

B. C. D. 17 10

DISSERTATIO JURIDICA,
DE

POENA INFI-
CIANTIS POSSES-
SIONEM,

ad L. f. D. de Rei Vindic.

Qvam
*Ex Decreto incluti Ordinis Jctorum
in illustri Academia Wittebergenf,*

PRAESIDE

D. CASPARE HEINR. HORNIO,
Jcto, Antecessore Cur. Provinc. Scabin. &
Facult. Jurid. nec non Jud. Provinc. in Lufar.
Infer. Assessore,

In Auditorio Jctorum

Ad D. AUGUSTI, A. MDCCI.
publice tuebitur

HENRICUS SCHLICHTING,
HAMBURGENSIS.

Jur. Utr. Stud.

PRELO CHRISTIANI KREUSIGII, ACAD. TYPOGR.

PATRI SVO,

*Omni veneratione, & filiali obsequio ad
cineres usque profeguendo,*

V I R O

NOBILISSIMO, atqve SPECTATISSIMO,
INCLYTAE LIBERAEQVE

HAMBVRGENSIVM
REIPVBLICAE TRIBVNO PLE-
BIS GRAVISSIMO,

OPTIMEQVE MERITO, NEC NON
AD D. MICHAELIS DECEMVIRO ET JV-
RATO FIDELISSIMO,

DISPVATIONEM HANC

*ea, qva par est, devotione,
dedicat*

FILIVS,
RESPONDENS.



DE
POENA INFICIENTIS
POSSESSIONEM.

FURIUS ANTHIANUS lib. I. ad Edictum.



N rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere, ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri: transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobarerit.

I.

Autor hujus legis est F. ANTHUS, sive FURIUS ANTHIANUS, vel, ut alii legunt, ANTHIANUS, qui sub M. AURELIO SEVERO ALEXANDRO vixit, atque ex Papiniani schola prodiit. Pauca sunt monumenta hujus Jcti, quæ innotuere; pauciora, quæ supersunt. Opus illud, quod auctoritate & mandato D. HADRIANI & Senatus Salv. Julianus ex edictis Prætorum composuit, atque velut corpus quoddam universæ Romanæ Jurisprudentiæ exhibuit, quinque libris illustravit noster, imitatus Cajum, Ulpianum, & Paulum, qui

Antor Legio.

magno conatu edictum illud perpetuum interpretati sunt. Sed ex posterioribus quatuor nihil superest: pauca ex primo ejus libro ad edictum, hæc scilicet *L. nostra*, & *L. ult. ff. de Pact.* cum *L. ult. ff. de Dol. malo.* EBERL. de O. J. c. 53. FREYMON. *Symph. Jur. Chronol.* p. 655.

Summa ejusdem.

II. Lex ipsa brevis est, nec adeo magno labore opus, ut sententiam summamque illius intelligamus. Est vero hæc: *Qui negat, se possidere, potest se liberare ab actione in rem, sed, si convincitur mendacii, transfertur per Judicem possessio in actorem.*

Actionem realem non nisi adversus possidentem dant.

III. Scilicet nemini ignotum est, in rem actionem esse, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, & semper adversus eum esse, qui rem possidet. *L. 25. ff. de O. & A.* Neque etiam alia de causa in rem actio dicitur, quam quod rem sequitur, ac propter rem ipsius rei possessorem. Atque licet a parte actoris jus in re producat hanc actionem *L. 23. pr. ff. de R. V. L. 27. §. 2. & 4. ff. de auro & arg. legat.* necesse tamen est, ut ex parte rei quoque possessio istam simul pariat, ut in *L. un. C. de alien. jud. mut. caus. fact.* dicitur. Quod si enim reus non possideat, quid est, quod restitui sibi petat actor a reo? Qua ratione dicere potest, reum se impedire in usu & fructu rei suæ, effectu ac commodo dominii? ac foret sine adversario colluctatio. DONELL. *lib. 20. c. 3. ibique* HILLIG. Ob hanc vero causam bene monet CAJUS, ut ille, qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirat, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo deserit possidere, *L. 36. pr. ff. de R. V. & ULPIANUS officium judicis in rei vindicatione hoc esse, ut inspicat, an reus possideat l. 9. ff. d. R. V.*

Interrogandum esse reum, num possideat?

IV. Quod CAJUS consilium qui sequeretur, reum in jus vocatum interrogabat olim in jure apud Magistratum, an auctor esset, i. e. talis, unde jus suum repetere possit? Quando te

in jure conspicio, postulo, anne sis auctor? Quæ formula apud CICERONEM in *Orat. pro Cæcinnâ* legitur. Quodsi profiteretur se auctorem interrogatus, res erat confecta hæcenus, atque vindicationi locus, quam hac formula petitor peragebat: *quando ais, neque negas, te auctorem esse, hanc rem ajo meam esse ex jure Quiritium.* Quodsi negaret, tunc Prætor dicebat: *quando negat, sacramento querito.* Erat autem sacramento querere, ad certam spondendam pecuniam reum provocare, ni ita esset. Itaque audito Prætoris mandato petitor subjiciebat: *quando negas, te sacramento quinquagenario provoco, spondesne, te soluturum quinquaginta asses, si auctor sis?* id est, si probavero, te auctorem esse? cui inficiator respondebat: *spondeo quinquaginta asses, si autor sim.* Inde respulabatur: *tu vero spondesne idem, ni sim?* Cui ille, *Et ego quoque spondeo.* Quas formulas tum ex *Valerii Probi*, Grammatici vetustissimi, libello de notis Romanorum interpretandis, tum ex aliis exhibent; ROSINUS *Ant. Rom. L. 9. c. 13.* SIGON. *de judic. lib. 1. c. 21.* FR. POLLET. *lib. 5. Hist. For. Rom. c. 4. § 5.* qui & ipsi docent, quid facti opus fuerit, si dubie, aut obscure, vel plane non responderit interrogatus. Conf. FRANZK. *ad Tit. de interrogat. n. 10.*

V. Ista vero pertinebant ad illas solennes interrogaciones, & ex illis natas interrogatorias actiones, quarum in jure nostro frequens mentio fit. Scilicet regula juris erat: neminem cogi de jure suo respondere, nisi petiturum actione, sed & tunc actorem jus suum petendi probare debere. Quæ ultima regula edicto Prætoris temperata est, quo ad præparandam auctori actionem, ejusque formulam, simul etiam ad facilitandum vel tollendum grave probationis onus imponebatur reo necessitas in jure respondendi. Quod, ut ex his apparet, ex triplici causa factum est, ut (1.) evitarentur captiones actorum in

De interrogacionum usû antiquo.

formulis impetrandis, *L. 1. ff. de Interrog.* (2.) ut certum genus, certaque actionis norma constitueretur, quæ competenti alias actioni ex hac superveniente qualitate nomen interrogatoria, itemque confessoria imponeret. (3.) Ut librevior fieret, & difficile onus probandi actori, sine damno rei vero aut injuria, ex æquo levaretur. Etli vero primus finis jam dudum ante Justinianum, cum necessitate formularum & differentia juris & judicii sublata, cessavit, & cum illo quoque secundus; quorsum pertinet *L. 1. §. 1. ff. de interrog.* qui quidem locus Triboniani manum passus est, ut quamplures jam observarunt; mansit tamen tertius *L. 2. L. 3. L. 21. eod.* ita ut tempore Justiniani & judici, & petitori, ubicunque æquitas moverit, adversarium licuerit interrogare. Conf. DN. SCHILT. *Ex. XX. ad ff. §. 1. seqq.* Quod nec Canonicum jus, ut ex *c. 10. §. 3. X. de Fid. instr. Clem. Sape. verbo: interrogabit d. V. S.* discimus, nec Leges nostri Imperii hodie improbant, quippe quæ permittunt, ut quacunqve parte judicii iudex non tantum reum, sed etiam actorem super quolibet articulo interrogare possit, *R. I. noviss. de anno 1654. §. 41.* Imo in *Constit. Maxim. de Notar. de anno 1512. art. 3. §. 2.* inter partes juramenti calumniæ necessitas respondendi ad interrogaciones in jure refertur: quod & in formula quæ in *§. 43. R. I. N. d. an. 1654.* extat, tacite est comprehensum. Conf. *III. STRYKII Ufus mod. Pand. t. de Interrog. §. 30.*

*Officium rei
circa interro-
gationes.*

VI. Uti itaque integrum est actori percontari, utrum reus possideat, necne, ne frustra experiatur; ita etiam liberum est reo excipere in rem actionem velit, nec ne: neque enim invitus rem defendere cogitur, *L. 156. ff. de R. J.* atque si nolit illam pati, licet dicere: se non possidere, *per hanc L. nostram,* & sic negando possessionem, liberare sese ab actione, cum ut jam monitum, si non possideat, nihil est, quod ab ipso pe-
tatur.

tatur. Sed quid si per dolum neget, falsoque inficietur possessionem, sicque fraudulenter eludat intentionem petitoris, quomodo, quæso, erit huic consultum? Olim quæstionibus per sacramentum sponsonibusque locum fuisse intelleximus.

Sed licet hæc ab usu recesserint, alia tamen ratione tum hæc malitia coercetur, tum etiam commodo consulitur actoris. Hanc vero ipsam rationem suggerit lex nostra, quæ eo abit, ut actor reum mendacii convincat; quo facto, licet suam rem esse non probaverit, hoc tamen commodum sentit, reusque hanc poenam patitur, ut iudex transferat ab eo, qui in jus vocatus est, possessionem in petitorem.

Quid si inficietur se possidere?
Pœna inficientis.

VII. Causas hujus legislationis indagare, non erit difficile; illisque statim in oculos incurrent, qui cogitant Rom. juris conditores noluisse integritatem & sanctitatem judiciorum mendaciis atque fraudibus contaminari. Qua re certe nihil magis reipublicæ perniciosum. Namque hæc si malitia in iudiciis irrepet, lites non possunt non longiores fieri cum maximo litigantium damno. Fraudatur jure suo, qui bonam causam fovet, saltem oneri probandi præter necessitatem subjicitur superfluo, & tum expensarum, tum temporis prodigo; malamque qui tuetur, victor sæpe evadit: jus dicentium sancta autoritas habetur ludibrio, atque fucus & molestia illis creatur, & quod maximum, Divino Numini, quod autorem iudicia habent, quodve iis adesse novimus, illuditur ab illis, qui mendaciis uti non verentur. Quamobrem tot poenas inficientium in Rom. legibus tum quæ a Gentilibus profectæ sunt, tum quæ Christiana religionis cultoribus debentur, legimus confituras: quarum exempla in L. 1. §. 15. ff. si quadrup. pauper. L. 22. §. f. ff. de noxal. act. Nov. 18. c. 10. peri possunt, atque a PAVLIANO de Probat. lib. 1. c. 19. & ZAHN. de mendac. lib. 2. satis amplo numero exhibentur. Conf. B. ZIEGL. Rabul. §. c. 11. BRUNNEM. ad L. 11. de interrog. in jur. fac.

Ejus cause indagantur.
Odiū mendacii.

Pœna mendacii.

VIII.

*Negantem
possessionem
mendacii esse
reum.*

Cur?

VIII. Quando itaque quis negat se possidere, qui tamen reapse possidet, procul dubio mendacium committit, dum data opera malitiose occultat veritatem, & ita quidem occultat, ut damnum inde adversario, onus nempe probandi, vel si probatio deficiat, periculum causæ accersatur; cum si actor non probet possessionem, absolvendus foret reus, licet vere possideat. CUCHUS *ad l. n. n. 67.* Nam licet omnem veritatis occultationem vel responsionem veritati contrariam mendacium esse, non dixerim; quandoquidem, si illi, quocum res, jus non est interrogandi, nulla obligatio nascitur penes respondentem omnia edicere effutireque, quæ ipse scit, cognitaque habet: PUFEND. *del. §. N. & G. L. IV. c. 1. §. 8. 10.* nullum tamen dubium, quin hocce casu nostro negans mendacium committat. Dum enim lex & judici & etiam parti facultatem interrogandi in judicio concedit, exigitque a reo responsionem, obligat simul huncce, si recte & ordine interrogatio præcessit, ad responsionem, & quidem talem, quæ cum re, de qua loquitur, exacte convenit. Alia enim responsione veritati scilicet adversa, finis legislationis non poterit obtineri. Neque est, quod alleget in jus vocatus, neminem, adversus se arma ut prodar, adigi posse, propriisque telis actorem instructum esse debere, quibus adversarium aggreduatur, *L. f. C. de edendo.* Namque eo hæc pertinent, ut reus instrumenta, & rationes actori edere non cogatur, non vero ut contra legis prohibitionem veritas dolose occultetur. Nec arma ex rei domo petit, quibus jus suum asserat, sed tantum desiderat scire, an ille sit, qui adversarius esse velit, illoque contendere? Conf. *Illustr. STRYK. Us. mod. tit. ff. de interrog. §. 8. 9.* Et si maxime nulla prævia interrogatione inficiatio facta in judicio, nihilominus mendacium factum esse, censendum est; cum præsentem judice omnia serio agenda, nec illum

illum irridere, aut contemnere oporteat, negatioque nullo alio fine facta, quam ut decipiat adversarium. Atque sic idem est, ac si interrogatus negasset. *L. 9. §. 1. ff. de Interr. ubi FABER.*

IX. Adversus hæc præcepta vero si peccat reus, jus fasque postulat, ut & ipse poenam mendacii sentiat, & actor, quem onere probandi gravavit, in alio quodam relevetur, *L. Eum qui 30. ff. de jurejur.* Atque hoc est, quod Doctores dicunt, rationem hujus poenæ tum in odio mentientis, tum etiam onere probandi petitoris conjunctim esse positam. *ROM. Consil. 70. n. 6. BAR. GAL. de dolo & mendacio. L. 5. c. 14. n. 5. SCHNEID. §. 1. de act. n. 91.* Quod eo minus grave ferre debet reus, quia indignum se ipsum commodis possessionis reddit, quorum fundamentum negat, *a. l. 10. §. 1. ff. de Fidei.* quique eo ipso, quando negat se possidere, neglectam videtur suam possessionem habere, & declarat quasi, se rem nolle defendere, quam petitor suam esse dicit. Quod si vero illam defendere non vult, & derelinquat, quid aliud superesse potest, quam ut actor mittatur in possessionem? ille scilicet qui eam, dominiumque etiam rei ad se spectare contendit: quare quid & alias fieri solet, *L. 15. ff. de nov. oper. nunc. CUCHUS in Repetit. n. legis, seu tractatu de mentiente circ. possess. n. 33. & 37.*

Duplex
causa poenæ
negantis
possessionem

Subjectum
patiens hu-
jus poenæ
possessor re-
alis conven-
tus actione.
Actio realis
quod modis
dicatur?

X. Est itaque possessoris, qui in rem actione convenitur, mentientis poena translatio possessionis in adversarium, de qua jam fulius agendum est. Scilicet subjectum patiens poenæ hujus est possessor conventus in rem actione, quod nomen in rem scilicet actionis tam late patet interdum, ut omnes illæ, quæ vulgo reales dicuntur, & opponuntur actionibus in personam, eo veniant. *L. 1. pr. ff. de R. V. L. 25. pr. ff. de O. & A. §. 1. & 15. 7. de Act.* Interdum sensum specialem habet ista appellatio, atque applicatur illi actioni, quæ ex dominio rei singularis, & quidem corporalis fluit, *L. 38. de judic.*

L. 23. pr. ff. de R. V. quæ & specialis in rem actio dicitur, L. 1. pr. ff. eod. vel vindicatio rei, §. 3. ff. de Emt. vend. L. 35. §. 4. de Contrab. Emt. & vend. Quod nomen tamen interdum etiam latius patet, & omnibus realibus actionibus solet esse commune §. 15. ff. de Act. tit. ff. de R. V. & tit. Si servit. vind. L. 1. §. 1. & ult. Si pars hered. L. 16. §. 3. ff. de Pign. HILLIG. ad DONELL. lib. 20. c. 1. lit. D. Colleg. Argent. tit. de Rei Vindic. Et si vero in co titulo, sub quo lex nostra reperitur, data opera agatur de speciali in rem actione, seu de vindicatione rei corporalis, L. 1. pr. & §. 1. ff. de R. V. licet etiam non abruerim, JCTum autorem de ista speciali actione locutum esse, quod verba: licet suam esse non approbaverit, quippe quæ de dominio rei ipsius sermonem esse, indicant; eandem etiam mentem fuisse compilatorum Pandectarum: quia tamen in isto titulo quamplurima habentur, quæ ad reales actiones in genere pertinent, ut in L. 36. ff. b. r. saltem ad eas applicari possunt, non dubito, hanc nostram legem eadem fata experiri. Nam cum & aliis actionibus realibus hoc commune sit, ut rem persequantur, & non nisi adversus possidentem dentur, L. 19. ff. de jure Fisci, L. 2. C. si unus ex plur. hered. possessor conventus tali actione directæ & utili, quæ vel dominium universale, vel jus pignoris persequimur, negans possessionem eodem modo peccat, ac ille, a quo res vindicatur, inficiens se possidere; atque adeo eandem quoque poena afficiendus erit, ob identitatem rationis, quæ in poenalibus etiam interpretationem suggerit extensivam, FRANZK. tit. de LL. n. 46. vid. BRUN. ad L. 11. ff. de Interrogat. in jure fac. n. 51. Atque inde post ACCURSIUM atque BARTOLUM aliosque CUCHUS ad L. h. n. 148. seqq. BARGAL. de dolo. L. 5. c. 17. n. 14. & ANTONIUS FABER ad eandem recte norant, huic legi locum esse non tantum in judicio specialis in rem actionis, directæ vel utilis, quam vindicationem appellamus; sed

Significatio
quæ hujus
loci?

Intelligitur
omnis actio
realis.

sed & in omni actione reali, quæ corpus, vel hereditas petitur, ut actione Publiciana, ex dominio Prætorio ortum capiente, hypothecaria, quæ ipsa quoque vindicatio est, *L. si fundus 16. §. in vindicatione. 3. ff. de Pign.* etiam hereditatis petitione, *BARG. d. l. n. 17.* quoniam & in rem actio est, licet mixtas habeat præstationes plerumque personales. *L. sed et si 25. §. antep. ff. de Petit. hered. L. Hereditates 7. C. cod. CUCH. n. 149.*

XL. Quod & dicendum de reliquis iudiciis mixtis, familiæ heriscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quatenus nempe pro realibus habentur §. 20. *J. de Act. Conf. FERRARI Pract. Papiens T. 1. Verbo: quavis actione. n. 5.* De illis, quibus vel servitutum, vel aliud jus incorporale persequimur, vel libertatem rei nostræ tuemur, confessoria vel negatoria interpretes fere silent. Videntur quidam excipere hæc, dum de illis actionibus realibus loquuntur, quæ circa rem corporalem dantur, *B. BRUNNEM. d. l.* Alios illas ^{*Etiam de re incorporali.*} includere, verisimile est, quandoquidem de omni, vel quavis actione reali verba faciunt, ut *FERRAR. d. l. & BARG. d. l. n. 14.* qui & ipse *n. 20.* ad spiritualia & beneficialia Legem nostram trahit, quod & facit *GABRIEL. lib. 5. rubr. de A. vel A. Poss. Concl. 5. n. 19. PORT. Concl. 30. lib. 1. CUCH. n. 251.* de rebus incorporalibus aliis quoque agens. Quorum sententiam ego non improbare possum. Nam quod ad *confessoriam* attinet, certum est, eam adversum quasi possidentem dari, illum scilicet qui nos vel a possessione vel quasi juris nostri, aut libertatis vel plane deiecit, vel saltem in ea turbat, atque impedit, & sic eam quodammodo occupat, & quasi possidet. *LUDWELL. & BACHOV. ad §. 2. J. de Act. L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. ff. Si servit. vind. L. 5. §. ult. Si usus. pet.* Quo respectu nos amplius possidere non possumus. Quia ergo non nisi quasi possessor his realibus actionibus conveniri potest, ne frustra experiatur a-

ctor, reum interrogare poterit, num ne quasi possideat? hincque negando se possidere, liberare se poterit ab actione. Sed si tamen per mendacium hoc faciat, non video, cur non & poenam L. nostrae mereatur, ob identitatem rationis, quae, ut dixi, & in poenalibus partes suas explet, & interpretationem extensivam, vel potius intensivam & intellectivam seu comprehensivam parit. FRANZK. *d. l.* Quoad negatoriam dissentit CUCHUS *n. 263.* in qua dicit, non esse opus interrogatione, an possideat? cum quo acturus sim, cum ego actor possideam, juxta §. 2. *f. de Act.* Verum si intelligit hocce de possessione ipsius rei, frustra adducitur, quia de ipsius rei possessione quaestio hic non est. Quod si autem intelligat quasi possessionem rei incorporalis, ex antea dictis apparet, & illum quasi possidere debere, adversus quem negatoria experiri volo: atque adeo illud remanet, esse etiam hic, ubi lex nostra applicatione non destituatur. Interim illud certum, reos non facile negare, si his actionibus conveniantur, quasi possessionem, ob causas, quas quilibet intelligit, qui naturam illarum perspetam habet.

*Num perso-
nalia judi-
cia hic per-
tineant?
Neg.*

XII. Illud vero extra dubium est, ad personalia judicia illam minime pertinere, si maxime tale sit, ubi de ipsa rei praestatione quaestio incidit, atque haec necessario fieri debet, ut in emptione venditione. *Doctores ad §. 3. f. de Emt. Vend.* Quoniam enim haec actiones rem ipsam non persequuntur, & sic adversus reum tanquam possessorem, vel qua talem non dantur, sed tanquam adversus eum, qui ex obligatione convenitur; reus negans se possidere, non liberare se potest ab actione, & iudicium in invitum redditur, *L. 83. §. 1. de V. O.* nec actor probare cogitur possessionem rei, quod & absque eo exitus esse possit. Quia ergo harum actionum ratio alia est, haec nostra legislatio atque poena ad eos, qui personali actione, conveniuntur.

niuntur, applicari non potest. FABER *ad b. n. L. PACIAN. d. c. 19. n. 5.* COSTA *de fact. scient. & ignorant. Cent. 1. Distinct. 25.* BARGAL *de dolo L. n. c. 4 n. 12.* Sed non male tamen excipiendæ *Exc. actiones in rem scriptæ.* erunt actiones personales, quas in rem scriptas dicimus: quæ quidem natura sua personales sunt, hac tamen parte cum realibus conveniunt, quod rem sequantur, & contra quemcumque dentur possessorem. *L. 9. §. 8. ff. quod met. caus. L. 11. de Nox. act. L. 3. §. ult. ff. ad exhibend. HOPP. ad §. 25. J. de Act. atq; sic quoque; intuitu L. nostræ pari passu cum realibus actionibus ambulabunt.* FERRAR. *d. l. n. 4.* Caterum omnes fere, quos evolvere mihi datum est, de petitorio iudicio tantum loquuntur: atque ad illud L. nostram restringit PACIAN. *de Probat. lib. 1. c. 19. n. 5.* excluditque iudicia possessoria. Idem facit CUCHUS *ad b. l. n. 163. seqq.* cum aliis, quos allegat, hanc addens rationem, quod L. nostra de in rem actione tantum agat, quali in petitorio iudicio interrogaciones, an quis possideat, fieri solent *L. Qui petitorio 36. pr. de R. V.* non autem de possessoriis remediis, nec etiam personalibus actionibus, ad quas refert remedium ex *L. fin. C. de Edict. D. Hadri.* Illis etiam, inquit, qui recuperare volunt possessionem amissam, iam aliis privilegiis esse consultum, quibus feliciter possent consequi iterum possessionem, quam per h. l. nostram, ita ut non opus sit ad hoc remedium confugere. E contrario ANDR. BARBAT. *lib. 3. Constit. 36. in fin.* generalem regulam constituit, mentientem negando possessionem, ipsam amittere: atque sic ad remedium ex *d. l. fin.* diferte extendit quoque hanc nostram nomothesium. Equidem illud non abs re dictum est a CUCHO, non adeo opus esse actori ex causa interdicti agentis, vel remedio utenti possessorio, beneficio nostræ L. si possessionem consequi velit; cum iam tum remediis non careat, quæ ad tuendam possessionem & avocationem ejus directo tendunt, & ab hac

incipiunt, iisque reapse experiatur, ut adeo frustra neum videatur, remedio possessorio aliud remedium simile superaddere: præsertim cum & illud, quod secundo loco notandum, non facile contingat, ut cum de possessione lis sit, reus neget se possidere. Verum etiam tertio hoc est, ex mea quidem sententia, quam FRANZK. *pr. d. de Interd. n. 28.* cum Cujacio aliisque defendit, actiones ex interdictis, siquidem ad has divisio actionum in reales & personales pertinet, quod HUBER. *ad tit. 7. de Interd. n. 2.* non sine causa in dubium vocat, ad personales esse referendas: quippe quæ ex facto aliquo obligatorio descendunt, quod vel rationem delicti habet, ejectione, scilicet a possessione, vel usu rei, vel turbatione saltem; vel quod ad facta extraordinaria, seu varias causarum figuras pertinet, denegatione scilicet possessionis rei, cui insistendi alter, qui agit, potius jus habet, quam ille, qui nunc possidet. Verum enim vero primum non adeo multum facit ad rem præsentem, cum benignitas juris tanta sit, ut plura remedia suggerat sæpe circa eandem rem, ex quibus eligere quis potest, quod vult. Ubi quidem prudens optimum eligit, nec tamen & alio uti prohibetur. Quo loco non prætereundum, interdum satius esse, remedio L. nostræ uti, quam alio possessorio. Quod patet exemplo remedii famosissimi *cap. sæpe 18. X. de Rest. spol.* quo si quis contra tertium uti vult, probare debet, ipsum violentæ dejectionis conscium fuisse. B. ZIEGL. *ad cap. d. 18. n. 4.* Qua probatione carere, & nihilominus possessionem consequi potest, si negata possessione a reo hanc probet, illumque mendacii convincat: quod, quia facta possessoria in oculos incurrunt, fieri potest facilius, quam si res in animo latitans demonstranda. Simile quid de illis dicendum, in quibus proprietatis causa simul continentur. *L. 2. §. 2. ff. de Inter.* Porro nec alterum magno pondere gaudet:

det: nam & aliquando fieri fortasse potest, ut in possessorio neget reus se possidere. Tertium majoris momenti est: ob quod concludo, in possessoriis judiciis non esse locum nostræ L. nisi in quantum actiones ex interdictis, & remedia possessoria pro in rem scriptis actionibus habendæ sunt. L. 1. §. 13. ff. *Quod legat.* FRANZK. *ad T. J. Interd. n. 29.* Quod ex supra dictis th. hac fluit. Quoniam enim tunc eadem ratio subest, quæ in actione reali extorsit hanc poenam, idem etiam hic dicendum erit. Neque etiam credo interrogationes in possessoriis judiciis prohibitas esse, nec Ictum in L. 36. *de R. V.* de peritorio loquentem, excludere voluisse possessorium.

XIII. Quemadmodum vero in actione reali sufficit a parte rei qualis qualis possessio, nuda etiam & asinina detentio, nec ad rem pertinet, ex qua causâ quisque possideat, modo reus teneat sive per se, sive per alium, L. 18. *pr. ff. de A. vel A. Possess.* L. 180. *de R. J. §. 5. 7. de Interd.* & habeat facultatem restituendi L. 9. *ff. de R. V.* DONELL. *lib. 20. c. 3.* ita de omni quoque possessore, a quo in rem actione rem petere possumus, intelligenda erit Lex nostræ. CUCH. *n. 134.* Atque sic non tantum locum habebit intuitu illius, qui rem proprie possidet, & ratione formæ, vel civiliter h. e. detinet cum affectione sibi habendi, vel omnimodo animo scil. Domini L. 1. §. 9. *de vi & vi arm.* L. 1. §. 2 *uti possid.* L. 3. §. f. *ff. ad exhibend.* vel naturaliter i. e. rem detinet cum affectione sibi habendi, non quidem omnimodo, sed secundum quid, ob jus scil. aliud in re, cui incumbit, e. c. pignoris vel usufructus L. 40. *pr. & §. f. ff. de pign. actio* L. 12. *pr. ff. de acquir. possess.* sive bona, sive mala fide utrumque fiat, L. 1. *C. de R. V.* sive iuste, sive iniuste; l. 3. §. 5. *ff. d. A. vel A. P.* verum etiam illos tanget, qui rem tantum detinent, propter custodiam, usum, vel administrationem, l. 9. *ff. de R. V.* quales sunt depositarius, l. 7. §. 11. *Commun. dir.*

*Possessor
qualis hanc
poenam sen-
tiat?*

*Omnis qui
potest in
rem actione
conveniri,
& facultatem
habet
restituendi.*

com-

commodatarius, conductor, *d. l. 7. §. ii. l. 4. ff. ad exhib.* Uti vero isti omnes nominando auctorem suum, liberare se possunt ab actione, *l. 2. C. ubi in rem act.* ita si ille, quem nominarunt, facta denunciatione non agnoscat se auctorem, nominantes convicti, quod suo nomine possederint, ablationem possessionis experiuntur. PACIAN. *de Probat. lib. 1. c. 19. n. 1.* ROMAN. *Consil. 70.* FABER. *ad tit. C. de R. V. def. ult.* AFFLICT. *Dec. Neapol. 18. n. 1.* HILLIG. ad DONELL. *lib. 20. c. 3. lit. 7.* Porro illos maximopere hæc res tanget, qui absque ulla causa rem detinent, nec ullum titulum allegare possunt, quam quod teneant, sic rei incumbunt, tanquam a fini terræ incumbentes. Quos majori ratione poena tenere debet, quod dupliciter peccent, tum quod rem alienam scientes improbe invadant, atque illum, ad quem res pertinet, ab ea arceant, tum quod mendacio rearum non dubitent augere. DONELL. *d. l. CUCHUS ad l. b. n. n. 365.* Diss. quoad detinentes GV. PAPA *Conf. 3. n. 4.* Sed procul dubio causa suæ inservit; & ideo reprehenditur a CUCHO *n. 366.* Sed ipse tamen CUCHUS nimis hic videtur subtilis, quando addit, quod, si depositarius vel similis detentor, vel qui legatorum servandorum causa in possessione, sint interrogati in iudicio, utrum possideant, negaverintque se possidere, non cadant in poenam, quia non dicuntur esse mentiti, cum non possideant: si vero interrogati fuerint, an detineant, negentque se detinere, non excusari eos, sicque interrogatos, utrum possideant non debere respondere super detentione *num. 371.* Sed quid quæso est cavillari, si hoc non est? Qui in rem agere vult interrogatque reum, an possideat, id vult, an talis sit a quo res vindicari possit: qualis cum sit etiam detentor; consequens est, hoc vocabulum, *res possidere*, non in sensu exquisito, sed eo, quem natura iudicii sc. fert, accipiendum esse: atque adeo, qui negat se pos-

posidere, etiam simul negare detentionem. Denique & illi quoque possessores huc pertinent, qui ratione modi civiliter tantum possident, h. e. animo retinent possessionem, licet non corpore rei insistant. CUCHUS *n. 134.* Nam cum adversus hos actio realis quoque competat, per *L. 60. §. 1. ff. de usufructu L. 3. §. ult. ff. ad exhib. HILLIG. ad DONELL. lib. 20. c. 3. lit. D.* hique omnino, quamdiu ita possident, facultatem habeant restituendi; consequens est, & adversus illos inficientes pœnam hanc nostram decerni. Imo ad quasi possidentes Legem nostram pertinere ex dictis §. XI. patet. Illud superest hoc loco, ut de possessoribus fictis, ^{Num etiam ficti?} qui scilicet desiere possidere, antequam inficiati sunt possessionem, solliciti simus: utrum nempe & illi pœnam hanc sentire queant? Quod absque dubio negandum. Nam licet alioquin pro possessoribus veris habeantur, eoque, ut actione reali conveniri queant, atque in æstimationem condemnari, *L. 36. §. 1. L. 63. ff. de R. V.* quia tamen, dum reapse non possident, negantes se possidere, mendacium hac parte non committunt, & possessio, qua destituuntur, ab illis in adversarium transferri nequit: palam est, hos fictos possessores non esse subjectum patiens nostræ pœnæ, licet & negaverint se esse subjectum patiens possidere. BARGAL. *de dolo. L. 5. c. 14. n. 24.* Idem dicendum de illis, qui se offerunt liti, & simulant se possidere, cum non possideant, de quibus in *L. 25. ff. de R. V.* agitur. Hi enim licet mendacium committant, pœnamque ideo mereantur: non tamen inficiando possessionem peccant, nec etiam per naturam hanc nostram pœnam pati possunt, cum rem non possideant, de qua lis veritur.

XIV. Est ergo possessor conventus reali actione, vel tali, ^{Req̄ratur vero, ut mendacium committat.} quæ illam imitatur *negans possessionem*, subjectum hujus pœnæ, possessor sed *mentiens*. Atque ita causa, vel delictum, malumque actio-

Et quidem
interroga-
tus in judi-
cio:

actionis, ob quod poena decernitur, mendacium est commis-
sum circa possessionem, quam quis inficiatus est contra ve-
ritatem. De qua re uberius paulo agendum est. Quo loco pri-
mo supponendum est, interrogationem praecessisse in ju-
re. Quod quomodo accipiendum sit, in L. 4. §. 1. ff. de Interr.
habetur, scilicet apud Magistratus populi Rom. vel Praesides pro-
vinciarum, vel alios judices. Jus enim ille locus est, ubi juris
dicendi gratia consistat. Qui quidem locus Triboniani ma-
num passus videtur, qui, cum olim juris & iudicii, juris di-
cendi & iudicandi potestas diversissima fuerint, Ulpiani
verba ad sua tempora accommodavit, quibus ista diffe-
rentia jam fuit sublata. FABER. ad d. L. 4. §. 1. ff. de Interro-
gat. nisi per vocabulum iudicis Magistratus majores accipere
velimus, de quibus in L. 32. §. 7. ff. de recept. agitur: qui tamen
vix alii sunt, quam illi, de quibus jam in d. §. 1. actum. Sed quic-
quid hujus sit, hodie certissimum est, sufficere interrogatio-
nem a quocumque iudice esse factam, coram quo causa ver-
titur in iudicium deducta; modo facta sit interrogatio in loco
iudicii: non in itinere vel domi. Nam licet & hic interroga-
tionem permittere videatur L. 4. §. 1. inf. de interrogat. in iure
fac. textum tamen illum de actibus voluntariae jurisdictionis ea
parte accipiendum esse, nec Accursius ignoravit, quod ad con-
tentioſae jurisdictionis actus, de quibus hic nobis quaestio,
pertinere non potest. L. 6. C. de sentent. PHILIPPI ad Dec. noviss.
45. obs. i. n. 42. FAB. d. l. Necessè tamen, ut fiat interrogatio, lite ab
adversario mora, & causa in iudicium deducta, vel saltem ad
preces illius, qui instituere parat actionem. Jll. D. STRYK.
Tit. de Interr. Us. mod. §. 14. Antequam enim fiat, ju-
dex non habet jus interrogandi, atque adeo nec responden-
di obligatio est penes reum. Quin imo, cum, si quis sine in-
terrogatione iudicis sponte; vel ab adversario, aut quod idem
est,

vel etiam
sponte ne-
gans;

est, ab hujus Advocato, vel procuratore, *L. 27. §. questioni 7. in f. ad L. Jul. de ad ult.* interrogatus respondeat, pro interrogato habeatur *L. 9. pr. §. 1. ff. de interrogat. in jure fac.* ^{Bel ad interrogacionem adverbis.}
 ubi ANTON. FABER. si negaverit possessionem, utique in ea causa erit, ut hac poena nostra affici queat. Et hoc est, quod CUCHUS dicit, nihil hic interesse, utrum ad interrogatoria judicis, sive ad positionem partis negative reus respondeat. *n. 194.* Imo si ad positiones partis per juramentum respondendorum inficiatus est possessionem, multo magis adhuc peccat, BARG. *de dolo L. 5. c. 14. n. 9.* & poena dignus. Quæ quidem ita accipienda, ut vera sint, si modo ultro-nea illa responsio, vel ad partis interrogationem secuta, fuerit facta iudice præsentem, FABER *d. l. FULGOS ad b, n. L. P. CIAN. de Probat. lib. 1. c. 19. n. 10. v. sup. §. 8.* Et si autem nonnulli velint, debere fieri interrogationem cum hac comminatione judicis, privandum esse possessione, nisi veritatem respondeat, vel saltem sub poenis juris, CUCH. *n. 287. GVID. PAP. Conf. §. 2. 2.* non puto tamen, his assentiendum esse, quia lex silet, atque enim absque comminatione, quæ si præcessit, eo fortius stringit reum, a mendacio abstinendum cum damno alterius conjuncto. Conf. BARGAL, *L. 5. c. 14. n. 30.* licet ratio ab illo allegata nullius momenti sit. Cæterum nihil etiam interest, quocumque tempore negatio hæc facta, sive ante, sive in ipsa, sive post *L. contestationem, CUCH. n. 187. §. 205.* Nam licet utile sit, ante *L. contestationem* illam fieri interrogationem, si tamen ommissa, & postea fieri potest, ne partes inaniter ad ulteriora procedendo graventur laboribus & expensis, *L. 21. de Interrogat. CAPELL. THOLOS. Dec. 147.* Ex quibus cognosci potest, nullum assensum mereri illud dogma *Dd. plerorumque, libellum actoris, ad quem respondens negavit reus possessionem, debere esse non ineptum, & male formatum* 7A-

SON. ad §. 1. de Act. n. 97. aliiqve, quos allegant, & sequuntur PORTIUS lib. 1. Concl. 30. GABRIEL lib. 5. Concl. 5. de A. vel A. P. n. 29. qui illuc respexerunt, quod ad libellum ineptum reus respondere non teneatur, libelliq; inepti exceptio anomala sit, atqve etiam post litem contestatam opponi possit, sicqve responso ad talem libellum pro non facta habeatur. CUCH. n. 291. Nam si & ultronea negatio in iudicio facta, poenam meretur; cur non idem de hac diceremus? Multo minus cessabit poena, si extra illum libellum ineptum interrogatus responderit negative. Conf. B. BRUNNEM. ad lib. 11. ff. de Interrog. n. 49.

XV. Alterum, quod moneri debet, hoc est, responsum factam supponi ab ipso reo, & quidem tali, qui personam standi in iudicio habet, qualis cum non sit minor, L. 2. C. qui legit. pers. standi in jud. consequens est, actum istum pro nullo haberi, nec ideo eum ob mendaciam puniri, FARINAC. qv. 81. n. 354. Ac sibi imputet petitor, quod hominem istum atatis defectum patientem solum interrogaverit, vel curaverit interrogare. Quin imo si consensu curatoris inficiatus fuerit, restitutio in integrum non tam adversus mendacium, quam adversus ablationem possessionis, quæ ex eo, quod adversarium gravavit onere probandi, sequitur, erit ipsi concedenda, sumtibus tamen in hanc rem factis restitutis petitori. L. 9. §. 2. vers. sed si. ff. de minor. ubi ANTON. FABER. FARINAC. d. l. GRATIAN. Discept. For. n. 48. HILLIG. ad DONELL. lib. 21. c. 10. lit. O. Quemadmodum vero quod de minore diximus, absqve curatore negante, ad mulieres quoque pertinet illis in locis, ubi absqve curatoribus personam standi in iudicio non habent, uti in Saxonia nostra, MARTIN. ad tit. 8. Ordin. Jud. §. 1. n. 14. ita, si cum curatoribus illa, quæ perfecta atatis sunt, negaverint possessionem, convictæqve mendacii, beneficio restitutionis

*Et ipse qui
dem modo
personam
standi in ju-
dicio ha-
beat.*

tionis eas non gaudere, existimo. Nam licet non desint, qui mulieribus nostris omnibus æque ac minoribus auxilium illud Prætorium indulgeant indistincte: horum tamen sententiam nulla lege suffultam praxis hactenus merito rejecit. Porro si procurator, vel Advocatus neget possessionem, idque per mendacium faciat, ipsi reo hocce obesse non potest, quem ex alieno facto pœnam pati, iniquum foret, *L. 22. C. de pœn. curator &c.* Quid si pro-
 ANT. FABER. *ad l. 9. §. 1. ff. de Interrog.* nisi mandato speciali instructi fuerint: quo omnibus causis opus, quibus magnum præjudicium vertitur. *c. 4. de Proc. in 6.* D. SCHULZ. *Diss. de mand. spec. c. 4.* vel præsentate principali, tacenteque, vel postea approbante saltem, inficiatio facta. Ex qua re mandatum tacitum, vel rati habitio colligi potest, *L. 6. L. 18. ff. mand. L. 9. C. ad Scutum. Macedon.* Atque hinc Prælati mendacium vel tutoris, vel curatoris non potest obesse Ecclesiæ, pupillo, vel minori. CUCHUS *n. 330.* BARGAL. *d. l. 12. 28.* GABRIEL. *L. V. C. §. n. 32.*

XVI. Posthæc observandum est, responsionem factam debere esse negative, ut scilicet negaverit se possidere, per hunc textum nostrum. Hoc dubio caret, si negatio hæc directo & specialiter facta, ac *πρὸς ἑμὸς*, ut ait ULPIAN. *in L. 11. §. 5. ff. de interrog.* Quod si autem quis ita respondeat ad libellum: *nego narrata, prout narrantur*, cessare pœnam, nonnulli ex nostratibus opinantur; quia videtur negare, quod est substantia libelli, non ejus circumstantias. Qua de causa JASON loco cautelæ nunquam de memoria delendæ monet, utilissimum esse, ut conventus nunquam neget se possidere, ne in pœnam incidat *L. nostræ fin.* sed simpliciter neget *narrata, prout narrantur* *J. de ad §. 1. act.* Quam sententiam usu invaluisse scribit BARGAL. *de dolo. lib. 5. c. 14. n. 10.* HERING. *de fidejuss. c. 27. P. 1. n. 220. seqq.* probatque

MARSILIUS *Singulari 242. n. 5.* SCHNEIDEW. *in §. 1. J. de Act.* Verum si dicendum, quod res est, sentio cum HILLIGERO *ad DONELL. lib. 20. c. 3. lit. R. ac B. BRUNNEM. ad tit. ff. de interrog. in jure fac. n. 46.* Quorum ille hoc cavillationem potius, & vafam elusionem ac circumventionem dicit, quam cautionem jure proditam; hic vero pejus agere, inquit, hujus cautela Patronos, illis Advocatis, qui partes ad negandum instruunt; cum Advocati legis sanctionem non illudant, ut illi. Namque si supponamus, actorem libello complexum esse, uti quidem fieri debet, reum possidere, huncque respondentem negasse narrata, prout narratur: procul dubio omnia negavit, quae in libello quoad substantiam, & circumstantias continentur. Nam uti ille, qui omne dicit, nihil excludit *L. 68. in pr. ff. de legat. 3.* ita is, qui omne & simpliciter negat, nihil excipit. *BARBOSAL. 12. C. 7. Ax. 2.* Quod quod possessio rei tanquam alterum, ut vocant, extremum realis actionis ad substantiam libelli utriusque pertinet. HILLIG. *ad DONELL. d. c. 3. lit. B.* Plane parum hodie cautela ista officii praestabit, cum secundum leges Imperii, & Saxoniae nostrae, aliorumque locorum placita, generalis ista litis contestatio non sufficiat, sed specialis ad omnia libelli capita exigatur, *R. J. noviss. §. 37. Et O. J. S. tit. XVI.* Quia et si quis generali illa usus hodie, nondum ad specialem adactus, existimo istam jam tum sufficere ad translationem possessionis, si actor eam petat. Quod si vero actor possessionem rei libello complexum non est, otiosa est quaestio, cum utriusque ad id, quod intentione propositum non est, non potuerit respondere, nec affirmare, nec negare possessionem. Ceterum si interrogatus plane non respondeat, sed taceat, pro negante habetur *L. 11. §. 4. ff. de inter.* quod hic utilius est actori, ac si haberetur pro confesso: quia a negante possessio potest transferri absque probatione juris

*Quia si reg
vel plane
non vel ob
scure respon
deat?*

juris actoris. FABER *ad d. §. 4. CUCH. n. 179.* Hoc maxime tunc locum haber, si ad libellum respondere iustus sub poena litis negative contestata: ita ut & sic in hocce argumento insignem effectum deprehendamus fictæ hujus litis contestationis. Qvod si porro dubie vel obscure respondeat, ut incertum, dimittat interrogantem, & probandi oneri exponat, urgendo est, apertius ut loquatur, & categorica utatur responsione. *l. 20. §. 7. d. l. Qvod si hæc non possit extorqueri ab interrogato, hic in eadem causa erit, ac ille, qui tacuit, vel negavit L. 11. §. 7. ff. de interrog.* In quam rem allegari solet etiam *II. F. 34. in f. B. BRUNN. ad L. 11. ff. de interr. n. 46.* Qvod quidem ita accipiendum si dolo malo dubie, vel obscure responder: atque sic aliud est, si justam causam haber, ob quam categorice respondere nequit. BRUNN. *d. l. Conf. dicta infra Th. 18. Conf. Ill. STRYK. in usu mod. Tit. de interrog. in jure. §. 37.* Ubi vero lis pro affirmative contestata habetur, vel reus contumax pro confessio & convicto; ut in Saxonia fieri assolet: ibi ficta, talis contestatio litis si contingeret, cum pro negante reus haberi nequeat, poena nostra utique exulabit. Sed nec tamen ea opus, cum actor totius causæ intuitu victor evadat, & alias res ad illum transferenda.

XVII. Deinde & illud monendum, quod ex antecedentibus fluit, esse hæc omnia intelligenda de casu, ubi ipsa possessio negata est. Itaque non pertinent ad eum, qui titulum vel qualitatem possessionis negavit, exempli causa, si negavit, se possidere pro emptore, cum tamen ita possideat; vel si dicat se pro emptore possidere, hocque falsum sit: cum & eundem regulariter nemo edere debeat. *L. 11. C. de hered. petit, CUCHUS ad b. L. n. n. 318. BUSIUS & FABER ad eand. PORT. Concl. 30. lib. 1. Diff. BARG. d. l. c. 14. n. 16.* Pariter non pertinet ad eum, qui tantum identitatem negavit possessionis, qui scilicet

*Negata de-
bet esse ipsa
possessio.*

affir-

affirmavit quidem se hunc vel istum fundum possidere, non tamen illum esse, quem actor petit. Hoc enim casu actor nil nisi jus suum probare debet, quod in hocce fundo sibi asserit, quem possidere se affirmavit reus. Atque adeo hic ratio legis cessabit. MARZAR. *Conf. 43. inf.* Qua parte consultum, ut in rem presentem eatur, ibique actor indicet rem, quam petit, & reus monstrat prædia a se possessa, COSTA *de facti scient. & ignorant. Cent. 1. Distinct. 25. n. 6. & 17.* Nec ille huc spectat, qui cum adversario suo rem deposuit in sequestro, & respondet se non possidere. Possessio enim tunc in sequestro translata esse L. 17. §. 1. *depos. junct. a L. 39. de acquir. possess.* CUCHUS *d. l. num. 443.* BRUNNEM. *ad. L. XI. de interrogat. num. 54.* Nec ille qui interrogatus: an dolo desierit possidere? & ipse per mendacium negaverit, BARGAL. *d. l. vid. th. XIII.* Sed quid si negasset reus, se possidere, aut si possideat, juste possidere dicat? Hoc casu quidem non videtur absolute negare: quia tamen utique non affirmat, & probationi adstringit adversarium, procul dubio poena nostra dignus censetur. CUCHUS *n. 174. & 178.* Quamvis enim alias nemo pluribus defensionibus uti prohibeatur, id tamen ita intelligendum est, nisi contrariae sint, & tale mendacium involvant, quod a jure poenam mereatur. Diversum statuit CUCHUS *num. 375.* eo casu, si quis dicat: ego non possideo, & quatenus invenior possidere, ego emi a te, vel mihi illam rem donasti. Fateri enim hic, dicit, actorem fuisse dominum, propterea ad rem spectare onus probandi, rem sibi venditam esse, vel donatam. Cum ergo nulla probatione actor gravetur, non est, quod ex negatione reus poenam sentiat. Sed quia tamen possessio dubia est, illamque probare debet actor in rem agens, nullam hic video a priori casu idoneam differentiam rationem. Plane si quis falso negavit possidere se suo nomine, illum poenam mereri supra diximus th. XIII. XVIII.

XVIII. At vero debet ista negatio possessionis fieri per *mendacium*, atque ita per dolum malum: sine quo, meo iudicio, mendacium non potest concipi. Et si concipi posset, quod nonnulli credunt, fatentur tamen nostri, omnem, sic hanc etiam nostram poenam negantis vel mentientis locum tantum tunc habere, quando mendacium, vel negatio facta per dolum, vel summam illam oscitantiam, quæ vix sine dolo concipi potest, quam latam culpam dicimus, quæve in causis civilibus idem ac dolus est, L. *quod Nerva 32. ff. Depositi*, L. *4. ff. de Magistr. conven.* SICHARD. *ad avth. idem possessor C. qui pot. in pign.* WURMSER. *Obs. misc. 10. n. 1.* BARGAL. *de dolo L. 1. c. 14. n. 8.* PRUCKMANN. *Vol. 1. Consil. 28. n. 92.* BRUNNEM. *ad L. 11. de Interrogat. n. 26.* Quod si itaque quis probe sciens se possidere studio id neget, ut saltem negotium facessat adversario: vel si fortasse adeo rerum suarum negligens, ut quidem nesciat, utrum possideat, vel dubius sit, conventus tamen reali actione absque ulla, vel exigua saltem opera statim scire possit, utrum possideat, nec ne? malit tamen ignorare, & adversario onus probandi attrahere, quam discere veritatem: uterque dignus erit hac nostra poena. Nam & ultimus parum abest a primo, neque ab animo decipiendi & defraudandi adversarium penitus potest absolvi. *MASC. de probat. v. 11. c. 834. n. 6.* Quod si vero fortasse quis per procuratorem, filium, vel servum in loco remoto possideat, justamque habeat ignorantiam se possidere, & in probabili sit errore, si negavit, vel dubie respondit, nullam poenam sentire debet, L. 11. §. 10. *ff. de Interrog. ubi BRUNNEM. FABER. ad hanc L. nostram in fine GUTIEREZ. in repet. avth. Sacramenta puerum & c. n. 61. AFFLICT. Dec. 18. ibiqz. URSILLUS n. 1. GOEDEUS de contrab. Stip. c. 9. n. 102. & qui allegantur a PACIAN. de Probat. lib. 1. c. 19. n. 3.* Idem dicendum si ratione ob-

D

jcti

*Negatio sit
dolo facta,
requiritur.*

jecti iuste erret, atque ignoret eandem rem, cujus possessionem negavit, esse eam, quæ postulatur, *L. 11. §. 10. ff. de interr. II. F. 34. in f. COSTA de fact. scient. & ignorant. Cent. I. Distinct. 26. n. 6.* Talem tamen iustam ignorantiam non volunt esse, quando quis allegat, nescivisse, rem alteri locatam se possidere. Quemadmodum adversus rusticum quendam ita iudicatum fuisse, refert *SURDUS Dec. 237.* qui potuisset, & debuisset peritiores consulere, *GRATIAN. Discept. Forens. c. 109. n. 36.* Apprime hic notandum, contra regulas juris communis dolum, & latam culpam hoc nostro casu præsumi, probata scilicet possessione rei, *VVURMSER. in Miscell. obs. 10.* Dum enim apparet, rem aliter se habere, ac professus est reus, occultatamque esse veritatem eo loco, ubi manifestari oportuit, & tali quidem in re, quam vix ignorare potuit inficiens, non potest non inde præsumtio doli nasci. Atque adeo nulla peculiari probatione doli, vel latae culpæ opus erit; sed potius reus, dolum ab fuisse, probare debet. *BARG. de dolo L. 2. c. 4. n. 37. 45. 46.*

Dolus hic præsumitur, vel intus culpa.

Reus persistat in mendacio.

XIX. Ut vero poena locum inveniat, id etiam necessarium est, ut in mendacio, seu inficiatione persistat reus, usque dum convincatur ab adversario, illum possidere. Nam convinci debere reum negantem actoris probationibus, lex nostra aperte indicat. Qua de re infra plura monebo. Quod si itaque eum poeniteat, atque tandem fateatur possessionem, cessabit poena. Nam uti mendax gravando adversarium onere probandi, puniendus venit: ita e diverso non gravans adversarium, nec nocens non debet puniri ob cessantem rationem *cap. cum cessante X. de Appellat. L. quod dictum. 32. ff. de Pact. PACIAN. de Probat. lib. 1. c. 19. n. 7. SICHARD. in verb. Item possessor & c. C. qui pot. in pign. n. 11.* Licet enim mendax reus fuerit, doloseque egerit cum actore, sicque una ratio legis

gis

gis quadret in eum; non tamen idem de altera dici potest, cum onus probandi non subierit petitor. Notum jam vero est, in illis casibus, ubi duplex adest ratio legislationis, æqualiter & conjunctim movens legislatorem, quod hic fieri, supra §. IX. dictum, cessante una, cessare etiam dispositionem. FRANZK. *tit. de LL.* Neque etiam objici potest, quod Doctores vulgo dicere solent, confessionem speciem esse probationis, probatamque probationem ex *L. 14. C. de R. V. BARBOS. Thef. lib. 3. c. 61. axiom. 13.* sicque confessum pro convicto habendum esse, pari que ratione utrumque eandem pœnam mereri. Nam ut taceam, Doctores paulo liberius loqui, quando confessionem probationem esse dicunt, cum ista confessio relevet potius a probatione, quam ut probatio proprie sit dicta, quæ ali- quid, quod negatum est, & de quo fides facienda judici, præ- supponit: certe hoc loco magna inter confessionem & probatioem intercedit differentia, dum hæc cum onere actoris conjuncta, quorsum hic respicimus, non vero ista, quæ sine ullo actoris gravamine contingit. Plane usum judiciorum confessum a convicto perpetuo separare, norissimum est. GABRIEL, *L. V. R. de A. vel A. P. c. 5. n. 31.*

*Pœnitentia
collit pœnam.*

XX. Apparet autem ex his, quousque liceat pœnitere, & vitandæ pœnæ gratia revocare negativam responsionem; nempe eousque, donec nondum probatio ab adversario facta, BARGAL. *de dolo lib. 5. s. 14. n. 39.* Etsi vero nonnulli Doctorum terminum ponant peremptorium, litis contestationem inclusive, ita ut ante litis contestationem indistincte pœnitere quis queat, postea autem non, PACIAN. *d. l. n. 7.* hisce tamen non possum ego assentire. Quod si enim ante litem contestatam statim sub principio litis, imo etiam ante libelli oblationem faciat interrogare reum, an possideat, quod utique fieri potest, *arg. L. 21. ff. de Interrog. & cautela loco post ANG. JASONEM*

*Quousque pœ-
nitere liceat?*

& BARGALIUM *commendat* CONTARD *ad L. un. C. si de
 mom. poss. q. 14. n. 1. BRUNNEM. ad L. ii. ff. de Interrog. n. 46.*
 reoque negante probet statim, ipsum possidere, utique ob ra-
 tiones, quas adduximus, nihil proderit poenitentia, licet litis
 contestatio nondum peracta. Porro, si quidem jam litem
 contestatus reus, atque persistat in negatione, idque etiam fa-
 ciat ad positiones respondens, scil. ubi his locus, liberare se
 poterit confessione, modo adhuc probationes nondum factæ,
 CUCHUS *ad b. L. n. 281. GABRIEL L. V. Concl. 5. n. 27.* Uti
 vero probationibus peractis omnimodo, convictoque reo
 mendacii, si postea confiteatur, non relevatur. SALICET. *in
 avth. Contra qui propriam n. 3. C. de non numer. pecun.* ita illud
 superest expediendum, quid juris tunc sit, si actor jam coepit
 probationem, nondum tamen perfecit, utrum scil. revocans
 tunc negationem audiendus sit. Sane id negandum non est,
 & mendacem fuisse, & onere quodam gravasse reum. Fa-
 tendum tamen etiam est, nondum reum convictum esse:
 quod lex nostra exigit, ut poenæ locus esse queat. Qua de
 causa non existimo, tali casu translationem possessionis acto-
 rem consequi posse. Quod si tamen forasse testes jam omnes
 examinari fuerint, publicatio vero testimoniorum nondum
 facta; vel publicata testimonia, nec tamen sententia dicta a ju-
 dice super probationibus, si tum fateatur reus possessionem,
 id nimis sero fieri opinor, atque adeo, si postea, probatam esse
 possessionem, inspectis testimoniis, iudex decernat, poenam
 mendacii sentire debere. Sunt, qui existimant, in instantia
 appellationis posse poenitere reum, ad evitandam poenam: sed
 illa, quæ diximus, ostendunt asserto huic non esse fidendum.
 Et id ipsum monet illius auctores referens GRATIANUS *in
 Discept. Forens. c. 109. n. 28. seqq.* Quod si tamen ponas in pri-
 ma instantia non esse probatam possessionem, nihil obstat,
 quo

quo minus & in secunda, antequam in ea convictus reus, poenitentia habeat locum. Caterum non omittendum, reum revocatione mendacii poenam evitantem, merito condemnari in expensas mendacii causa factas. CUCH. n. 287.

XXI. Ista omnia si in possessore concurrant, poenam senti- ^{Pœna amissio} re debet negationis suæ atque mendacii, quæ, ut intelleximus, ^{possionis.} in eo consistit, ut possessionem amittat, & illa transferatur in actorem, & quidem si totius rei negavit possessionem, tota; si partem tantum, pars illa, quam negavit se possidere. Nam cum circa hanc tantum deliquit, iniquum foret circa aliam puniri. GRATIAN. *Discept. Forens. c. 109. n. 42. seqq.* BARG. *de dolo L. 5. c. 14. n. 26.* CUCHUS *d. l. n. 321.* Dubium hic movet ACCURSIUS in suis ad hanc legem commentationibus: quomodo ille, qui per mendacium negat se possidere, cum vere possideat, amittere queat possessionem? Possessio enim sine animo non amittitur, uti nec acquiritur, sive incipiat amissio ab animo, sive a corpore. L. 3. §. 6. L. 8. L. 17. §. 1. ff. de A. vel A. Poss. Nec magni momenti est, quod Bartolus objicit, videri, quem in animo habere illud ipsum, quod verbo exprimat, L. 7. ff. de Supell. legat. atque sic cum quis dixerit, se non possidere, declarasse animum suum scilicet quod non possideat, ergo nec etiam possidere. Id enim semper in mendace falsum est, qui aliud ore profert, aliud in mente gerit. Verum salva res est. Utrique concedendum est, mendacem huncce non habere animum desinendi possidere, sed fallendi, ac eludendi intentionem alterius: morali tamen affirmatione pro tali, qui defendere non vult, sed relinquere possessionem, haberi potest. *ib. IX. supra.* Quid? quod animadvertendum est, regulam illam, quæ absque animo h. e. proposito nunquam amitti possessionem dicitur, veram esse, si de voluntaria dimissionis quæstio sit; non vero pertinere ad casum, ubi per alium

Occurritur
dubio Accur-
sit.

praesertim judicem ex justa causa nobis extorquetur, *l. 15. l. 30. §. 2. ff. d. A. vel A. P. Conf. A. FAB. ad b. l. n.*

XXII. Ulti vero nunquam possessio secundum LL. Romanas ipso jure sine facto apprehensionis acquiritur, vel transit in alium *L. 23. pr. ff. de A. vel A. Poss. L. 1. §. 15. ff. si is, qui testam. liber.* ita quoque certum est, possessionem ipso jure hoc casu non transire, sed facto aliquo, quo acquiratur, opus esse. *BARG. de dolo L. 5. c. 14. n. 13.* Quo loco tamen sciendum, non posse petito rem propria autoritate possessionem rei in se transferre, sed per judicem id fieri debere. *b. l. nostra.*

*Possessio trans-
it in actorem
non ipso jure,
sed per ju-
dicem.*

CUCH. n. 296. Nam licet nihil interesse videatur negantis se possidere, an sua autoritate, an vero iudicis ope in se actor transferat possessionem, quam suam esse ipse inficiatus est; licet etiam non sine magna calumnia defendere possit possessionem rei, quam, ut diximus, negavit, atque adeo possessio intuitu hujus inficientis vacua videatur: quia tamen poenitere licet, & causae cognitione quaedam opus est, num convictus sit mendacii, sententiaque iudicis; hujus vero sententiae vis, & executio sine autoritate publica obtineri nequit, nec singulis concedendum, ut per se faciant, quod per Magistratum publice fieri possit, ne occasio sit majoris tumultus faciendi, *L. 176. de R. J.* ideoque haut fuit indulgendum actori, ut proprio ausu ad se transferat possessionem. *b. l. n. Conf. DN. SCHILT. Ex. II. §. 18.*

XXIII. Antequam autem ad istam translationem veniat iudex, opus est, ut tum actor, qui quidem talis esse debet, qui ab agendo non repellitur, ut excommunicatus, bannitus &c. *CUCHUS d. l. n. 382.* probeat rem possidere, tum petat hanc poenam decerni: de quorum utroque jam agendum est. Et quidem actoris petitione opus esse, ex eo constat, quod haec res ad jus partis pertineat, commodaque actoris. Isto vero posito locum inveniet regula juris notissima: iudicem non

*Actor debet
petere trans-
lationem pos-
sessionem.*

im-

impertire officium suum, nisi imploratum. *L. 4. §. 8. ff. de damn. infect.* *L. 18. ff. Comm. div.* PACIAN. *d. l. n. 6.* BARGAL. *d. l. n. 12.* HILLIG. *ad DONELL. d. l.* Quod si itaque petitor istam petitionem negligat, translatio possessionis utique cessabit, nec erit iudicis, illa privare reum. GABRIEL. *L. V. d. l. Concl. 5. n. 35.* Quod & tunc fieri, si actor ad probandam intentionem suam in petitorio admitti velit, ejusque suscipiat probationem, atque dominum se declarari petat. Quo ipso nihil aliud agit, quam ut adversarium tantisper in possessione relinquat, cum hæc non nisi adversus possessorem peti, & suscipi possint. *§. 2. 7. de act.* GABRIEL. *d. l.* PAPA *Sing. 563. 609.* BARGAL. *de dolo d. l. n. 12.* CUCHUS *n. 313.* HILLIG. *ad DONELL. d. l.* Nisi tamen alternative id faciat: quod & jure Civ. fieri potest, secundum quod possessoria remedia non quidem cum petitoriis simultanee, sed tamen alternative cumulari possunt. HAHN. *ad WESEMBEC. de Interd. n. 8.* vel enim juxta jus Can. & praxin cumulet cum petitorio remedium hoc possessorium simultanee, quod adipiscendæ dicitur possessionis. *Vid. thes. XXIV. seq.* HAHN. *ad WESEMB. d. l.* Imo cum relicto petitorio, ad possessorium confugere liceat, etiam si de retinenda possessione queratur. *L. 12. §. 1. ff. de acquir. poss. cap. 5. X. de caus. poss. & propr.* FRANZK. *Ex. 14. quest. 3.* modo id fiat ante conclusionem in causa, *d. cap. 5. HAHN. d. l. in fin.* nullam rationem video, cur & id intuitu nostri remedii fieri nequeat, atque adeo tunc non oberit, in petitorio progressum esse. Quod illis cautela loco notanda erit, qui in petitorio vincere se non posse suspicantur. Amplius existimo etiam in appellationis instantia ad beneficium *L. nostræ* confugere licere; quoniam appellatio causam reducit ad tempus *L. C. l. 13. C. de proc. & ea, quæ in prima instantia omissa, tunc suppleri poterunt. L. 6. §. 1. C. de Appel-*

Quoniam tenet ut remedia L. nostræ

lat.

lat. ubi Doctores. Ac huc fortasse etiam respexit COSTA. *de fact. scient. & ignor. Cent. 1. Dist. 25. n. 4.* legis nostræ dispositionem procedere affirmans, sive quis in prima, sive in secunda instantia fuerit convictus. Plane si petitorium per rem judicatam est finitum, parum apte petitio fit ex L. n. GABR. *lib. 5. Rubr. de A. vel. A. Poss. Concl. 5. n. 35.* BRUNNEM. *ad L. n. de Interrog. n. 47.* Si enim pro actore judicatum est, non opus remedio nostro, cum alias cedere possessione reus debeat, petitorque vi rei judicatæ in possessionem mitti. Si reus victor evasit, actori obstabit auctoritas rei judicatæ in petitorio, qui sibi imputet, quod remedio L. n. non fuerit usus. CUCH. *d. l. n. 309.*

*Observatione
sue petitio.*

XXIV. Dispiciendum vero est, quæ ratione ista fiat petitio. GLOSSA ad hanc L. nostram transferri dicit possessionem per officium judicis, vel conditionem ex lege, atq; adeo petitionem istam, vel implorationem officii judicis, vel conditionem ex lege esse supponit. Incertum tamen utrum hæc disjunctive, vel conjunctive intellecta voluerit, h. e. utrum conditionem istam idem, ac officii judicis implorationem, aut hæc pro diversis habuerit? Sane BARTOLUS ad h. l. nostram ultimum probat, Glossam nempe illa duo pro diversis habuisse, atq; adeo infert, si fiat per conditionem ex lege, novo libello, nova litis contestatione, & uno verbo, novo processu opus esse: quibus omnibus carere possemus, si per implorationem judicis officii studeamus obtinere possessionis translationem. Ipse vero tandem concludit, dicendum esse, potius officio judicis, quam per modum conditionis, quæ actio est, obtinendum finem huncce, quem hic intendit actor. Si enim, inquit, fieret per actionem, tunc iudex non esset immediata causa efficiens translationis, sed actio; fieret ergo translatio per actionem mediante iudice. Nolo prolixus esse tum in
in-

indaganda sententia Glossæ, tum examinanda hac Bartoli ratiocinatione; sed paucis mentem meam aperiam.

XXV. Scil. existimo, nullam quidem hic dari ordinariam, & proprie, ac in sensu exquisitioni ita dictam actionem, quæ opponitur implorationi officii judicis, aut extraordinariae persecutioni, *L. 24. §. ult. ff. de Minor. L. 178. §. 2. de V. S.* sed extra ordinem officium Prætoris, seu judicis, ejus scil. qui jam aditus est, vel pro actione in rem datus, nobile implorari, atque impertiri. ANTON. FABER. *ad. h. l. n. CUCHUS n. 317.* Quæ imploratio in sensu laxiori, præsertim juris & judicii distinctione sublata, & actionis nomine venire potest. *L. 34. de V. S. L. 37. de O. & A. BACHOV. de Act. Diss. 1. tb. 24.* & quo minus condictio ex lege etiam dici queat, nihil video, quod impediat. Quoties enim in nova lege introducta obligatio, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiendum, ex lege agendum est. *L. 1. ff. de Condict. ex lege.* ita ut Rom. jure, quod cuique negotio propriam actionem, & cuilibet actioni certam agendi formulam assignavit, deficiente tali propria actione, atque formula, condictionis nomen subsidiarium fuerit, pariratione, ac apud nos imploratio officii judicis esse solet. DN. SCHILT. *Ex. 1. tb. 6. & Ex. 24. tb. 57.* MINDAN. *de Interd. Comment. 13.* Neque etiam absonum est, remedia, quæ ex legibus Digestorum, quas Justinianus suas fecit, oriuntur, condictiones ex lege dici, ut HAHNIUS ostendit *ad WESEMB. tit. de Condict. indeb. & variis exemplis v. g. L. si me & Titium §. c. 32. ff. de reb. cred. L. si contendat 28. ff. de fidej. L. extat 13. ff. quod met. caus. probat. Conf. WESEMB. ipse, atque BACHOV. d. l. nec non Illust. STRYK. ad d. tit. in N. Laut.* Quocumque autem nomine illa petitio veniat, plerique tamen in eo consentiunt, remedium adipiscenda esse possessionis, BARTOL. *ad h. l. nostram, secunda pos. n. 3. PANORMIT. inc. cum causam. vers. secundum dicit Glossa. §. 80. n. 3.*

Per implorationem officii judicis.

Est remedium adipiscenda possessionis.

X. de juram. Calumn. CONTARD. ad L. un. Si de mon. poss. q. 14. n. 5. RIP. in l. 12. §. nihil commune. i. ff. de A. vel A. P. n. 152. MENOCH. Remed. adipisc. possess. l. n. 113. & qui ibidem allegantur. CUCH. passim. Quod nullum dubium habet, si actor nunquam gavivus possessione rei, quam petit. Quod si enim jam olim habuit amiseritque, nihil videtur causæ, cur non etiam recuperandæ remedium possit appellari. Imo etiam si supponamus casum, ubi actor non totam amiserit possessionem, sed tantum ex parte, ita ut adversarius vim inferendo, vel illum in possessione, aut usu rei impediendo possessionem involaverit alterius, quatenus turbat: (quo casu licet in rem agam, non tamen videor renunciassse penitus possessioni l. 12. §. 1. ff. d. A. vel A. P.) non inconueniens videtur, retinendæ possessionis remedium hoc nostrum dici: quæ quidem remedia, si rem penitus intueamur, recuperandæ magis sunt, dum id persequimur, quod amissimus; retinendæ vero ideo dicuntur, quia non totam perdidimus possessionem, atque illam volumus redintegrare, & seruire integram. Conf. OLDEND. CL. II. act. 4. n. 7. f. 100. Quia tamen, qui hoc remedio utitur nostro, non in eo se fundat, quod possessionem jam olim habuerit, vel adhuc habeat; & reus istam occupaverit, vel turbaverit; vel quod idem est, non ponit fundamentum petitionis in ejectione, vel turbatione ab altero facta: sed tantum in mendacio adversarii, peritque ad se transferri possessionem, quasi nunquam possedisset, satius est adipiscendæ possessionis solum remedium hoc dici.

Unde remedium hoc ortum capiat?

XXVI. Quod si causam atque originem proximiorẽ quæras: ex facto obligatorio illicito illud nasci, ajo, nempe inficiatione possessionis, seu mendacio, cum translatione oneris probandi in adversarium conjuncto. Quemadmodum autem remedia possessoria omnia summario processu tractanda sunt, nec in illis ordo exigitur judiciorum solennis, *L. un. C. si de moment. possess. l. ult.*

L. ult. C. quor. bonor. L. 8. C. unde vi. L. 3. C. de interd. ubi Doctores. SCHILT. *Ex 47. §. 3.* ita & hoc remedium summarie, cum præsertim causam incidentem in iudicio concernat, tractari debet, pari ratione, ac contra non venientem mittitur actor in possessionem, ex primo vel secundo decreto *L. 4. §. 3. 4. L. 15. §. 16. ff. de damn. infect.* Quo stante, nulla nova instantia, nullo novo solenni libello, nulla litis contestatione, nec juramento calumnia opus erit, BARTOL. & BALDUS *ad d. L. JASON. ad §. 1. f. de Act. n. 89. GABRIEL. lib. 5. Concl. 5. n. 25. BRUNNEM. ad L. 11. ff. de Interrog. in iure fac. n. 47. CUCHUS de ment. circa poss. n. 207.* sed absque ullis ambagibus finis obtineri poterit, modo probationibus reus mendacii convictus.

*Præceditur
summarie.*

XXVII. Jam itaque de probationibus videndum est, quas suscipere debere actorem, ex dictis patet, & Glossa omnesque Doctores uno ore affirmant. *PAC. lib. 1. c. 19. n. 4.* Circa eas autem tria hic veniunt pensanda. (1.) *Qualis probatio requiratur?* (2.) *quando debeat fieri?* (3.) *quidnam probandum sit?* Non vacat jam repetere prolixas illas Doctorum disputationes circa probationes in iudiciis possessoriis, quas, cui volupe est, legere potest apud MINDAN. *de Interd. coment. 26.* Mihi hæc sententia placet, in iudiciis possessoriis, quoniam summaria sunt, plenas quidem & concludentes adesse debere probationes, non tamen illas esse solennibus illis adstrictas, quæ in ordinario processu circa probationes exiguntur, *L. un. C. si de moment. poss. L. 8. C. Unde vi. L. 3. C. de Interd. L. 6. Cod. THEOD. de denunciat. L. ult. C. quor. bon.* Paucis sufficiunt summaria probationes, quas in nostro foro demonstrationes (*Bescheinigung*) vocant, quæ, quomodo ab istis differant, aliunde notum est, & Doctores passim, qui de ordine iudiciorum agunt, tradere solent. Quoniam itaque remedium, de

*Probatio-
nes debent
esse plene,
sed summa-
ria tantum,*

quo agimus, ad possessoria refertur, consequens est, processum summarium ejus intuitu locum invenire, ut th. præcedenti dictum; atque sic plene quidem, & concludenter convincendum esse mendacii reum, sed tamen per probationem summariam, & modum demonstrationis. Conf. GVID. PAP. *Conf. 3. n. 3.* GABR. *d. n. 36.* idque vel testibus, quod caret dubio, vel instrumentis, quibus etiam possessio probari poterit, e. c. Catastro, it. instrumento locationis. MASCARD. *de Probat. C. 274.* GRAT. *Discept. Foren. Concl. 295. n. 17.* COST. *de fact. scient. & ignor. Cent. 1. Dist. 25. n. 4.* qui in terminis tradit, in frumento publico mendacii convinci posse reum inficientem possessionem. Quo quidem loco illud non omittendum, sub plenæ probationis nomine & illam hic comprehendere, quæ per fortes præsumptiones fieri solet: quibus etiam possessio potest probari. MENOCH. *Remed. ret. possf. 3. n. 570.* VERGIN. *de BOC. de Interd. uti possid. c. 14. n. 12. & 24.* Caterum quam praxis nostri Fori distinctionem possessorii ordinarii & summarii recepit cum differentia probationum, ea tantum ad interdictionem & remedia pertinet retinendæ possessionis, & sic nihil facit ad rem præsentem.

*Quando
probandum.*

XXVIII. Quoad tempus probationis, non opus est, ut (2.) multis de hac re solliciti simus. Quoniam enim non solennis probatio, sed demonstratio summaria saltem necessaria est, hæc vero nec in Saxonia nostra termino legali adstricta, MARTIN. *Proc. tit. 20. §. 4. n. 83.* consequens est, eousque licere suscipere hanc probationem, quousque alias hæc peritio permessa. Vid. *supra th. XXII.* nisi fortasse iudex per sententiam intra certum spatium hanc fieri iusserit demonstrationem. MARTIN. *d. l.* Imo etiam in appellationis instantia poterit suscipi. COSTA. *d. l. dist. 25. n. 4. L. per hanc. 4. C. de temp. appel-*

appellat. 113. C. de Procur. in Saxonia quoque, cum hac parte legali termino destituamur, si maxime per sententiam demonstratio inuncta, & vel omiſſa in prima instantia, vel non sufficienter facta. HARTM. PISTOR. lib. 4. qvæst. 24. n. 2. MEV. P. 2. Dec. 235. Svadendum vero actori, ut, si velit petere translationem possessionis, rotulis jam, vel aliis testimoniis sufficienter instructus judicem accedat, utque sic statim & in continenti hisce reum convincere queat. Hoc enim ipſo evitabit revocationem negationis, ad quam rei plerumque confugere solent, si videant, nostram sibi objici legem. Nam licet non negem, & tunc reprobationem seu contrariam demonstrationem (Gegen-Beseheinigung) non esse denegandam reo, quæ, tanquam species defensionis, in summario processu quoque locum habet, MARTIN. ad tit. 21. Ord. jud. n. 4. si tamen nihil hacce effecit reus, pœnitentia sera non liberabit istum ab amissione possessionis. Vid. dicit. supra th. XX.

XXIX. Quid vero (3.) probandum ab actore, ipsa lex nostra indicat, rem scilicet ab adversario possideri, L. n. ult. junct. l. 24. §. 2. ff. de judic. quod quidem intelligendum procul dubio est, de tempore, quo negavit se possidere BALD. ad b. l. n. BARGAL. de dolo & mendacio, l. 5. c. 14. n. 11. CALA de artic. mod. Gl. un. §. 2. n. 132. vel si contumax fuerit, quo debuit respondere. Nam si eo tempore ipsum possedisse, non constat, reapſeque non possedit, nullum mendacium negando se possidere commisit: licet alioquin antea dolo desiderit possidere, Conf. dicta supra th. XIII. XVII. Probato itaque, eum isto tempore naturaliter rei incubuisse, fructus collegisse, agrum coluisse, ex re percepisse pensionem, abiisse ex ædibus, illasque clausas reliquisse, res carer dubio. Illud vero non adeo expeditum est, utrum sufficiat probasse, reum aliquando rem possedisse?

disse? Affirmativa placet SCHNEIDEW. ad §. 1. *J. de Act. n. 97.* atque B. DN. BRUNNEM. ad L. 11. ff. de Interrog. n. 49. Præsumi enim inde ajunt, etiam nunc possidere L. 16. C. de Probat. nisi contrarium alter probet, L. 17. ff. de Except. rei jud. desisse se scil. isto tempore possidere, præsertim in immobilibus, non vero ita in mobilibus, nisi nuper reus possedisset. Sed in contrarium abit HILLIG. ad DONELL. lib. 20. c. 3. lit. R. duplici ex ratione, (1.) quoniam si non utriusque ex præterita possessione præsens colligitur, ubi de commodis possessionis agitur, ut fuisse MENOCH. lib. 6. præsumt. 64. minus, ubi damnus vertitur: (2.) quia translatio possessionis non fieri potest, nisi constet de præsentis possessione. Equidem si evolves MENOCHIUM, videbis variis modis ampliare & limitare eum illationem, quam a præterito in præsens faciunt Dd. intuitu possessionis: quæ tamen omnia magis auctoritate Glossæ & interpretum, quam legum & rationum nituntur. Quam ob causam in SCHNEIDEWINI, & BRUNNEMANNI sententia subsisto, quam juri & rectæ rationi convenire opinor: nec me movet, quod primo loco in contrarium a HILLIG. allatum; nec etiam secundum. Postquam enim probato, aliquando possedisse reum, præsumtio nata, etiam postea, cum mutatio facti sit, possedisse eum, nisi desisse se possidere probaverit; pro mendace utique habendus erit negans, & sic extorquenda illi possessio. Quod si vero, dum ad rem devenitur, appareat illum non possidere, vel non habere facultatem restituendi; utriusque quod non habet, auferri non potest: quod & idem continget, si probata actuali possessione tempore inficientis postea desit possidere. Quo casu quid fieri deceat, infra thes. XXXVI. dicendum. Conf. CUCH. n.

390.

Probanda
possessio
12/a.

XXX. Debet vero probari ipsa possessio, quæ vox ut supra dixi-

diximus *tb. XIII.* in latissimo sensu hic accipienda est; sed tamen *vera.* Hinc non sufficit probare jam eo tempore, quo negavit, desuisse reum per dolum possidere, per supra dicta, nec reum habuisse pretium rei: nam uti qui pretium habet, rem ipsam non habet, §. 6. *J. de legat.* ita nec etiam possessionem. ALEXAND. in *L. si rem. de petit. hered.* AUFRENER. ad Dec. CAPELL. THOLOS. 167. COSTA. de *fact. scient. & ignor. Cent. 1. Dist. 35. n. 8.* frustra dissentiente GABRIEL. *lib. 5. Concl. 5. n. 24.* cum JASONE, quem in partes vocat BARG. *L. 5. cap. 14. n. 25.* Vid. tamen CUCHUS *n. 151.* ubi eo casu limitat hoc assertum, si interrogatus respondeat, se nihil hereditarium possidere; cum tamen pretium acceperit, quod in universalibus in locum rei succedit. *L. 22. ff. de hered. petit.* Quod si de re immobili quaestio, probanda est possessio secundum ejus fines, CUCHUS. *n. 534.* BARGAL. de *dol. d. l. n. 12.* Si negavit totius rei possessionem, totam rem possidere, probandum est; si tantum pro parte, quoad hanc mendacii convincendus est. POST. *d. l. Concl. 30. L. 4.* Etsi vero BARTOLUS ad *b. l. n. n. 9.* CUCHUS 292. scientiam rei, se possidere, quoque probandam esse velint: illud tamen non esse necessarium, ex dictis supra th. XVIII. satis apparet. Multo minus probare debet actor rem suam esse, vel jus suum, quod persequitur, ut disertè noster textus docet, & cum eo omnes, qui in istum sunt commentati.

XXXI. Ex illis autem, quae diximus, Doctores concludunt, cessare poenam, si actor non convincatur mendacii, sed aliunde constet, reum possedisse sine onere actoris. SCHNEIDEW. ad §. 1. *J. de Act. n. 91.* BARGAL. *lib. 5. de dol. c. 14. n. 11. & 77.* Displicet hoc HILLIGERO loco sapius citato. *Fides enim, inquit, ubi sit reo in judicio, quid refert, quomodo fiat, egre, an facile veritas eruatur; aut qui minus coer-*

Cessat poena, si actor non convincitur mendacii reum.

cent.

tenda improbius certe mentiendo impudentia, quo convictu facilior. Sed nescio, fateor, quomodo aliunde, quam ex probationibus actoris judici constare queat, ut ex mente HILIGERI poenae locus esse possit. Nam si ad confessionem rei in actis respicias, si illa ante probationes facta, poena alias cessabit, ut supra dictum; si postea, nihil juvabit sera poenitentia mendacii convictum. Si notoriam forte dicas esse rei possessionem, adeoque secundum vulgaram regulam non probandam; probandum tamen hoc erit, esse notorium, ipsum possidere. PANORMIT. in c. 29. notab. 1. X. de Divort. GABR. lib. 3. Commun. opin. tit. de Fidei. Concl. 1. n. 54. Si ad iudicis scientiam & conscientiam te referas, responsio parata est, iudicem secundum acta & probata, non secundum suam conscientiam iudicare debere. B. Dn. ZIEGL. Decis. Concl. 35. & si maxime casum supponas, quo iudex exactam, certam, & invincibilem scientiam habet, quam acquisivit per *ἀποψήαν*, aliaque invincibilia argumenta, atque illi de notorietate absque probatione ulla constat, ita ut nisi contra conscientiam agere velit, secundum illam iudicare debeat: nec tamen quicquam obtinebis, dum sic onere nullo gravaretur actor, quod causam simul poenae esse, supra dictum est, *ib. IX.*

*Quid juris
& per iusju-
randum
conbitus.*

XXXII. Ex iisdem facile constare potest, quid sentendum sit de his quaestionibus: num tunc poena haec habeat locum, sic actor reo super possessione iuramentum detulerit, hicque noluerit jurare, sed confessus postea fuerit, se possidere? vel si (2.) reus retulerit, vel detulerit super possessione actori iusjurandum, hicque juraverit, reum possidere. Ad utrumque scilicet negative esse respondendum. Quoniam enim utroque casu actor relevatur onere probandi, consequens est, non posse esse locum nostrae poenae, *arg. L. 30. ff. de iuref.*

Glos.

Glossa & BARTOL. ad L. b. n. BRUNNEM. ad tit. ff. de inter-
rogat. n. 36. ROMAN. *Consil.* 59. & 7. BARGAL. d.l. num. 27.
Aliud vero erit, si in supplementum juraverit actor; cum
hocce casu onus probandi reapse subierit, nec reus vel per
confessionem, vel per mendacii revocationem, vel per jura-
menti delationem levaverit petitorum. CUCHUS n. 277.

XXXIII. Quando vero ita reus mendacii convictus est per
actorem, poena decernenda est, ablationis scilicet possessionis, &
quidem, ut dictum, th. XXI. vel totius rei, si illam negavit; vel
partis, si negavit tantummodo hanc se possidere, modo res sit
dividua. GABRIEL. d.l. n. 20. GRAT. *Discept. Forens.* c. 109. n.
42. PORT. *Concl.* 30. *lim.* 4. quam non evitabit, si maxime do-
minium, & quidem statim ac in continenti rei suae probare
velit reus. *Glossa* ad h. L. n. PORTIUS *lib.* 1. *Concl.* 30. GABR.
1. 5. *Concl.* 5. n. 17. SCHNEIDEW. d.l. n. 90. MENOCH. *remed.*
adip. poss. 1. n. 11. OLDENDORP. *Enchirid. Except. tit. de Ex-*
cept. domin. §. 1. COSTAL. ad L. fin. n. CUCHUS n. 226. Quod
mirabiliter notandum, BARTOLUS monet, cum alioquin
in remediis adipiscendae possessionis exceptio dominii, si in
continenti liquida fieri possit, locum reperiat. MENOCH. d.l.
Sed odium mendacii hoc loco aliud extorquet. Si enim hoc
modo sibi consulere posset reus, frustra & impune gravasset
actorem, eluderetque poenam, quam meritus est. Idem di-
cendum, si expensas omnes actori factas in probationem re-
stituere velit, PORTIUS *lib.* 1. *Concl.* 30. GABRIEL. *lib.* 5. c. 5. n.
10. vel intra annum paratus iudicium suscipere, quod spatium
alias illis indultum est, adversus quos missio ex primo decre-
to facta. L. 8. §. pen. C. de *prescript.* 30. annor. CUCHUS n. 224.
Excipit tamen CUCHUS n. 230. *seqq.* 250. 397. & 299. casus, ubi
vel ex confessione ipsius actoris, vel ex actis iudici jam tum
noto-

Pena an' ebi-
tari possit
probatione
dominii, alio-
ve modo?

ait tunc
si illud
notorium

Quod si jam
notorium jus
rei?

notorium, reum esse dominium: quo casu, ait, privari eum non oportere possessione, quamvis per mendacium negaverit se possidere; quemadmodum nec prædo possessionem restituere teneretur, ubi notorium est, & aperte jam constat, eum esse Dominum; *cap. 6. X. de caus. poss. 5. propr.* cum enim verus dominus sit, ferendum esse, licet in possessione mentitus. Sane si ex confessione actoris indubia de dominio rei constet, facile assentior CUCHO, atque tunc illud locum habere existimo, quod in *L. 31. § 1. ff. Depof.* habetur, justitiam ita esse tribuendam, ut non diltrahatur ab ullius personæ justiore petitione. Nec adeo petitor mendacium urgere potest rei, qui ipse jam falsus est, rem esse alienam, sicque contra jus & fas illam se petiisse. Quod si etiam ex actis jam vere notorium sit, ut nec ulla probatione notorietatis opus, idem dicendum opinor: alioquin si ullum dubium super sit, in regula subsisto.

*Sententia
qualis sit, quæ
decernit po-
enam.*

XXXIV. Caterum sententiam, quæ pœnam decernit, privatoriam, non declaratoriam esse existimo: quia possessio non ipso jure transit in actorem, sed per judicem prævia causa cognitione super probationibus actoris transfertur. CUCHUS *n. 296.* Illa vero principalem litem neutiquam definit, nec adeo, ut mox fufius dicam, exceptionem rei judicata tribuit, quæ adversarium, si ipse postea vindicet, repellat. Quod si itaque principalem quæstionem simul terminare velit petitor, sententiamque, quæ dominus declaretur, fieri desideret, fructusque etiam, quos possessor accepit, simul recipere, si forte probationes juris expeditas habet, relicto remedio nostræ *L.* in lite procedat, oportet. *HILLIG. d. l.* Quo loco obiter notandum, etsi in rem actio duo extrema habeat, a parte nempe actoris dominium, a parte vero rei possessionem: unius tamen probationem evitari posse. Nam si reus fatetur se posside-

fidere, nil nisi dominium probandum. Si negat, possessio tantum probanda est: qua probata, ex reo possessore fit petitor, & ex petitore possessor; quorum hic exemptus jam est ab onere probationis, quod in alterum devolutum. Si ante probationem desistat a negatione reus, nulla ulteriore probatione possessionis opus est, sed tantum dominii. HILL. *d. l.*

XXXV. Ab hac vero sententia appellare posse & actorem & reum, tradunt Doctores, GABRIEL. *d. l. n. 38.* CUCH. *n. 417.* & actorem quidem, si iudex denegat possessionem transferre, vel reum admitat in petitorio, CUCH. *n. 418.* reum vero, si decernat possessionem esse transferendam. Sed hoc, ita accipiendum est, prout alias in possessoriiis judiciis locus est appellationi; nempe quoad effectum devolutivum, non vero suspensivum executionis. *L. un. C. si de moment. poss. ubi* B. BRUNNEM. CARPZ. *lib. 1. resp. 13.* Atque ita translata possessione in actorem, reus in appellationis instantia demonstrare potest, eam transferri non debuisse in actorem, CUCH. *d. l. n. 424.* & B. BRUNNEM. *ad L. 11. ff. de Interrog. n. 53.* Quae ratione illa, quae contra ANDR. BARBAT. *Conf. 82. L. 2.* concedentem appellationem, a CONTARDO denegante illam ad *L. un. C. si de moment. poss. q. 14.* latissime adducuntur, facile conciliari possunt, cum BARBAT. & nostra sententia. Nec adeo opus erit limitatione CONTARDI, si iudex notorie graver, vel inferatur damnum irreparabile, vel alias adfit iusta causa appellandi: nam, concessio effectum devolutivo, gravato satis est prospectum. Quod si tamen damnum irreparabile metuendum, existimarem etiam suspensivum effectum non denegandum esse appellationi. *Conf. SCACC. de appell. q. 17. lim. 6. n. 4.* GRÆV. *ad GAIL. Cr. C. 7. n. 8.* Jus canonicum in judiciis possessoriiis indulgere appellationem, etiam quoad effectum suspensivum, vulgo tradunt

Num liceat
ab hac sen-
tentia appel-
lare?

Doctores ex *cap. 10. 15. X. de ressit. spol. cap. 59. X. de Appellat. CO-*
VARRIV. Pract. quest. c. 23. n. 8. Sed nihil credo hac parte
 aliud Jus Can. statuisse, quam Jus Civile. Quoniam enim *L. illa*
un. C. si de moment. poss. in Decretum relata Can. Ei, qui appel-
lat. ult. caus. 2. quest. 6. vers. de possessione etiam. atque ita, ut
 loquuntur, canonifata, reliqui textus ex hoc nostro sunt expli-
 candi, ut recte, me iudice, monet *FACHIN. lib. 1. controv.*
c. 75. Quo posito nec in hac nostra specie secundum jus Can.
 aliud erit dicendum, ac supra fuit assertum. Etsi vero Jcti
 Germani, & inter illos Saxonici, qui ordinem judiciorum exe-
 quuntur, asserunt, usum forensē in judiciis possessoriis ap-
 pellationem plane non admittere regulariter, nec quoad effe-
 ctum devolutivum, *GAIL. Lib. 1. obs. 7. MYNSING. Cent. 6. obs.*
13. CARPZ. Lib. 1. resp. 13. & P. 1. C. 19. D. 24. aliique, quos allegat
MART. ad Ord. Jud. tit. 10. §. ult. n. 387. edit. noviss. omnes tamen
 loquuntur de possessorio summarissimo, quod ad retinendā
 remedia possessionis tantum pertinet: ita ut hæc praxis ad no-
 strum casum nequeat applicari. Cum itaque nulla alia lex
 suppetat, in juris Civ. dispositione, hac parte, erit subsistendum.
 Quæ ex re facile poterit constare, quid de Leuteratione sit
 sentiendum: quæ nisi diversitas appareat, pari passu ambulat
 cum appellatione. *MARTIN. tit. 35. Ord. Jud. §. 1. n. 22.*

Executio Sen-
 tentiæ.

XXXVI. Quod si itaque sententia dicta, reusque jussus ce-
 dere possessione illud sponte non faciat, manu militari res
 illi auferenda, vel ejiciendus est possessione, resque tradenda
 actori, mittendusque hic in possessionem. *l. 68. ff. R. V.* Quod
 intra quale spatium fieri possit, ac debeat, alias notum est. Si
 autem deserit possidere, tunc nihil utique potest transferri in
 petiorem: atque tunc siquidem absque dolo & culpa rei id fa-
 ctum, petitio actoris inanis fiet, usque dum iterum possessio-
 nem nactus reus, quo facto executio sententiæ denuo peti poterit.

Quid si reus
 deserit pos-
 sidere?

terit. a. l. 9. pr. §. 1. de except. rei jud. TREUTL. P. I. D. 15. tb. 7. ib. BACH. Quando vero reus dolo, aut per culpam possidere desiit, priori casu quantum adversarius in litem juravit, sine ulla taxatione in infinitum damnandus erit; posteriori vero casu, quanti adversarii interfuit, rem praestitam non esse. Quod in omnibus sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratus iudicis quid restituitur, locum habet, L. 63. §. 68. juncta L. 71. ff. de R. V. ibique BRUNN, aliisque.

XXXVII. Dum vero ex sententia iudicis possessio transferatur, translatio hæc fit salvo jure tertii cujuscunqve, ad quem vel ipsa res, vel possessio pertinet, a. L. 63. ff. de re jud. GRAT. Discept. For. c. 119. n. 34. Hinc si ob mendacium depositarii, vel similis detentoris, ab eo translata possessio, hoc non obest illi, qui per hos homines possedit: nec diutius penes actorem possessio remanebit, quam apud illum manere potuisset, cui ablata. arg. L. f. C. si per vim vel alio modo. SALY-CET. ibi colum. 4. vers. quaro quinto nec alii aliter sentiant, ALEX. in L. peregre §. quibus ff. de acquir. possess. idemqve prius dixerat SPECULATOR. in tit. de primo §. secundo decreto §. restat. n. 19. CUCH. d. l. n. 136. 142. §. 215. Porro ei, qui propter mendacium poenam sentit, possessio non aufertur irrevocabiliter, sed salvo proprietatis jure, AFFLICT. Dec. 18. n. 2. atqve adeo is, a quo translata est, rem vindicare potest ab adversario, versa vice ex reo actor factus. BARGAL. de dolo lib. 5. c. 14. n. 22. SCHNEIDEW. d. l. n. 95. Cum enim tantum circa possessionem deliquerit, iniquum foret ultra jacturam possessionis infligere poenam GOMEZ. §. malefic n. 16. J. de Act. Capell. Tholos Dec. 167. SICHARD. ad d. arb. item possessor. n. 3. 4. Equidem hic adversarium habemus A. FABRUM in Rationalibus ad h. l. nostram, qui BARTO-LUM ACCURSIUMQVE non satis benemerit perpendisse asserit

Translatio fit
salvo jure
tertii;

et revocabi-
liter.

Refutatur A.
Faber.

ferit, parumque esse credit, si possessionis commodum tantum auferatur, adeoque hoc omnino dicendum esse, illum, qui se dominum contendebat, tanquam victorem fieri etiam possessorem rei petita, tanquam sua propria: quamvis non idcirco dominus fiat, quia neque mendacium, neque sententia legitimus modus dominium transferendi. Putat enim fructum mendacii non levem ferre possessorem, si ad evitandam litem & sententiam, quam alioqui iudex in proprietate contra eum laturus esset, possessionis duntaxat jacturam fecerit, retento sibi jure iterum agendi de proprietate. Et quae sunt alia, quae in medium adducit. Sed haec neminem, saltem paucissimos movebunt, ut a communi sententia recedant. Namque primo nec iudex, nec Jctus durius quid statueri debent, quam lex. *L. ii. ff. de Poen.* lex vero nostra tantum de translatione possessionis loquitur, non proprietatis. Si hoc nec proprietatem consecutus est actor, ut ipse fateatur FABER. Si proprietatem non habet, nec dominus factus; sequitur mansisse reum dominum (modo fuerit) sicque nihil impedire, quo minus jus suum persequi, atque rem a possessore vindicare queat. Neque enim hoc nec lex nostra, nec sententia iudicis prohibet. Illud vero miror, tantum Jctum, atque in rebus forensibus exercitissimum, existimasse parum esse, ac leve quid habuisse amissionem possessionis, cum quanta ejus sint commoda, ignorare non potuerit, quantumve onus jus in re probare, cui amissa possessione subjicitur reus, quo carere potuisset, re possessa gaudens, absolvendus, et si nihil praestitisset, si petitor non probasset esse suam. Est itaque fructus valde inanis mendacii, si liti & periculo commodis carens possessionis exponatur. Unus tamen casus est, quem excipere solent Doctores, quo scilicet translatio irrevocabiliter fieri debet, atque potest, quando scilicet negans posses-

Exceptio.

sessio-

sessionem ad se spectare, asserit illam spectare ad potentio-
rem, cum in veritate ad ipsum spectet: quo casu & proprie-
tas amittitur. Quæ quidem sententia ex *L. 1. C. de his,*
qui potent. nom. satis probatur: atque ita sentiunt. BALDUS
ad d. l. GABRIEL. lib. 5. Concl. 5. n. 20. PORT. lib. 1. Concl. 30.
BARGAL. *L. 1. c. 14. n. 22. CUCH. n. 145. 146.* Sed quid si re-
peticio & persecutio possessionis valde difficilis sit? numne
& tunc reus illa cedere tenetur? Mover & expendit hanc
quæstionem CUCHUS ad h. nostram *L. n. 339.* discussisque va-
riis rationibus *n. 359.* inhumanum & quodammodo impium
esse dicit, negantem possessionem ob solum mendacium in
hoc discrimen adduci, ut non solum possessionis, sed et-
iam rei ipsius iacturam pateretur: nisi idonea cautio de re
restituenda præsteretur, *arg. L. 7. §. 2. ff. qui satisd. cog.* Et si
vero illud hanc sententiam dubiam reddit, quod reus ipse
mendacio suo periculum hocce sibi attraxerit; existimo tamen
ego ad arbitrium iudicis pertinere, æstimare utrum cautione o-
pus sit, nec ne?

XXXIIX. Data vero facultate rem repetendi reo, fieri potest,
ut hic differat ad petitorium redire, dum vel causæ suæ non fi-
dit, vel alias rationes instituti sui habet; cum e contrario in-
ter sit actoris, dominum se sententia declarari, reumque con-
demnari ad restitutionem fructuum, reddituum & obventio-
num, quos percepit, eo tempore, quo possedit. Quæstio ita-
que oritur: num translata possessione liceat actori pristino
progredi in petitorio, petereque probationibus peractis
sententiam declaratoriam super jure suo, condemnationem-
que rei ad restitutionem fructuum &c? Quod si hoc nega-
mus, contingere posset, damno esse actori interdum transla-
tam ad se esse possessionem; cum fructus majoris pretii esse
queant, quam inter sit ejus, factam nunc esse probatio-
nem

*Quid si re-
peticio posses-
sionis valde dif-
ficilis?*

*Num actor
translata in
reum posses-
sione, in petito-
rio pergere
possit?*

nem sui juris, translationem possessionis. Quod certe legem velle non est credibile, præsertim cum non prohibeat, translata possessione actor quo minus, si velit, in causa pergere queat. Nec enim quod in favorem alicujus constitutum est, debet in ejus odium detorqueri. *L. 25. ff. de LL.* Unum tamen est, quod hanc sententiam turbare videtur, de ejusmodi actionibus nos scilicet hoc loco agere, quæ non nisi adversus possessorem institui, suscipique possunt. Quod & ipsum supra th. III. & XXIII. jam dictum est. Quomodo ergo adversus non possidentem poterit agere petitor? Sed salva res est. Sufficit reum possedisse, jamque de eo constare, atque adeo adversus ipsum in rem actionem fundatam semel fuisse. Licet itaque nulla amplius probatione opus possessionis, licet etiam restitutio jam facta ejusdem: nihil tamen oberit, quo minus jam & adversus eundem, id quod nobis deest, declaratio nempe nostri juris cum restitutione fructuum petatur. Conf. CUCHUS *d. l. n. 58. seq. 60. 122. 123.* Ut taceam, & alias casum dari, ubi adversus non possidentem, vel non probata rei possessione, probato tamen jure actoris, sententia declaratoria pro actore ratione domini ferri potest, & pro reo absolutoria ratione possessionis: quæ pro actore executioni mandanda, si possessionem reus consecutus sit. *L. 9. pr. & §. 1. ff. de Except. rei jud. ibique B. BRUNNEM. n. 6.* Cæterum, qui unum illum casum, cujus meminit JUSTINIANUS *§. 2. J. de Act.* quo possidens actoris partes obtinet, tam diu, tamque anxie qualivere, cogitent, numne in hac nostra specie istum casum, vel saltem illius exemplum liceat invenire. Utrum vero ex causa translationis hujus res usucapi possit, late disputat CUCH. *n. 301. seq.* qui conferri potest: mihi enim, dum præter spem chartæ sub manibus crevere, atque ad finem properandum est, excutere hanc quaestionem in præsens non licet.

XXXIX. Postquam nunc satis de hoc remedio L. nostræ egimus, nemo non videt, quantum utilitatis inde in actorem redundare possit, si eo caute, & recte eo sciat uti. Quoniam tamen hoc remedium cum onere probationis conjunctum est, alia via consulere petitori student nostri Doctores. Svident enim, ut simul atque reus absolute negaverit possessionem, petitor actor se mitti in possessionem rei, quæ non defenditur, tantquam quæ vacet. L. 20. §. 1. ff. de Interr. l. 15. ff. d. N. O. N. reservato jure cujuslibet tertii: cui petitioni non posse reum contradicere, ajunt, cum sua non intersit, eo, quia dixit se non possidere. Ita post ANGEL. JASON. *aliosque*, quos allegant & sequuntur, sentiunt PACIAN. *de Probat. lib. 1. c. 19. n. 11.* BARGAL. *de dolo lib. 5. c. 14. n. 32.* COSTA *de fact. scient. & ignorant. Cent. 1. Dist. 25.* SURDUS *Dec. 237. n. 1.* HILLIG. *ad DONELL. l. c.* Excipit tamen FULGOS. *ad b. l. nostram*, rem mobilem, in qua practicam hanc locum non invenire tradit. Sed vereor, ne hæc practica, & cautela maximam partem sit inanis. Equidem si reus, negans possessionem, non defendat rem amplius, ipsamque plane relinquat, sicque res vacua sit possessore, nulum dubium, quin immisio possit obrineri. Quod si autem ille, qui negavit antea possessionem, ab hac negatione desistat, insistatque in ipsa re, illamque defendat; tunc sane possessio vacua dici nequit, nec res derelicta, nec indefensa, atque sic ratio, quam allegarunt, cessabit. Neque etiam contradicendi facultas reo adempta est, cum neganti se possidere penitentia locus sit, ceu supra dictum *tb. XIX.* De cætero non tantum actoris, sed etiam ejus, quod publice interest, habendam esse rationem, atque adeo non errare illos, existimo, qui negantem possessionem, sicque obrepentem judici probationem decernenti illius, quod negatum est, pœnæ falsi subjacere concludunt ex L. 29. ff. *ad L. Cornel. de fals.* quam L. non tantum de

Num remedium penitentium detur actori, & magis expeditum?

Num poena publica locum habeat?

obreptione probatoria, sed etiam de narratoria agere, verius est. BRUNNEM. *ad d.L. 29. MENOCH. lib. 2. A. J. Q. casu 314. n. 10. FARIN. quæst. 150. S. 6.* Dissentit CUCHUS *n. 127.* qui tamen ipse *n. 132.* arbitrariam poenam reo irrogandam esse publicæ rei nomine opinatur. Quas quidem poenas non adeo frequentari hodie, monet BRUNNEM. *d. l. & verum est:* sed &, male id fieri, certum. *Conf. t. b. ult.*

Remedia

ad finia.

I. Ex actib.

ii. possessor.

C. Quis pot.

in pig.

XL. Dantur vero quædam ad finia remedia nostro præsentia, quæ recensere hic operæ pretium existimo. Namque (I) si quis pignus possidens hypothecaria actione conventus negat, rem in bonis debitoris fuisse, perdit possessionem, juxta *act. b. Item possessor. C. qui pot. in pign. §. Nov. 18. c. 10.* ex quibus casum talem format SICHARDUS *ad d. act. b. & BRUNNEM. ad L. ii. ff. de Interrog. n. 64.* Ego Titio obligo annulum meum, & deinde eum obligo etiam Cajo. Paulo post Cajus videns annulum meum esse penes Titium, agit contra Titium hypothecaria actione, petens a iudice sibi possessionem hujus annuli adjudicari: ibi Titius primus creditor, qui poterat excipere, sibi rem esse prius obligatam, per mendacium negat, annulum fuisse in bonis meis, cum obligarem Cajo. Propter hanc negationem Titii, cogitur Cajus subire onus probandi, tempore obligationis sibi factæ annulum a me fuisse possessum. Jam vero Cajus probavit hoc, quod Titius per mendacium negavit. Q. quid juris? R. quia Titius mentiens negavit, annulum tempore obligationis Cajo factæ a me fuisse possessum, ideo Titius, qui antea fuit possessor & reus, propter mendacium translata possessione in Cajum fiat actor, & in alio iudicio, si habet jus, id deducat.

II. ex
Jure Feu-
dali.

XLI. Aliud remedium ad exemplum nostræ L. Jure Feudali *cap. Vasallus si. II. F. 26. it. §. cap. Vasallus feudum, II. F. 34. in fin.* receptum est, si vasallus feudum sciens inficiatus fuerit domino,

mino, rem negans esse feudalem, vel se eam in feudum tenere, vel dubitative fraudulenter responderit, convictus mendacii, feudo privandus erit, & quidem sine spe recuperandi. Quare Feudistæ ad hos d. textus late agere solent: quod & facit ROSENTHAL. in *Synopsi Feud. c. 10. Concl. 32. n. 7.* SCHRAEDER. de *Feud. P. 9. c. 6. n. 19. Conf. B. BRUNN. ad L. 11. de Interrog. n. 60.* quod & *Glossa Juris Sax. repetit lib. 1. Land. X. Geh. X. a. 14.* Extendunt vero hoc nonnulli ad emphytevtam. ANGEL. ad *L. f. n. MARSIL. sing. 242.* HILLIG. ad *DONELL. lib. 20. c. 3. lit. R.* Sed licet alioquin a Vasallo ad emphytevtam argumentum peti soleat, non tamen existimo, id in hac re odiosa fieri posse, cum præsertim fidelitatis vinculum emphytevtam nullum stringat, quæle Vasallum. Ita sentit BALDUS in *cap. 1. ll. F. 36.* JOHANN. ORDELAPH. ad *L. n. f. n. 876.* DN. SEBAST. SCHUBART. *Diff. Inaugur. de Infic. Pœnal.* Alias pœnas inficientium recensere nostræ non adeo similes, hujus loci non est. Vid. dicta supra th. VI. Conf. CUJ. ad *N. 18. in f.*

XLII. Illud unicum superest, ut de usu hujus n. L. hodierno dispiciamus, cujus si nullus esset, inanis fere foret opera omnium, quam suscepi. Non desunt vero, qui L. h. nostram desuetudine ubique, vel saltem quibusdam in locis oblitteratam esse aperte asserunt: inter quos Belgæ primum nominandi videntur. Belgii. & ex illis GROENWEGEN de *LL. abrogatis in Hollandia, vicinisque regionibus*, qui ad h. L. nostram pœnam mentientis in desuetudinem abiisse, tradit. Eumque sequitur CYPRIAN. REGN. in *Conf. Belg. ad L. f. n. Et ad arbitrium possessor C. qui pot. in pign.* Quo ultimo loco intentionem Rom. juris bonam dicit, ideoque mendacium pœna pecuniaria puniri debere filco applicanda. His jungendus est LIBERT. FRANCISC. CHRISTYN, in *Not. ad BUGNYON. lib. 1. S. 114.* qui suorum, & Gallorum moribus exolevisse hanc pœnam tradit. Quam

eandem sententiam fovet P. CHRISTIN. *Dec. Belg. Vol. 2. tit. 35. Dec. 178. n. 13.*

Gallia.

XLIII. Gallia moribus poenam istam sublatam esse, asserit PHILIBERTUS BUGNYON. *de LL. abrogatis. lib. 1. S. 114. L. 11. S. 150.* quod & facit AUTUMNUS *ad L. 68. ff. de R. V. & auth. item possessor. C. qui pot. in pign. nec non Censura Gallica ad L. ult. ff. de R. V. cum quibus sentire videtur IMBERT. in Enchirid. verbo: poene pecuniariae.* Qui in genere omnes ejusmodi poenas juris Civ. & praesertim inficientium in Gallia cessare asserit. Sed aliud tamen ex MORNACIO discimus *ad l. b. nostram: cui si credimus, juxta textum hunc Senatus Gallicus saepe judicavit, in quo ad causas plurimas recitatus semper est a Domino Serv. Patrono Fisci doctissimo, ubicunque de mendacii poena quaestio incidit. Vocat etiam in partes Tironensium consuetudines, quarum articulo 173. haec continentur: L. aquereur adjourne en retraict, qui ne parement avoir acquis, & il en succombe, il perd la chose, & les deniers au profit du Lignagier: & P. amandera de soixante sols, & ne pourra éviter la peine encores qu'il veuille ceder au proces apres contestation en cause.* Quod si etiam evolvamus Gvidonis *Papa Consilium 3. & Capell. Tholos. Dec. 167.* intelligimus, Curias, Delphinalem & Tholosanam usum L. nostrae neutiquam improbasse.

Italia.

XLIV. Italiam non respuere L. nostram, illiusque praxin indicio est, quod Doctores Itali ex parte citati tam multa tanta opera in h. l. commentati sunt; quodve STEPHAN. GRATIANUS *Jctus Romanus in Forens. Discept. secundum Rotam Rom. definitis c. 109.* circa illam occupatus sit, illaque, quae commentato est in praxi saepius occurrentia dicat. *n. 59.* Istam etiam L. in nobili causa inter Genuensem rempubl. & Marchionem Finarii agitata in partes vocatam esse, ex *Consil. MENOCH. n. 378.* cognoscitur.

cognosci potest, qui quidem usum illius non negat, sed tantum asserit, factum non admittere, ut adversus Genuenses adduci applicarique possit. Quale quid etiam in alia causa facit. ROL. a VALLE *Jctus Montisfer. V. IV. Conf. 88.* Quin & MATTHEUS de AFFLICTIS testatur *Dec. 18.* in Neapolitano Concilio juxta hanc L. quoad poenam mendacii esse pronunciatum. Porro ex decisionibus *OCTAV. CACH.* discimus, Senatam Pedemontanum usum poenarum negantium non vocasse in dubium. *Vid. Dec. 29. n. 3. & 96. n. 5. Conf. SURD. D. 237. & S. §. XVIII.*

XLV. Quicquid vero demum sit de exterorum praxi, de qua cujuslibet gentis *Jctos* sollicitos esse oportet: nostrum erit jam dispicere, quid Germaniæ usus hac parte ferat. Ubi quidem dolendum, quam plurimos in ea hæresi esse, ac si poenæ mentientium, & inter illas hæcæ nostra nullum hodie inveniatur locum, quæ de re queritur religiosissimus *Jctus B. BRUNNEMANNUS ad b. l. n. 7.* & ejus gener, *ILLUSTRIS STRYKIUS in U. M. tit. de R. V. §. 6.* Negandum etiam non est, non adeo frequenter, legis nostræ dispositionem in usum deduci: imo, si verum fateri licet, nec apud *Jctum* Germanicum exemplum translationis possessionis ob mendacium me reperiisse, nec etiam meminisse aut audivisse, tale quid factum esse. Sed ideo tamen neutiquam existimandum est, id nec unquam fieri posse. Postquam enim Germania nostra recepit jus Justinianæum, hanc L. n. etiam simul admittit: nec de jure quodam domestico constat, ob quod dispositio illius *L. ult. ff. de R. V.* apud majores nostros haut potuerit recipi, vel quo recepta iterum fuerit abrogata. *Ill. STRYK. Præfat. U. M. §. 34. 35. Dn. SHILT. Ex. 1. §. 2.* Satis etiam notum est, & ab aliis evidetum, solum non-usum non statim id secum ferre, ut jus antiquatum dici queat. Et si itaque vel Advocati ob imperitiam, vel aliam ob causam non petierunt hanc translationem; etsi etiam hic vel

ille iudex forte, si petita fuit, non detulit precibus: non tamen ideo statim dicendum erit, nec aliis sic licere petere, vel juri antiquo plane esse derogatum. Forte etiam hic vel illic actor ex L. n. commodum sensit, licet id nobis sit ignotum. Sane Germanici Doctores, quos subinde hæc Dissertatio in partes vocavit, & cum illis MYNS. T. de Act. §. 1. n. 37. quam plurima tradunt, quæ ad hoc argumentum pertinent, nec impugnant ejus usum, si maxime taceant de eodem. Plane illud mihi non incognitum, aliquoties & in Saxoniam, & Wittebergæ etiam actores ad beneficium L. nostræ convolasse; spe tamen sua excidisse, non quod creditum fuerit, nunquam receptum, aut obsolevisse illud, sed quia qualitas facti non admittit applicationem. Cui rei fidem facit Responsum Fac. Jur. Witteberg. quod Mense Jan. 1700. quærens accepit, in hæc verba: Hat vor dem Oberhoffgerichte zu Leipzig/ der Herr General N. N. eine Klage wider Herr N. N. angestellet/ und dieses Anwalt bey der Litis Contestation den Besitz derer in Anspruch genommenen Lehnstücken negiret/ ungeachtet/ daß dessen Principal selbige in Posses habe/ dargerhan werden kan / dahero gedachter Hr. General in den Gedancken stehet/ daß Befehl. der Posses solcher Lehnstücke sich verlustig gemachet / und dargegen ihm selbige einzuräumen sey/ nach mehrern Inhalt eures uns zugeschickten Berichts/ und derer Beyslagen. Wenn nun gleich an Seiten des Herrn G. von N. N. angeführet wird/ daß in denen allgemeinen beschriebenen Keyserlichen Rechten klar versehen/

quod reus, qui in rei vindicatione negat se possidere, si mendacii convincatur, possessionem amittat, & in actorem transferatur, L. f. ff. de R. V. Nov. 18. c. 10. jung. L. 6. §. ult. de Carb. eod. L. 2. §. ult. de Collat. L. 1. C. uti possid. L. 5. §. 1. ff. ut legat. nom. JUSTUS MEIER in Diss. Apologet. Dec. 7. c. 8. rb. 8. PAUL. BUIUS ad d. L. fin.

Esolche Verordnung der Rechte auch in diesen Landen nicht aufgehoben/ sondern annoch in unverrückter Observeanz gehalten / und darauff in denen Rechts-Collegiis gesprochen würde / zumahln was in angeregten allgemeinen Rechten geordnet / so lange anzunehmen und

Saxonie.

und gelten müsse/ biß eine Aufhebung und Veränderung desselben dargethan /

qui enim in nostro Imperio lege nititur Iustiniana, licet e-
jusdem observantiam non probet; tamen causam tamdiu
habet fundatam, donec adversarius jus posterius monstret
contrarium. LAUTERB *Concl. Theor. Pract. Exercit. i. th. i.*

Hiernechst des Groenvvegens, ingleichen Cypriani Regneri ab Oo-
sterga Observation *ad d. L. ult. de poena inficiationis hodie ces-
sante de universalis desuetudine nicht angenommen werden könne.
cum sententiam istam tot Consulenticum & Decidentium
scripta confutarent, BRUNNEM. ad d. L. ult. n. 7.*

Dennoch aber und dierweiß/ wenn der angezogene Textus L. ult. ge-
nau erwogen wird/ selbiger seine gewisse requisita hat/ und insonder-
heit erfordert /

ut reus in negando persistat, & ab adversario mendacii con-
vincatur: quare re integra inficiationis revocatio fieri pos-
est: quia actori antea non tam obfuit, nec eum probationi
adstrinxit. HILL. *ad DON. lib. 20. c. 7. lit. B. BRUNN. ad d. L. ult. n. 4.*

Dergestalt nicht die bloße wider besseres Wissen beschene Ver-
leugnung der habenden Posses, sondern die Perseveranz und Er-
wartung des gegentheiligen Beweisses und Convincirung mit Ver-
leugnung der Posses *in d. L. ult.* bestraffet wird /

Verba enim cum effectu sunt accipienda,

Hingegen diese praesupposita auff gegenwärtigen Fall sich nicht ap-
pliciren lassen / indem besage des Verfahrens über die Leuterung
sub C. Befl. die Posses einiger libellirten Lehnstücke / so er empfan-
gen und besizet/ eingeräumet / auch zu Abtretung derselben auff ge-
wisse masse sich erboten/ also/ daß er bey Leugnung der Posses beständig
verharret/ nicht behauptet werden mag/ und folglich die application
des mehr erwähnten L. fin. ungeachtet/ selbiger sonsten in praxi und
Recht sprechen annoch observiret wird/ nicht statt findet/ zugeschwel-
gen in odiosis vornehm. auff restriction derer Legum zu inclini-
ren/ So erscheinet dannenhero allenthalben so viel/ daß Befl. der von
N. wegen des beschenehen negirens der Posses der libellirten Lehn-
stücke für verlustig nicht zu achten / weniger selbige deme von N. so
fort vor Endigung des Haupt-Processus einzuräumen sey. B. D. W.

Ne-

Neque enim quenquam turbare debet, quod apud quosdam Doctores legitur, in Saxonia usum interrogationum nullum esse: ex quo fortasse inferet, & L. cessare ibidem nostram. Nam licet non adeo frequens sit; licet etiam positiones, quæ quidem cum interrogationibus comparantur, ab illis tamen etiam differunt, DN. SCHILT. *Ex. 21. §. 2.* per duo secula jam a Saxonia exulaverint, quod quidem ægre quondam tulit celeberrimi hujus Academiae Antecessor HENN. GOEDENIUS in *Proc. jud. rubr. 14. n. 10.* inde tamen non illud conficitur, quasi non liceat partem in judicio interrogare. Sane nullam legem novi, quæ prohibeat, quo minus interrogatio æque ac jure communi, quod deficiente jure proprio, & Saxones sequuntur, fieri queat, nec consuetudo talis hactenus probata est. Tum & factas novimus esse interrogationes nemine contradicente. Quid? quod, si hæc fieri maxime non possent, licet tamen per L. C. extorquere rei responsonem, & sic vel tunc, si negativa fuerit, occasionem præbere posset Saxonibus, quæ lex nostra in usum apud illos deduci queat.

*Cur successu
plerumque
careat hoc
remedium.*

XLVI. Illud vero negandum non est, ideo non posse cum effectu in usum deduci plerumque L. nostram, quoniam, dum adversarius intelligit, velle nos remedio hocce uti, revocat statim inficiationem, fateturque, se possidere. Quæ de re supra actum est th. XXVIII. Atque hoc fortasse est, quod deterret Advocatos ab hac petitione, cum nec cautela, quam l. cit. suggessi, semper etiam in praxin deduci queat. Quamobrem bene cum publica re agi opinor, si lex conderetur, quæ adimeretur facultas poenitendi; atque ne ignorantiam imperiti juris allegare possent, lex ista statis diebus cum aliis e suggestu populo prælegeretur, ut dedicerent mentiando sanctitatem inquinare judiciorum. Quodsi vero hæc poena, si per poenitentiam nequeat evitari, nimis dura videatur; substituendum esset in jure pristino, ut tamen nihilominus insigni multa, aut alia poena arbitraria afficerentur inficientes, ipsorumque Advocati & Procuratores, vel ad negandum qui partes instigant, vel ipsorum nomine mendacium committunt. Illud vero probare non possum, quod nonnulli svadent, possessionem inficientis esse ad fiscum transferendam: hocce enim modo conditio actoris fieret deterior, dum potentior possessor illi obtruderetur. *Conf. BRUNNEM. ad b. L. n.* Sed videant de his alii, cogitentque, quomodo praxis nostræ L. in foro felici cum successu suscipi, vel alias mentientium malitias obex poni queat. Ego hic finio.

S. D. G.

ULB Halle

001 507 494

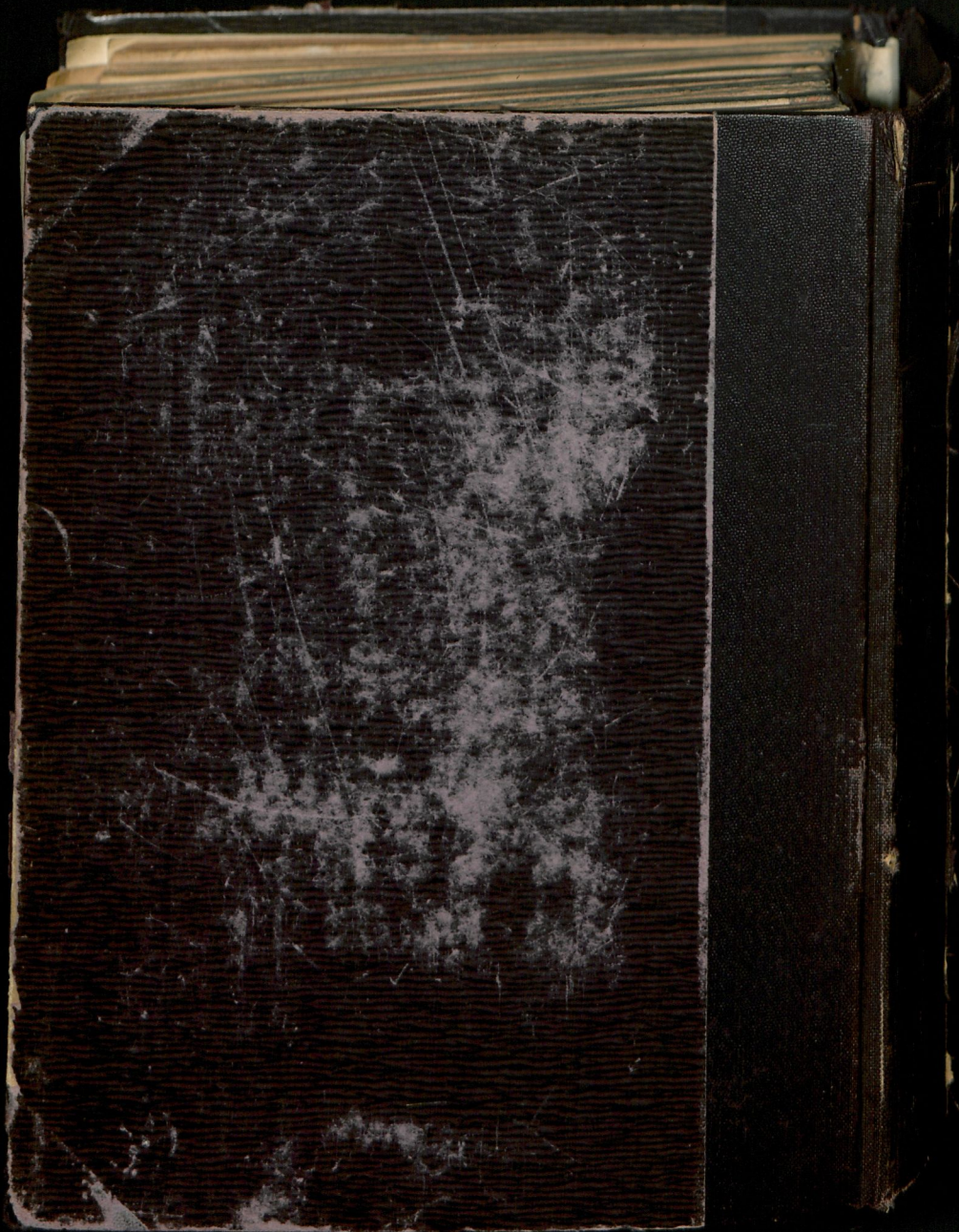
3



TA-50L

VD 18







B. C. D. 17
DISSERTATIO JURIDICA, 1701 863a
DE

POENA INFI- CIANTIS POSSES- SIONEM,

ad L. f. D. de Rei Vindic.

Quam
*Ex Decreto incluti Ordinis Jctorum
in illustri Academia Wittebergensi,*

PRAESIDE

D. CASPARE HEINR. HORNIO,
Jcto, Antecessore Cur. Provinc. Scabin. &
Facult. Jurid. nec non Jud. Provinc. in Lusat.
Infer. Assessore,

In Auditorio Jctorum

Ad D. AUGUSTI, A. MDCCI.
publice tuebitur

HENRICUS SCHLICHTING,
HAMBURGENSIS.
Jur. Utr. Stud.

PRELO CHRISTIANI KREUSIGII, ACAD. TYPOGR.

