

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
PRAESCRIPTIONE EXTINGTIVA

C V M
INTERITV IVRIVM PER NON VSVM
HAVD CONFVNDENDA

AVCTORE
AEM. LVD. HOMBERGK zu Bach.
MARBURG. CATTOR. MDCCL.

Ob raritatem & argumenti praestantiam denuo typis expressa.

HALAE,
TYPIS HENDELIANIS.



DISSERTATIO IURIDICA
DE
PRAESCRIPTIONE EXTINGTIVA

IN
INTERITV IURIVM TER NON VSVM
HABD CONTVNDENDA

AVGUSTO
ALM. IAD. HOMBROK. IN 244

MARCO CATOR MDCC.

Opusculum & notandum praesentibus datus typis

HALLAE
L. T. H. N. P. L. A. N. S.



DISSERTATIO *IVRIDICA*
DE
PRAESCRIPTIONE
EXSTINCTIVA
CVM
INTERITV IVRIVM PER NON VSVM
HAVD CONFVNDENDA

I.
PRAESCRIPTIONES AB ORIGINE EX-
CEPTIONES ESSE.

Et si nonnullis minus expeditum videatur, vtrum prae-
scriptionis verbum vna cum re, quam designat, in Latio na-
tum sit, an vero Romani illud acceperint a Graecis, qui-
bus

A 2

bus exceptio *παράκλησις* dicitur: (a) satis tamen constat, praescriptiones Iure antiquo & ex instituto primaevuo hunc saltem in finem comparatas fuisse, ut reo prodesse ad repellendam vel submovendam intentionem actoris. Hinc non exceptionem tantum metus, doli, pacti, iurisiurandi veteres dixerunt, sed etiam praescriptionem. Nec praescriptio aliud quid est, quam exceptio, vocabulo latius sumto, pro omni allegatione rei, sive intentio actoris sit fundata, sive minus, (b) sive peremptoria exceptio (c) obijciatur sive dilatoria. (d) Significatione tamen magis speciali praescriptionum appellacione veniebant exceptiones a possessione & usu vel non usu iurium & temporis lapsu petitae, de quarum natura & indole praeclarae existant virorum doctorum observationes.

§. II.

AVT POSSIDERE, QVI PRAESCRIBVNT,
AVT NON POSSIDERE.

Duplex autem harum praescriptionum ratio est. Quaedam enim in praescribente supponunt possessionem, vel quasi possessionem, rei alienae: quaedam vero etiam non possidentibus competunt. Illae praeter non usum & temporis lapsum possessionem requirunt, qua velut basi & fundamento nituntur: haec

(a) vid. BACHOVIVS ad pr. I. de vsuc. VINNIVS ad rubr. I. de except. in fin. & in Partit. Lib. 3. cap. 47. lit. p. H. DE COCCEI in dissert. de praescript. anom. & extraord. §. 87.

(b) L. 11. ff. de except. l. pen. §. ult. C. cod. l. 3. §. 1. ff. de praevuar. l. 3. ff. de appellat. l. 2. §. 1. ff. ad leg. Jul. de Adult. l. 2. C. si contra ius vel util. publ. l. 29. pr. ff. de solut.

(c) vid. l. pen. circ. fin. ff. de re iud. l. 29. ff. eod. l. 2. C. de prec. Imp. offer. l. 2. C. sent. rescind. non poss. l. 91. ff. de s. lut.

(d) L. 1. 12. C. de except. seu praescript. l. f. C. de except. l. 29. C. de pact. conf. CONNANVS in Comm. I. Civ. lib. 3. cap. 11. n. 23. P. FABER Sem. lib. 1. c. 21. GILKEN de vsuc. P. I. c. 2. n. 15. BACHOV. l. c.

hae a solo non usu & temporis lapsu vnice pendent. Illae in iudiciis realibus, hae in personalibus potissimum locum habent. In illis requiritur bona fides & iustus titulus, in his non aequae. Illae iure Veteri etiam velut ad acquisitionem comparatae erant, hae magis ad destructionem tendunt, vel si maius, ius vel obligationem non usu & temporis lapsu extinctam supponunt. Illae velut in supplementum usucapionis inventae sunt, & iure nouo constituunt peculiare acquisitionis genus, quod & dominium tribuit & actionem: hae in finibus nudae exceptionis subsistunt.

III.

DE PRAESCRIPTIONIBVS, QUIBVS POSSIDENTES
SE TVENTVR.

Ac illarum quidem praescriptionum, quibus reus in possessione constitutus agentem submovet, potior atque antiquior ratio esse videtur, quam caeterarum. Licet enim praescriptionis vocabulum in sensu latiori omnes exceptiones comprehendat, quibus reus se defendit: siue possideat quid, siue nihil possideat; tamen praescriptiones etiam iure veteri, quatenus ad acquisitionem quasi comparatae erant, saltem ad possessores rerum corporalium pertinuisse videntur, non ad hos qui nihil possidebant. Argumento est usucapionis LL. XII. TAB. inuictae ratio; quae possessionem rei alienae indistincte supponit, nec in rebus omnibus, nec personis quibusuis obtinebat. Qua de causa Icti primum his, qui usu capere non poterant, auctores extitisse videntur, ut se tuerentur exceptione longioris possessionis, licet consilio magis quam auctoritate Legis: eamque exceptionem, tanquam nomen usucapionis haud ferentem, praescriptionem dixere.

(e) Quod cum aequissimum esset, etiam Praetoribus se probasse

A 3

(e) F. CONNANVS *Comment. Iur. lib. 3. cap. 11. n. 2. in fin. p. m. 283.*
F. C. CONRADI *in histor. usuc. ff. 10.*

videtur hoc consilium. (f) Vnde factum, ut populus eo iure vteretur, usque dum tempus, cuius definitio Magistratus arbitrio relicta videbatur, Principum Constitutionibus terminaretur, quod sub Hadriano contigisse, cum aliis suspicamur. (g) Neque in immobilibus solum, sed etiam in mobilibus idem ius observatum fuit; quamvis ratione triennii, quo res mobiles usucapiuntur, dubium superfit. (h) Quamobrem ab hoc tempore expediti iuris visum fuit, quod is, qui rem alienam bona fide & iusto titulo per longum tempus possedisset, praescriptione tutus esset, si forte usucapio locum non haberet. Hinc illa *longae vel diutinae possessionis praescriptio* cuius passim mentio fit in Digestis. (i) Successit deinde novum ius, quo is, qui servitute non vi, non clam non precario diu usus est, eam *iure impossitam* habere videretur. (k) Praescriptionis autem vocabulo illud non designari in Digestis haud mirabimur, si consideremus, non exceptionem tantum, sed etiam actionem exinde datam fuisse, (l) quam praescriptiones originetus non tribuebant, omnino vero in illis requiri bonam fidem & titulum specialem, quem docere servitutis usurpator non potest. Vnde extraordinariam & anomalam praescriptionem dixit H. Cocceius. (m) Quum autem in iuribus usus pro possessione

(f) Idem l. c.

(g) I. VAN DE WATER. *obs. lib. 2. cap. 18. p. 230. IAN. A COSTA ad pr. I. d. usuc.*

(h) MARCIANVS in l. 9. ff. de diu. tempor. praeser. conf. GALVANVS de usufruct. cap. XI. num. 15. VAN DE WATER l. c. p. 230.

(i) vid. omnino l. 3. ff. de divers. temp. praeser. l. 9. l. 12. eod. l. 76. §. 1. de contrab. emt.

(k) IOH. VAN DE WATER l. c. p. 230. CONRADI in histor. usuc. §. 12. E. Otto in diss. de usuc. servit. cap. 2. §. 10.

(l) VLPIANVS in l. 1. §. fin. de aqua & aquae plus.

(m) VLPIANVS in l. 10. ff. si servit. vindic.

essione esset, ab ICtis & Prætoribus, post sublatam lege Scribonia seruitutum vsucapionem, illarum præscriptio inualuit, qua is, cui seruitus a non domino legitime constituta est, post longum tempus, instar bonæ fidei possessoris, aduersus dominum negatoriam actionem mouentem se tuetur. *n*) Firmata tandem Imperatorum Constitutionibus longi temporis præscriptione, *o*) aliam insuper, quæ longissimo tempore perficeretur, superadditam esse, non est, vt pluribus ostendamus. *p*)

IV.

QUANDO SINE POSSESSIONE NON PROCEDAT
PRAESCRIPTIO.

Quo vero manifestius pateat, quando sine possessione non procedat præscriptio, ante omnia admonendi sumus, iura & actiones partim solo non vsu perire, partim tum demum, si alter præterea sit in possessione vel quasi possessione eius rei vel iuris, ad quod persequendum actionem comparatam habemus. Illic solus non vsus & temporis lapsus ad destruendum ius nostrum sufficit: cum leges negligentioribus hanc præstituerint desidiæ suæ poenam: hic omisso exercitii, quam non vsum vocamus, haud sufficit, sed ex parte aduersa inter alia requiritur possessio, qua reus velut suum tenet, quod est nostrum. Ac singula quidem iura ad alterutram classem redigere iam non vacat. Nec expedita omnia sunt in hoc argumento, quamuis pæclara sint, quæ ad eius illustrationem contulit GOTHOFREDVS OTTO

(n) H. COCCEIUS in *diff. de præscr. anom. & extraord. tom. II. ff. 20.*

(o) tot. tit. C. de long. temp. præscr.

(p) tot. tit. C. de præscript. 30. vel 40. annor. E. OTTO ad *pr. inst. de perp. & temp. act.*

OTTO de BERGER. q) Minus dubii habet, quod ad prescriptionem ex parte rei toties possessione opus sit, quoties, ius vel actio, de cuius interitu quaeritur, ita comparatum est, vt solo non vsu haud extinguatur. Quemadmodum autem iura realia non vtendo regulariter haud pereunt, r) sed tum saltem, si res ipsa quae iuris nostri obiectum est, ab alio detineatur; ita hoc praescriptionum genus *iudiciis realibus & actionibus in rem scriptis* maxime conuenit, quandoquidem in illis reus vt plurimum possidet id, quod actor intentione sua complectitur. Contra non possidentem enim actiones reales frustra moueri, non est, vt multis probemus. Nec praescriptio, quatenus exceptionem a possessione & temporis lapsu simul petitam notat, citra possessionem concipi potest. E contrario possessor rei vindicatione conuentus longi temporis praescriptione se tuetur. s) Qui hereditatem pro herede vel pro possessore diu possedit, triginta annorum praescriptione tutus est. t) Extraneus pignoris vel hypothecae possessor, longi vel longissimi temporis praescriptione agentem submouendi facultatem habet. v) Debitor ipse non nisi post quadraginta annos praescriptionis beneficio gaudet. w) Qui seruitute nec vi nec clam nec precario diu vsus est, x) vel eam iusto titulo & bona fide constitutam habet, aduersus dominum negatoriam actio-

(q) in diss. de rebus mere facultatis sub praesidio viri celeberrimi I. C. CLAPROTH habita Göttingæ 1745. add. S. STRYK in dissert. de non vsu iuris quaesiti Vol. 4. disp. 10. TOB. IAC. REINHARTH de eo quod circa amissionem iurium & privilegiorum per non vsum iustum est. Erford. 1734.

(r) vid. G. O. de BERGER l. c. §. 19 sq.

(s) vid. l. 2. l. 11. C. de longi temp. praescript.

(t) l. 7. C. de petit. hered. l. 3. C. in quib. caus. cess. longi temp. praescriptio.

(v) l. 1. §. 2. ff. adu. cred. l. 7. pr. de praescript. 30. annor.

(w) l. 1. §. 1. C. de annal. exc.

(x) l. 10. ff. si ser. vind. l. 1. ff. 1. ff. de aqua & aquae plu.

actionem mouentem longi temporis praescriptione se defendit. (y) Actio quod metus causa eadem praescriptione excluditur. (z)

V.

DE NON POSSIDENTE PRAESCRIBENTE.

Sequuntur praescriptiones, quibus reus se tueretur, licet nihil possideat. Nituntur illae sola dispositione legis, vi cuius iura quaedam & actiones non utendo per tempus legitimum extinguuntur, quamuis alter nihil ex alieno teneat. Ut enim aequissimum erat, bonae fidei possessorem post longum tempus aduersus dominum praescriptione defendi, ita Iure Ciuili summa ratione cauetur, ut qui ius suum per longum tempus in usum haud deduxit, negligentiae poenam luat eoque priuetur. Quo fit, ut alter, qui obligatus erat, vel in cuius praedudicium ius quaesitum habebamus, liberetur vel libertatem recuperet, tamen nec animo nec corpore concurrat, ac ob id conuentus agentem exceptione submouendi potestatem habeat. Quae licet recte satis dici possit praescriptio, & velut exceptio a temporis lapsu petita, reuera talis fit, nec leges deficiant, ubi hoc nomine designatur: frequentius tamen praescriptionum appellatio, praeterim in Digestis, ad possidentes refertur. Quando autem locum habeat temporis praescriptio, licet reus nihil possideat, ea de re iam dispiciamus. Occurrunt primo praescriptiones temporales generatim. Quoties enim intra certum tempus quid agendum, exceptio temporis locum habet, si alter post lapsum termini praefiniti experiatur, idque indistincte, siue reus possideat aliquid, siue nihil possideat.

(y) vid. E. OTTO *de usuc. seruit. cap. 2. §. 10.*

(z) L. 3. C. *de his que vi metusue causa.*

deat. Pertinet huc titulus Digestorum de diuersis temporalibus praescriptionibus, ad quem exempla ex vniuerso iure magno numero collegit IOANNES VOET. (a) Speciatim commemorare liceat quaestiones fisci, in quibus omnibus, exceptis causis, vbi minora tempora seruari specialiter constitutum est, *viginti annorum praescriptio* custoditur. (b) Imprimis vero huc spectant iudicia personalia, in quibus *longissimi temporis praescriptio* locum habet. (c) Quamuis enim reus in his quoque iudiciis interdum alieni quid teneat, veluti depositarius rem depositam, creditor pignus: fundamentum tamen praescriptionis ibi non est possessio, nec reus ad extinguendum ius alterius quid confert, sed silentium eius cui actio competit, per tempus legitimum, illi destruendo sufficit.

VI.

OLIM NULLAM PRAESCRIPTIONEM COM-
PARATAM FUISSE AD EXSTINGVENDVM
IUS ALTERIVS.

Quodsi iam ea, quae diximus, vltius perpendamus, non potest non manifestum esse, praescriptionem, cum officio suo fungitur & aetori obicitur, non habere effectum extinguendi ius alterius, sed actionem saltem excludere. (d) Id quod in vtroque praescriptionum genere obseruare licet, siue reus possideat quid, siue nihil possideat, adeoque tam in realibus, quam personalibus iudiciis. Quoties enim solus non vsus, & temporis lapsus iuri cuidam destruendo sufficit, illud legis auctoritate perit & extinguitur, eo statim

(a) in Comment. ad Pandect. lib. 44. tit. 3. §. 6.

(b) l. 13. ff. de temp. praeser.

(c) l. 3. l. 4. C. de praeser. 30 vel 40 annor.

(d) vid. GILKENIVS de vsuc. & praescription. P. I. cap. 4. n. 21.

tim momento, quo fatalis terminus est præterlapsus, etiam antequam reus præscriptione temporis se tuerur. Hoc pacto v. gr. seruitutes *non utendo* dicuntur *amitti* (e) *interire* (f) *deperdi* (g) *deperire* (h) *perire* (i) *extinguere* (k) & quidem, ut recte monent viri docti, *ipso iure*, (l) nec tum demum, cum reus præscriptione agentem submouet. Neque alia iudiciorum personalium ratio est, in quibus præscriptio 30 vel 40 annorum locum habet, postquam actio, qua alter experitur, solo temporis lapsu sublata est. (m) Cuius generis etiam est illa longae possessionis præscriptio, qua is, qui rem alienam bona fide & iusto titulo diu possederat, aduersarium repellebat, non hunc in finem, ut dominio suo eum priuaret, sed ad excludendam vindicationem. Ius quippe alterius, hoc est dominium, præscriptione extinctum non esse vel inde patet, quod rem a tertio, in cuius manus forte peruenit, recte vindicet, non obstante eo, quod a priore possessore præscriptione submotus fuerit. (n)

(e) tot. tit. Dig. quibus modis seruit. amitt.

(f) l. 13. C. de seruit.

(g) l. 6. §. 1. ff. quem. seruitut. amittant.

(h) d. l. 6. §. 1.

(i) l. 3. ff. eod.

(k) l. 11. ff. eod.

(l) vid. FRANZKIVS in Comment. ad Pand. lib. 8. tit. 6. n. 2. § 27. seq. LAUTERBACH. in colleg. 1b. Pract. lib. 8. tit. 6. §. 1. § 5.

(m) vid. l. 3. C. de præscript. 30 vel 40 annor.

(n) l. 8. §. 1. C. eod.

VII.

NEC DOMINIVM PRAESCRIPTIONES
IVRE VETERI TRIBVISSE, NEC
ACTIONEM.

Quemadmodum autem effectus ille iurium & actionum extinctiuis praescriptionibus, quatenus in terminis nudae exceptionis subsistunt, male tribuitur, cum leges ipsae negligentes hac poena afficiant & desides iuribus suis priuent: ita nec praescriptiones olim possessoribus dominium tribuisse vel actionem, dubio caret. Hinc qui longi temporis praescriptione tutus erat, amissa rei possessione vindicationem non habebat, sed interdictis saltem experiebatur recuperandae possessionis, dominio penes alterum permanente. (o)

VIII.

PRAESCRIPTIONES, QVIBVS POSSIDENTES
SE TVENTVR, SENSIM ALIAM PLANE AC-
CEPISSE FORMAM ET QVOMODO VSV-
CAPIONI EXAEQVATAE SINT.

Hactenus de praescriptionibus, quatenus velut exceptiones ad submouendam vel excludendam intentionem actionis comparatae erant. Iam admonendi sumus, praescriptiones in gratiam possidentium introductas, sensim atque sensim adolefendo aliam plane & a veteri distinctam accepisse formam. Ex quo enim veteribus vitae sunt praescriptiones constituere proprium quoddam acquisitionis genus, IUSTINIANVS vero (p) praescriptionis & vsucapionis

(o) vid. A. FABER. *coniect. lib. 19. cap. 10. n. 2.*

(p) in *l. vn. C. de vsuc. transformanda.*

pionis iura veluti confudit, factum est, ut quod a temporis lapsu & diutina possessione reis saltem ad excipiendum paratum erat auxilium, progressu temporis dominii vel quasi dominii causa esse coeperit, modusque euaserit acquirendi. Cuius quidem mutationis insignis hic effectus fuit, ut qui longi vel longissimi temporis exceptione se defenderat, possessione rei casu amissa, ob quaesitum diutinae possessionis praescriptione dominium, vindicationem habeat aduersus quemcunque possessorem. (q) Vnde est, quod usucapionis & praescriptionis nomina passim coniungantur. (r) Quemadmodum vero usucapio sine possessione non procedit, ita praescriptio, quatenus modum acquirendi constituit & in supplementum usucapionis inuenta est, non possidentibus haud prodest. (s) Nec illa praescriptionis & usucapionis exaequatio ad praescriptiones temporis, quibus non possidentes se tuentur, pertinet. (t) Hinc notandus diuersus huius vocabuli usus. Nam si praescriptio possessione nitatur, praescribere idem est, quod acquirere, sin autem reus praescriptione se tueatur, nec possideat, praescribere significat excipere.

IX.

LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIO QUATENS DOMINIVM TRIBVAT ET NVM ACTIONEM PRODVCAT?

Quae cum ita sint, mirari subit, quod alii scrupulos hic sine ratione moueant, & longi temporis praescriptionem, actionem producere negent. Mouet illos, quod praescriptio

B 3

scriptio

(q) vid. A. FABER. l. c.

(r) v. gr. in §. pen. l. per quas pers. cuique acquirit. l. 54. ff. de iustitio.

(s) CUIACIVS Obseru. Lib. 18. C. 27.

(t) conf. TITIVS in not. ad Lauterb. p. 1337. Thes. Mollenbecciani.

scriptio longi temporis nominatim inter exceptiones referatur. (v) Sed minus idonea ratione illos vti manifestum est. Præscriptio enim, quatenus excludendae intentioni agentis inferuit, etiam hodie exceptionis naturam habet, atque eatenus non magis actionem producit, quam exceptio SCti Macedoniani. At cum nemo hoc inficias vnquam iuerit, præscriptio vero hodie aequae ac vsucapio inter modos acquirendi numeretur, nihil obstat, quominus illam actionem aduersus quemcunque possessorem vel turbantem producere statuamus. Vt rationes nostras hunc in modum subducamus, facit quod Principalibus Constitutionibus caveatur, ne cui longa & indubitata possessio auferatur (x) & præscriptio perpetuam possidendi securitatem inducat. (y) Hinc deficiente directa actione, quæ dominium supponit, post longi temporis præscriptionem primum utilis data fuit. (z) Atque hunc in sensum capienda sententia IVLIANI: (a) eum, qui iurauit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem *actionem utilem* habere debere. Non vt A. FABER (b) putauit, propter iurisiurandi religionem, sed ob longi temporis præscriptionem. Accedit VLPiani (c) auctoritas, statuentis, eum, qui ius aquae ducendae diuturno vsu & longa quasi possessione nactus erat, *vilem actionem* habere, non tantum contra eum, in cuius agro aqua, oritur, vel per cuius fundum ducitur, sed

(v) in l. 5. §. 1. ff. de diuers. temp. præscr. l. 11. 12. C. de præscript. longi temporis.

(x) §. 7. I. de vsucap.

(y) l. 15. §. f. Dig. de condit. inst. l. 7. C. de præscr. long. temp.

(z) F. C. CONRADI in historia vsuc. §. 13.

(a) in l. 13. §. 1. ff. de iurciur.

(b) Coniect. Lib. 10. Cap. 10. n. 2.

(c) in l. 10. ff. si seruit. vindic.

sed etiam contra quemcunque impediens. (d) Omne dubium, si quod superest, IVSTINIANVS sustulit, cum noua lege cauit, vt, is qui rem aliquam iusto titulo per decem vel viginti annos bona fide possedit & longi temporis exceptionem contra dominos eius vel hypothecam praetendentes sibi acquisiuit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdidit, etiam actionem ad eam rem vindicandam habeat, atque veteres leges, si quis eas recte inspexerit, idem sanxisse palam pronuntiat. (e) Vnde colligitur, longi temporis praescriptionem tam secundum ius Digestorum, quam Codicis actionem produxisse, hoc saltem discrimine, si bene conuicimus, intercedente, quod actio, quae initio *Vtiliter* competebat, postea *Directe* data fuerit. (f) Quod tamen non ita accipiendum, quasi dominium per oppositam exceptionem diuidatur, & directum, vti quibusdam videtur, penes dominum remaneat, vtile vero bonae fidei possessori praescriptione acquiratur, isque rei vindicatione vtili gaudeat: sed, quod longae possessionis praescriptione dominium tum temporis subtilitate iuris non acquireretur, nec eadem relata esset inter modos acquirendi dominium, non domino aures rei vindicationem directam concedere a iuris ratione alienum videretur.

X.

NVM EX PRAESCRIPTIONE LONGISSIMI TEMPORIS
ACTIO NASCATVR?

Quam vero IVSTINIANVS praescriptioni longi temporis decem vel viginti annorum velut modo acquirendi dominium concesserat vim producendae actionis, eam longissimi
qui-

(d) CONRADI l. c. Praetorium remedium fuisse docet E. OTTO in
Diff. de vsuc. seruit. Cap. 2. §. 8.

(e) in l. 8. §. 1. C. de praescript. long. temp. 10 vel 20 annor.

(f) conf. Vir Summus S. DE COCCREII in *Iure Controu. Lib. 41.*
quaeft. 29. n. 1.

quidem temporis praescriptioni pariter indulgit, sed cum moderata hac, ut loquitur, diuisione, ut, si is, qui dominum praescriptione vicerat, bona fide eam rem ab initio tenuisset, simili utatur praesidio & vi domini praescriptione quaesiti, rei vindicatione gaudeat: sin vero mala fide illam adeptus fuerit, indignus eo videatur, nec amissa possessione a priore domino, vel ab alio quocunque possessore, vindicare eam queat. (g) Supponit itaque Imperator speciem qua possessor rei alienae dominum longissimi temporis exceptione submouit, postea vero possessione rei iterum excidit atque de ea vindicanda sollicitus est. Et actionem quidem illi hunc in finem concedit, sed tum demum si ab initio possessionem ipse bona fide nactus sit. Sin vero malae fidei possessor dominum longissimi temporis praescriptione submouit, quod fieri vtiq; potest: tunc illa exceptionis naturam retinet, adeoque nec dominum adiicit, nec vindicationem praescribenti tribuit, sed videndum, utrum prior dominus rem iam possideat, an creditor, qui eam suppositam antea habebat, an vero extraneus aliquis. Ac illis quidem Imperator commodum tribuit detentionis, si conueniantur. Tertio vero rem possidente, pristino domino vel creditori vindicationem concedit: non obstante eo, quod hi a priore possessore 30 vel 40 annorum praescriptione submoti fuerint, ut pote quod tanquam exceptio de iure tertii ultimo possessori non est praesidio. Vnde porro sequitur, solum 30 vel 40 annorum lapsum ad excipiendum sufficere, nec malam fidem eatenus impedire praescriptionem. Quod tamen exceptionem habet, si quis possessionem violenter abstulerit: hoc enim casu domino indistincte vindicatio permittitur. (h)

XI.

(g) in l. 8. §. 1. & 2. C. de praescript. 30 vel 40 annor.

(h) conf. PEREZ in C. Lib. 7. tit. 39. n. 15. G. O. DE BERGER in diss. de rebus merae facultatis §. 9. sub praesidio B. CLAPROTHII ventilata.

XI.

AN OMNI PRAESCRIPTIONI INSIT SPECIES
ACQUISITIONIS?

Qualemcunque vero praescriptionis formemus ideam, siue eam consideremus tanquam meram exceptionem, ad excludendam intentionem actoris comparatam, siue vocabulum accipiamus pro modo acquirendi dominium; illud profecto exploratum est, praescriptionem respectu praescribentis nunquam non coniunctam esse cum quodam emolumento. Id quod mouit I. P. Kressium, (i) vt statueret, omni praescriptioni ultimo inesse speciem acquisitionis: Etenim praescriptio vel dominium *adiiciat*, vel *libertatem* restituat, vel *immunitatem* tribuat; vel ab obligatione *liberet*. Verum non ita satis expedita res est. Distinguedum potius inter praescriptiones, quae possessione vel quasi possessione nituntur, & quibus reus se tuetur, quamuis nihil possideat. Illae iure nouo utique modum acquirendi dominium constituunt, adeoque sui natura ad acquisitionem re vera tendunt. Hae autem velut exceptiones saltem profunt ad submouendum actorem, cuius intentio post lapsum temporis lege definiti ne quidem fundata est. Vnde supra iam obseruatum fuit, praescriptiones, quatenus in terminis nudae exceptionis subsistunt, nec effectum habere acquisitionis, nec extinguere ius alterius, sed excludere saltem actionem. Quamobrem longa possessione res in iure
saepe

(i) in Diss. de genuina natura & indole vetust. Cap. 2. §. 12. not. 1.
conf. V. A. IOANNES ERNESTVS HOEFNER in Diss. de
necessario bonae fidei requisito ad praescr. action. person. §. 11.

sæpe quidem dicuntur acquiri, nusquam autem de iuribus vel actionibus legitur, quod præscriptione extinguantur.

XII.

DIVERSO RESPECTU PRAESCRIPTIONEM
ET ACQUISITIVAM DICI POSSE ET
EXSTINCTIVAM.

Haud tamen ea de causa explodendam putamus receptam distinctionem præscriptionis, in acquisitiuam & extinctiuam, vti illam aliter, ac vulgo, explicandam censeamus. Quamuis enim præscriptio, quatenus exceptionem significat, nec dominium tribuat, nec ius alterius extinguat, sed actionem saltem excludat: tamen quatenus possessione nititur & usucapioni exæquata est, modumque acquirendi constituit, vtramque appellationem diuerso respectu admittit. Quoties enim de effectu eius quæstio incidit, duplex reuera inspectio est; vna, quæ ad commodum spectat, quo præscriptoris conditio melior redditur: altera, quæ incommodum respicit, quod in alterum, contra quem præscribitur, redundat. Quodsi commodum illud consistat in acquisitione domini, vel seruitutis aut iuris alicuius, quo præscribens antea destituebatur, præscriptio ratione præscriptoris apposite satis dicitur **ACQUISITIVA**, quia ius, quod hætenus fuerat alterius, non extinguitur, sed in præscribentem transfertur vel eidem sub alia forma acquiritur. Sin autem incommodum, quo is, contra quem præscriptio procedit, coniunctum sit cum totali interitu iuris alicuius formaliter existentis, tunc præscriptio respectu eius, contra quem procedit, non inuita ratione vocatur **EXSTINCTIVA**, licet præscribenti eadem quid acquiratur, de quo infra pluribus.

XIII.

XIII.

QVO SENSU PRAESCRIPTIO DICATUR ACQUISITIVA.

Exposita praescriptionis indole atque natura, in proclivi erit definire, quo sensu illa dicatur acquisitiva. Nimirum, quatenus dominium rei alienae, vel ius, quo haec tenus destituti fuimus, eadem acquiritur, nec ius alterius extinguitur, sed in praescribentem saltem transfertur, eatenus praescriptio merito dicitur acquisitiva. Est illa usucapionis aemula & velut in supplementum eius inuenta atque si a differentiis nonnullis, quae remanserunt, discesseris, vix ac ne vix quidem ab illa differt. Quamobrem & usucapionis & longi temporis praescriptionis nomina promiscue usurpari videas. Quanam vero res hac ratione acquirantur, quae non acquirantur, nunc quidem disquirere non vacat.

XIV.

QUANDO PRAESCRIPTIO TRANSLATIVA DICATUR
ET QUANDO CONSTITUTIVA.

Quemadmodum vero illa respectu eius, contra quem procedit, interdum habet effectum iurium extinctivum, ita pro diversa casuum ratione & translativa & constitutiva dici potest. Quoties enim quis eadem iure suo penitus priuatur, ita ut dominum vel aliud ius formaliter existens sub eadem forma in praescribentem transferatur, toties praescriptio TRANSLATIVA audit. Talis est illa longae possessionis praescriptio, qua res, quae haec tenus fuerat alterius, bonae fidei possessori acquiritur. Etenim hoc casu nec ius, quo prior dominus gaudebat interit, nec nomen eius, sed persona cui illud competebat saltem mutatur, quandoquidem res, quae antea erat in dominio alieno, iam praescri-

bentis esse incipit. Quoties vero non dominium aut quasi dominium in praescribentem transfertur, sed aliud ius a dominio diuersum praescriptione nouiter formatur, & eidem acquiritur, toties praescriptio *CONSTITVTIVA* appellatur. Pertinet huc praescriptio seruitutum, v. gr. vsusfructus. Quamuis enim hic antea fuerit pars domini alieni, vnde velut ex materia sua formatus est, atque eatenus reuera quid ex alieno in praescribentem transferatur, non eadem tamen ratione ad eum spectat vsusfructus, qua is pertinebat ad dominum. Hic enim, quia res propria nemini seruit, iure domini re utebatur fruebatur velut sua: ille iure seruitutis nouiter quaesita emolumentum percipit ex re aliena, saluo alterius dominio, adeoque non iure proprietatis, sed seruitutis. Quod si non utendo vsusfructus interit, vel cum proprietate consolidatur, tunc & nomen & ius vsusfructus perit, secus ac in praescriptione translatiua, ubi persona tantum mutatur. Eiusdem generis tandem sunt reliquae praescriptiones, quibus, priuilegia immunitates, superficies, emphyteusis, feudum aliaque iura formantur & acquiruntur. (k)

XV.

PRÆSCRIPTIO EXSTINCTIVA QVOMODO DIFFERAT
AB INTERITV IVRIVM PER NON VSVM.

Quæ cum ita sint, extra dubitationem positum videtur, iura praescriptione & transferri & constitui & extinguui. Ad extinctiuam praescriptionem in specie quod attinet, opus est, vt nobis caueamus a communi errore, quo praescriptio hæc confunditur cum interitu iurium, qui fit per non vsum, citra vllam praescriptionem. Quemadmodum enim longæ possessionis praescriptio, quatenus iure nouo modum acquirendi constituit, eo statim momento, quo

(k) *TITIVS in iur. priu. l. 2. c. 8. & in not. ad Laut. obs. 1033. n. 3.*

quo tempus lege definitum praeterlapsum est, dominium tribuit, licet prior dominus nec egerit, nec exceptione submotus fuerit: ita praescriptio temporis, quatenus reus non possidens illa velut mera exceptione se tuetur aduersus eum, cuius ius non usu & temporis lapsu perit, ad interitum nihil confert, sed ius extinctum supponit & actionem motam saltem excludit. Vnde nostro iudicio labuntur, qui seruitutes, iura & actiones praescriptione extinguere dicunt, quoties non utendo pereunt ipso iure, antequam is, qui ius suum neglexit, confessoria experiatur & exceptione remoueat. Et ut generaliter dicamus, quoties reus praescriptione se tuetur, nec in possessione est, illa nunquam habet effectum extinctiuum, sed in terminis nudae exceptionis subsistit, & ut saepe monitum est, actionem saltem excludit. Qui ergo de praescriptione extinctiua sibi iudicium sumunt, ante omnia videant, ut rectas sibi forment notiones, nec illam confundant cum interitu iurium & actionum per non usum, quem cum fatalibus processibus rectius comparauit GOTHOEREDVS OTTO de BERGER. (1) Nobis ea demum praescriptio EXTINGTIVA dicitur, qua ius alteri quaesitum extinguitur. Id quod nunquam fit, nisi quatenus illa possessione vel quasi possessione nititur & usucapioni exaequata est. Quoties enim diutinae possessionis vel quasi possessionis praescriptione quid acquiritur: toties alter, contra quem praescriptio procedit, vel priuatur iure suo, ita, ut, quod haecenus ipsius fuerat, iam transferatur in alterum, vel ius eius plane extinguatur. Prior casus huc non pertinet. Posteriori praescriptio, quae ratione praescribentis reuera acquisitiua est, intuitu alterius extinctiuum effectum habet, ac ob id recte dicitur extinctiua.

C 3

XVI.

(1) Cit. diss. de reb. mer. facult. ff. 8. in fin.



XVI.

EXEMPLA PRAESCRIPTIONIS EXSTINCTI-
VAE PROPONVNTVR.

Exemplo sit v. gr. praescriptio, qua *immunitas* a collectis, operis rusticis aliisque oneribus publicis quaeritur. (*m*) Est illa ratione praescribentis utique acquisitiua, intuitu Fisci autem, cui soluendae sunt collectae, vel domini cui operae praestandae, vel alterius, qui ius in nostrum praedudicium quaesitum habuit, extinctiua. Expleto enim praescriptionis tempore perit ius exigendi collectas, operas rusticas & quae sunt eius generis alia. Talis porro generatim est praescriptio, qua *privilegia* acquiruntur. (*n*) Quam primum enim quis huiusmodi ius praescriptionem nactus est, extinguitur ius superioris adigendi privilegium, ut det vel faciat id, ad quod reliqui omnes tenentur. Aliud exemplum suppeditat praescriptio superioritatis territorialis extinctiua, qua is, qui iura territorii negligentius tractavit & ab alio eadem in contrarium diutina quasi possessione exercere, aliumve se inde eximere passus est, ab ea iterum excluditur. (*o*) Nec male huc reuleris vsucapionem libertatis, quam post confusa vsucapionis

(*m*) Erudite hoc tractavit vir perillustis I. V. DE CRAMER in programmate vernaculo idiomate publicato, von Erlangung einer Immunität durch Verjährung, 1740. Conf. F. C. HARP-
PRECHT. de praescript. immunit. a collect. Vol. II. diff. 71. L. B. DE
LYNCKER decis. 1169.

(*n*) vid. B. IOAN. GOTH. SCHAVMBURG in diss. de natur. privileg. tam gratios. quam conuent. §. XI.

(*o*) vid. MICHAEL GRASS de praescriptione superioritatis territor. acquis. §. 1. n. 2.

pionis & praescriptionis iura etiam praescriptione acquiri haud ambigui iuris est. Quod cum fit, praescriptio seu ususucapio, quae libertatem restituit, simul est seruitutum extinctiua. (p) Item, si quis feudum iusto titulo nactus fuerit idque iure allodii per tempus legitimum bona fide tenuerit, ius feudi extinguitur, & res quae nexu feudali adstricta erat, fit allodialis. (q) Plura exempla, uti passim obuia sunt, ita pauciora hoc loco attulisse sufficiat.

XVII.

PRÆSCRIPTIONES TEMPORALES NON
ESSE ACTIONVM EXSTINCTIVAS.

Quemadmodum itaque multum interest, non utendo ius aliquod pereat, an praescriptione: ita distinguendum inter praescriptionem actionum extinctiuam & interitum illarum per non usum. Praescriptio, quatenus possessione nititur, & ex parte altera gaudet effectu iurium extinctiuo, non potest non perimere, quae exinde descendunt actiones. Ius quippe & actio, ceu correlata, tam arte coherent, ut diuelli a se inuicem non possint. Vnde eadem praescriptione, qua ius alterius extinguitur, & actio inde descendens, perit. (r) Alia temporalium praescriptionum ratio est, quae in nuda exceptionis finibus subsistunt, nec actiones extinguunt, sed ius temporis lapsu extinctum supponunt. Ut enim omnia fere iura certo tempore circumscripta sunt, quo elapso viuere quasi desi-

(p) EVERHARDVS OTTO. in *diff. de usu cap. seruit. cap. 1.*

(q) G. A. STRVVIVS in *synagmat. Iur. feud. cap. 15. aph. 3. n. 10.*

(r) TITIVS in *not. ad Lauterb. Obs. 1033. not. 2.*

desinant: (s) ita, si actio, quæ exinde comparata erat, postea moueatur, praescriptio locum habet. Hinc reus, tempore liberatus, ipso iure tutus est, ac ob id praescriptione se tuetur, ad impediendum litis ingressum. Nec obstat, quod PAVLLVS (t) eum habere dicat, quod obiciat. Nam omnis exceptio ipso iure elidens actionem alliganda est in iudicio, quamuis necesse non sit, litem contestari. (v) Vnde sequitur, quod nulla praescriptio temporalis sit actionum extinctiva.

XVIII.

DE BONA FIDE IN PRAESCRIPTIONIBVS
GENERATIM.

Quibus praestructis paucis adhuc dispiciamus de bona fide. Neque enim expedita omnia sunt in hoc argumento ceteroquin trito & vulgari. Bona, fide ut paucis rem complectamur, in praescriptionibus opus est ad acquirendum dominium, non ad excludendam actionem. Praescriptiones itaque quatenus terminos exceptionum non egrediuntur, bona fide haud indigent. Quatenus vero modum acquirendi constituunt & usucapionibus æquatae sunt, sine ea non procedunt. Hinc generatim in temporalibus praescriptionibus bonæ fidei defectus allegari nequit. Argumento est praescriptio vicennii, quæ in causis criminalibus custoditur; (x) nec non praescriptio

(s) vid. SAM. STRYCK. de act. for. inuestig. Sect. III. & Sect. IV. de diuersis temporibus praescriptionum.

(t) in l. 45. ff. de admin. & peric. tut.

(v) ZANGERVS de exceptionibus C. 10. P. 3. n. 20.

(x) l. 13. ff. de diuers. temp. praescript.

scriptio decem vel viginti aut plurium annorum, qua reus aduersus eum se tuetur, qui seruitutem, priuilegium aliudue ius non utendo amissum post lapsum termini lege definiti inique praetendit, vbi bona fides nec desideratur, nec concipi potest. (y) Quamobrem & huc pertinet praescriptio actionum personalium, quae iure Ciuili post lapsum triginta annorum moueri nequeunt. E contrario longae possessionis praescriptio, quae vsucapionis instar dominium tribuit, sine bona fide non procedit. (z) Neque alia ratio est praescriptionis longissimi temporis. Haec enim vti comparata est, partim ad acquirendum dominium, partim ad excludendam actionem, ita priori casu bonam fidem desiderat, posteriori non aequae. Ac dominium quidem illa non tribuit, nisi praescribens possessionem rei ab initio bona fide nactus sit. Tunc enim possessione denuo amissa, rei vindicationi locus est aduersus tertium possessorem vi dominii praescriptione quaesiti. (a) Ad exceptionem vero sola possessio triginta vel quadraginta annorum sufficit, quamuis praescribens sit in mala fide, nisi possessionem rei violenter abstulerit, quo casu ne quidem exceptione contra dominum munitus est. (b)

XIX.

(y) vide supra §. VI.

(z) L. 2. l. ii. C. de praescript. longi temp.

(a) L. 8. §. 1. C. de praescript. 30 vel 40 annor.

(b) D. l. 8. §. 1. C. de praescript. 30 vel 40 annor.

XIX.

NUM BONA FIDE OPVS SIT IN PRÆSCRIPTIONE EXSTINCTIVA.

Ex dictis facile decidi potest quaestio, num in præscriptione extinctiua opus sit bona fide? Qui negatiuam tuentur præscriptionem extinctiuam non distinguunt ab amissione iurium per non usum. Et posita ista hypothese verum omnino est, quod aiunt, malam fidem impedimento haud esse præscriptioni. (c) Quemadmodum vero iura & actiones per non usum extinguuntur ipsò iure citra ullam præscriptionem, ita frustra quaeritur de bona fide. Vnde, si v. gr. ius decimandi non usu amissum est & dominus prædii seruien-
tis præscriptione se tuetur, bonæ fidei defectus male allegatur. (d) Sin autem sermo fuerit de præscriptione, quæ intuitu eius, contra quem procedit, effectum habet extinctiuum, tunc ex parte alterius, cui dominium vel aliud ius præscriptione acquiritur, omnino opus est bona fide. Ius quippe illius non interiret, nisi possessori ius quoddam præscriptione acquireretur. Huic autem possessio non prodesset ad acquirendum, nisi subnixa esset bona fide.

XX.

(c) conf. s. STRYCKIUS in Diss. de non usu iuris quaesiti, cap. 3. n. 64.

(d) I. H. BOEHMER in Diss. de præscript. circa decim. eccles. & secul. §. 34.

iurium per non usum haud confundenda.

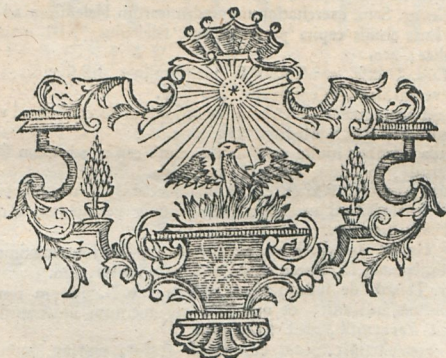
27

XX.

CONCLUSIO DISSERTATIONIS.

Exposita doctrina Iuris Ciuilis de praescriptione iurium extinctiua eorumque interitu per non usum, nec non de bona fide in praescriptionibus necessaria vel non necessaria, supereft, vt dispiciamus, quatenus Iure Canonico his principiis sit derogatum. Verum tempore exclusi ulterius progredi nunc quidem prohibemur.

F I N I S.



Juristische Schriften im Hendelschen Verlage.

- Beseke*, D. Io. M. G. comm. de cretione iure deliberandi & inventario in adema-
da hereditate, 4to. 773. 3 gr.
- — de alienatione hereditatis ad explicandam Leg. II. Dig. de hered. vel act.
vend. & componendas clarissimor. Ictor. lites, med. 8vo. 774. 12 gr.
- — über die Quellen der Moralität und Verbindlichkeit, als die ersten Grün-
de der Moralphilosophie und des Naturrechts, 8v. 774. 5 ar.
- Brunquelli*, Io. Sal. opuscula ad historiam & iurisprudentiam spectantia, edidit
atque coll. D. Hen. Io. Ott. Koenig, cum fig. med. 8v. 774. 1 thl. 16 gr.
- Charonde*, (Ludou. Icti Paris.) de iurisdictione & imperio libellus, 4to. 2 gr.
- Crellii*, Christ. Ludov. Dissertationes atque Programmata, Fasc. I — VII. cum figg.
775. & 77. 2 thln. 22 gr.
- werden fortgesetzt; jeder einzelner Fasc. kostet 10 gr.
- Heisler*, D. Phil. Iac. exercitationum academicarum ad diversas materias iuris per-
tinentium fasciculus, de annis 1750 - 1775. X. mater. continens, cum in-
dice, 4to. 10 gr.
- Karo*, Rabbi Ioseph, sententiae Rabbiorum de successione ab intestato & testa-
mentaria. collectae in libro Schulehan Aruch, latine reddita per C. G. Meyer,
cum accessionibus G. H. Struck, & praefatione Dan. Nerrelbladt. med. 8vo.
775. 10 gr.
- Kemmerich*, D. H. liber de probatione consuetudinis & observantiae, tam privatae,
quam publ. suae imperialis, cum indice necessario, 4to. 6 gr.
- Madihn*, D. Georg. Sam. exercitationum academicarum Halensium ad praestantiora
maxime iuris civilis capita pertinentium, fasciculus; XIII. mater. continens,
cum indice, 4to. 18 gr.
- Madihn*, D. Lud. Gottfr. opusculum I. vicissitudines substitutionis exemplaris,
eiusque veram indolem continens. 4to 775. 9 gr.
- Menken*, G. Lud. introduct. in doctrinam de actionibus forensibus, ad vsus praedictio-
num acad. adita a G. S. Madihn. 8vo. 759. 10 gr.
- — opuscula, quibus multa maxime iur. civil. capita ad vsum fori spectantia
proponuntur, in vnum vol. coll. 8vo. 770. 20 gr.
- Mureti*, (Marci Antonii, Icti & ciu. Romani celeberr.) commentarii breues &
perspicui in titulos ad materiam iurisdictionis pertinentes. Argentor. 1608.
recula Hala. 4to. 771. 3 gr.
- Reuter*, D. Io. Hartw. exercitationes academicae praestantiora maxime iuris civilis
capita illustrantes. IX. mater. continens, cum indice, 4to. 9 gr.
- Siccama*, Sibr. Tetard. de iudicio Centumvirali Lib. II. iterum recensuit, anim-
aduersionibus instruxit, & opusculis argumentum illustrantibus auxit D.
Car. Frid. Zepernick, med. 8vo. 776. 21 gr.
- Thosi*, And. gegenwärtiger Staat des päpstl. Hofes, worinn Nachricht von den
Ehrenstellen, Congregationen, Gerichtshöfen, Aemtern und Ceremonien
desselben ertheilt wird; aus dem italiänischen mit Vorrede und Anmerkungen
von P. E. Bertram, 8v. 771. 10 gr.

Marburg, Diss., 1749/52

VD 18

nur Bd. 1, 4

TA-OL

f

ULB Halle 3
004 773 071







DISSERTATIO IVRIDICA ^{7/}
DE ⁸⁵¹
PRAESCRIPTIONE EXTINCTIVA ^{1750, 13}

C V M
INTERITV IVRIVM PER NON VSVM
HAVD CONFVNDENDA

AVCTORE
AEM. LVD. HOMBERGK zu Bach.
MARBVRG. CATTOR. MDCCL.

Ob raritatem & argumenti praestantiam denuo typis expressa.

HALAE,
TYPIS HENDELIANIS.