. Sic (2) ex hac clausula potest executivè agi *Thessaur. D. 215. n. 2.* & remedium ex ea competens est possessorium, quo agere præstat præ petitorio. *l. 24. ff. de R. V. hypothecaria* longiorem temporis tractum requirit, tractanda judicio petitorio. Unde (3) alia sequitur eaque maxima utilitas, quòd creditor ex constituto possit avocare propriam possessionem, ut moras inventarii, & incommoda effugiat, neque si fortè concursus Creditorum existat, ipse teneatur expectare usque dum super prioritate & jure crediti fuit judicatum. *Fab. Decad. 5. Err. 1.* Sanè quod heredem attinet, ipsi non potest prodesse tempus, quod ad deliberandum vel ad conficiendum inventarium heredibus contra creditores jura concedunt, pertinet enim ad res hereditarias, inter quas illa, quæ à defuncto per constitutum in alium est translata, amplius reputari non potest. Neque cæteri creditores sub prætextu concursus constituti vires enervare possunt, nemo enim sua possessione privandus, quamdiu de jure tertii non constat; at verò privaretur creditor Constitutarius, si & ipse, re in bonis debitoris retenta, ad concursum remitteretur. Cæterum hætenus constitutarius retinebit possessionem, ut tamen si de jure potiori aliorum creditorum constabit, rem ipsam restituere teneatur *Fab. d. l. Commodum* itaque quod Constitutarius ex constituto sentit, in eo est, quòd durante concursu rem ex bonis debitoris possit, avocare, eamque possidere, usque dum de potiori jure tertii constet: sanè tale

1. *Commodum*

2.

3.



quid in hypothecaria actione non datur. An verò cre-
ditore ex clausula constituti agente vocandi & audiendi
sint reliqui creditores, quaritur? hanc quæstionem mo-
vet *Fab. d.l.* & pragmaticos sentire docet, audiendos esse
creditores, si velint, si verò se non offerant, hæredi vel
debitori jus non esse, sub tali prætextu impedire posses-
sionis avocationem. Hæc certè de jure ita se habent, &
verba sunt, quæ contra hanc sententiam de interesse cre-
ditorum, vel debitoris ejusve heredis. *Fabr. d.l.* habet,
addatur idem in *Codice l.7. t.7. d.34.* ubi refert, quòd, si
discussionis instantia cœpta sit, senatus ita observaverit,
ut non audiendus sit creditor. Sed quid dicendum, an
pendente concursu creditor, qui possessionem ex consti-
tuto avocavit, rem ipsam pignoris jure possit distrahere?
Negant pragmatici apud *Fabr. d.l. Err.3.* quod distractio
pignoris pertineat ad causam non possessionis, sed pro-
prietatis, adeò ut non audiendum esse velint creditorem,
licet satisfactionem de indemnitate offerat. Verùm hanc
sententiam *Fab.* ferre non potest, quem meritò sequor
tam ob adductas ab ipso rationes, quàm alias. (4) Credi-
tori hypothecariâ agenti contra tertium possessorem op-
poni potest exceptio excussionis *Guid. Pap. D. 432.* tam fi-
dejussorùm quàm debitoris principalis, *Id. Conf. 109.* adeò
ut clausula constituti creditori hypothecaria agenti nihil
profit, quo minus exceptione non factæ excussionis re-
pelli possit, *Fab. in C. l. 7. t. 7. d. 1.* in tantum, ut si ad ex-
cludendam possessoris exceptionem creditor pristinam
possessionem conditione ex nova lege Justiniani velit
condicere, audiendus non sit. *Id. d. l. n. 10.* quod fieri non
potest, quando vi clausula constituti possessionem suam
avocat per *condict. ex l. ult. C. de acquir. possess. Guid. Pap.*
|| *conf. 109. Afflict. D. 139. in annot. n. 12.* Hinc istam cautelam
bonam

bonam dicit *Capol. cautel. 31. n. 1.* Latè de hac materia
Tiraq. p. 1. n. 54. ubi dissentientium opiniones examinat:
 addatur *Menoch. de recuper. poss. Remed. 14. n. 28. & seq.* ubi
 contraria argumenta recenset, & ad ea respondet; *it. Fab.*
de Error. Pragmat. Decad. 4. Err. 3. qui propterea Pragmatics,
 quòd *except. excussionis* competat, statuere tradit,
 quod creditor ex lege Justiniani avocans possessionem
 censeatur eam nec amisisse & propriam petere, non er-
 go mirum, denegari exceptionem excussionis, cum ea
 saltem detur possessori, qualis hic tertius non esset, ipse
 tamen sigmentum hoc pragmaticorum esse statuit, cum
 revera possessio amissa sit, quod ipsum nos facile admit-
 timus: an verò possessori competat exceptio excussionis,
 ut quidem ipse in puncto juris vult ob æquitatem *d. l.* il-
 lud non adeò indubium est. Illa quidem limitatio faci-
 lè admitti potest, quòd creditor vi constituti non possit
 agere contra tertium, non excusso debitore, si statuto ita
 cautum sit, ut principalis prius excutatur, nam statutum
 ad unguem servandum, & ita intelligendum, ut aliquid
 addat juri communi. *Tiraq. p. 1. n. 67. (5)* Agenti creditori
ex l. fin. C. de acquir. possess. non potest offerre possessor
 debitum, ad declinandam actionem possessoriam. *Menoch.*
d. remed. 14. quest. 17. num. 60. non obstante, quod quilibet
 possessor habeat jus offerendi, nam possessionis resti-
 tutio tardari non debet, *Id. d. l. n. 62.* quod tamen ne qui-
 dem mala fidei possessori hypothecarià convento dene-
 gatur. *l. 12. §. 1. ff. quib. mod. pign.* atque adhuc casum re-
 stringenda est regula, quod quilibet possessor habeat jus
 offerendi, limitant tamen superius dicta, scilicet quando
 possessori non esset contra suum authorem succursum,
 tum enim admittitur ad jus offerendi *Menoch. d. l. n. 63.*
 quamvis dissentiat *Negus. (6)* Hypothecarià à b. f. possess.

7. decennio vel vicennio præscribitur, *Fab. in C. l. 7. t. 10. def. 1.* Condictio *ex l. fin. C.* ad 30. annos sese extendit (7) quòd licet reconventio in omni actionum genere permissa videatur ante litem contestatam. *l. 22. ff. de Jud. Dd. ad auth. & conseq. C. de sentent. & interlocut. omnium judic.*, tamen creditor hac conditione agens, non possit reconveniri actione personali, ob id, quod ipse vicissim debet, nec ab ipso debitore nec à tertio possessore *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 26.* rationem assignat, quòd sit momentanea, ideoque reconventionis moras non admittat (8)

8. Hypothecariâ agenti indistinctè potest opponi exceptio domini (ab eo scilicet, qui non habet causam à debitore, aliàs enim non procedit *Gail. 2. O. 26.*) nam non potest pignus constitui, nisi ab eo, qui est Dominus *l. 15. §. 1. ff. de pignor. l. 1. & t. t. C. si res alien. pignor. dat.* hinc creditori Serviana agenti incumbit probare, non quidem, ut malè vult Accurs. propter: à notatus à *Gothofr. ad d. l. 15. §. 1. de pign.* debitorem fuisse Dominum, nam quo probato debitor publiciana agens vincit, eo probato creditor ex pignoris jure agens vincere debet. *l. 18. ff. de pignor.* sed rem fuisse in bonis illius eo tempore quo pignus contrahabatur. *l. 3. princ. ff. de pign. & hyp.* vel si hypotheca generalis est, rem postea ad eum pervenisse, atque ita debitorem bona fide & justo titulo possedisse. Condictio illa possessionis à Justiniano introducta non patitur exceptiones quæ concernunt petitorium. *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 11.* frustra enim excipit de proprietate, qui non nisi de possessione convenitur, cum nihil commune habeat causa proprietatis cum possessione *l. 12. §. 1. de acquir. poss.* Sufficit itaque condicentem probare, debitorem tempore constituti possedisse.

Sextus Effectus est, quòd faciat cessare beneficium competentia: Sic constat marito illud dari sive in personam, sive in rem ad res dotales mobiles vel immobiles restituendas uxor agat. *Zang. de Except. p. 2. c. 20. num. 23. ubi n. 27.* dissentientes refutat, modò harum rerum possessionem à marito uxor nacta non sit, nam si redditæ sint uxori, earumque possessionem maritus postea nanciscatur, hac exceptione amplius non potest juvari. *l. 40. §. 1. ff. de re Jud. ibique Dd. rationem ex Bart. assignat Zang. l. alleg. n. 24.* quod hoc casu maritus non conveniatur, quà maritus, sed tanquam quilibet alius extraneus; quanquam hæc sententia mihi semper suspecta visa, manet enim honestas & humanitas, manet memoria & reverentia transacti matrimonii, hinc nequidem dissolutò matrimonio actio famosa datur, ut videre est ex condictione rerum amatarum, nisi fortè dicere velis, beneficium indignum esse, quòd propria autoritate rem arripuerit, ne possessio vitiosè acquisita ipsi opituletur: Sed quid si ex voluntate mulieris eam adipiscatur? Quicquid sit, stante communi sententia, quòd possessione ad uxorem translata, si rem nanciscatur, hac exceptione juvari non possit; **Quæritur** an clausula constituti id operetur? v. g. quando maritus dotem capiens, & promittens reddere soluto matrimonio, constituat sese in eum casum possidere nomine uxoris: sic volunt allegari apud *Tiraq. p. 1. num. 29.* quos ipse sequitur *d. l. hoc extendit num. 30.* ad donantem, qui constituit se possessurum nomine donatarii, quòd nec huic beneficium competentia proficit, non secus ac si re semel tradita, & casu ad ipsum reversa, conveniatur *per l. 40. §. 1. ff. de re jud.* Sanè si donatarius ad modum rei donatæ alimenta debet præstare donatori,

adeò ut fecus faciens à donatore per actionem revocatoriam jure suo possit privari secundum *Dn. Strud. Ex. 40. tb. 15.* non video quomodo ipsi denegari possit exceptio competentiae, nam cui damus actionem (ad alimenta scilicet) ei exceptionem quoque dandam esse manifestum est, atque hoc erit uti in effectu beneficio competentiae.

§. XXII.

Sept. Effect. in confirmandis donationibus.

Sic septimus effectus hujus clausulae conspicuus jure antiquo in eo poterat esse, (nam jure novo post *Nov. 162. c. 1.* hac cautela possumus superfedere) quòd conjuges sibi donantes cum clausula substituti si decedant in eadem voluntate, donatio convalidetur, quasi res tradita sit, cum aliàs morte non confirmarentur donationes, nisi in quibus traditio intervenisset. *l. 23. ff. de donat. int. vir. & uxor. Tiraq. p. 1. num. 52.* ubi dissentientes rejicit. Idem constitutum tradit sufficere in donationibus inter patrem & filium familias. *n. 50.*

§. XXIII.

Octavus Effect. quod inhibeat alienationem.

Octavus effectus elucet in eo, quod constitutum possit opponi ad inhibendam possessoris alienationem: Nam notum est, non obstante pacto de non alienando possessorem posse rem alienare, nec tertio competere jus ad alienationem revocandam, sed saltem actionem ad interesse. *l. 7. §. fin. de distract. pign.* Idem operabitur clausula constituti v. g. quando is, in quem res translata est, constituat, formulam habet *Guid. Pap. D. 569. Promittis non alienare, & si contingat te ad aliquem actum alienationis devenire, tunc res ipsa revertatur ad me, & in illum casum constituis te nomine meo possidere, tunc casu eveniente & te incipiente, alienare, dominium dicit ad me reverti, imò sufficere.* Si

Si alienabis, sed si dictum fuerit, *Si alienes*, vel, *Si alienaveris*, non impediri alienationem, quia videtur purificari conditio demum alienatione perfecta, & dominio jam in alium translato, ut ita non possit ad me redire: subtiliora videntur, quàm veriora, & puto quibuscunque verbis constitutum sit conceptum, dominium transire ad constitutarium, ratio Guid. pro negativa vi formulæ, *Si alienaveris*, vel *si alienes*, hæc est; quòd ante existentiam conditionis per quam demum constitutario jus erit ad quærendum dominium, posteriori jam sit quæsitum: verum probari potest, quòd antequam jus posteriori quaritur, constitutario jam sit quæsitum: Nam conditio pro constitutario existit eo momento, quo venditio perficitur, ante traditionem, hinc constitutario dominium jam quæsitum, quod ex traditione demum (nam contractibus res fiunt debita, traditionibus nostræ) posteriori emtori quærendum: Sed quæ ratio, quòd per clausulam constituti redeat dominium? quod tamen sine ea nequidem ex conventionione, ut re alienata ad priorem Dominum redeat, transit, *Tiraq. p. 1. n. 31.* illa mihi videtur esse, quòd nunquam sine traditione vera vel ficta transeat dominium, nisi lex ita singulariter disponat, in casu nuda conventionione traditio nec vera nec ficta adest, nec lex introduxit translationem domini. Ergo non transit, & per consequens benè in posteriorem transferri potest. Quod si verò clausula constituti adjecta, ex ficto traditionis modo lege approbato, transfertur dominium, quòd constitutario acquisitum in tertium à detentore transferri nequit. Cœterum si ita inter venditorem & emtorem conventum, ne res alienetur, aut si alienata fuerit, sit inempta, & ex posteriori venditione contra fidem placiti tradita, non potest secundo emtori acquiri dominium;
 Nam

Nam non redit ad priorem venditorem, potius ob non existentem conditionem, sub qua vendita, nunquam censetur abscesisse, argumento eorum, quæ jura de legatis sub conditione, ne quid à legatario fiat, relictis disponunt: An verò idem sit quando pactum adjectum, quòd si emtor alteri vendat, venditor possit habere rem pro eodem pretio, quo alteri vendetur, ut quidem vult *Guid. Pap.* qui ob tale pactum venditorem rem debere habere statuit, hoc aliis cogitandum relinquo.

§. XXIV.

*an impediatur
dominii transla-
tionem?*

Illud quæri potest, an debitor qui constituit se velle bona possidere nomine creditoris, alteri vendendo & tradendo verè aut fictè transferat dominium aut usucapiendi conditionem in emtorem? ita vult *Tiraq. lim. 14. num. 10.* Dubium movet (1) quòd venditor teneatur ad traditionem vacuæ possessionis, quæ non potest hoc casu vacua dici, quando creditor per ipsum tanquam debitorem suum est in possessione (2) quòd non censetur possessio data, quæ potest avocari (3) quòd dominium non transferatur nisi traditione possessionis, & quidem vacuæ (4) quòd quantum ad aliud constitutum, modum fictum tradendi attrinet, difficilius censei possit translata possessio, cum debitor per posterius constitutum non possit præjudicare priori constitutario, quoad interversionem possessionis *vid. c. 2. §. 1.* Verùm non vacat diutius in ea inquirere, saltem illud quarimus, an constitutum impediatur possessionis translationem? ita volunt pragmatici, qui propterea illud remedium non recuperanda sed retinenda possessionis statuunt. dissent. *Fab. Decad. 4. Err. 3.* addantur & quæ superius dicta sunt hoc *cap. §. 11.*

§. XXV.

Denique notandum, effectum constituti non per-
tingere



tingere ad contractum nullum, qui per clausulam constitui non potest corroborari, hinc super re alienari prohibita, & maximè ecclesiastica, absque consensu superioris, aliisque solennitatibus facta non transfert possessionem *Klock. l. 1. cons. 35. num. 200.* Neque exinde mandatum aliquod executorialia aut processus executivus obtineri potest. *Id. d. l.*

CAPVT. VI. De Contrariis.

§. I.

Progredimur jam ad contraria, seu quæ cum constituto non sint compatibilia, ea verò sunt in duplici conditione; quædam enim repugnant constituto in fieri, ut illud dici possit nullum, alia illud in facto esse extinguunt, atque irritum efficiunt: Quæ prioris sunt generis, ea procedunt vel ex defectu potestatis à parte constituentium, vel ob inhabilitatem rei, circa quam constitutum occupatum est, vel denique ex modo, quo illud concipitur, resultant; Supervacaneum esset hæc omnia longa serie velle repetere, petenda hæc sunt ex *cap. 2. 3. §. 4.* nam generaliter notandum; Quoties persona non habet jus constituendi, vel res est inhabilis, vel denique modus constituendi non est observatus, toties constitutum est nullum; quando autem illud contingat, de eo constabit ex superioribus. Unam atque alteram quæstionem lubet adhuc movere: Illud queritur, an ita conveniri possit, ut ex simplici constituto alterutra tantum, vel etiam nulla possessio transeat? *Affirm. utrumque Tiraq. tam in simplici constituto, quam precario p. l. n. s.* Sanè illud

Contraria vel impediunt constitutum in fieri, vel tollunt in facto esse.

regula generalis circa contraria prioris conditionis.

Quæst. I.

adhuc posset tolerari, quòd ex constituto propter conventionem alterutra possessio transeat, non verò utraque, quòd verò ita conveniri possit, ut neutra possessio transeat ex constituto, hoc certè non capio; quid enim est constitutum? Modus fictus transferendi possessionem, interveniente conventionem de re nomine alterius possidenda, quomodo verò cum hoc stare poterit conventio de non transferenda possessione? contradictoria hæc, sunt quæ per rerum naturam simul stare non possunt, nec juvant eum textus quos allegat *l. 4. §. 1. l. 6. §. 1. l. 15. §. 4. de precario* nihil in illis præterquam quòd, qui precario rem habet, eam possideat. Illud constat, constitutum sub conditione conceptum quandoque inutile esse, quando scilicet ante existentiam ejus in alium res fuit translata, cum conditio non possit retrahi in præjudicium tertii, vid. quæ de hac materia dicta sunt *l. 4. §. 9.* Caterum de emtore sub pacto de retrovendendo, qui postea hyperocham emit sine clausula constituti, quaeritur, an præferatur ei, cui postea eadem hyperocha cum clausula constituti vendita est? Quod affir. *Fab. l. 8. t. 8. def. 23.* nam posteriori constitutum prodesse non potest, cum venditor tempore constituti non fuerit in possessione, quod tamen omninò necessarium. *l. 18. ibique Dd. de acquir. poss.*

Quest. 2

§. II.

Contraria que tollunt constitutum in facto esse I. Resolutio contractus l. negotii, cui adjectum.

Quòd contraria attinet, quæ constitutum semel validum evertunt, in ea adhuc inquirere operæ pretium, nec enim ex superioribus de iis per omnia potest judicari. Illud jam dictum, contractu partium consensu vel alia causa annihilato, constitutum statim extinguì, nec opus esse hoc casu retraditione, ne quidem, ut frustra alii volunt, eà quæ fit per constitutum: Sic hypothecæ bonorum adjectum censetur resolutum, quando hypotheca soluta

soluta est, ita ut ad acquirendam possessionem non requiratur actus retrospectivus traditionis veræ vel fictæ, nam quando principalis causa non consistit, nec ea, quæ accessio- nis loco sunt, subsistunt. *l. 178. d. R. f.* constitutum verò acces- sorium est *Natta Consil. 188. num. 1. latè Cachera Dec. 35.* Vide- antur quæ dicta sunt *c. 5. §. 4.* Unde sequitur, quòd jure pi- gnoris per remissionem creditoris amisso, ipsa quoque constituti clausula extingatur. Sed an contra remissio- nem pignoris creditor postea restitutus, censeatur quo- que restitutus quoad clausulam constituti, seu, an ipso ju- re possessionem recuperare possit? elegans quæstio est, quam tractat *Fab. l. 8. t. 4. d. 4.* Ipse negat, hinc tradit ac- ctorem petere, non ut in possessione retineatur, sed ut amissa restituatur. Sanè hoc extra controversiam est, nam restitutio reddit ea, quæ juris sunt, non quæ facti, qualis est possessio. *l. 1. §. Scaevola ff. Si is qui testam. lib. esse jus- sus.* nec facit, quòd clausula constituti plurimum juris & fictionis habeat, nam & postliminii fictio ut dicit *Fab. d. l. meri juris est, nec tamen restituit possessionem interce- ptam. l. 12. §. 2. de captiv. & postlim. revers. l. 19. ex quib. caus. maj.* Huc pertinet quòd non observato eo, quod fuit promissum, & ex eo contractu resoluto, constitutum, precarium ceteraque resolvantur, ex eo quòd constitu- tum recipiat omnes qualitates instrumenti, in quo adji- citur. *Afflic. D. 40. in addit. n. 12.*

§. III.

Ceterùm negligentia constitutarii vires constituti e- nervari tradunt Dd. i. cl. si negligat accipere realem pos- sessionem. *Tiraq. p. 3. lim. 21.* quamvis de tempore non convenient; Sic alii illud definiunt decem annis, quos sequitur *Fab. l. 7. t. 7. def. 10.* ipse tamen sibi contrarius. *d. l. def. 39. num. 13.* decennium hoc saltem ad casum mortis

2. Negligentia
Constitutarii.

testatoris, exinde computandum, restringens, hinc constitutarium, licet per longius tempus quam decennii cessaverit in corporali possessione apprehendenda, non tamen propterea videri negligere naturalem possessionem; nisi idem velit *in def. 10.* intelligi de casu, quo alius in possessione reperitur, ut ita facilius ob favorem possessoris constitutum extinguatur, sicut apertius tradit *d. l. def. 22.* ubi extendit ad casum, quando ignorat possessionem ab alio esse occupatam, ut tamen semper intelligatur, nisi possessio sit interversa, tum enim competit conditio *ex l. fin. C. de acquir. possess.* ad 30 annos. Nonnulli longo tempore circumscribunt, quod tamen in idem recidit, cum longum tempus sit decem annorum *Tiraq. lim. 208 n. 13. in fin.* alii breviorum terminum ponunt, praesertim si constitutarius sciat possessionem naturalem ab alio esse occupatam, & negligat etiam minori tempore 10. annis repetere. *Fab. l. 7. t. 7. def. 39. in fin.* alii denique hoc totum iudicis arbitrio committunt quanta temporis negligentia requiratur ut *Affl. Dec. 40. num. 16.* Quod rationem amissae ex negligentia possessionis attinet, hanc afferunt *Dd.* quod ex cursu ejus temporis praesumatur oblitio, & per oblivionem possessio amittatur, quae non nisi animo retinetur. *Fab. l. 7. t. 7. def. 22. n. 3.* Illud tamen sciendum, si conditionem aliquam vel expressam vel tacitam contractus habuit, non nisi ex die translatae possessionis i. e. existentis conditionis decennium hoc computari. *Fab. l. 7. t. 7. def. 10.*

§. IV.

Quid dicendum de morte tam constituentis quam constitutarii, an per eam constitutum extinguatur? Sunt qui de morte constituentis illud affirmant (1) quod constitutum & precarium, quod apud rogantem est, extinguatur

Non tamen
Mors.

guatur morte ejus. *l. cam precario §. 1. ff. de precar.* (2) quod
 constitutarius animo & corpore constituentis possideat.
l. 3. §. saltus l. quod meo ff. de acquir. possess. animus vero
 post mortem constituentis desinat, *l. si id quod ff. de acquir.*
possess. ita ratiocinatur *Memorb. recuperand. possess. Rem. 14.*
num. 64. seq. limitat tamen *d. l. n. 66.* quod hactenus amit-
 tat possessionem, ut tamen eam recuperet ab herede
 constituentis, cum actionem ad hoc contra heredem ha-
 beat: Idem dicunt alii de morte constitutarii, quia qui
 se alterius nomine constituit possidere, de ipsius herede
 non cogitat, nisi in ipsa constituti clausula heredis men-
 tio fuerit facta. Verum verior est utroque casu contra-
 ria sententia. *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 39.* Et quidem expe-
 ditum est, morte constituentis possessionem non amitti,
 nam quæ semen quæ sita est morte ejus, cujus corpore
 possidebamus, non amittitur. *l. 40. §. 1. de acquir. poss.* dif-
 ficilius est idem afferere de morte constitutarii, cum pos-
 sessio non transeat, nequidem in suum, nisi statuto ita
 singulariter dispositum est. *Vid. cap. 5. §. 13.* hinc constitui-
 tum videtur extinctum. Sanè quamvis omnimò statu-
 endum possessionem non transire, tamen cum heredi jus
 sit ad acquirendam possessionem hactenus dici potest vim
 constituti etiam post mortem constitutarii superesse.

sibi constitu-
ti.

sibi constitutarii

§. V.

Denique adhuc querere lubet, si constitutarius pos-
 sessionem apprehendit, deinde eâ cadit, eaque ad consti-
 tuentem redit, an vi constituti constitutarius censeatur
 rursus possidere? Ita quidem volunt Dd. etiam si consti-
 tutum factum sit donec constitutarius realem posses-
 sionem apprehendisset. *Tiraq. p. 2. cap. 5. num. 1.* ipse
 dissentit; si cum constitutum sit facta traditio qua de-

bet expirare adventante vera; cujus sententiæ nos quoque subscribimus.

CAP. VII. & ULT.

*Affine constituti
est precarium.
Conveniunt.*

UNicum affine clausulam precarii exhibet, quod convenit cum constituto (1) quod ex utroque possessio transferatur, (2) quod precarium, quandoque sit fictus modus transferendi possessionem, v. g. si debitor bona sua oppignoret, addita clausula precarii, nisi velis dicere, quod precarium non sit, nisi titulus possessionis ut ita modus transferendi possessionem, vel in vera traditione vel ficta, quæ illud ipsum nostrum constitutum est, quærendus sit. (3) quod ex precario non minus liceat ingredi possessionem propria autoritate quam ex constituto. *Fab. l. 7. t. 7. def. 15. in fine* (4) quod idem sit effectus precarii qui clausula constituti ad avocandam possessionem interversam *ex l. ult. C. de acquir. possess. Fab. l. alleg. Afflict. D. 139. n. 8.* hinc (5) vi clausulæ precarii avocanti possessionem non possit opponi exceptio excusationis. (6) quod sicut mortuo constitutore, ita & in precario post mortem precario rogantis decennio elapso, utraque tam precario quam constituto acquisita possessio censetur amissa. *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 39. n. 19. 23.* (7) quod si constitutarius, ut & qui precario concessit, scientes possessionem esse occupatam, sine vitio tamen (nam quando vitiosè interversa est possessio, competit condictio ad 30 annos) remediis competentibus eam non quærant, amisisse videantur. (8) Denique quod quæ naturæ constituti contraria sunt, eadem ferè precarium evertant, hic poterunt repeti ea, quæ capite proximè præcedendi dicta sunt. Caterùm differat precarium à constituto (1) quod ex illo tantum transeat civilis, ex hoc utraque possessio (2) quod, qui debuit se obligat-

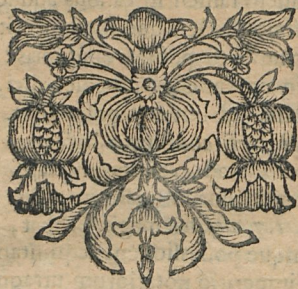
differunt

obligare cum clausula constituti non videatur satisfacisse, si constituat tantum se precario possidere. (3) quod constitutum sit incompatible cum precario atque hoc prævaleat præ precario (4) quòd per precarium quaesita possessio decennii lapsu amittatur, etiam vivo eo, qui precarium rogavit, si is ejusve heres negligens fuit in acquirenda naturali quæ mansit penes rogantem. *Fab. l. 7. t. 7. def. 39. n. 19.* aliud est in constituto *n. 22.* Denique quòd morte ejus qui rogavit finiatur, nec transeat ad heredem ejus *Id. d. l. n. 18.* Facillè itaque patet, longè minorem esse precarii potestatem, quàm constituti. *Fab. d. l. n. 17.* & plus utilitatis in hoc quàm illo esse, quamvis *Tiraq. p. 1. n. 14. § 15.* velit, melius interdum esse precarium quàm constitutum, quem tamen in casibus adductis nullo modo probare possum. Denique illud quaeritur, si utraque clausula in instrumento posita, quid juris? posset videri aut utramque in utilem esse, uti solet dici, quando pugnantia in eodem instrumento posita sunt. *L. 188. de R. J.* aut clausulam precarii constituto hætenus derogare, ut sola possessio civilis ad creditorem transeat, posteriora enim derogant prioribus. *l. pacta novissima C. de pact.* Interim *Fab. l. 7. t. 7. def. 16.* magis probat, non obstante precario, utramque possessionem acquisitam esse (1) quòd plerumque ex imperitio notariorum utraque clausula ponatur in instrumento. (2) Circa voluntatem paciscentium, (3) quòd adjectione clausulæ constituti illud agatur, ut eò magis, non ut eò minus possessio transferatur; vult tamen attendendum esse, an debitor constituat se velle precario possidere pro creditore, quòd hoc casu non obstante clausula constituti magis precarii rogatio facta videatur.

Hæc sunt quæ de subtili & diffusa constituti materia dissertatione in augurali exhibere constitui, quæ benevole
Lector,

Lector, censura tua, siue æquus sis siue iniquus, submittere non vereor: si improbaveris, si quidem rectius sentias, gratias potius habebō, & docentem sequar, nam si quid legibus dissentaneum à me dictum est, id nec omnino dictum esto. Tibi autem, summe DEUS, Enti uni, vero & bono, pro assistentia gratia tua, quam in principio operis rogavi, devotè gratias ago, Tu me rege, ut in veritate incedam, ego si quid in me improbatum est, hoc omne nomine tuo confecro.

CUI SOLI GLORIA.



Jena, Diss; 1689 A-M



f
sb.

W18
W17





18
F. 27, num. 21. X 17.
C. D. 1689, 13^a 17

CONSTITUTO POSSESSORIO,

ACADEMIÆ JENENSIS
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DOMINO

P. 62
JOHANNÉ GVILIEMO
DUCE SAXONIÆ, JULIACI, CLIVIÆ
AC MONTIUM, &c. &c.

CONSENSU
MAGNIFICI JCTORUM ORDINIS
PRÆSIDE

PETRO MÜLLERO, Jcto,
Confiliario Saxonico, Curia Provincialis & Scabi-
natus Assessor, Professore Pandectarum, &
Collegii Juridici Decano

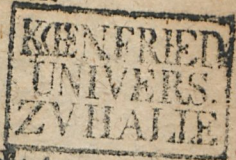
PRO LICENTIA

Summum in utroque Jure Doctoris Gradum
rite acquirendi,

IN AUDITORIO JCTORUM
d. 12 Octobr. MDCXXXIX.

horis ante- & pomeridianis disputabit

HENRICUS ERNESTUS Glörcke/
Lippiacus-Westphalus.



JENÆ, Typis EHRICHIANIS. 1706.