

C. D.

DE

CONSTITUTO POSSESSORIO,

ACADEMIÆ JENENSIS

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO

JOHANNES GVILIELMO,

DUCE SAXONIÆ, JULIACI, CLIVIÆ

AC MONTIUM, ETC. ETC.

CONSENSU

MAGNIFICI JCTORUM ORDINIS

PRÆSIDE

PETRO MÜLLERO, Jcto,

Confiliario Saxonico, Curiaë Provincialis, & Scabinatus

Assessore, Professore Pandectarum, & Collegii Juridici

Decano,

PRO LICENTIA

Summum in Vtroque Jure Doctoris Gradum

rite acquirendi,

IN AUDITORIO JCTORUM

d. Octobr. M DC XXCIX.

horis ante- & pomeridianis disputabit

HENRICUS ERNESTUS *Flörke/*

Lippiacus - Westphalus.

EDITIO SECUNDA.

JENÆ, LITERIS VIDVÆ ERICHIANIS.

Diss. jur. civ.

PROSTAT APVT VITVM ROTHACKERVVM. 1728.

413, 18

JOHANNES KEPLER

OPUS POSTUMUM

RECTORIS ACADEMIAE
ALMAE MATERIAE
SALISBURGENSIS

JOHANNES KEPLER

OPUS POSTUMUM

RECTORIS ACADEMIAE

ALMAE MATERIAE

SALISBURGENSIS

JOHANNES KEPLER

OPUS POSTUMUM

RECTORIS ACADEMIAE

ALMAE MATERIAE

SALISBURGENSIS

JOHANNES KEPLER

OPUS POSTUMUM

RECTORIS ACADEMIAE

ALMAE MATERIAE

SALISBURGENSIS

JOHANNES KEPLER

OPUS POSTUMUM

RECTORIS ACADEMIAE

ALMAE MATERIAE

SALISBURGENSIS



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

PRÆFATIO.



Sicuti æquum est & Christianum proximi indigentiam mutui datione sublevare, ita iustum omnino ex tali causa acceptum restituere, eoque magis, quod *suum cuique reddere* nitatur jure longe perfectiori, robore juris civis vallato, quam *mutuo dare*, quippe hoc saltem pudore naturali & præcepto charitatis Christianæ continetur, citra vinculum civile obligatorum, potestate legislativa hoc debitum pietati & conscientiæ cujusque relinquente; Neque enim egenti competit actio ad mutuo accipiendum, qualem creditori ad recipiendum quod dedit jura concesserunt. Cæterum creditori ob fraudes & malitiam debitoris sæpe beneficium cedit in patrimonii sui imminutionem; hinc ut fallaciis occurratur, adhiberi solent remedia jure civili comprobata: Itaque non est decipere, sibi cavere, prudentis est, securitati suæ prospicere. Prostant in hunc finem varia juris remedia, Pragmaticis nostris cautelæ dicta, sic satis usitatae sunt conventiones super pignore bonorum; sic variæ renunciationes beneficiorum, Exceptionis non numeratæ pecuniæ, Scti Vellejani &c. Sic satis frequentes sunt cautelæ, ut via suum consequendi vel privata propriaque autoritate, vel per processum executivum, eo fit expeditior. Sic nec ignotæ, quæ majus vinculum per juramenta, oppignorationem famæ, existimationis, dignitarum &c.

obligationi superaddunt, eamque confirmant. Sane in hoc cautelarum genere non postremum locum obtinet clausula de *constituito possessorio*, quæ sicuti ut plurimum pignoribus in securitatem creditoris constitutis apponi solet, ita per alia negotia civilia effectus suos late diffundit.

Placuit hæc clausula, quæ materiam præberet conscribendæ disputationi inaugurali, cum ejus rei licentia ab Inclyta facultate Juridica mihi concederetur, non quod aliæ materiæ non essent, in quibus ingenii vires exerceri possent, sunt enim adhuc satis multæ, sed quod hæc clausula dissertatione quadam nondum elaborata, in praxi tamen satis frequens mihi videretur. Sane mihi hæctenus non licuit aliquam de hoc themate conscriptam disputationem videre, præter unicam illam D. Balthasaris Rincke, P. Pandect. in illustri Julia, habitam ibidem anno 1644. quam, mea jam conscripta disputatione, ab amico communicatam licuit perlegere: ipse tamen Rincke videtur hoc thema raptim tractasse, & vix vigesimam materiæ locupletissimæ partem absolvisse. Refert quidem Besold. in *thes. pract. voc. constitutum possessorium*, accuratissimam esse de hac materia Corbii disputationem Inauguralem, quam ipse habuit Altorfi anno 1637. Verum frustraneus fuit labor, quem impendit, ut hæc ad manus meas perveniret. Cæterum restat, ut qua methodo, quibusve auxiliis, una cum gratia divina, rem aggressus sim, breviter exponam: Modum tractandi quod attinet, fuit ob oculos decantata ista methodus causarum, subsidia, quibus usus sum, hausi ex Guidone Papa, Tyraq. & Fabræ præter nonnullos alios aucthores quos sparsim citavi: istis viris maximam partem debeo, non tamen omnia. In Tyraquello multa sunt, quæ desiderari possunt, sic deficit dispositio, nullam observavit, in tractatione ipsa plus laboris quam accuratioris discussionis apparet, lectio fastidiosa, denique totus tractatus mole sua laborat. Papa multa passim in suis decisionibus & consiliis non contemnenda habet. Subtilissimus Faber in *C. suo Sabaud.* quam plurima ad hoc thema facientia & usu

usu fori comprobata mihi subministravit, hos viros pasfim secutus, hinc omnem fere paginam mihi faciunt, ipforum authoritati multum tribui, non tamen tanta fuit, ut veritati palmam præriperet; hinc culpandus non ero, si ab iis quandoque discessum modeste feci, ipse Faber in hac materia quandoque sibi contrarius est, ut non mirer testimonium, quod ipse in præfat. Cod. ad lectorem de suarum definitionum concordantia & repugnantia ingenue fert. Denique qui viri hoc argumentum tractarunt, ita tractarunt, ut multum reliquerint alienæ industriæ. Interim illud fatendum, quod ulterius inquirendi mihi sæpe suppeditarint materiam, hinc pasfim adjeci quaestiones, quas quidem decidi, sæpe tamen nulla lege, nullo auctore comprobatas, nec enim potui: non aderant subsidia, non libri, quos quidem frustra expetivi, & temporis quoque ratio sæpe habenda erat. Interim illud non temerarius audeo affirmare, responsiones nostras, si non jure convenientes, tamen non omnino alienas esse. Cæterum si futura vitæ ratio, disponente divina providentia, ita feret, eandem materiam magis extensam, accuratius examinatam, legibus, & Dd. autoritate, usive fori comprobatam, denique per omnia expolitam tibi, benevole Lector, in futurum promitto. Interim vale & fave!



CAPUT I.

*Exhibet evolutionem nominis , re-
solutionem quæstionis, an detur?
& definitionem rei.*

§. I.

Quid consti-
tuere?

Differt à con-
stituto obli-
gatorio.

Constitutum possessorium, quoad nomen ipsum in jure non occurrere nemo facile negabit, ut tamen propterea rem ipsam non dari, atque ita solo usu & errore Pragmaticorum introductum esse, tuo asseri non possit; quamvis pauca circa Etymologiam notanda. Cæterum ut de verbo *constituere* quid dicamus, constat, hanc vocem idem significare, quod convenire, pacisci (*Verabreden*) sic Terent. *in Hecyr.* nam constitui, inquit, cum quodam hospite, Julianus Annæus Florus *l. 4. rerum Rom. c. 16. sub. n. 14. edit. Freinsb.* sic significat idem quod statuere, seu legem ponere, ut ita constituere sibi possessionem idem sit ac convenire seu pacisci v. g. cum emtore, ut venditori liceat rem emtam hujus nomine possidere. Non vero confundendum est hoc constitutum cum eo, de quo agitur *in ff. & C. integris titulis*, hoc enim est obligatorium & pactum prætorium, quo quis debitum vel proprium vel alienum promittit solvere, ideoque per illud quis se debitorem facit Carpzov. *2. 16. def. 2. num. 6.* nostrum autem constitutum agit de possessionis translatione. Vocem *possessorii* quod attinet, ea denotat tale quid, quod de possessione agit, quam vocis significationem velle enuclerare, esset actum agere, videantur, quibus placet, *Lexicographi dicta voce*, aliive systematici authores in materia de *acquir. possess.*
ubi

ubi late & pluribus sensus & significationes vocis explicantur.

§. II.

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

§. III.

Certe non opus est in constituto possessorio, ut a- Fit sine actu
ctus quidam corporalis interveniat, frustra dissent. Gi- corporali.
phan; non obstante, quod possessio sit facti, quæ tradi
de-

debeat, sed sufficit sola contrahentium voluntas, & per eam, tanquam fictum tradendi modum, possessio tam civilis quam naturalis in alium transfertur, retenta duntaxat corporali seu secundum Glossographos, a simina, huc faciunt *l. 77. de R. V. l. 28. C. de donat.* quæ hanc nostram sententiam satis confirmant; quod textus in contrarium adductos attinet, aut intelligendi sunt de acquisitione possessionis vacuæ, non concurrente voluntate tertii, qui suam possessionem in alium transferre vult (nam facilius est, aliquem possessorem constituere sine facto aliquo corporali, vid. *l. 18. §. 2. C. de acquir. poss.* quam possessionem, quæ vacua est nudo animo sibi acquirere) aut ut modus tradendi fictus non excludatur.

Definitio.

§. IV.

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

Divisio.

CAPVT. II.

De personis constituentibus.

Personæ constituententes.

§. I.

VNanimum Jctorum consensu constat omnem eum, qui cum facultate disponendi de rebus suis, illarum possessione-

sessionem habet, posse eam per constitutum in alium
 transferre, sive sit debitor qui creditori constituit, sive Debitor.
 sit alius, qui ex contractu quodam tenetur ad possessio-
 nis translationem *l. 18. pr. ff. de acquir. poss. l. 77. ff. de*
R. V. Si enim reali traditione possessio transferri pot-
 est, quidni per constitutum? fictio hæc est jure rece-
 pta, quales bene multas in jure habemus, ut ita extra
 omnem controversiam positum sit possessionem transi-
 re, Ipse tamen debitor, qui jam ante constituit posside- Limit.
 re pro creditore, constituere non potest, ipse enim non
 possidet, nec potest immutare causam suæ possessionis,
 nec priori creditori possessionem intervertere, nec fa-
 ctum aliquod intercedit, & constitutum possessorium
 in casu reprobato nil operatur. Sed quid dicendum
 est de negotio domini translativo, an debitor alii ven-
 dens, pro eo se velle possidere recte constituat: Tyraq.
p. 3. lim. 14. num. 10. hoc casu in emtorem dominium
 vel usucapiendi conditionem transire, sicuti erat penes
 debitorem, cujus commodo possessionem creditoris re-
 spectu domini vel conditionis usucapiendi cedere tra-
 dit *per l. I. §. 15. & l. 36. de acquir. poss.* quod an pro-
 bari possit ego dubito (1) falsum est debitorem possi-
 dere, si possessio creditori tradita vid. *l. 37. ff. de acquir.*
poss. hæcenus tamen dicitur possidere ut usucapio pro-
 cedat, & immunis sit ab onere satisfactionis, de his ca-
 sibus loquuntur textus in contrarium allegati Gothofr.
ad d. l. 36. (2) cum possessio penes constituentem
 non sit, in constitutarium nihil potest transferri. (3) vi-
 detur posse defendi, dominum rei oppignoratae cum
 clausula constituti possessorii, nequidem per actualem tra-
 ditionem a debitore factam transire, qui ergo poterit fie-
 ri per constitutum? videatur *c. 7. §. 24.* Caterum de

B

con-

Constitu-
tarius, constitutario quæritur, an ipse jus suum in alium transferre possit? *aff. Fab. in C. l. 7. d. 7. d. 32.* modo fiat per aliam constituti clausulam, cum simplex cessio non sufficiat, quod puto procedere quoad ipsam possessionis acquisitionem, non vero ut juris remedia pro retinenda vel recuperanda possessione competentia non videantur transire, nam ut hæc competant, sufficit sola cessio. *Fab. d. l. n. 2.*

§. II.

Procura-
tor. Quod procuratorem attinet, negari non potest, per constitutum ab eo factum transferri possessionem: *Tyraq. p. 3. lim. 13. n. 3. & seq.* præprimis si habet speciale mandatum ad constituendum *n. 10.* item si habet mandatum cum libera *num. 12.* imo sufficit si habet mandatum de tradenda possessione sine mentione constituti *num. 13.* an vero solum mandatum de vendendo sufficiat? Ita statuunt *alleg. & Tyraq. d. l. num. 4.* nam qui mandatum habet ad vendendum, debet quoque mandatum habere ad ea, quæ venditioni sunt consecutiva; rectior est contraria opinio, non enim qui habet mandatum de vendendo, statim quoque mandatum habet de accipiendo pretio, at vero res regulariter non solet tradi, nisi sub ista conditione, ut statim pretium recipiatur. De negotiorum gestore quæritur an constituere possit? Sane regulariter huic non competit jus alienandi, ergo nec constituendi, quod si vero Dominus constitutum ratihabeat, nihil prohibet quo minus ex illo tempore valeat.

Negotio-
rum ge-
stor an
possit.

§. III.

An testa-
tor? De testatore res non adeo expedita est, scil. an, si quis in testamento constituat se possidere nomine heredis vel legatarii, in eos possessio transeat? *Affirm. Afflict. O. 275. Tyraq. p. 2. ampl. 24.* qui si loquantur de ca-
su,

su, ubi heredis vel legatarii acceptatio accedit, probari possunt, si vero sine acceptatione, quæ vivente constitutario fieri debuisset, constituto vim quandam tribuunt, neutiquam cum iis facimus, nec enim videmus quid textibus *l. 8. de acquir. poss. & l. 159. de R. I.* reponi possit, sane leges, quos pro sua sententia adducunt, ut *l. 88. pr. de leg. 2. l. 37. §. 1. de leg. 3.* nihil minus probant, nam ne vestigium quidem in illis reperitur de constituto positorio, vel ejus effectibus. Facilius admittimus constitutum in Ecclesia à Prælati & Ecclesiasticis factum. *Tiraq. p. 2. An Eccle- ampl. 23.* per illud transfertur possessio, modo reliqua sit? requisita concurrant, præprimis fiat cum consensu capituli; Idem dicendum de universitatibus, communitatibus & collegiis *Tiraq. d. l. n. 25.* Quid vero dicendum de tutore & curatore? hos possessionem bonorum pupillorum per clausulam constituti possessorii non posse transferre communiter tradunt *Dd. Fab. in C. l. 1. t. 7. def. 17.* non, quod duo singularia non possint concurrere, hoc enim brocardicum ipse rejicit, sed potius, quod qui alieno nomine possidet, necesse sit, ipsum suo nomine prius possedisse, ut constituti clausula aliquid operetur *l. 18. ff. de acquir. poss.* tutorem vero non suo sed pupilli nomine possidere, aut potius pupillum per tutorem *l. 1. §. furiosus & l. 32. pr. de acquir. poss.* Interim ex æquitate contra subtilitatem juris receptum esse idem testatur *d. l. n. 7.* ut in consequentiam licitæ alienationis sufficiat clausula constituti.

§. IV.

Cæterum *Prælati* non potest per constitutum transferre possessionem *Tiraq. lim. 16. n. 1.* hinc ex constituto facto à Prælato rem Ecclesiæ alienante & nomine emtoris se velle possidere, constituente, in hunc pos-

B 2

sessio-

An Col-
legia &
universi-
tates?
An tutor
& curator

An Præla-
latus?

sessio non transfertur. Imo etiamsi à nonnullis ex capitularibus constitutum factum fuerit, tamen nullius est momenti. Multo minus tantum juris constitutorio est quaesitum, ut possit in possessorio obtinere, & Capitulum ad petitorium & ordinarium iudicium remittendum sit. Late Klock. integro consilio tom. 1. conf. 35. praerimis n. 187. possessio enim rerum Ecclesiasticarum non est penes constituentes, sed penes ipsam Ecclesiam, hinc licet Praelatus moriatur, possessio tamen non vacat, sed est penes Ecclesiam, quae nunquam moritur. Id d. l. num. 184. Sic nec iudex, vel nuncius, vel alius, qui partem inducit in possessionem ex re iudicata, possessionem eius rei in alium transferre potest per constitutum Tiraq. l. 17. num. 1. nec obstat, quod factum iudicis videatur esse factum partis, non tamen inde sequitur, iudicem posse per constitutum in victorem possessionem transferre, sicut ipsa pars victa potest, nam penes hunc est possessio, quae benes iudicem nulla, quae ratio melior videtur illa quam habet Tiraq. d. l. n. 5. ne scilicet duae fictiones concurrant, ipse tamen num. 7. & seq. hanc sententiam variis modis limitat 1. si per adversarium iudex possessionem ingredi impediatur 2. si consuetudo ita ferat 3. si is, qui missus est in possessionem ex alia casu, rem jam detineat, his casibus per constitutum possessionem à iudice transferri posse statuit, quod quidem nemo negabit, quamvis sententiae prioris casus repugnet unus Ang. sibi contrarius in l. 1. princ. paulo ante finem ff. de acquir. poss. referente Tyracq. l. alleg. n. 8. De precario possidente ab alio quaeritur, an eum privet possessione? Affir. Dd. communiter, cum ista civilis requiescat in naturali, qua per constitutum amissa, civilem perire Tyracq. lim. 14. num. 7. hinc debitorem, qui

An iudex?

Limit.

An precario possidens.

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

§. V.

Dictum hætenus est de personis constituentibus; sequuntur, quibus fiat constitutum: ubi generaliter notandum, omnes qui possessionem acquirere possunt, habiles esse, ut sibi illam ex constituto acquirant, hinc, cum possessio per procuratorem rectè acquiratur *l. 1. §. 20. ff. de acquir. poss.* constitutum fieri potest procura-

Quid de colonis, servis, conductore?

quid de Emphyteuta Vasallo &c.?

quid de pupillis &c.?

Quibus fiat constitutum?

Procuratori

tori Domini ejus nomine *Guid. Pap. d. 112.* circa finem, sic vendo tibi domum ut procuratori Titii, & constituto me possidere nomine illo tuo procuratorio, valet constitutum. *Tiraq. p. 2. ampl. 26. n. 1.* pro hac sententia adducitur *l. certe §. 1. ff. de precar.* quæ licet loquatur de procuratore constituentis, eadem tamen ratio est in eo, cui tanquam procuratori alter constituit, alios textus adducit *Id. d. 1. n. 3.* ut sane mirer dari adhuc dissentientes, quos ipse refert *num. 4.* & ad ipsorum argumenta *num. seq.* respondet, quorum primum desumptum est *ex l. ea, quæ civiliter ff. de acquir. possess.* alterum in brocardo isto se fundat, quod duo fictiones seu specialitates non possint concurrere, neque certe tolerabilior est ipsorum sententia, qui non quidem Domino, sed procuratori possessionem acquiri statuunt, nulla lege, nulla ratione.

§. VI.

Requisita
Procuratoris.

Cæterum requiritur (1) ut ipse procurator habeat mandatum (2) ut constituens illud constitutum concipiat in personam ipsius procuratoris, tanquam procuratoris Domini, adeo ut constitutum in personam ipsius Domini conceptum inutile dicat *Tyraq. d. 1. num. 16. per l. quæcunque ff. de acquir. dom.* (3.) ut procurator intendat domino per constitutum quærere possessionem. Patet inde (1) si constituentis animus erat, constituere procuratori nomine proprio, nullam in Dominum transferri possessionem, cum illud ne quidem in reali traditione fiat *l. 59. ff. de acquir. r. d.* (2) quod licet constituens intendat per constitutum; interveniente procuratore, in mandantem transferre; tamen, si procurator ex constituto sibi velit possessionem quærere; nihil in Dominum ejus transferatur. Servi sane

sane factum transfert possessionem in Dominum, non
 saltem ex causa peculiari *l. qui à Servo ff. de O. & A.*
 sed & secundum Gloss. *in d. l.* ex causa dominica, per
 legem *quod servus*, & legem *si me in vacuum ff. de ac-*
quir. possess. Tyraq. ampl. 28. sic Ecclesiæ factum in eam An Eccle-
 transfert possessionem *Tyraq. ampl. 29.* Sic & in se-
 cundum donatarium illud transire volunt, juxta *l. quo-*
ties C. de donat. Decius conf. 239. ubi multis rationibus
 hanc sententiam defendit, communiter tamen dissen-
 tiunt *Tyraq. ampl. 30. num. 2. Guid. Pap. D. 512.* eaque
 sententia nobis verior, ut in sequentibus patebit.

§. VII.

De negotiorum gestore quæritur, an ex constituto An nego-
 huic facto transferatur possessio in eum, cugus negotiorum
 gerit? *Affir. Fab. C. l. 7. t. 7. d. 33.* idque expeditum est, si ra-
 tihabitio subsequatur *Tyraq. ampl. 27.* qui tamen illud
 ad notarium saltem, stipulantem nomine alterius absen-
 tis, restringit. Sane quod absentem attinet, in eum non An absen-
 aliter ex constituto possessionem transire statuunt, quam ti?
 si ratihabuerit *Tyraq. lim. 30. n. 1.* hinc si interim constitu-
 ens expellatur, constituarium remedio recuperandæ a-
 gere non posse *num. 2.* nec attendi, an alius pro eo ac-
 ceptet, aut possessionem pro eo apprehendat *n. 7.* sed
 quid si notarius pro absente sibi constitui curavit? Val- An nota-
 de controvertitur hæc quæstio, quæ dependet ex illa rio pro
 non minus vexatâ quæstione, an notarius pro absente absente?
 stipulari possit, ita ut ei jus quærat? alii dicunt eos sti-
 pulari posse in prætoriiis & judicialibus stipulationibus,
 alii hoc restringunt & in judicialibus locum iudicii, au-
 thoritatem iudicis, & ne sit alius qui de jure alteri sti-
 pulari possit, requirunt; alii citra delectum stipulatio-
 num, an sint conventionales, vel judiciales, nulla habita-
 men-

mentionem mandati vel autoritatis judiciis, tenent indistincte pro absentibus Notarios stipulari posse, cumulum Dd. cujuslibet opinionis exhibet *Tyraq. lim. 30. num. 17. & multis seq.* Verum neque hæc, neque illa, neque ista opinio de jure civili vera est late, *Tyraq. d. l. n. 29. & seq.* ubi ad textus, quos pro sua sententia contrarium sentientes adducunt, respondet. Equidem ubi jure statutorio receptum, Notarium pro absente stipulari posse, per se patet, absenti jus per notarium acquiri; sed quid dicendum de clausula constituti, an ea à Notario adjecta in absentem transferat possessionem, antequam ipsius ratihabitio subsequatur? *Neg. Tyraq. d. l. num. 53.* rationes ejus potissimæ sunt & quod possessio sit ejus naturæ ut non nisi animo ejus, cui quæri debet, quæri possit. 2. quod alias plures specialitates circa unam eandemque personam concurrerent; Verum prior ratio est ex lege civili, non secus quod per extraneam personam nihil juris nobis acquiri possit sicuti vero posterius lege alia civili potest tolli, quid prohibet quo minus prius quoque immutetur? posterior ratio est insufficientis, quid enim vetat, plures specialitates concurrere? & brocardicon illud Dd. diu refutavit Fab. Denique pupillis & minoribus constitui posse nemo negabit; an & tutoribus curatoribusve ipsorum, ita ut effectus constituti ad illos transeat? quatenus per hos illis jus potest quæri, eatenus gaudebunt jure constituti.

An pupilli
&c.?

CAPUT III.

De objecto seu rebus, quæ constitui possunt.

§. I.

Rem suam, quam quis possidet, constitui posse extra controversiam est *l. 18. ff. de acquir. possess. l. 77. de R. V.*

R. V. non solum singularem sed quotam bonorum, imo ^{Quota} ^{bonorum} ^{& univer-}
 universa bona *Afflict. d. 139. v. g.* si obligo universaliter toris, licet bona non exprimantur, transfertur tamen bona.
 omnia bona, & constituo me possidere nomine credi-
 toris, licet bona non exprimantur, transfertur tamen bona.
 possessio *Tyraq. p. 2. ampl. 31. num. 1.* dissentientium ar-
 gumenta tanti ponderis non sunt, ut in suam senten-
 tiam nos trahere valeant, videri ea possunt *apud Tyraq.*
d. 1. Illud facile largimur, si statuto ita provisum, ne ex ^{Limit.}
 generali bonorum constituto possessio transferatur, a-
 liud dicendum esse, quale statutum Mediolani esse re-
 fert *Id. d. 1. num. 7.* Singulare quoque temperamentum ^{Alia re-}
 circa constitutum omnium bonorum affert *Fab. in C. l. 7.* ^{strictio,}
z. 10. def. 7. nam possessionem rei singularis ex clausula
 constituti generalis condictione ex *l. ult. C. de acquir.*
possess. à tertio b. f. possessore avocari posse difficulter
 concedit, ut ita creditor exceptione discussionis repelli
 possit: facile ipsi subscribimus, præprimis si in distractio-
 ne ab utraque parte bona fide agatur, eoque magis, quod
 condictio ista *l. fin.* exorbitans intra limites cohibenda
 potius, quam ut latius expatiari sinatur. Durum sane, si
 debitor, quantumvis locuples, ob constitutum genera-
 le unam aliamve rem bona fide alienans creditori suo
 possessionem intervertisse diceretur. Quis contrahere
 vellet cum tali debitore, cum non habiturus esset exce-
 ptionem non factæ excussionis; Sicuti itaque jam
 tum lege prohibitum, ne quis pro debito certo uni-
 versa debitoris bona jure domini possideat *l. 2. Cod.*
de jur dom. impet. Ita ipse Faber. *dict. l.* prohiben-
 dum esse vult, ne quis per clausulam constituti uni-
 versorum debitoris bonorum possessionem sibi acqui-
 rere possit.

C

§. II. De

Bona futura, sub
variis distinctioni-
bus.

Casus 1.

Cas. 2.

Cas. 3.

De bonis futuris quaeritur, an ad ea effectus constituti sese extendat? *Afflict. D. 335. num. 8. & seq.* distinguit: aut (1) quis constituit se rem nomine alterius tenere aut possidere, & tempore constituti non possidebat, tum nihil operatur: aut (2) obligat pro debito omnia sua bona, praesentia & futura, & constituit se nomine creditoris tenere, si postea acquirat, constitutum ad ea se extendere affirmat. Aut (3) obligavit bona sua, suorumve heredum, praesentia & futura, & constituit se creditoris nomine possidere, & non acquisivit, sed heredes ejus acquisiverant, quoad ista bona heredum constitutum nihil operatur. Sane quod ultimum casum attinet, nemo facile contrariam sententiam sequetur, qui enim non possidet nec possessionem acquirit, quomodo eam in alium potest transferre? In secundo casu communiter Dd. cum *Afflict.* sentiunt: sic *Fab. in C. l. 7. t. 7. d. 20.* clausulam constituti quoad bona futura vim suam exercere, si de iis specialiter actum, statuit. (quamvis in *Erroribus Pragmat. decad. 4. Err. 8.* satis subtiliter defendat, quod constitutum, expresse conceptum quoad bona futura, vim suam eo extendere non possit, potior ejus ratio est, quod actus, qui sub conditione fiunt, si non eo instanti, quo conditio impletur, effectum producant, quem producere potuissent, si pure essent facti, non valeant, at vero naturam non pati, ut uno eodemque momento possessio acquiratur, rursus vero in alium transferatur; diversam rationem esse ait in acquisitione domini, & constitutione hypothecae, cum utrumque juris fiat potestate, & jus utrumque possit operari facta autem, quae rationem ordinis inter se habent, à natura non nisi in tempore

pore produci queant.) Hanc sententiam late defendit, & dissentientium argumentis satisfacit *Tyraq. p. 2. ampl. 32. ubi n. 15.* eos refutat, qui necessarium esse volunt, ut constituens tempore acquisitionis animum habeat acquirendi possessionem constitutario, sufficit si sibi acquirat, quamvis in dubio constitutario possessionem quærere præsumatur *Id. n. 17.* Sane si nomine procuratoris tertio velit acquirere possessionem, constitutario nihil juris inde competit *Id. num. 16.* Priorem denique casum & sententiam Afflict. tuetur *Fab. l. 7. t. 7. def. 14.* I. quod requiratur à parte constituentis possessio II. quod possessio, cum magis facti sit quam juris, nullam fictionem recipere possit, neque fieri queat, ut constituens, qui postea possessionem acquisivit, jam exinde possedisse videatur III. quod non ita facile transire possit in constitutarium possessio constituenti postea superveniens, uti in emtorem dominum à venditore postea acquisitum transfertur; an vero his argumentis *Fabr.* sententia adstruatur alii judicent: mihi constituens non audiendus esse videtur, nam & hic militat ratio, quæ debitorem de domino rei post constitutam hypothecam demum quæsito excipientem, repellit *vid. l. 41. ff. de pign. act.* nec potest quis venire contra factum proprium; Idem dicendum de herede constituentis, & tertio, qui ab ipso habet causam, plerumque enim eadem causa est successoris, duæ fuit authoris. Sic fere consentiunt *Dd.* quod constitutarius contra constituentem, ejus heredem, vel tertium ab ipso causam habentem agens, non teneatur probare constituentem constituti tempore possedisse. *Mascard. de probat. concl. 422. n. 5.* Illud facile concedimus, quod contra tertium, causam constituente non habentem, nihil operetur.

§. III.

An litigi-
osa?
Neg.

Sed quid dicendum de re litigiosa, an ejus possessio per clausulam constituti transferatur? constat rerum litigiosarum alienationes esse prohibitas *t. t. ff. C. de litig.* ideoque vix dici potest, ex tali constituto possessionem transire vid. *cap. seq. §. 4.* nam licet actuali traditione ea transferatur, ficta tamen, qualis est, quæ fit per constitutum, hæcenus idem non potest operari *Fab. in. C. l. 7. t. 7. d. 13. n. 11.* ubi expresse dicit, *quod non possit per constitutum transferri ex contractu, qui sit ipso jure nullus, licet, si sit secuta ex eo traditio vera, per illam possessio transferatur:* in illa nudum factum attenditur, & possessio plus facti quam juris est, in hac lex occupata est, à qua omnis constituti vis dependet, nec est verosimile, legem, quod uno casu vetat, in altero velle admittere. Sic nec potest dici, pœnæ, quæ in alienationem rerum litigiosarum *per l. ult. C. de litig.* statuta est, locum esse, si non actualis traditio, sed saltem ea, quæ fit per constitutum, intercessit. Videantur ea quæ dicentur, *cap. 5. §. 3.* Sane si moribus nostris res litigiosa vendi, & quocumque modo alienari potest, salvo saltem jure tertii, ut statuit *Magnif. Dn. Struv. Exerc. 46. th. 51.* per constitutum traditionem ejus rei fieri posse indubium est; sicut & de jure civili istis casibus, in quibus isto jure alienatio permittitur.

Nec fun-
dus dota-
lis.

De fundo dotali quæritur, an ille constituti sit capax? seu an maritus possit constituere, se velle fundum dotalem possidere nomine alieno? Putamus idem omnino statuendum esse, quod in proxima quæstione de re litigiosa diximus.

§. IV.

Actum est de rebus, quæ jure plenè dominii ad
con-

constituentes pertinent, quid dicendum de iis, in quibus dominium minus plenum alicui competit, quales sunt feudum, Emphyteusis, superficies &c.? quod feudum attinet, facile constat, illud per constitutum a Vassallo non posse transferri, arg. eorum, quæ de re litigiosa diximus, nisi alienatio ejus consentiente Domino suscipiatur, vel natura feudi aliæve circumstantiæ distractio-
 Nec feudalis.
 Nec Emphyteusis.
 De Emphyteusi quærimus, an clausula constituti ipsius alienationi ab Emphyteuta adjici possit, ut effectum suum consequatur? siquidem alienatio modo legitimo peracta est v. g. si consensu Domini requisito, hic intra duos menses novum Emphyteutam suscipere superseadeat, aut ubi Domino competit jus protimiseos, ipse emere, aut intra duorum mensium spatium dare pretium recuset; omnino affirmandum. Quoties vero alienatio neglecto Domini consensu, atque ita contra l. 2. §. 3. C. de jur. Emphyt. facta est, stante nostra hypothese, quod rei alienari prohibitæ constitutum adjectum nullius momenti sit, possessionem non transire dicendum est, adeo, ut ne quidem quoad pœnam commissi, inquam Emphyteuta irrequisito Domini consensu alienando incidit, Fab. in C. l. 4. t. 43. d. 7. n. 6. nihil censeatur actum, sicuti fufius infra dicemus: inde patet, quod si alteri fuit res vendita, & tradita, accedente approbatione & receptione Domini, hic priori præferendus sit Tyraq. p. 3. lim. 3. num. 1. nisi prior a domino fuit antea investitus, ex eo enim tempore jus ipsi quæsitum est.
 Limit.
 Quid de re superficiaria?
 Guid. Pap. D. 46. aut si consuetudo Emphyteute pro lubitu jus alienandi concedat, de qua testatur Tyraq. d. l. num. 4. Denique de superficiario constat, quod liberior ipsi sit potestas circa rem disponendi; ideoque sine dubio per constitutum eam in alium transferre potest.

C 3

§. V.

§. V.

In jure
Emph. &
superfici-
ario, quod
domino
competit:
Non vero
in feudi
jure con-
stitutum
procedit.

Sed quid dicendum de iis, qui talium rerum do-
minum directum habent, de Domino scilicet superfi-
ciei, emphyteuseos, & feudi? Priores duo, cum citra
possessoris consensum jus suum alienare possint, uti de
Domino Emphyteuseos tradit *Carpzov. 2. C. 39. d. 10.*
optimo jure poterunt constituere, feudi vero domino
alienatio juris sui invito Vasallo uti interdictum, se-
cundum *text. j. feud.* ita constituendo nihil aget.

§. VI.

An con-
stitutum
sufficiat
in consti-
tuenda
Emphy-
teusi &c.?

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

§. VII.

Res incor-
poralis
potest
constitui
Dissent.
Fab,

Hactenus dictum de rebus corporalibus, progre-
dimur ad incorporales, an ipsarum quasi possessio per
constitutum transeat? *Neg. Fab. l. 7. t. 7. d. 19.* cum in-
corporalia neque tangi neque teneri possint. *l. 1. §. ult.*
ff. d. R. D. possessio vero per clausulam constituti non
aliter

aliter transferatur, quam si ea sit penes constituentem tempore constituti *l. 18. ff. de acquir. poss.* Sane si Fab. vellet intelligi, an bonis omnibus oppignoratis cum clausula constituti, veniant quoque actiones? negativa facilius posset tolerari: at vero cum ex ratione subjecta constet de ipsius mente, quod plane jurium possessionem vel quasi per constitutum transire non posse velit, deserendus est: Nam & jura posse per constitutum transferri verius putamus, quæ enim quasi possidentur, & tradi possunt, cur non ipsorum quasi traditio fieri posset per constitutum? Sic usufructuarius constituendo usumfructum in quantum est alienabilis, vel potius ejus possessionem in alium transfert *Tyraq. p. 2. ampl. 33. num. 3.* Sic servitutum reliquarum, sic jurisdictio-
Sic jura.
Servitu-
tes.
Actiones.
 nis, omniumve jurium incorporalium quasi possessio per constitutum transfertur. *Id. ampl. 34. num. 1.* Sic actiones, nominaque creditorum, cum per cessionem tradi possint, ita & per constitutum transferuntur. *Tyraq. p. 3. lim. 1. num. 10.* dissentiente *Fabr. loc. jam alleg.* (Interim non obstante constituto, debitor de eo nondum certior redditus, creditori solvere potest, ad effectum ut ipse liberetur, constitutum enim non potest plus operari quam actualis cessio nominis, qua interveniente creditori competit actio conveniendi debitorem. *Brunnem. ad l. 3. C. de Novat. § deleg.* & tum hic credenti, seu creditori suo non potest solvere, si res non amplius integra, quando vero non magis integra sit *Id. Brun. tradit l. alleg.*) Sic & rerum spiritualium, in quibus
Res spi-
rituales.
Limit.
 quasi possessio datur v. gr. beneficiorum, decimarum &c. constitutum fieri potest. *Id. ampl. 34.* Hactenus tamen illud procedit, si cui sit constitutum, ejus possessionis sit capax. Quid enim si constituat clericus se
 pos-

possidere nomine laici? Sane non transferret possessionem *Id. d. l. n. 3.*

§. IIX.

An jus
constitu-
endum
constituti
possit?

Neg.
Tyraq.

Nos di-
stingui-
mus.

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

§. IX.

In non-
nullis re-
bus non
procedit
regula ge-
neralis.

Illud generaliter observandum, in omnibus rebus, quæ ab aliis possideri non possunt, jure aut natura repugnante, constitutum nihil operari; v. g. si pater velit constituere, se possidere jus paternitatis, aut maritus jus

ius maritale; nam per tale constitutum nihil transfertur
Tiraq. ampl. 35. num. 5. Sed cum pater certo casu jus
 habeat diltrahendi filium, an possit constituere, se velle
 eundem pro emtore possidere? Non puto quicquam
 obstare, quo minus fieri possit, quæ enim & iam quan-
 tum alienabilia sunt, ea constitui nihil prohibet.

CAPUT IV.

*De modo & forma Constituendi &
 Constitutum probandi.*

§. I.

Cum per constitutum possessionis translatio intenda-
 tur, facile constat, à parte constituentis requiri, ut
 sit in possessione *Guid. Pap. D. 356.* quomodo enim
 constituens possessionem, quam non habet, suo consti-
 tuto in alium transferre potest? *l. 20. pr. ff. de acquir.*
rer. dom. hinc qui non possidet, ejus possessionem non
 transfert *Afflict. D. 37. Tiraq. p. 3. lim. 1. num. 1.* nec pos-
 sessio, cum magis facti sit quam juris, ullam fictio-
 nem recipere potest, nec in alium transferri, priusquam
 sit quæsitæ *Klock. t. 1. C. 35. num. 193.* & fictio debet fie-
 ri circa illud, quod fieri potest, adeo ut ne quidem fi-
 ctam possessionem v. g. quando ex statuto in heredem
 ipso jure illa transit, sufficere velint alleg. *Dd. apud*
Tiraq p. 3. lim. 4. num. 1. hinc heredem ex statuto pos-
 sessorem rerum hereditariarum, si ante realem posses-
 sionem rem cum constituto vendat, in emtorem pos-
 sessionem non transferre iidem statuunt, ne scilicet
 duæ fictiones concurrant, ficta scilicet possessio & ficta
 traditio, contra textum & *Gloss. in l. 1. C. de dot. pro-*
miss.

Constituti
 requisita.
 Requisit. I.
 possessio.

D

miss. Sane si possessio rei hereditariae non sit penes alium, non videmus, quidnam translationi possessionis ex clausula constituti impedimentum ponat; fictum enim idem operatur, quod verum. Imo falsum, possessionem, quae est ex constituto, esse fictam, modus acquirendae possessionis fictus est, non ipsa possessio acquisita; atque ita sentire videtur *Tiraq. l. alleg. num. 2.* &posito possessionem esse fictam, non tamen quicquam hoc facit, nam falsum, duo singularia non posse concurrere circa eandem rem. Quod si vero possessio ab alio jam occupata est, facile largimur, heredem per constitutum non posse transferre possessionem, non ob fictionem, per quam videtur eam habere, sed ob defectum communis requisiti in omni constituto, & statutum haecenus illud operatur, ut ipsi competant remedia recuperandae possessionis.

§. II.

Actualis detentio non requiritur.

Nec praesentia rei.

Sufficit possidere per procuratorem &c.

Ceterum illud non requiritur, ut constituens sit in actuali detentione rei. Sic I. sufficit possessio quae ex modo possidendi dicitur civilis: hinc rei absentis possessio transit per constitutum *Tiraq. p. 2. ampl. 3. n. 1.* nec ejus praesentia requiritur, esset enim clausula constituti inutilis, si non operaretur sine rei praesentia & conspectu, nam tunc citra constitutum possessio facile transferri posset. *Id. d. l. num. 2.* Imo re praesente nego fieri posse constitutum, ut nos illud consideramus, quicquid alii in contrarium dicant, nam qui rei praesentis possessionem constituit, non per fictionem ex constituto transfert possessionem, sed talem quae in actu corporali conspicua est *vid. l. 1. §. 21. ff. de acquir. possess.* Sic II. sufficit, si quis possidet per procuratorem, colonum, servum &c. *Tiraq. p. 2. ampl. 6.* (quamvis dissentiat *Merendi.*)

rend. l. 3. controv. c. 21. qui ad argumenta nostræ sententiæ respondere conatur, deserendus tamen est, nec difficilis est responsio ad *text. l. 44. §. 2. vers. ejus l. 1. §. 45. de vi & vi arm.* quos pro adstruenda sententia adducit) ^{Cujus dissensus nihil facit.} cuius sicuti consensus non requiritur, ita nec dissensus consideratur; *Id. d. l.* putarem tamen attendendum esse, an saltem contradicat, ne constitutario acquiratur possessio, quamvis eam sibi non velit asserere, an vero ideo se opponat, ut constituenti suam intervertat, priori casu facile admittimus possessionem ex constituto transferri, posteriori vero casu vix illud procedet, non ob contradictionem alterius, quæ injusta est, sed quod ^{Limit.} penes constituentem nulla sit, nisi forte contractui jam perfecto contradictio superveniat, nam licet concedatur amitti possessionem, cum tamen ea semel constitutario fuerit acquisita, remedia eam recuperandi utique habebit.

§. III.

Ex hætenus adducto requisito, quod à parte constituentis possessio necessaria sit, sequitur I. Si quis ^{Ex requisito possessionis sequitur. l.} constituat se velle possidere nomine Titii donatarii & post Titii mortem nomine secundi donatarii, quod clausula constituti huic nihil proffit, quia donator non potuit facere secundum donatarium possessorem, facto jam Titio possessore, cum post Titii mortem non sit possessor *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 14. num. 5.* quamvis non omni dubio careat. Illud expeditius est, quod si quis Titio donet bona, si sine liberis decedat, & si hic sine liberis decedat, Sempronio, addito constituto, quod tam Titii quam Sempronii nomine possidere velit, posteriori per constitutum nihil quærat *Guid. Papa. D. 512.* Sic sequitur II. heredem, licet per aditionem

D 2

here-

hereditatis jus hereditarium consecutus fuerit, nondum
 acquisita rerum hereditariarum possessione, per con-
 stitutum eam in alium non posse transferre: Nam he-
 res non possidere dicitur nisi possessionem apprehen-
 dat *Gail. 2. Obs. 129. num. 2.* neque possessio defuncti,
 quippe quæ morte ejus extincta, in ipsum transit *Id. 2.*
O. 152. num. 10. nec ipse eam sibi acquirere potest sine
 animo & corpore *l. 8. ff. de acquir. possess.* adeo ut ne
 quidem in suum ipso jure transeat, reprobata Accursii o-
 pinione *Gail. 2. O. 152. num. 4.* licet enim dominium
 ipso jure continetur, non tamen possessio, diversa sunt
 proprietas & possessio *l. 12. §. 1. de acquir. poss.* Idem
 dicendum de legatorio, in quem licet dominium trans-
 eat, non tamen possessio *Gail. 2. O. 152. num. 5.* & ge-
 neraliter sciendum, quod, cum in iis casibus in quibus
 ipso jure dominium transit v. g. in Ecclesiam, fiscum
 &c. non transferatur possessio *Gail. loc. alleg. num. 9.*
Affl. D. 299. hisce casibus itidem clausula constituti,
 nondum apprehensa reali possessione, nihil possit ope-
 rari. Fluit III. ex adducto superius requisito, quod nu-
 da detentio non sufficiat. *Tiraq. p. 3. lim. 1. num. 11.*
 nam diversa sunt *possidere*, & *detinere*, etiamsi deti-
 nens id faciat consentiente Domino, scilicet si dominus
 velit, ut constituat suo nomine, ille vero nomine pro-
 prio constituit *Id. num. 12.* Illud sciendum si consti-
 tuens nanciscatur possessionem quod ea vi dicti consti-
 tuti transferatur. *Id. d. l. num. 14. & seq.* Dissentit
Fab. l. 7. tit. 7. def. 14. qui possessionem supervenien-
 tem non facere constitutarium possessorem statuit, nisi
 constitutum collatum sit in futurum, nec facere quod
 dominium superveniens venditori ad emptorem transeat
l. 46. de act. emt. possessionem, cum sit facti, non transi-
 re

re, nisi eo tempore quis possideat, quo constituit se a-
 lieno nomine possidere: *vid. cap. 3. §. 2.* Quicquid sit
 Tiraq. sententia nobis verior est, hanc sequitur *Theffaur.*
D. 215. num. 7. præprimis extra controversiam est quo-
 ad ipsum constituentem, ut hic non possit venire con-
 tra factum proprium, nec enim hoc ita facile procedet,
 si de præjudicio tertii agatur, cui forte interim jus quæ-
 situm *Id. num. 17.* An vero qui saltem detinet, nullus
 tamen alius possidet, per constitutum transferat posses-
 sionem? *Vid. eund. d. l. num. 26.* ubi affirmat. Gene-
 raliter hic notandum omnes eos, qui non possident v.
 g. colonum, prælatum, possidentem precario &c. de
 quibus jam c. l. actum suo constituto nihil agere.

§. IV.

Ad constitutum requiritur titulus, sine titulo e-
 nim nunquam transfertur possessio *Affl. D. 139.* quam-
 vis domini translativus non requiratur, uti videmus
 in constituto quod pignori adjicitur. II. requiritur ut
 titulus sit justus, non jure prohibitus, & propterea nul-
 lus, sic si quis rem litigiosam alienet, cujus alienatio
 prohibita & suscepta est nulla *l. 3. ff. de litig.* eamque
 constituit velle possidere nomine constituentis, non
 transfert possessionem *Affl. D. 331. §. in annot. num. 4.*
 sic & alii volunt, ut ipsum constitutum fiat sponte non
 coacte *Zaf. ad l. 18. ff. de acquir. possess.* quibus merito
 assentimur, præprimis si ipse titulus præcedens ex
 metu proficiscatur. *Tiraq. p. 3. lim. 7. num. 1.* sic in do-
 natione inter virum & uxorem appositum non trans-
 fert possessionem *Id. num. 12.* lex enim est, quæ eam
 transfert, hæc vero nunquam fingit, quando ex fictio-
 ne nulla oritur utilitas. *Bartol. in l. 15. ff. de Usucap.*
 Sane illud eo facilius procedet, quando in nonnullis

II. requiritur
titulus.

Justus.

D 3

ca-

Verus.

An fictus titulus sufficiat?

Conditionalis contractus sufficit.

Pactum sufficit.

Et contractus innominatus.

casibus ne quidem per veram traditionem, possessionem transferri videmus. Dissentiunt plurimi, quos licet videre, apud *Tiraq. d. l. num. 18. & seq.* ipse tamen eos deserit & in curia Parisiensi semper secundum priorem opinionem iudicatum fuisse testatur. III. ut contractus sit verus, non simulatus *Tiraq. lim. 8.* (qualis facile ob talem clausulam praesumitur, hinc nec possessio transfertur, *Id. d. l. num. 2.*) ex tali enim contractu ne quidem reali traditione transfertur possessio, nisi expresse illud actum. *Id. num. 34.* aut unus contractus fingatur pro alio, quem contrahentes vere intendunt, tum transfertur possessio ex vera causa, quam intendunt *Id. d. l. num. 6.* An fictus titulus sufficiat quaeritur? Negant per constitutum tali titulo appositum possessionem transire *alleg. a Tiraq. lim. 5. num. 5.* qui tamen simpliciter probandi non sunt, & ipse *Tiraq. d. l. num. 6.* quadantenus ab iis recedit, ut si ista ficta traditio procedat ex consequentia alterius scilicet tituli vel veri vel praesumpti, non prohibeatur translatio. Illud parum facit ad rem an contractus sit purus an conditionalis, nam & tali potest accedere *Tiraq. p. 2. ampl. 15. num. 1.* ut tamen non operetur nisi ex die conditionis existentis *Fab. in C. l. 7. t. 7. d. 27.* nam & tale constitutum licet in se consideratum purum sit, est tamen conditionatum, imo etiamsi dicatur, quod sit purum, nullius tamen effectus est ante impletam conditionem *Tiraq. d. l. num. 4.* deficit enim causa ad transferendam possessionem.

§. V.

Cæterum nudo pacto appositum transfert possessionem *Tiraq. p. 2. ampl. 18.* multo magis contractibus innominatis *Id. d. l. ampl. 19.* quod quidem expeditum est,

est, si contractui, per dationem à parte unius jam perfecto, constitutum accedat, ut constituens à parte sui videatur contractui satisfecisse, & ita pœnitentiæ, vel conditioni causa data causa non secuta, locus non amplius superesse videatur, an vero ita contractui innominato, vel potius pacto de permutando apponi possit, ut cum per traditionem rei in esse deducatur, constitutum sufficiat ad hunc contractum conficiendum, quod intrepide affirmamus. Sic & procedit in donatione reciproca, scilicet si duo sibi mutuo donant, & constituunt se possidere nomine superstitis transferatur possessio *Tiraq. ampl. 37.*

§. VI.

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

§. VII.

IV. Requiritur ut constitutum certo modo atque verbis illud inducentibus concipiatur, sic non sufficiunt per quæ quis alteri concedit licentiam possessionem propria auctoritate ingrediendi, non enim ante ingressum transfertur possessio, sed hoc saltem agitur, ut constitutarius eam per ingressum sibi acquirat *Klock. tom. 2. cons. 21. num. 22.* Imo nequidem illa sufficiunt quæ quotidie in instrumentis venditionum ponuntur?

IV. certus constituendi modus & forma.

Tit-

Ticius vendidit, dedit & tradit Sejo talem fundum,
 Setzet ihn hiermit und Krafft dieses Brieffs in eine
 freye stille und geruhige Gewehr; saltem important,
 quod licentia data sit emtori per venditorem capiendi
 possessionem propria authoritate *Schneidew. §. retinen-*
da num. 49. J. de Intend. adeo ut nequidem talia ver-
 ba, quibus venditor v. g. emtori expresse possessionem
 tradit, attendenda putarem.

§. VIII.

Requiruntur
 in constituto
 verba dispo-
 sitiva.

Enunciativa
 non suffici-
 unt.

Patet itaque constitutum debere concipi verbis
 dispositivis, puta quod constituens expresse & diserte
 constituat, se possidere nomine constitutarii *Klock. t. 1.*
C. 35. num. 194. Da einer bekennet, er wolle das ver-
 kaufte oder verpfändete Guth nomine emtoris vel
 creditoris besitzen *Besold. thes. pract. voc. constitutum*
possessorium quæ expressio omnino necessaria est, si hæc
 clausula possessionem naturalem & civilem transferre
 debet *Fab. in C. d. d. 15.* ubi ait clausulam ita concipi
 solere & debere, ut quis diserte constituat se alieno no-
 mine possidere *l. 18. ff. de acquir. possess. præprimis* si
 possessionem rerum alienatarum absque ordine & legi-
 timo processu & causæ cognitione summarie & execu-
 tive quis avocare velit *Klock. d. l.* Sane verba enuncia-
 tive & narrative concepta non sufficiunt, neque hic ul-
 la dispositio vel obligatio constituti possessorii induci
 potest *Klock. d. l. num. 194.* Quamvis necessarium non
 sit ut constituens a se abjiciat possessionem, quam ipse
 habet, & postea illam apprehendat nomine constituta-
 rii *Tiraq. ampl. 4. num. 1.* Modum constituti posses-
 sorii introducendi per retentionem ususfructus habet
Id. Klock. tom. 2. cons. 21. n. 22. Daß iemand mit vor-
 behalt einer Nutzniessung so lange er lebet in seinem
 Testa-

Testament und letzten Willen sich erklären kan, das er im Nahmen eines andern dieß oder jenes inne haben und besitzen, jedoch für sich selbst genießen wolle, zu dem Ende, damit die vera possessio an den constitutarium kommen, und im Nothfall derselbe remedii possessionis recuperandæ sich behelffen könne. Alias formulas videre licet apud *Baltb. Rincke in Ex. Jurid. de constit. possess. c. 4.* quæ quidem quoad alias materias satis prolixæ, nostram vero clausulam vix tribus verbis exprimunt, v. g. alles bey würcklicher Verpfändung meiner Güther &c. so auf solchen Fall cum clausula constituti possessorii & pacto executivo davor stehen sollen, It. sequentem formulam dicit frequentiore: dessen zu Bergewisserung Er N. ihm N. Das Haus &c. zum freywilligen wahren Unterpfande, jure constituti possessorii, & cum pacto executivo einsetzen, und hypotheciren thut.

§. IX.

Cæterum quia possessio sub conditione transferri potest *l. 38. §. 1. de acquir. poss.* inde patet, quod constitutum contractui vero appositum possit concipi sub conditione, vel ex die, & hoc casu conditione impleta, vel die credente, transfertur possessio *Tiraq. p. 2. ampl. 16. num. 1. ubi num. 3.* ampliatur etiam si constituens ante existentiam conditionis voluntatem mutet, quod propterea non impediatur possessionis translatio. Sed qui si conditio existat, an ea retrahatur in præjudicium tertii cui res fuit vendita & tradita? *Neg. Tiraq. d. l. num. 4.* modo realis traditio accessit, nam fictam traditionem, quæ fit per constitutum, vel per conductionem ab alio receptam non sufficere putat *num. 5.* distinguit *Fab. l. 7. tit. 7. def. 36.* an conditio casualis sit vel mixta? an vero po-

E

testa-

testativa? posteriori negat possessionem retrahi in præjudicium tertii, priori concedit, ut ita per clausulam constituti possit fieri retractio à tempore inhabili ad tempus habile *Tbessaur. D. 38. n. 2. § 3.*

§. X.

An post mortem? Neg.

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

ne quidem à marito pro dote.

tant, quam adeo extendunt, ut ne quidem à marito pro dote restituenda constitutum factum quicquam operetur *Tbessaur. D. 38. num. 1.* Sed quid si clausula *ex nunc prout ex tunc* addita sit, an illa quicquam operetur? Neg. *Tbessaur. d. l. num. 4. Aff. Fab. l. 7. tit. 7. def. 35.*

Limit.

cum impleta quodocunque conditione ab initio contractus effectum habuisse videatur, cum quo facit *Guid. Pap. D. 268.* quamvis in casu quadantenus diverso, agit enim de casu quando quis alteri sua bona donat, sub conditione, si sine liberis decederet, constituendo *ex nunc prout ex tunc*, & è contra, se dicta bona donata possidere, quod facilius procedit. Sane si dispositio principalis confertur post mortem, ita & constitutum in ea appositum, quippe quod sequitur dispositionis naturam & qualitatem *Tiraq. l. alleg. num. 2. add. id. num. seq.* ubi aliquod limitationes v. g. si conferatur in tempus mortis, sic potest quis alteri donare, si sine liberis

beris

beris decedat, & constituere, se velle nomine ejus possidere, donatario ex constituto acquisita erit possessio. *Pap. D. 512.* duo enim extrema concurrunt, de se habilia *Id. d. l.* It. si ex accidenti incidat in tempus mortis. v. g. si constitutum sub conditione factum, eaque post mortem extiterit, It. si effectus actus conferatur in tempus mortis, non etiam ipse actus, his enim casibus per constitutum transfertur possessio.

§. XI.

Illud sciendum, eum, qui ex constituto jus aliquod sibi asserit, probare debere, constituentem tempore constituti possedisse, alias non obtinebit *Mascard. vol. 1. conclus. 422. num. 1.* qui enim constitutarius potest acquirere possessionem, quando constituens eam non habet? *Fab. in C. de acquir. possess. d. 14. num. 1.* Fallit (1) in antiquis, in quibus non est necesse, possessionem constituentis probare tempore constituti, sed illa praesumitur *Mascard. d. l. num. 4.* (2) ut non procedat quoad tertium, quando scilicet de ejus praesudicio agitur, sed tantum quoad ipsum constituentem, seu ejus heredes, cum quoad ipsorum praesudicium sufficiat ipsum constitutum sine alia probatione ipsius possessionis *Id. num. 5.* Idem dicendum de tertio, quando causam habet ab ipso constituyente, quod huic quoque praesudicet *num. 6.* An vere constare debet, clausulam constituti contractui appositam esse ex voluntate contrahentium? Certe saepe ex Stylo Notariorum & scribarum apponitur, contrahentibus vim & effectum ejus ignorantibus, quo casu nulla vis & efficacia in ea potest poni *Klock. t. 1. conf. 35. num. 198.* Putarem in dubio praesumi, clausulam ex voluntate partium esse appositam,

In Constituto semper probanda possessio constituentis.

Exceptiones.

1.

2.

Appositum, praesumitur ex voluntate partium factum.

tam, cum Notarius non nisi rogatus officium suum impertiri debeat.

CAPVT. V.

De effectibus constituti.

§. I.

Effect. I. con-
stituti, quod
transferat
possessionem.
Naturalem.
Civilem.
Vtramque.

Effectus constituti sunt varii, iique insignes. I. quod in constitutarium transferatur possessio *l. 18. de acquir. possess.* & quidem naturalis, si constiuens saltem naturalem habuit *Tiraq. de constit. possess. p. 2. ampl. 20.* civilis, si civilem *Id. p. 2. ampl. 21.* Si utraque penes constituentem fuit, tam civilis quam naturalis transit: *Coler. de process. exec. p. 1. c. 10. n. 182.* Sic per constitutum naturalem & civilem transferri tenet *Klock. tom. 2. conf. 21. n. 1. & D. ab ipso alleg.* sive eo tempore, quo constitutum factum est, possideat, sive postea possessio superveniat *Tiraq. de const. possess. p. 3. lim. 1. n. 20.* Sic transit non saltem, cum quis constituit se possidere, sed etsi confitetur se id facere *Tiraq. p. 2. ampl. 2. num. 1.* ipse tamen *num. 3.* restringit, quando quis confitetur se possidere nomine alterius, secus, si simpliciter fateatur, alterum possidere, cum ipse, qui fatetur, possideat; nec enim per ejusmodi confessionem perdit possessionem, quam habet: Sane non video quid priori casu, quo quis fatetur se id facere, possit confessio conferre ad translationem possessionis; aut enim non constat, quod constitutum non intervenerit, ob confessionem alterius præsumitur intervenisse, & ex eo censetur translata possessio; aut certum est, quod non intervenerit, & tum aut non accedit acceptatio alterius, possessio non erit translata, nemini enim acquiritur nisi volenti & acceptanti, nec falsa confessio immutat rei veritatem *l. 6. ff. ad Municip.*
aut

aut acceptatio accessit, tum quidem possessionem trans-
re concedi potest.

§. II.

Ceterum, ea quæ per constitutum acquiritur pos-
sessio, vera & propria est *arg. l. 6. ff. de precar. Bald.* *in l. 1. C. de acquir. possess.* ubi dicit, quod, licet modus
acquirendi sit fictio, acquisitum tamen sit veritas & sub-
stantia *Guid. Pap. D. 356.* Illudque generale est in o-
mnibus fictis traditionibus, ut scilicet ex illis vera pos-
sessio transferatur *l. 48. ibique Bart. ff. de acquir. poss.*
facit huc *cap. 9. extr. de restit. spoliat. & c. 17. extr. de*
prescript. Alii dissentiunt, quasi hæc sit ficta possessio,
non vera *per l. 9. de acquir. poss. voc. videmur*, quod
ipsis denotat ex sua nativa significatione fictionem *l. 1.*
§. 12. junct. Gloss in verb. videor ff. de vi & vi arm.
Hanc sententiam sequitur *Tiraq. p. 2. num. 7.* ex eo,
quod fictum, non possit operari & producere verum ef-
fectum, verba ejus sunt, *quomodo illud quod fictum est,*
potest dare rem non fictam? *arg. l. 20. ff. de acquir.*
rer. dom. Verum hæc tanti momenti non sunt, ut à
priori sententia recedamus, aliud est modus rei, aliud
res, nec unum cum altero confundendum, modus qui-
dem fictus est, male inde colligitur, quasi & possessio
sit ficta; sic sunt modi ficti transferendi dominium, hoc
tamen propterea fictum non est; hanc sententiam com-
muniter Dd. sequuntur, & ipso fatente *Tiraq.*

Transfertur
vera posses-
sio.

Alii fictam
putant.

Quorum
sententia re-
jicitur.

§ III.

Quæ hæctenus dicta sunt, quod per constitutum
transferatur possessio, non semper procedunt: Nam
quandoque ea (1) vel plane non censetur translata; vel
(2) quæ facta est non attenditur, quasi insufficientis, vel
(3) non intervenisse in effectu censetur. Sic non suf-
ficient

Fallit regula
tribus cas.

Primi casus
exemplum.

ficit constitutum, quando lex utitur verbo *accipiendi*, sed requiritur realis traditio. *Tiraq. de const. possess. p. 3. lim. 10.* Cum hæc sit significatio & natura hujus vocis: Verius est quod dicit *ibid. lim. seq.* quod, quoties lex veram & corporalem, seu actualem traditionem exigat, aut utatur verbis ex sua natura eam importantibus, non sufficiat constitutum, sed corporalis quoque traditio requiratur, sic statuit *Stephan. Grat. Decis. 228. num. 5.* & illud præprimis procedit in statuto, quod ita intelligendum, aut aliquid addat juri communi, & in quo verba in sensu vero sumenda, non ficto *Grat. d. Dec. num. 6.* qualia statuta refert *Tiraq. d. l. hinc* cum statutum exigat, emptorem debere possessionem rei emptæ apprehendere, in præsentia Notarii & testium, ut consanguinei possint contractus notitiam habere, fictam possessionis acquisitionem, quæ sit per constitutum, in sufficientem, esse, & ita judicatum fuisse testatur *Id. l. alleg.* Præterea nec venditorem liberari ab actuali & reali traditione per constitutum in contractu appositum, sed non eo minus ab emptore conveniri posse, communior est sententia, quam sequitur *Cacher. Dec. 36.* Quamvis alii venditorem obligationi satisfecisse, nec emptorem actione ex empto agere posse, sed vindicatione, aut Publiciaria aut interdicto, uti possidetis experiri debere autumant, quos refert *Cacher. d. l. num. 1.* Hanc sententiam sequitur *Jason. §. act. num. 138. 7. de actionib.* ad eo ut emptor actione ex empto agens succumbat *Neviz. conf. 37. num. 19.* cum sublata sit actio ex empto per constitutum, sicut omnis alia actio ex contractu, tali clausula munito, descendens, & male agat actione ex contractu sublata: *Guid. Pap. conf. 192. num. 4. in fin.* Nisi emptor se precario possidere constituat, hoc enim casu,

Secundi Casus exemplum.

Dissentiunt alii.

su, cum retineat naturalem possessionem, ad eam transferendam actione emti adhuc conveniri posse volunt apud *Cacher. dict. l. num. 4.* Nobis dicendum videtur? aut constitutum in majorem contractus firmitatem adjectum, tum stante contractu, actione inde competente potest conveniri ad actualem rei traditionem, nec enim debet intentio contrahentium contrarium effectum operari: aut constitutum propterea appositum ut res ex alia causa v. g. locato, commodato vel ex precario &c. sit apud venditorem, hoc casu contractui satisfactum, qui propterea resolutus est, inde non datur magis actio emti, potius aliis actionibus competentibus agendum, atque ita dissentientes quodammodo possunt conciliari. Cæterum illud indubium putamus, si venditor conveniatur ad tradendum, quod non sufficiat, si paratus sit rem tradere per constitutum, ita enim res tradenda, ut emtor facultatem habeat pro lubitu eam tractandi. Sic nec liberatur per constitutum, quando præter illud promisit possessionem vacuum, liberam, verba enim promissionis non debent esse superflua. *Tiraq. p. 1. num. 11.* Sane in pœnalibus possessionis translatio ejusque acquisitio quæ est ex constituto, quoad irrogationem pœnæ omni effectū destituta est: Sic Vassallus constitutarius à convasallo feudum acceptum possidens non cadit jure, si à tempore constituti intra annum & diem investituram vel ejus renovationem non petit *Klock. tom. 2. cons. 28. num. 6. & 7.* quamvis fluctuet ob traditionem *Cacher. D. 36. num. 5.* quod vera, propria & actualis possessio per constitutum vere tradatur, & pro tradita habeatur; Idem dicendum de Vassallo, quod feudum alienando, si per constitutum in alium transferat, jure suo non cadat *Dn. Struv. in Syn- tagm.*

Nostra sententia.

Exempla tertii Casus.

Exempl. I.

Exempl. II.

tagm. feud. c. 13. apb. 9. num. 5. Dissentit Tiraq. qui tum demum sententiam Authoris admittit, quando cum expressa protestatione vel conservatione juris Do-

Exempl. III. mini factum fuit constitutum. Sic nec Emphyteuta *Guid. Pap. cons. 192. num. 4.* huc facit, quod Emphyteuta laxiorem potestatem habeat circa jus alienandi quam va-

Exempl. IV. fallus. Sic qui detrectat matrimonium contrahere ar- rham duplicatam non restituit, nam & hic vera tradi- tio requiritur *Tiraq. p. 3. lim. 26. num. 4.* nec sufficit constitutum *Gratian. Decis. 38. num. 7.* ubi ex Tiraq. illam adducit rationem, quod *l. fin. C. de sponsal.* utatur voce *accipiendi*, quæ significat veritatem & realem traditionem *Brun. ad d. l. ult. C.* An vero rem alie- nam scienter vendens furtum ejus committat, vel non citra realem traditionem per verum constitutum? sunt qui negant. *Tiraq. l. 26. num. 3.* Sunt qui affirm. apud eund. *num. 7.* Nos utramque sententiam approbamus.

§. IV.

II. Effectus est, quod constitutum transferat dominium.

hinc datur R. V.

Vel usucapiendi conditio.

II. Effectus est, quod si constitutum apponatur contractui, qui titulum conficit dominii translaticum, hoc ipsum operetur dominii translationem *Klock. tom. 2. cons. 21. num. 1.* & plures ab eo allegati. Nam per constitutum possessio transfertur, & consequenter dominium, quod non nisi traditionibus transferri potest *l. 20. Cod. de pact. ibique Brun. Guid. Pap. D. 268. Job. Aloys. Ric. Dec. 55.* hinc constitutario datur rei vindicatio, quippe quæ ex dominio oritur; Sane si constituens Dominus non fuit, constitutum illud operabitur, ut usucapiendi conditio sit translata. *Guid. Pap. D. 356.* Possessio enim transfertur, ubi vero possessio est, & bona fides cum titulo, ibi per sequitur usucapio, ut ita dis-

sen-

sentientes apud *Tiraq. p. 1. num. 18.* quasi possessio civilis non sufficiat, attendendi non sint. Hinc constituta publiciana actio denegari non poterit *Tiraq. p. 1. n. 16.* Cæterum hæc quæ dicta sunt, dum demum procedunt, si constituens possidet. *Guid. Pap. D. 356.* qui enim constituens qui non possidet, suo constituto in alium transferre potest possessionem quam non habet? *l. 20. ff. de acquir. rer. dom. l. 54. ff. de R. J. Tiraq. p. 1. num. 3. Klock. tom. 1. conf. 35. num. 191.* negata itaque possessionis translatione, negatur acquisitio dominii, vel facultas usucapiendi, quippe quæ sine possessione non procedunt.

Hinc publiciana.

Modo constituens possideat.

§. V.

Ex hætenus dictis sequitur (1) quod re duobus vendita, is præferatur cui per constitutum prius tradita, si sit prior, si posterior emtor, non obstante quod alteri postea realiter tradatur. *Tiraq. p. 1. num. 21.* nam ficta illa traditio quoad acquisitionem dominii eodem effectus parit, sicut vera & realis. *Guid. Pap. D. 112.* translato itaque per constitutum dominio, quidnam venditor reali traditione potest transferre in alterum emtorem? *l. 54. ff. de R. J.* Imo licet venditor non fuerit Dominus, in publiciana erit is potior, cui prius tradita, contra alterum emtorem ab eodem non domino causam habentem *Bachov. De action. Disp. 3. th. 21. & 22.* hæc tamen intelligenda sunt de casu quando fides de pretio habita *Pap. D. 112.* nam nequidem per realem traditionem transfertur dominium, si fides non fuit habita, quomodo per fictam? Illud quæritur (1) si tempore constituti venditor non fuit in possessione, eo vero tempore quo rem posteriori vendit, eam habeat, & huic tradat, an prior præferendus? Si per constitutum acquiritur possessio, quæ constituenti postea supervenit,

Ex superioribus sequuntur varia notabilia.

Notab. 1.

Notab. 2.

Quæst. 1.

F

uti.

Notab. 3.

Quæst. 2.

utique prior præferendus, quem quoque præponimus, si post utramque venditionem clausula constituti munitam, constituens possessionem acquirat. (2) Quæritur: An contractus Emptionis venditionis interveniente constituto, solo dissensu possit resolvi, ita ut vis quoque constituti dissolvatur? Neg. plurimi, nisi res ipsa retradatur. *Tiraq. p. 1. n. 19.* quamvis aliis constitutitia traditio sufficiat *Id. p. 3. lim. 29. n. 5.* Putarem, nulla traditione hoc casu opus esse, ne quidem per constitutum, nam si res est apud venditorem, non opus est traditione alia, cum id pro traditione sit *l. 9. §. 5. ff. de acquir. rer. dom. Vid. Tiraq. l. alleg. n. 5.* ubi authores, qui hanc sententiam tuentur, addatur *Cacberan. decis. pedemont.*

Notab. 4.

Quæst. 3.

35. *per totam* ubi argumenta pro utraque sententia facientia, ipse tamen eam sequitur, quam nos adduximus. Sane si emtori res ab initio realiter tradita, ad dissolutionem contractus (nisi velimus statuere, quod non tam sit prioris contractus resolutio, quam alia quædam conventio involuta placitis prioris consensus, per se tamen producens novum contractum) omnino requiritur retraditio, sed an sufficiat constitutum? hoc sufficere arbitramur *Tiraq. p. 3. lim. 20. n. 2.* (3) Quæritur, an constitutum faciat, ut emtor teneatur ad usuras pretii soluti? Prolixe de eo agit *Tiraq. locis allegatis*; res eo redit, aut fructus percipit, tum tenetur, aut non percipit, nec usuras debet, per *l. 13. §. 20. §. 21. ff. act. empt. vendit.* (4)

Notab. 5.

Quæst. 4.

Quæritur, an Dominus directus possit petere laudemia ab emtore possidente per constitutum? Neg. *Guid. Pap. D. 101.* cum laudemia debeantur Domino directo pro labore investituræ, & tradendo emtori possessionem realem rei venditæ, qualem laborem hoc casu non intervenire in aperto est. Placet magis *Tiraq. affirmantis*

opi-

opinio p. 3. lim. 27. Utique enim Dominus novum Emphyteutam in possessionem suscipit, eo ipso quo Emphyteuta eum agnoscere paratus est.

§. VI.

Cæterum, cum in superioribus dictum, quod is præferatur, cui per constitutum traditio facta, quæri potest, an si quis habeat expectativam cum clausula constituti possessorii, præferendus sit alteri, qui de re ab eodem Domino investitus possessionem rei feudalis consecutus est? Illud constat expectativam saltem conferre jus ad rem, & Dominum inde obligari ad rei feudalis traditionem, interveniente investitura, hinc si tertius legitimam possessionem feudi nactus est, utique præferatur *Dn. Struv. in synt. feud. l. 7. apb. 7. n. 2.* Sed an non clausula constituti conferat jus aliquod reale per translationem possessionis? *Alex. Galvan. conf. 30. n. 15.* quem refert *Klock. t. 2. c. 21. n. 1.* tradit, quod, si primo vasallo traditio ficta seu instrumentalis duntaxat, per simplicem constituti clausulam facta & concessa fuerit, secundo autem postea res realiter tradatur, tum ad effectum irrevocabilis acquisitionis civilis traditio prævaleat naturali: posito itaque, quod jus aliquod reale per clausulam constituti competat, erit utique ei concedenda utilis rei vindicatio contra tertium, nam hæc vasallo ex unanimi Feudistarum opinione datur *Vultej. de feud. l. 2. c. 1. n. 13.* Ipse tamen *Klock. de l. n. 20. § 21.* dissentit, & vult clausulam constituti hic nihil posse operari, cum Dominus concedens expectativam cum tali clausula, dominum utile non possideat, quippe quod est penes vasallum, jam vero notissimi juris esse, per constitutum nunquam transferri possessionem ab alio occupatam

An constitutum in expectativa ali-quid opere-tur.
Affirmativa sententia.
Negativa.

quæ verior *Cacher. conf. 8. n. 74. Aff. et. D. 299.* cui sententiæ merito

subscribimus, quamvis dubium supersit, an non possessio morte ultimi possessoris, interveniente consolidatione utriusque domini, domino postea quaesita vi constituti transeat, cum possessionem supervenientem transire in superioribus dictum. Caterum si Dominus aliquem investiat super re ad ipsum devoluta, & quam possidet, cum constituto possessorio, hunc posteriori investito, cui simul res à Domino realiter tradita, praefendum omnino putamus. *Vid. cap. 3. §. 6.*

Limitatur.

§. VII.

III. Effectus
Constituti,
quod det jus
ingrediendi
rem propria
autoritate.
Limit.

III. Effectus est: Quod constitutarius habeat facultatem propria autoritate possessionem ingrediendi, hæc enim facultas inest possessioni *l. 25. §. ult. l. 44. §. ult. de acquir. l. amit. poss.* Hinc neminem spoliare dicitur, quando propria autoritate, nemine contradicente, suam possessionem occupat *Fab. in C. l. 8. t. 3. d. 33.* quod tamen non procedit, si possessio vacua non est v. gr. si alius est in possessione *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 18.* hunc invitum ejiciendi vel expellendi constitutario jus & potestas non est, etiamsi possessor causam habeat ab ipso constituyente *Meb. 5. D. 351. n. 6.* adeo ut spoliator sit constitutarius, si invito possessore apprehendat eam possessionem, quæ sit penes alium, quam paciscentem ejusve successorem *Fab. l. 8. t. 3. d. 34.* atque possit conveniri tanquam spoliator vulgari actione ex canone pontificio *redintegranda 3. quest. 1.* non obstante constituto, ut ita deferendus sit *Tiraq. p. 1. n. 43.* qui constitutarium possessionem invito & resistente successore singulari ingredi posse tradit, etiamsi non adsit pactum de ingrediendo *n. 44.* modo fiat in continenti *num. 45.* Interim si hypothecam habeat successor in re, tum eum expelli non posse autumat *n. 47.* Sane si prior sententia subsistit,

Rejicitur
Tiraq.

stit, hypotheca successorem singularem parum defendet. Quicquid sit, neutro casu constitutario erit concedenda facultas ingrediendi possessionem invito possessore, cum ea non permittatur contra ipsum qui constituit *Mev. l. alleg.* Communiter quidem Dd. asserunt, illicitum esse incontinenti per vim ingredi possessionem propria auctoritate, etiamsi debitor facto resistat, dum creditor id faciens, dicatur magis defendere suam possessionem, quam occupare alienam vel aggredi *l. 17. ff. de vi & vi arm.* hos sequitur *Guid. Pap. D. 356. Coler. de process. execut. p. 1. c. 5. n. 113. Tiraq. p. 1. n. 37.* qui hoc asserunt limitat, modo non prius iudicem adierit *n. 39.* nisi per protestationem, ut salva sibi manere debeat via facti. jus occupandi auctoritate propria sibi reservaverit. Hinc *Fab. l. 7. t. 7. def. 18.* jus non ingrediendi restringit ad casum, quando debitor justam contradicendi causam habet, forte quod debitum offerat, qua si destituatur, quod ipse potius videatur vim facere, & verum possessorem expellere, adeo ut, etiamsi precarium saltem intervenerit, rursus à constitutario possit expelli. *add. l. 12. ff. de vi & vi arm.* quoad tertium vero, etiam ab ipso debitore causam habentem, non distinguit *Fab. loco superius allegato.*

Ampliatio limitationis.

Dd. sententia.

§. VIII.

Cæterum, verius videtur simpliciter cum Mevio Mevii statuere, quod nullo casu, non attenta justitia vel injuria, quam causa, ob quam debitor sese opponit, liceat constitutario ingredi possessionem propria auctoritate, etiamsi saltem debitor verbis sese opponat: sic (1) Communiter fere statuunt, quod creditor ex pacto de ingrediendo possessionem, eam non possit ingredi, si debitorem resistentem cum armis aut corpus suum objici-

sequimur.

Ratio 1.

F 3 entem

Rat. 2.

Rat. 3.

Ampliatio
nostræ sen-
tentia.

entem invenit *Coler. de process. execut. p. 1. c. 5. n. 99.* Ergo nec ex constituto nec facit ratio diversitatis, quod ex constituto censeatur translata possessio, hinc debitor resistens creditorem videatur ejicere, ut ita rursus in continenti possit ejici. Nam leges, quam spoliatorem in continenti ejicere permittunt, singulares sunt, ideoque intelligendæ de casu, quo ipse Dominus ex possessione ejicitur, aut si possessio ejus notoria est. (2) Concedunt, quod si debitor justam habeat causam ob constitutum propria autoritate non possit ejici *Fab. l. 7. t. 7. def. 18. n. 4.* At vero discernere an debitor justam causam habeat nec ne, consistit in discretionem Judicis non partis, ne sibi ipsi jus videatur dixisse *l. 1. C. Ne quis in sua caus.* Imo eo ipso, quo debitor resistit, videtur justam causam habere præ eo, qui per vim ingredi tentat possessionem: Sufficit eum possidere, etiamsi non constet de jure possessoris, & in dubio contra actorem pronunciandum *can. in pari causa X. de R. 7. in 6. (3)* Facit huc *l. 176. ff. de R. 7.* Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi. Sane ipsi dissentientes, quod creditor contra objicientem corpus suum propria autoritate possessionem valeat occupare, limitant & restringunt variis modis, quos habet *Menoch. de adipisc. poss. remed. 5. n. 81. & seqq.* & ex eo refert *Coler. de process. execut. p. 1. c. 1. n. 119. & seqq.* Stat itaque firma nostra assertio, quod creditori jus non sit, invitum debitorem ex constituto expellere, potius hic spectatur illicitum factum, ob quod jus suum amittere debet *l. 13. Quod met. caus. l. 7. C. Und. vi* quam jus constitutarii *Mev. d. l. n. 9. & 10.* quod tamen quoad effectum ingrediendi possessionem invito debitore nullum est, ne quidem ex conventionem ipsius debitoris, per quam credito-

ri

ni permitttere intendit, ut reluctantem ejicere possit, talis
 contra jus publicum est, cui privatorum conventionem
 derogari nequit *l. 38. ff. de pact.* adeo ut creditor pro- Poena occu-
 pria autoritate possessionem ex constituto invito eo, pantis rem
 qui est in possessione, occupando incidat in poe- propria au-
 nam, quæ est amissio crediti *Men. 4. D. 217.* nam ad thoritatem
 creditorem sanctionem *l. 7. C. de vi* pertinere post ali-
 os alleg. tenet *Menoch. recuper. possess. remed. 9. n. 204.*
 docent textus in *l. 11. C. de pignorat. act. l. 9. C. solut.*
matr. & frustranei sunt, qui creditorem, cui ex pacto li-
 centia ingrediendi data, exceptum volunt, quos ipse *Me-*
noch. d. l. n. 208. sequi videtur; nec juvat eos *l. 3. C. de pi-*
gnor. hæc potius contrarium infert, processus quidem
 judicarius removetur, requiritur tamen Præsidis autho-
 ritas, quod declaratur in *l. 11. C. de pignor.* & ipsi dissenti-
 entes limitant, *nisi resistat debitor Menoch. d. l. n. 208.*
 Nec creditorem juvat constitutum, ex eo enim quo con- Ampliatur 1,
 stituentem invitum propria autoritate ejicere ipsi jus
 non est, ut supra evictum, sequitur poenam legis, amissio
 sc. juris *Men. p. 4. d. D. 217.* quod adeo verum puto, ut Ampliatur 2,
 nequidem remissio poenæ & debitore ante violentiam
 commissam creditori facta quicquam ei opituletur
arg. l. 27. § 4 de pact. Continet enim pactum turpem
 causam, & expedit timere delicti poenam, ut in furto &
 injuriis loquitur JCtus. An vero poena usu adhuc re- Poena adhuc
 cepta sit quaritur? Negant quamplurimi *Coras, Gabriel.* in usu.
Perez. & alii, qui si loquuntur de moribus suorum loco-
 rum, eos admittimus, si vero leges plane abrogatas
 esse contendunt, merito secessum ab iis facimus; Non
 enim extat lex posterior derogatoria, doceatur, nec
 consuetudo quædam generalis, ea facti est & proban-
 da: Potius hanc legem in vigore suo esse docet *Fab. in*
C. Unde

C. Unde vi d. 28. adeo ut neque sexus, neque communio domini violentum possessorem à pœna eximat: sic quadrat in fœminas, minores, in eos qui propria auctoritate sententiam Judicis exequentur, & pro hac lege judicatum testatur *Brunn. ad l. 7. C. Unde vi.* Sic miles in vasor ex obtentu crediti, non est immunis *Mev. 4. D. 218.* adeo ut clam facta invasio, modo invito Domino facta, hac pœna coerceatur *Id. d. l. dec. seq.* nec sola pœnitentia ab ea liberat *Id. d. l. d. 220.*

§. IX.

<p>IV. Effectus est in remediis possessionem defendendi.</p> <p>Dantur remedia possessoria.</p> <p>Remed. recuper.</p> <p>Fab. notatur.</p>	<p>IV. Effectus est: Quod constitutario jus sit possessionem sic acceptam contra quoscunque, ut retineatur, defendendi, nec non ab iis, in quos facto vel negligentia debitoris translata est repetendi <i>Mev. 5. D. 158. n. 3.</i> nam constituens, si rem alteri tradit, privat constitutarium possessione per <i>l. Colonus ff. de vi & vi arm. & l. 3. §. 9. de acquir. poss. Tiraq. p. 1. n. 18.</i> Hinc remedia possessoria constitutario conceduntur, sic contra ipsum constituentem, si nolit rem constituere, dantur remedia adversus alios spoliatores competentia <i>Affl. D. 40. n. 14.</i> Sic si fuit spoliatus, potest intendere remedium recuperandæ possessionis, non minus ac si plenam & veram possessionem habuisset <i>Tiraq. p. 2. ampl. 11. n. 1. Affl. D. 299. n. 19.</i> nam & civiliter possidenti competit Interdictum Unde vi <i>Guid. Pap. Dec. 357.</i> Sane in eo assensum non meretur <i>Fab. l. 7. t. 7. def. 4. 12. & 13.</i> quod retenta civili possessione, naturali licet amissa, si cum hanc propria auctoritate recipere vult, ab occupatore prohibeatur, pro illa competat interdictum retinendæ possessionis, uti possidetis, ad retinendam civilem, pro hac recuperandæ, quod vi aut clam, ad repetendam naturalem</p> <p style="text-align: right;">lem</p>
---	---

lem. Nam falsum est possessionem civilem hoc casu ad-
 huc competere. Optimum sane remedium est, quod datur reme-
 constitutario concedunt Pragmatici, scil. *condictio ex l. dium ex l. f. fin. C. de acquir. poss. Menoch. recuper. poss. remed. 14. n. 3. C. de acquir. nam lex ista non tantum de servis & colonis loquitur, sed de pos. quibuslibet aliis qui alieno nomine possident. Tiraquell. d. tract. p. 1. n. 2. § 3. Menoch. d. remed. 14. n. 24. § seq. qui contra dissentientes hanc sententiam confirmant. Sane quoad theo- si accurate inspiciatur d. l. fin. fatendum utique erit cum riam negan- dum est
 Fabr. in prioribus Decadibus Chiliadis de error. pragmat. decad. 4. Err. 2. § 5. nequaquam pertinere ad creditorem, loquitur enim constitutio de Domino, verba: *Nibil penitus Domino præjudicii generetur. Item hoc sancimus ut Dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat, It. salva videlicet in hoc casu Domino rei, quod vero verba d. l. at- tinet, quisquis alius per quem licentia nobis est possidere, hæc ultra subjectum suum seu substratam materiam ex- tendenda non sunt, quæstio vero est de Domino; Imo si Fabr. credendum hæc constitutio legis nequidem Do- mino omni casu competere potest v. g. si is, cujus corpo- re possidebatur, transtulerit in alium possessionem, vel vi dejectus sit, cum his casibus non amittatur possessio per dolum & malitiam ejus cujus corpore possidebatur, sed per factum illius, qui incipit possidere, Fabr. in C. l. 7. t. 10. def. 5. n. 22. § 23. § in Error. Pragmat. Decad. 4. Err. 5. Ipse itaque eo saltem casu conductionem ex d. l. concedit, si ex doloso & malitioso detentoris facto amissa est possessio, ne inde præjudicium Domino generetur, præprimis quo- ad complementum usucapionis, cujus cursus per posses- sionis interruptionem sisti videbatur, atque de eo casu le- gem Justiniani potissimum intelligendam putat.**

§ X.

Quicquid tamen de jure sit, errores Pragmatico-Praxis intro-
 G rum duxit

rum aliud introduxerunt, & error quoque jus facit, ita enim *Fab. in alleg. def. 5. in fin.* alio jure utimur ex interpretum nostrorum receptis traditionibus ad eam Justiniani constitutionem, quantum ad hoc, ut & creditori beneficium novæ legis accommodetur: de natura itaque hujus conditionis paucis agemus.

§. XI.

actio hæc ex mente Interpretum personalis.

& quidem remedium retinendæ

dissent. Menoch.

Quod naturam hujus conditionis attinet personalem hanc actionem esse statuunt Interpretes, quia conditio est ex lege nova *ex l. ult. C. de acquir. pos.* quamvis in rem scripta dicatur. *Theff. D. 215 n. 5. in fin.* non ad condemnationem ullam adversus tertium creditorem, sed ut possessio avocetur, cum ratione ejus quodammodo debitor reputetur. *Menoch. recuper. poss. remed. 14. n. 71.* hinc mere possessoria est *Fab. supr. alleg. n. 20.* & quidem multis Pragmaticis pro remedio retinendæ possessionis *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 1.* non saltem eo casu, quo is, qui pro alio possidebat, possessionem dereliquit, & prodidit (quod facilius tolerari posset) sed & quo possessionem re ipsa alii tradidit aut ab alio vi dejectus est *Fab. d. l. n. 14.* petendo scilicet non ut immittatur, sed ut retineatur in sua quasi nunquam amissa, non aliter, ac si interdictum retinendæ possessionis institueret, hac saltem differentia, quod interdictum esset annuum, hæc vero actio perpetua *Id. n. 15.* licet dissentiat *Menoch. remed. 14. recuper. poss. n. 3. & seqq.* is enim qui rem sibi habet, fructusque ex ea possidet, non potest non dici possidere, nec facit, quod injustus sit possessor, nam possessio magis facti est quam juris *l. 1. §. si vir. ff. de acquir. pos. l. 1. §. Scævola ff. si is qui test. lib. esse juss.* jam vero absurdum est, duos eandem rem in solidum possidere posse *l. 3. §. ex contrario ff. d. acquir. pos.* nec facit, quod prior videatur adhuc civiliter possidere, amissa licet naturali possessione *Dd. ad l. 10. C. b. t.* Hactenus

nus enim verum est, quando in scio possessore quis naturalem possessionem occupavit *l. 44. §. quibus explicitis, ubi Bart. ff. de acquir. poss. l. ult. ibique Bart. C. eod.* hanc sententiam late propugnat *Fab. in priori parte HemiCbi-liadis de error. pragmat. Decad. 4. Err. 2.* præprimis si possessio tradita est & violento modo occupata, ad hos præcipue casus negat pertinere *Constit. Just. in l. ult. C. de acquir. pos.* sed dari interdicta unde vi aut quod vi aut clam, imo si detur beneficium leg. Justin. tum esse recuperandæ non retinendæ possessionis: tale enim quid non posse simul stare cum prioribus interdictis addatur idem *d. l. Err. 5.* ubi dicit si concedatur Constitutionem Justiniani pertinere ad casum, quando nullus dolus, culpa vel factum ejus intercescit cujus fidei possessionem commisimus, tamen ineptissimum esse hoc casu velle statuere possessionem non esse amissam, atque Conditionem istam non esse retinendæ: Nec enim, inquit, favorabilior existimandus est, qui per alium possidet, quam si per se ipsum possideat, imo posito possessionem non esse amissam, usum interdictorum recuperandæ sublatum esse, qui tamen sit frequentissimus, præprimis ex illo pontificio *Canone redintegranda 3. qu. 1.*

§. XII.

Sane si dicere velimus, quod res est, statuendum omnino (1) quod condictio ex ista lege finali magis sapiat *Nostre senaturam* remedii possessorii, quam petitorii, imo ipsa tentia, dicatur actio mere possessoria *Fab. l. 7. t. 10. def. 5. n. 17.* (2) quod potius videatur esse dativa quam nativa (3) quod magis referenda sit ad remedia possessionis recuperandæ quam retinendæ *Mev. 5. D. 158. n. 3. Menoch. recuper. poss. remed. 14. n. 3.*

§. XIII.

Fundamentum hujus actionis præter legem est illicita fundamen-
 in- tum actionis

interversio & translatio possessionis in alium à constituen-
te facta *Theffaur. D. 215. n. 5.* Sed quid si constituentis heres
rem alienavit, an tum constitutario detur condictio? Puto
remedium possessorium omnino competere, nam mor-
te illius, cujus corpore possidemus, non amittitur pos-
sessio, *l. 40. §. 1. ibique Bart. de acquir. poss.* hinc reme-
diis possessoriiis eam poterit tueri vel repetere.

§. XIV.

Cui detur, sc.
Constituta-
rio

ampli.

limit.

Competit hæc actio constitutario late *Fab. in C. l. 7. t. 10. def. 5.* etiam tali casu quando clausula constituti ap-
posita est obligationi pignoris, cujus executio à condi-
tione videtur dependere v. g. quando quis redditum an-
nuum emit, hac tamen conditione, ut si singulis annis
emptori pensio non solvatur, huic jus sit repetendi pecu-
niam datam, illudque venditor promittit sub hypotheca
bonorum cum clausula constituti, quem casum tractat
Fab. l. 8. t. 8. def. 14. & condictionem ex l. fin. contra tertium
possessorem concedit, non obstante quod clausula consti-
tuti non possit operari in præjudicium tertii, fallit enim
quoties dies debiti cesit, licet nondum venerit: alia lon-
ge ratio est, quando creditor cum debitore paciscitur, ut
si pecunia intra triennium non restituatur, fundus qui
cum aliis bonis simul in securitatem crediti erat oppig-
neratus, creditori sit venditus, addita clausula constituti,
hoc casu pecunia non restituta conditio ita existens non
potest operari in præjudicium tertii possessoris, ut ab eo a-
vocetur per condictionem possessio *Fab. in C. l. 8. t. 8. def. 1.*
ratio diversitatis à priori est, quod constitutum appositum
fit contractui emt. qui hic conditionalis, hinc ipsum con-
stitutum conditionale; nec existentia conditionis po-
testativæ potest retrahi in præjudicium tertii *Fab. d. l. def. 10.* in priore vero adjectum erat constitutum pignori jam
vali-

valido, & conditionis adjectæ existentia facit, non ut obligationis dies cedat, cessit enim ab initio contractus, cui per se inest, ut si non solvatur reditus, jus sit repetendi pecuniam, sed ut possit dici venisse ad effectum scilicet agendi. Sic datur porro heredi ejus *Afflict. D. 40. in annot. n. 9.* quod extra dubium est, si alienatio facta vivente constitutario, nam actio huic quæsita, facile ad heredes ejus transire potest: Sic jure cautum, remedium possessionis recuperandæ ad heredem transire *Cacher. t. 2. D. 7. n. 2.* Sed an heres, quando constituens post mortem constitutarii rem alienat, habeat condictioem ex *d. l. fin.* quaeritur? Quæstionis decisio dependet ex eo, an constitutum transeat in heredem constitutarii? Circa quod notandum, aut quaeritur an ipsa possessio transeat? an jus ad possessionem acquirendam? Prius dici non potest *l. 23. princ. & l. 30. §. 5. de acquir. poss.* nunquam enim possessio de jure civili transit in heredem, nequidem in suum, adeo ut nequidem in personam heredis conceptum constitutum transeat, *dictis textibus*, quam sententiam defendit iisdem legibus multisque aliis rationibus *Ozasus* allegatus à *Theffaur. D. 105. n. 6.* cui quoad jus civile merito subscribo, hinc non video quomodo hoc casu ipsi possit dari condictio ex *l. fin.* quæ non datur nisi quibus ablata est possessio, quam tamen heres, nunquam habuit: Aliis remediis uti debebit heres, quale remedium exhibet *Theffaur. D. 215. n. 3.* ex acutissimo *Seissel.* ut heres defuncti teneatur aut remittere possessionem, aut continuare nomine defuncti virtute constitui ab ipso facti: Quod posterius attinet, illud heredi erit concedendū, qui licuti omnium rerum hereditarium, ita & hujus rei possessionem acquirere prohibendus non est, qua semel acquisita, si postea à constituyente suscipiatur alienatio,

Successori
singulari

datur ex con-
stituto omni-
um bonorum
futurorum

nobilium

tio, habebit conditionem. Cæterum praxis judicio-
rum passim recepit, omni casu heredi conditionem
ex lege dandam esse *Theffaur. D. 105. n. 6. Fab. in C. l. 7.
t. 7. def. 39.* & illud quidem expeditum, quandoquidem
ea consuetudine, qua mortuus saisit vivum, omnia inter-
dicta & remedia possessoria, quæ defuncto competebant,
competunt heredi ejus, non secus ac si possessio ipsi here-
di hoc casu ablata. Sic datur quoque successori singulari,
quod quidem procedit, quando constitutarius jus suum
in alterum transtulit, quod tanquam singulare est, quod
pauci animadverterunt ut dicit *Theff. D. 215. in fin.* nam hoc
constitutario per aliud constitutum fieri posse statuit *Tiraq.
p. 2. ampl. 12.* Cæterum si tempore constituti non ampli-
fuit in possessione, speciali cessione opus est, sine qua remedia
possessoria non transeunt *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 24.* Sane se-
cundo constitutario, qui causam habet ab ipso constituen-
te, non competit nequidem contra tertium detentorem
Menoch. de recuper. poss. n. 40. nam constituens qui per
primum constitutum omne jus in constitutarium pri-
mum transtulit, non habet facultatem transferendi ali-
quid in secundum, qui cum nihil habuit, nihil amisit *Me-
noch. d. l. in fin.* Sed quid si secundo simul tradita sit pos-
sessio, an tum ei competat remedium leg. fin. *Neg. Menoch.
d. l. n. 41.* Illud generaliter sciendum competere hanc
conditionem, etiamsi constitutum sit super omnibus
bonis *Affl. D. 139. n. 8. Menoch. R. recuper. possess. 14. n. 27.*
sic & extenditur ad futura *Notat ad d. decis. Affl. n. 4. Theff-
saur. D. 215. n. 7.* qui hanc sententiam magis communem
ex *Tiraq.* testatur. An etiam locum habeat pro posses-
sione rei mobilis? quod affirm. vid. *Menoch. d. remed. rec.
n. 14.* Sic etiam competit in materia beneficiaria, ut ta-
men resignatio legitimo modo facta fuerit, alias contra se-

secundum resignatarium atque legitimum successorem non auditur primus hoc remedio agi volens, quem casum tractat *Menoch. recup. poss. rem. 14. n. 58.*

§. XV.

Datur contra possidentem ex alienatione fraudulenta debitoris, nec potest hic improbare possessionem illius, à quo ipse possidet v. g. rem à debitore non potuisse alienari, adeoque clausulam nullius valoris esse cum tamen ipse à reo debitore possessionem habeat *Fab. in C. l. 7. t. 7. d. 21.* Sed quid si in quartum vel quintum res fuerit alienata, an contra hunc competat? Putarem eam dari, est enim in rem scripta *Theffaur. D. 215. n. 5.* etiamsi possessor fraudis non particeps *Fab. l. 7. t. 10. def. 5. n. 2.* ad rei possessionem avocandam, non ad condemnationem adversus possessorem, *Id. d. l. n. 19.* Sic competit contra heredem constituentis, multo magis contra eum, qui jus habet cessum ab herede constituentis *Idem l. 7. t. 7. d. 38.* Sic datur contra alium creditorem posteriorem, qui & ipse occupavit bona ex constituto possessorio, & illud quidem citra metum exceptionis excussionis. Notandum tamen hoc quandoque fallere, ita ut posterior præferatur priori constitutario, neque huic contra illum ullo modo conditio competat: casum singularem habet *Fab. l. 8. t. 8. def. 18. sc. si debitor bona comparet ea lege, ut creditori posteriori exinde satisfiat; ratio est, quod non aliter debitori videri possit acquisitum dominium, si non promissis satisfactum, at vero acquisitio domini necessario constitutionem pignoris præcedere debet, nec enim res aliena pignori dari potest l. 1. §. t. t. C. si aliena res pignor. dat. jam pignore non quæsito, clausula nihil operatur, cum non possit creditor possidere pignus*

gnus

datur contra gnus antequam sit pignus ut loquitur *Fab. in f. d. l. Cæ-*
 priorem cre- rerum an & posterior creditor hypothecam cum clau-
 ditorem sula constituti habens, possit hanc conditionem mo-
 vere contra priorem creditorem eandem hypothecam
 sed sine constituto habentem & nunc possidentem, non
 obstante prioritate temporis? Egregia quæstio est, quam
 erudite tractat *Cacberan. D. 133.* Pro negativa faciunt
 (1) quod creditor anterior à posteriori, si rem posside-
 at, eam possit avocare, Erg. si possidet, potest retinere,
 nam cui damus actionem, ei multo magis danda est
 exceptio *l. 156. §. 1. ff. de R. J. (2) l. 11. In princ.* ubi potior
 dicitur qui prius accepit hypothecam (3) *l. 10. ff. de*
pignor. ubi ex duobus eandem rem pignori eo-
 dem tempore accipientibus possidentis conditio dici-
 tur esse melior, multo itaque magis nostro casu pos-
 sessoris conditio erit melior, qui simul prior est (4) facit
 huc *l. 8. ff. de dol. mal. except.* Dolo facit qui petit id
 quod restituere debet. Pro affirmativa facit, quod
 conditio hæc sit remedium possessorium, in quo de ju-
 re potiori non disputatur. Item quod creditori vi con-
 stituti competant remedia tam retinendæ quam recu-
 perandæ possessionis: hanc sententiam sequitur *Cacbe-*
ran. d. l. ubi ad contraria respondet, quod procedant,
 quando agatur hypothecaria, eo enim casu prior tem-
 pore, potior est jure, non si agatur mere possessorio,
 possidens enim debet restitui, deinde novo iudicio ab
 hoc per hypothecariam avocanda possessio. Nec facit
l. 156. §. 1. de R. J. nam non procedit in remediis possessoriiis
Menoch. recuper. poss. rem. 14. n. 16. ubi *Calvanum conf.*
29. n. 10. rejicit, qui hanc exceptionem admittit, potest et-
 iam dici quod incertum adhuc sit, an creditori prio-
 ri danda sit actio contra posteriorem in possessione
 con-

constitutum, cum ob beneficium excussionis huic com-
 petens prius discutienda sunt bona debitoris atque sic
 quoq; satisfactum legi *Dolo facit, qui petit id quod resti-*
tuere debet. Illud quæritur, an contra mulierem antero- etiam muli-
 rem sive tacitam sive expressam hypothecam habentem erem in causa
 creditor posterior agere possit? *Aff. Fab. l. 8. t. 8. def. 17. Nec* dotis.
 hoc casu potest dici, quod dolo faciat, qui petit, quod
 statim restituere debet, nam & mulieri potest opponi à
 possessore exceptio excussionis, nec hoc facit, ut dos eo
 minus salva sit, neque numeratur hoc privilegium in- limit.
 ter cætera privilegia dotis *Fab. d. l. n. 2.* Sane quæ hæc
 nus de creditore priore & muliere dicta, ita sunt intelli-
 genda, quando bona debitoris principalis nondum sunt
 discussa; hætenus enim possessori competit beneficium
 excussionis; hinc bonis discussis, aut quando ex confes-
 sione litigantium, vel notorie de inopia debitoris con-
 staret, creditor hac conditione agens audiendus non
 erit, & iniquum foret auferri anteriori creditori posses-
 sionem, quam subinde ipsi restituti oporteat *Fab. in C. l. 8.*
t. 8. def. 13, nec poterit constitutum ulterius vim suam
 extendere, nec plus operari, quam si corporaliter pos-
 sideret, ne fictio plus operetur in casu ficto, quam veri-
 tas in casu vero contra *l. 23. ff. de liber. & posthum.* nam
 possidenti amplius exceptio excussionis non prodesse
 posset, hinc in eum quadrat *l. 8. Dolo facit ff. de dol. mal. &*
met. except. & pro creditore facit *l. 156. §. 1. ff. de R. 7.* cui
 damus actionem eidem exceptionem competere manife-
 stum Tandem quæritur? an detur contra clericum? Negat datur contra
Barbos. allegatus à Menoch. de recuper. poss. remed. 14. clericum.
num. 51. inde quod nulla possit esse jurisdictio contra cle-
 ricos, E. ob defectum jurisdictionis non potest conveniri,
 inquem tamen graviter invehit *Menoch. d. l. rejecta ejus*
 H sen-

sententia, propterea quod hæc constitutio sit ad commodum ipsorum clericorum, nam possunt ea uti contra laicum: Ergo iniquum non est si quoque sit ad detrimentum *arg. tituli Quod quisque juris in alterum statuerit ut ipse eodem jure utatur.*

§. XVI.

Modus proponendi.

Circa modum proponendi hanc conditionem, observandum; quod tractanda sit, tanquam remedium possessorium, & quidem executive agendum non alio remedio *Thessaur. D. 215. num. 2.* Alias obstat exceptio excussionis, atque ita Senatum semper judicasse ipse testatur *d. l. adeo ut juxta Fabr. l. 7. t. 7. def. 12.* non sufficiat implorare beneficium clausulæ constituti, si non imploretur beneficium *l. ult. C. de acquir. poss. ff. ex eo,* quod non sit clausula quæ hoc operetur, sed lex justiniani, dicitque tolerabilius esse, implorare beneficium legis, non facta mentione clausulæ, quam clausulam omissa lege: extendunt hoc pragmatici ad casum istum, quando de possessione agitur adversus heredem debitoris ejusdemque constitutoris. *Fab. Decad. 5. Err. 2.* Putarem hanc superstitiosam subtilitatem non esse attendendam, præprimis si clausula illa salutaris fuerit adjecta, *peto mibi justitiam administrari omni meliori modo,* (cui majorem vim tribuunt Dd. quam ab ea potest expectari) atque hanc clausulam sufficere putat *Guid. Pap. cons. 109.* ut dictum beneficium censeatur esse intentatum. Sane sufficit constare ex petito generaliori actoris de actione quam intendit, & amputatæ sunt juris formulæ nuncupationi syllabarum insidiantes cunctorum actibus *L. 1. C. de formul. & impetrat. act. sublat.* Hinc *Fabro in Error. prag. Dec. 4. Err. 7.* absurdum semper visum, istam formulæ solennitatem, qua præcise bene-

beneficium legis Justinianæ imploratur, necessariam esse ipse sufficere putat, si ex verbis quocunque modo conceptis de voluntate Constitutarii in possessione per Constitutum quæsitæ, & quod hæc sine facto suo in alium transferre non potuerit, sese fundantis, constet, atque pragmaticos hoc jure fere uti docet *d. l. in. f.* - Cæterum Non concurrere non potest *Fab. l. 7. t. 7. def. rit cum hy. r. num. 12.* adeo ut ex Pragmaticis nonnulli putent, non potest esse audiendum, qui hac conditione agens petit se retineri in possessione rei obligatæ, si addat, *ad tenendam eam jure pignoris*, quod tamen ipse merito rejicit. Illud indubium est, quod ceditor petens se immitti in possessionem rei obligatæ, repelli possit exceptione discussionis, arguit enim hæc petitio actionem hypothecariam, cujus proprium est avocare alienam possessionem *l. 66. princ. de Evict.* & diversa sunt, petere se immitti in possessionem rei obligatæ, & petere restitutionem possessionis, quæ interversa, seu juxta alios, qui remedium *l. fin.* habent pro remedio retinendæ possessionis, petere se retineri in possessione rei obligatæ, illud innuit possessionem alienam, quæ nunquam fuit petentis, sed jam quæritur per actionem hypothecariam; Posterius proprium est remediis possessoriis vel recuperandæ vel retinendæ; Illud tamen singulariter notandum, quod proposita hypothecaria actor excussionis incommo- creditor mis- dum effugere possit, si missa hypothecaria ad condict. sa hypothe- *ex l. ult. C. de acquir. possess. confugiat Fab. in C. d. t. def. caria potest* 2. ante litis contestationem impune, postea refutis sum- confugere ad *condict.* tibus, nec qui rem ipsam petit, potest videri jus condi- cendæ possessionis voluisse abdicare, nam non facile quis præsumendus est eam agendi viam repudiasse, per quam facilius & tutius suum consequi possit *arg. l. 3 de cest.*

test. milit. Fab. d. l. num. 9. ubi apposite dicit: Sunt ista ex apicibus juris, quorum ignorantia non adeo puniri debet, ut litis jacturam adferat *arg. l. 29. §. quedam ff. Mand.* Cæterum quanquam hoc ita in praxi admittit Fab. maximi tamen erroris pragmaticos inculat *Decad. 4. Error. 4.* Sic fere ratiocinatur. Si hypothecaria non datur nisi contra possessorem, & actio *leg. fin. C. de acquir. poss.* non nisi possessori (utrumque enim pragmatici statuunt) sequitur, quod qui hypothecariam movit, cum actione *ex l. fin. C. de acquir. poss.* non audiendus; ratio est, quod dum hypothecariam instituit, eaque saltem non possidenti datur, censeatur possessioni renunciasse, qui vero suo facto possessione cadit, non habet remedium recuperandæ, multo minus retinendæ, & refusio expensarum non est modus legitimus recipiendi possessionem: quod si vero mota jam hypothecaria concedatur adhuc actio ex lege ultima, stante pragmaticorum sententia, quod sit retinendæ possessionis, concedendum omnino erit, & hypothecariam competere possessori contra non possidentem; hoc vero casu cum utraque actio possit cumulari, non opus erit refusioni expensarum, quippe quæ tum demum locum habet, si transitus fit ab una actione ad aliam: ut paucis dicam, ita concludit Faber: aut mota hypothecaria (stante hypothese eam dari contra possessorem) condictioni ex lege ultima non potest competere, quæ secundum pragmaticos est retinendæ possessionis, quomodo enim potest agere de retinenda possessione, qui ipse per institutam act. hypothecariam confessus est se non possidere? aut si competit conditio, admittendum est actionem hypothecariam competere possessori contra non possessorem (quod tamen erit contra pragmaticos) atque ita utraque pote-

poterit cumulari, nec opus est refusione expensarum, statuit itaque Fab. aut non competere condictioem, aut si competit, non opus esse refusione expensarum, exclamat itaque in quamcunque partem se vertant Pragmatici, quod errent. Verum faliter Fab. & errorem hunc immerito pragmaticis imputat, non enim sunt erroribus involuta quæ ab ipsis in hoc passu traduntur, demto, quod actio ex *d. l. fin.* magis sit retinendæ, quam recuperandæ possessionis remedium; & posito, quod sit retinendæ, non tamen sequitur, ut vult Faber, hypothecaria agi, quæ non possessori competit secundum hypothecarum pragmaticorum, ergo non possum agere *Condict. l. ult.* quæ pro asserenda possessione datur. 2. nec magis sequitur, si Condictio competit & actio hypothecaria datur possessori, sequitur, quod hæc duæ actiones cumulari possint, indeque actor non teneatur ad refusionem expensarum; rationes nostras si occasio feret in responsionibus adducemus. Haftenus de modo proponendi; Quod formulam pronunciandi sententiam attinet, ita refert *Fabr. in Error. prag. dec. 4. Err. 6.* quod ea fere soleat observari à iudicibus, ut pronuncient manutenendum esse creditorem in pignoris sui possessione & tamdiu eam retenturum jure pignoris & hypothecæ, quamdiu ei plene satisfactum non erit, aliter ac si hypothecaria actum esset, tum enim jubetur mitti creditor in possessionem rei obligatæ; has formulas frustra vellicat Fab. & cum idem sit talia scire & ignorare, merito ulteriori discussione superledemus.

§. XVII.

Quod limites hujus actionis attinet, eam usque ad *durat. 30. ann-* 30. annum concedunt *Afflic. late* post multos alios quos *uis* refert & sequitur *Decif. 139. Thessaur. D. 105.* qui refert quod etiam si 29. anni decurrissent, tamen remedio recuperan-

H 3

dæ

de possessionis contra tertium possessorem agi possit, nam hoc tempore præscribuntur omnes conditiones ex lege, non secus ac aliæ actiones personales §. ult. I. de perpet. & tempor. action. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann. non saltem eo casu, quò tertius aut titulum non habet, aut saltem non bonam fidem, nam hoc casu etiam contra nulla datur præscriptio, ne quidem de jure civili, sed et si b. f. posses- bonæ fidei possessor sit, qui & titulum & bonam fidem storem. habet. *Afflict. d. l. n. 5.* licet fluctuet *Menoch. remed. 14. n. 23.* propensior tamen, quod contra hunc detur quoque, cum spoliatus omni casu sit restituendus, licet aliis durum videatur ut qui hypothecariam præscripsit, possit conditione ista adhuc conveniri *Fab. in C. l. 7. t. 10. def. 5. n. 5. & seq.* propterea quod hypothecaria præscribatur 10. vel. 20. annis, quæ tanquam realis videtur difficilius tolli, secundo quod concessa conditione ad 20. annos per indirectum tollerentur vires tituli C. si adversus credit. præscript. *Menoch. remed. recuper. 14. n. 70. ex Curtio juniore, in rubrica si certum petatur n. 17.* Ipse tamen respondet, quod remedium hoc sit contra tertium qui reputetur debitor, quod in casu tituli C. si adversus credit. præscript. non est: secundo, quod non semper in nostro casu tertius sit bonæ fidei possessor. Sane quod *Fab.* absurdum putet, clausulam constituti non nisi accessorie positam, in longius tempus extendi, quam ipsam obligationem pignoris, ut eo etiam sublato, daret, ex eo quod accessorium non possit subsistere sine principali, hoc adeo inconveniens non est, nam sublata principali obligatione, hypothecam sæpe subsistere videmus, quæ & ipsa accessoria est, sicut & doctrina ejus, quam habet *loc. alleg. n. 15.* suspecta est, quod actio hypothecaria ipso jure non tollatur, sed tantum inefficax reddatur
per

per l. 1. C. si adversus credit. putat itaque creditori ipso jure competere pignus, præscriptione possessori concedente saltem exceptionem, mediante qua jus elidendum Vid. Brunnem. ad tit. C. si adversus credit. præscriptio opponatur. Illud quæritur, an & is, qui scivit possessionem suam interversam esse, jus avocandæ possessionis salvum habeat usque ad 30. annos? Affirm. Interpretes, quorum sententiam Fab. d. l. n. 29. ferre non potest, quamvis ipse hoc jure in foro nos uti largiatur, ut ita non saltem ipsi scienti possessionem esse interversam, sed & heredi ejus usque ad 30. annos non denegetur Thessaur. D. 105. n. 8. Menoch. l. alleg. n. 68. & seqq. nec facit quicquam, quod constituens moriatur, nam non eo minus ad 30. annos durat Thessaur. Dec. 215. n. 7.

§. XVIII. Cæterum cessat quandoque ista conditio (1) si post mortem constitutarii heres negligens fuit Cessat actio per decem annos, nec imploravit beneficium clausulæ I. Cal. Fab. l. 7. t. 7. d. 39. n. 13. idem obtinet in Constitutario, quando hic post mortem constituentis intra decennium jure suo usus non sit, amittitur enim possessio non tam per mortem constituentis vel constitutarii, sed per oblivionem. Ipse tamen Fab. d. l. restringit hanc sententiam ad casum, si possessio ante mortem constituentis vel constitutarii interversa non sit, hoc enim si factum & heredi conditio ex l. ult. C. de acquirenda poss. competit Thessaur. Decis. 105. n. 8. Cessat (2) si alio modo vel per alium quam debitorem constituentem tertius venit in possessionem v. g. per immisionem judicis Mev. 5. Dec. 158. Constitutio enim ista Justin. l. fin. C. de acquir. possess. pertinet ad casum, quando possessio alicui interversa est per eum, qui nomine illius possidebat, hæc nova & exorbitans Menoch. d. remed. 14. n. 10. ideo

ideo non extendenda ultra literam, nec applicanda ad aliam possessionis amissionem, quæ fit ex immisione judicis *Mev. d. l. n. 4.* sicut nec praxis Judiciorum eam illuc extendit *Id. d. l.* hinc tertius in possessione defenditur donec prioritatis quæstio discussa est *Idem d. dec n. 158.* Minus dubii habet, quod ad publicas venditiones ista constitutio non pertineat, quæ mandante Judice & ex juris necessitate fiunt *Fab. l. 7. t. 10. d. 6. n. 4.* ipse tamen sibi contrarius est *Vid. l. 8. t. 8. def. 13.* ubi creditori posteriori exconstituto dat conditionem contra alium creditorem, à judice in bona immisum, cum hic factum judicis sit factum partis, nec quicquam referat, an debitoris, an, quod hac parte idem erit, judicis facto interversa sit prior posteriori creditori possessio, non enim esse in Judicis arbitrio hujus possessionem intervertere & sententiam ipsi nocere non debere, tanquam inter alios latam *l. 47. de Re judic.* non video sane quomodo hæc conciliari possint.) Non alud probandum esse vult *Fab. d. l. n. 10.* si subhastatio facta sit non contra ipsum constituentem, sed adversus alium, qui emit ab ipso debitore possessionem creditoris sui intervertente, propterea, quod melior solebat esse conditio ejus qui non à debitore, malaque fidei possessore causam immediatam habet, sed alio mediato ut vocant authore *Menoch. remed. 15. recuperand. possess. num. 89.* quamvis hæc assertio suspecta videatur, nam actio semel nata est ex illicita interversione & vitium contractum est, quod rei inhæret, & cum actio sit in rem scripta, dabitur contra quemcunque possessorem, longe alia ratio est, quando ex decreto Judicis contra ipsum constituentem sit immissio vel subhastatio. Illud facile largimur, quod licet deficiat conditio ex lege, quanquam
Fab.

Fab. in d. def. eam videtur restringere non secus ac hypothecariam ad 10. vel 20. annos (in quo probandus non est, nam conditio ista plane non competit, cum *l. fin. C.* ad hunc casum sit inapplicabilis, hinc frustra de actionis præscriptione quæritur) creditori tamen super- datur tamen sit hypothecaria, nam licet ei possit imputari quod pu- blico programme certior redditus, de jure suo non fuerit protestatus, hætenus illud admittendum, ut jus commune creditorum sequi cogatur *Fab. d. l. n. 8.* quod possessori post 10. vel 20. annos præstat exceptionem præscriptionis & discussionis debitoris principalis, quæ remedia contra conditionem ex *l. fin.* opponi non possunt, uti in sequentibus videbimus.

§. XIX.

Cæterum, quod *Fab. d. l. n. 6.* tradit, pignus ipso jure amissum esse, in eo ipsi subscribere non possum; Nuda enim alienatio sciente debitore facta ipsi non præjudicat *l. 8. §. 15. ff. quid. mod. pign. vel bypoth.* ne quidem ea, quæ fit ad instantiam unius creditoris autoritate publica, quorsum enim opus esset fisco hoc privilegium dare, ut alienationes ab isto sub hasta factæ à creditoribus non possint impugnari *l. 8. C. de remis. pign. ibique Brunn.* si hoc jure omnes creditores uterentur; unde patet, nudam scientiam alienationis creditori non nocere, præter casus exceptos, quos habet *Brunnem. ad l. 1. C. d. t.* & de his II. obstantes loquuntur: sane si venditio publice fiat citatis creditoribus per proclama, ut contradicant aut jure cadant, alia ratio est *Mev. 2. D. 210.* item si taceant animo decipiendi, his enim casibus jure suo cadunt *Brunnem. ad l. 1. C. de remiss. pign.* quamvis priori casu ob ignorantiam detur restitutio in integrum *Mev. d. l. n. 7.*

I

§. XX.

§. XX.

Quintus effectus est in summa utilitate, quam præstat præ hypothecaria.

1. Commodum.

2.

3.

Quintus Effectus hujus clausulæ conspicuus est in eo, quod longe expeditius & pinguius remedium ex eo detur, quam si actione reali R. V. vel hypothecaria agatur, & hæc fere maxima constituti utilitas, quam creditores sibi polliceri possunt: hic (1) posterior creditor ex constituto agere potest contra priorem hypothecarium sine constituto *Cacher. t. 1. D. 153.* imo contra mulierem anteriorem ob dotem habentem *Fab. l. 8. t. 8. def. 17.* de quo in superioribus jam actum. Sic (2) ex hac clausula potest executive agi *Theffaur. D. 215. n. 2.* & remedium ex ea competens est possessorium, quo agere præ petitorio *l. 24. ff. de R. V. hypothecaria* longiorem temporis tractum requirit, tractanda judicio petitorio. Unde (3) alia sequitur eaque maxima utilitas, quod creditor ex constituto possit avocare propriam possessionem, ut moras inventarii & incommoda effugiat, neq; si forte concursus Creditorum existat, ipse teneatur expectare usque dum super prioritate & jure crediti fuit judicatum *Fab. Decad. 5. Err. 1.* Sane quod heredem attinet, ipsi non potest prodesse tempus, quod ad deliberandum vel ad conficiendum inventarium heredibus contra creditores jura concedunt, pertinet enim ad res hereditarias, inter quas illa, quæ à defuncto per constitutum in alium est translata, amplius reputari non potest. Neque ceteri creditores sub prætextu concursus constituti vires enervare possunt, nemo enim sua possessione privandus, quamdiu de jure tertii non constat; at vero privaretur creditor Constitutarius, si & ipse, re in bonis debitoris retenta, ad concursum remitteretur. Caterum hæctenus constitutarius retinebit possessionem, ut tamen, si de jure potiori aliorum creditorum constabit, rem ipsam

ipsam restituere teneatur *Fab. d. l.* Commodum itaque, quod constitutarius ex constituto sentit, in eo est, quod durante concursu rem ex bonis debitoris possit avocare, eamque possidere, usque dum de potiori jure tertii constet: sane tale quid in hypothecaria actione non datur. An vero creditore ex clausula constituti agente vocandi & audiendi sint reliqui creditores, quaeritur? hanc quaestionem movet *Fab. d. l.* & pragmaticos sentire docet, audiendos esse creditores, si velint, si vero se non offerant, heredi vel debitori jus non esse, sub tali praetextu impedire possessionis avocationem. Haec certe de jure ita se habent, & verba sunt, quae contra hanc sententiam de interesse creditorum, vel debitoris ejusve heredis *Fabr. d. l.* habet, addatur idem *in Codice l. 7. t. 7. d. 34.* ubi refert, quod, si discussionis instantia caepa sit, senatus ita observaverit, ut non audiendus sit creditor. Sed quid dicendum, an pendente concursu creditor, qui possessionem ex constituto avocavit, rem ipsam pignoris jure possit distrahere? Negant pragmatici apud *Fabr. d. l. Err. 3.* quod distractio pignoris pertineat ad causam non possessionis, sed proprietatis, adeo ut non audiendum esse velint creditorem, licet satisfactionem de idemnitate offerat. Verum hanc sententiam *Fab.* ferre non potest, quem merito sequor, tam ob adductas ab ipso rationes, quam alias. (4) Creditori hypothecaria agenti contra tertium possessorem opponi potest exceptio excussionis *Guid. Pap. D. 432.* tam fidejussorum quam debitoris principalis, *Id. cons. 109.* adeo ut clausula constituti creditori hypothecaria agenti nihil profit, quo minus exceptione non factae excussionis repelli possit. *Fab. in C. l. 7. t. 7. d. 1.* in tantum, ut si ad excludendam possessoris exceptionem creditor pristinam possessionem

2

condi-

4

condictione ex nova lege Justiniani velit condicere, au-
 diendus non sit *Id d. l. n. 10.* quod fieri non potest, quan-
 do vi clausulæ constituti possessionem suam avocet per
 condict. *ex l. ult. C. de acquir. possess. Guid. Pap. cons. 109.*
Afflict. D. 139. in annot. n. 12. Hinc istam cautelam bo-
 nam dicit *Capol. cautel. 31. n. 1.* Late de hac materia
Tiraq. p. 1. n. 54. ubi dissentientium opiniones examinat;
 addatur *Menoch. de recuper. poss. Remed. 14. n. 28. § seq.*
 ubi contraria argumenta recenset, & ad ea respondet;
 it. *Fab. de Error. pragmat. Decad. 4. Er. 3.* qui propterea Pra-
 gmaticos, quod *except. excussionis* competat, statuere tra-
 dit, quod creditor ex lege Justiniani avocans possessio-
 nem censeatur eam nec amisisse & propriam petere, non
 ergo mirum, denegari exceptionem excussionis, cum ea
 saltem detur possessori, qualis hic tertius non esset, ipse
 tamen figmentum hoc pragmaticorum esse statuit, cum
 revera possessio amissa sit, quod ipsum nos facile admit-
 timus: an vero possessori competat exceptio excusio-
 nis, ut quidem ipse in puncto juris vult obæquitatem *d. l.*
 illud non adeo indubium est. Illa quidem limitatio fa-
 cile admitti potest, quod creditor vi constituti non pos-
 sit agere contra tertium, non excusso debitore, si statu-
 to ita cautum sit, ut principalis prius excutatur, nam
 statutum ad unguem servandam, & ita intelligendum,
 ut aliquid addat iuricomuni *Tiraq. p. 1. n. 67. (5)* Agenti
 creditori *ex l. fin. C. de acquir. possess.* non potest offerre
 possessor debitum, ad declinandam actionem possessorii-
 am *Menoch. d. remed. 14. quest. 17. num. 60.* non obstante,
 quod quilibet possessor habeat jus offerendi, nam pos-
 sessionis restitutio tardari non debet *Id d. l. n. 62.* quod ta-
 men ne quidem malæ fidei possessori hypothecaria con-
 vento denegatur *l. 12. §. 1. ff. quib. mod. pign.* atque ad
 hunc

hunc casum restringenda est regula, quod quilibet possessor habeat jus offerendi, limitant tamen superius dicta, scilicet quando possessori non esset contra suum auctorem succursus, tum enim admittitur ad jus offerendi *Menoch. d. l. n. 63.* quamvis dissentiat *Negus. (6)* Hypothecaria à b. f. possess. decennio vel vicennio præscribitur, *Fab. in C. l. 7. t. 10. def. 1.* Condictio ex *l. fin. C. ad 30.* annos sese extendit (7) quod licet reconventio in omni actionum genere permilla videatur ante litem contestatam *l. 22. ff. de Jud. Dd. autb. & conseq. C. de sentent. & interlocut. omnium judic.*, tamen creditor hac conditione agens, non possit reconveniri actione personali, ob id, quod ipse vicissim debet, nec ab ipso debitore nec à tertio possessore *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 20.* rationem assignat, quod sit momentanea, ideoque reconventionis moras non admittat (8) Hypothecaria agenti indistincte potest opponi exceptio domini (ab eo scilicet qui non habet causam à debitore, alias enim non procedit *Gail. 2. O. 25.*) nam non potest pignus constitui, nisi ab eo, qui est Dominus *l. 15. §. 1. ff. de pignor. l. 1. §. t. t. C. si res alien. pignor. dat.* hinc creditori Serviana agenti incumbit probare, non quidem, ut male vult *Accurs.* propterea notatus à *Gotbofr. ad d. l. 15. §. 1. de pign. debitorem* fuisse Dominum, nam quo probato debitor publiciana agens vincit, eo probato creditor ex pignoris jure agens vincere debet *l. 18. ff. de pignor.* sed rem fuisse in bonis illius eo tempore quo pignus contrahabatur *l. 3. princ. ff. de pign. & hyp.* vel si hypotheca generalis est, rem postea ad eum pervenisse, atque ita debitorem bona fide & justo titulo possedisse. Condictio illa possessionis à Justiniano introducta non patitur exceptiones, quæ concernunt peritorium *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 11.* frustra enim

excipit de proprietate, qui non nisi de possessione convenitur, cum nihil commune habeat causa proprietatis cum possessione *l. 12. §. 1. de acquir. poss.* Sufficit itaque condicentem probare, debitorem tempore constituti possedisse.

§. XXI.

Sext. Eff. est, quod faciat cessare beneficium competentiae.

Sextus effectus est, quod faciat cessare beneficium competentiae: Sic constat, marito illud dari sive in personam, sive in rem ad res dotales mobiles vel immobiles restitutas uxor agat *Zang. de Except. p. 2. c. 20. num. 23. ubi n. 27.* dissentientes refutat, modo harum rerum possessionem à marito uxor nacta non sit, nam si redditae sint uxori, earumque possessionem maritus postea nanciscatur, hac exceptione amplius non potest juvari *l. 40. §. 1. ff. de Re Jud. ibique Dd.* rationem ex *Bart. assignat Zang. l. alleg. n. 24.* quod hoc casu maritus non conveniatur, qua maritus, sed tanquam quilibet alius extraneus; quanquam haec sententia mihi semper suspecta visa, manet enim honestas & humanitas, manet memoria & reverentia transacti matrimonii, hinc nequidem dissoluto matrimonio actio famosa datur, ut videre est ex conditione rerum amotarum, nisi forte dicere velis, beneficio indignum esse, quod propria autoritate rem arripuerit, ne possessio vitiose acquisita ipsi opituletur: Sed quid si ex voluntate mulieris eam adipiscatur? Quicquid sit, stante communi sententia, quod possessione ad uxorem translata, si rem nanciscatur, hac exceptione juvari non possit; Quæritur an clausula constituti id operetur? v. g. quando maritus dotem capiens, & promittens reddere soluto matrimonio, constituat sese in eum casum possidere nomine uxoris: sic volunt allegati apud *Tiraq. p. 1. num. 29.* quos ipse sequitur *d. l. hoc extendit num. 30.* ad donantem

rem, qui constituit se possessurum nomine donatarii, quod nec huic beneficium competentiae profit, non secus ac si re semel tradita, & casu ad ipsum reversa, conveniatur per l. 40. §. 1. ff. de re jud. Sane si donatarius ad modum rei donatae alimenta debet praestare donatori, adeo ut secus faciens à donatore per actionem revocatoriam jure suo possit privari secundum *Dn. Struv. Ex. 40. tb. 15.* non video quomodo ipsi denegari possit exceptio competentiae, nam cui damus actionem (ad alimenta scilicet) ei exceptionem quoque dandam esse manifestum est, atque hoc erit uti in effectu beneficio competentiae.

§. XXII.

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

Sept. Effect. in confirmandis donationibus.

§. XXIII.

Octavus effectus elucet in eo, quod constitutum possit apponi ad inhibendam possessoris alienationem: Nam notum est, non obstante pacto de non alienando possessorem posse rem alienare, nec tertio competere jus ad alienationem revocandam, sed saltem actionem ad interesse contra promittentem, nisi jus aliquod reale in re constituit l. 7. §. fin de distract. pign. Idem operabitur clausula constituti v. g. quando is, in quem res trans-

Octavus Eff. quod inhibeat alienationem.

translata est, constituat, formulam habet *Guid. Pap. D. 569.*
*Promittis non alienare, & si contingat te ad aliquem actum alienationis devenire, tunc res ipsa revertatur ad me, & in illum casum constituis te nomine meo possidere, tunc casu eveniente & te incipiente alienare, dominium dicit ad me reverti, imo sufficere. Si alienabis, sed si dictum fuerit, Si alienes, vel si alienaveris, non impedi alienationem, quia videtur purificari conditio demum alienatione perfecta, & dominio jam in alium translato, ut ita non possit ad me redire: subtiliora videntur, quam veriora, & puto quibuscunque verbis constitutum sit conceptum, dominium transire ad constitutarium, ratio *Guid.* pro negativa vi formulæ, *Si alienaveris, vel si alienes,* hæc est; quod ante existentiam conditionis per quam demum constitutario jus erit ad quærendum dominium, posteriori jam sit quæsitum: verum probari potest, quod antequam jus posteriori quæritur, constitutario jam sit quæsitum: Nam conditio pro constitutario existit eo momento, quo venditio perficitur, ante traditionem, hinc constitutario dominium jam quæsitum, quod ex traditione demum (nam contractibus res fiunt debitæ, traditionibus nostræ) posteriori emtori quærendum: Sed quæ ratio, quod per clausulam constituti redeat dominium? quod tamen sine ea nequidem ex conventionem, ut re alienata ad priorem Dominum redeat, transit, *Tiraq. p. 1. n. 31.* illa mihi videtur esse, quod nunquam sine traditione vera vel ficta transeat dominium, nisi lex ita singulariter disponat, in casu nudæ conventionis traditio nec vera nec ficta adest, nec lex introduxit translationem domini. Ergo non transit & per consequens bene in posteriorem transferri potest. Quod si vero clausula constituti adjecta, ex ficto traditionis modo lege approbato, trans-*

fertur

fertur dominium, quod constitutario acquisitum in tertium à detentore transferri nequit. Cæterum si ita inter venditorem & emtorem conventum, ne res alienetur, aut si alienata fuerit, sit inempta, & ex posteriori venditione contra fidem placiti tradita, non potest secundo emtori acquiri dominium; Nam non redit ad priorem venditorem, potius ob non existentem conditionem, sub qua vendita, nunquam censetur abscessisse, argumento eorum, quæ jura de legatis sub conditione, ne quid à legatario fiat, relictis disponunt: An vero idem sit quando pactum adjectum, quod si emtor alteri vendat, venditor possit habere rem pro eodem pretio, quo alteri vendetur, ut quidem vult *Guid. Pap.* qui ob tale pactum venditorem rem debere habere statuit, hoc aliis cogitandum relinquo.

§. XXIV.

Illud quæri potest, an debitor qui constituit se vel an impediatur le bona possidere nomine creditoris, alteri vendendo & dominii tradendo vere aut ficte transferat dominium aut usucapientem? ita vult *Tiraq. lim. 14. num. 10.* Dubium movet (1) quod venditor teneatur ad traditionem vacuæ possessionis, quæ non potest hoc casu vacua dici, quando creditor per ipsum tanquam debitorem suum est in possessione (2) quod non censeatur possessio data, quæ potest avocari (3) quod dominium non transferatur nisi traditione possessionis, & quidem vacuæ (4) quod quantum ad aliud constitutum, modum fictum tradendi attinet, difficilius censeari possit translata possessio, cum debitor per posterius constitutum non possit præjudicare priori constitutario, quoad interventionem possessionis *vid. c. 2. §. 1.* Verum non vacat diutius in ea inquirere, saltem illud quærimus, an constitutum

K

impe-

impediat possessionis translationem? ita volunt pragmatici, qui propterea illud remedium non recuperandæ sed retinendæ possessionis statuunt. dissent. *Fab. Decad. 4. Err. 3.* addantur & quæ superius dicta sunt hoc cap. §. II. §. XXV.

Denique notandum, effectum constituti non pertinere ad contractum nullum, qui per clausulam constituti non potest corroborari, hinc super re alienari prohibita, & maxime ecclesiastica, absque consensu superioris, aliisque solennitatibus facta non transfert possessionem *Klock. t. I. conf. 35. num. 200.* Neque exinde mandatum aliquod executorialie aut processus executivus obtineri potest *Id. d. l.*

CAPUT VI.

De Contrariis.

§. I.

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

regula generalis circa contraria prioris conditionis.

Procedimus jam ad contraria, seu quæ cum constituto non sunt compatible, ea vero sunt in duplici conditione? quædam enim repugnant constituto in fieri, ut illud dici possit nullum, alia illud in facto esse extinguunt, atque irritum efficiunt: Quæ prioris sunt generis, ea procedunt vel ex defectu potestatis à parte constituentium, vel ob inhabilitatem rei, circa quam constitutum occupatum est, vel denique ex modo, quo illud concipitur, resultant; Supervacaneum esset hæc omnia longa seire velle repetere, petenda hæc sunt ex *cap. 2. 3. & 4.* nam generaliter notandum; Quoties persona non habet jus constituendi, vel res est inhabilis, vel denique modus constituendi, non est observatus, toties constitutum est nullum; quando autem illud contingat, de eo constabit ex superioribus. Unam atque alteram quæstionem

stionem lubet adhuc movere: Illud quæritur, an ita con-
 veniri possit, ut ex simplici constituto alterutra tantum,
 vel etiam nulla possessio transeat? Affirm. utrumq; Tiraq.
 tam in simplici constituto, quam precario *p. 1. n. 5.* Sane il-
 lud adhuc posset tolerari, quod ex constituto propter
 conventionem alterutra possessio transeat, non vero utra-
 que, quod vero ita conveniri possit, ut neutra possessio
 transeat ex constituto, hoc certe non capio; quid enim
 est constitutum? Modus fictus transferendi possessio-
 nem, interveniente conventionem de re nomine alterius
 possidenda, quomodo vero cum hoc stare poterit con-
 ventio de non transferenda possessione? contradictoria
 hæc sunt, quæ per rerum naturam simul stare non pos-
 sunt, nec juvant eum textus quos allegat, *l. 4. §. 1. l. 6. §. 1. l. 15.*
§. 4. de precario nihil in illis præterquam quod, qui preca-
 rio rem habet, eam possideat, Illud constat, constitutum
 sub conditione conceptum quandoq; inutile esse, quan-
 do scil. ante existentiam ejus in alium res fuit translata,
 cum conditio non possit retrahi in præjudicium tertii,
 vid. quæ de hac materia dicta sunt. *c. 4. §. 9.* Cæterum de
 emtore sub pacto de retrovendendo, qui postea hype-
 rocham emit sine clausula constituti, quæritur, an præ-
 feratur ei, qui postea eadem hyperocha cum clausula
 constituti vendita est? Quod affirm. *Fab. l. 8. t. 8. def. 23.* nam
 posteriori constitutum prodesse non potest, cum vendi-
 tor tempore constituti non fuerit in possessione, quod ta-
 men omnino necessarium. *l. 18. ibique Dd. de acquir. poss.*

Quæst. 1.

Quæst. 2.

§. II.

Quod contraria attinet, quæ constitutum semel va-
 lidum evertunt, in ea adhuc inquirere operæ pretium, quæ tollunt
 nec enim ex superioribus de iis per omnia potest judica-
 ri. Illud jam dictum, contractu partium consensu vel

Contraria
 constitutum
 in facto esse

1. Resolutio alia ex causa annihilato, constitutum statim extinguere, contractus l. nec opus est. hoc casu retraditione, ne quidem, ut frustra negotii, cui alii volunt, ea quæ fit per constitutum: Sic hypothecæ adjectum censetur resolutum, quando hypotheca soluta est, ita ut ad acquirendam possessionem non requiratur actus retrospectivus traditionis veræ vel fictæ, nam quando principalis causa non consistit, nec ea, quæ accessionis loco sunt, subsistunt. l. 178. de R. 7. constitutum vero accessorium est *Natta Consil. 188. num. 7. late Cachéran. Dec. 35.* Videantur quæ dicta sunt c. 9. §. 4. Unde sequitur, quod jure pignoris per remissionem creditoris amisso, ipsa quoque constituti clausula extinguatur. Sed an contra remissionem pignoris creditor postea restitutus, censeatur quoque restitutus quoad clausulam constituti, seu, an ipso jure possessionem recuperare possit? elegans quæstio est, quam tractat *Fab. l. 8. t. 4. d. 4.* Ipse negat, hinc tradit actorem petere, non ut in possessione retineatur, sed ut amissa restituatur. Sane hoc extra controversiam est, nam restitutio reddit ea, quæ juris sunt, non quæ facti, qualis est possessio l. 1. §. *Scævola ff. Si is qui testam. lib. esse jussus* nec facit, quod clausula constituti plurimum juris & fictionis habeat, nam & postliminiæ fictio ut dicit *Fab. d. l. meri juris est,* nec tamen restituit possessionem interceptam. l. 12. §. 2. *de captiv. & postlim. revers. l. 19. ex quib. caus. maj.* Huc pertinet quod non observato eo, quod fuit promissum, & ex eo contractu resolutum, constitutum, precarium ceteraque resolvantur, ex eo quod constitutum recipiat omnes qualitates instrumenti, in quo adjectum. *Afflic. D. 40. in addit. n. 12.*

2. Negligentia
Constitutarii

§. III.

Ceterum negligentia constitutarii vires constituti
ener-

enervari tradunt Dd. scil. si negligat accipere realem possessionem *Tiraq. p. 3. lim. 21.* quamvis de tempore non conveniant; Sic alii illud definiunt decem annis, quos sequitur *Fab. l. 7. t. 7. def. 10.* ipse tamen sibi contrarius *d. l. def. 39. num. 13.* decennium hoc saltem ad casum mortis testatoris, exinde computandum, restringens, hinc constitutarium, licet per longius tempus quam decennii cessaverit in corporali possessione apprehendenda, non tamen propterea videri negligere naturalem possessionem; nisi idem velit *in def. 10.* intelligi de casu, quo alius in possessione reperitur, ut ita facilius ob favorem possessoris constitutum extinguatur, sicut apertius tradit *d. l. def. 22.* ubi extendit ad casum, quando ignorat possessionem ab alio esse occupatam, ut tamen semper intelligatur, nisi possessio sit interversa, tum enim competit conditio ex *l. fin. C. de acquir. possess. ad 30. annos.* Nonnulli longo tempore circumscribunt, quod tamen in idem recidit, cum longum tempus sit decem annorum *Tiraq. lim. 20. n. 13. in fin.* alii breviorum terminum ponunt, propriis si constitutarius sciat possessionem naturalem ab alio esse occupatam, & negligat etiam minori tempore 10. annis repetere *Fab. l. 7. t. 7. def. 39. in fin.* alii denique hoc totum iudicis arbitrio committunt quanta temporis negligentia requiratur ut *Affl. Dec. 40. num. 16.* Quod rationem amissæ ex negligentia possessionis attinet, hanc afferunt Dd. quod ex cursu ejus temporis præsumatur oblivio, & per oblivionem possessio amittatur, quæ non nisi animo retinetur *Fab. l. 7. t. 7. def. 22. n. 3.* Illud tamen sciendum, si conditionem aliquam vel expressam vel tacitam contractus habuit, non nisi ex die translata possessionis i. e. existentis conditionis decennium hoc computari *Fab. l. 7. t. 7. def. 10.*

§. IV.

Non tamen
Mors,

sive consti-
tuentis

sive constitu-
tarii

Quid dicendum de morte tam constituentis quam constitutarii, an per eam constitutum extinguatur? Sunt qui de morte constituentis illud affirmant (1) quod constitutum & precarium, quod apud rogantem est, extinguatur morte ejus *l. Cum precario §. 1. ff. de precar.* (2) quod constitutarius animo & corpore constituentis possideat *l. 3. §. saltus l. quod meo ff. de acquir. possess.* animus vero post mortem constituentis desinat, *l. si id quod ff. de acquir. possess.* ita ratiocinatur *Menoch recuperant possess. Rem. 14. num. 64. seq.* limitat tamen *d. l. n. 66.* quod hactenus amittat possessionem, ut tamen eam reciperet ab herede constituentis, cum actionem ad hoc contra heredem habeat: Idem dicunt alii de morte constitutarii, quia qui se alterius nomine constituit possidere, de ipsius herede non cogitat, nisi in ipsa constituti clausula heredis mentio fuerit facta. Verum verior est utroque casu contraria sententia *Fab. in. C. l. 7. t. 7. def. 39.* Et quidem expeditum est, morte constituentis possessionem non amitti, nam quæ semel quæsitæ est morte ejus, cujus corpore possidebamus, non amittitur *l. 40. §. 1. de acquir. poss.* difficilius est idem asserere de morte constitutarii, cum possessio non transeat, ne quidem in suum, nisi statuto ita singulariter dispositum est *Vid. cap. 5. §. 13.* hinc constitutum videtur extinctum. Sane quamvis omnino statuendum, possessionem non transire, tamen cum heredi jus sit ad acquirendam possessionem hactenus dici potest vim constituti etiam post mortem constitutarii superesse.

§. V.

Denique adhuc quærere lubet, si constitutarius possessionem apprehendit, deinde ea cadit, eaque ad constituentem

stituentem redit, an vi constituti constitutarius censeatur
rursus possidere? Ita quidem volunt Dd. etiamsi constitu-
tum factum sit donec constitutarius realem possessionem
apprehendisset *Tiraq. p. 2. ampl. 5. n. 1.* ipse dissentit, cum
constitutum sit ficta traditio, quæ debet exspirare adven-
tante vera; cujus sententiæ nos quoque subscribimus.

CAP. VII. & ULT.

U*Nicum affine clausulam precari exhibet, quod convenit cum* Affine consti-
tuti est preca-
quod precarium, quandoque sit fictus modus transferendi
possessionem, v. g. si debitor bona sua oppignoret addita
clausula precarii, nisi velis dicere, quod precarium non sit,
nisi titulus possessionis ut ita modus transferendi posses-
sionem, vel in vera traditione vel ficta, quæ illud ipsum no-
strum constitutum est, quærendo sit. (3) quod ex precario non
minus liceat ingredi possessionem propria autoritate
quam ex constituto. *Fab. l. 7. t. 7. def. 15. in fine* (3) quod idem sit
effectus precarii quæ clausulæ constituti ad avocandam pos-
sessionem interversam ex *l. ult. C. de acquir. poss. Fab. l. alleg. Aff.*
D 139. n. 8. hinc (5) vi clausulæ precarii avocanti possessionem
non possit opponi exceptio excusationis, (6) quod sicut mor-
tuo constitutore, ita & in precario post mortem precario ro-
gantis decennio elapso, utraque tam precario quam constitu-
to acquisita possessio censeatur amissa. *Fab. in C. l. 7. t. 7. def. 39. n.*
19. 23. (7) quod si constitutarius, ut & qui precario concessit, sci-
entes possessionem esse occupatam, sine vitio tamen (nam
quando vitiose interversa est possessio, competit condictio
ad 30. annos) remediis competentibus eam non querant, a-
misisse videantur. (8) Denique quod quæ naturæ constituti
contraria sunt, eadem fere precarium evertant, hic poterunt
repeti ea quæ capite proxime præcedenti dicta sunt. Caterum
differt precarium à constituto (1) quod ex illo tantum transe-
at civilis, ex hoc utraque possessio, (2) quod, qui debuit se ob-
ligare cum clausula constituti, non videatur satisfacisse, si con-
stituat tantum se precario possidere. (3) quod constitutum
fit

Conveniunt

differunt

fit

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

Hæc sunt quæ de subtili & diffusa constituti materia dissertatione inaugurali exhibere constitui, quæ, benevole Lector, censuræ tuæ, si ve æquus sis si ve iniquus, submittere non vereor: si improbaveris, si quidem rectius sentias, gratias potius habebō, & docentem sequar, nam si quid legibus dissentaneum à me dictum est, id nec omnino dictum esto. Tibi autem, Summe Deus, Enti uni, vero & bono pro assistentia gratiæ tuæ, quam in principio operis rogavi, devote gratias ago,

Tu me rege, ut in veritate incedam, ego si quid in me est, hoc omne nomini tuo confecro.

CUI SOLI GLORIA.