



# Bodleian Libraries

UNIVERSITY OF OXFORD

This book is part of the collection held by the Bodleian Libraries and scanned by Google, Inc. for the Google Books Library Project.

For more information see:

<http://www.bodleian.ox.ac.uk/dbooks>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 2.0 UK: England & Wales (CC BY-NC-SA 2.0) licence.



§. 1.



Ex Julia multiplex, ejusque capita, quae de judiciis agunt, sine dubio variis judicii diuisionibus occasionem praebere, quare ipsa lex, quoad hanc partem, generatim vocatur lex Julia judiciaria, interdum etiam lex Julia judiciorum, ut in *l. 2. §. 1. ff. de judic.* ipsum judicium dici solet causarum controuersarum disceptatio, & ita instantia est judicialis, unde dispescitur in instantiam citationis, quae a citatione usque ad litis contestationem currit, & judicii, quae a litis contestatione usque ad sententiam definitiuam durat. MENCCKEN in *syn. Pand. ad tit. de judiciis §. 1. ibique cit. text.* Sed Glossatores sicuti amplam jurisdictionis materiam, posthabitis antiqui-

tatibus, mediante arbore jurisdictionis, quam ex  
bet **BARTOLVS** *ad tit. de jurisdic. fol. 46.* ita quod  
doctrinam de judiciis variis difficultatibus inuol  
runt, & contaminarunt fabulis.

### §. II.

Primaria diuisio judiciorum est inter publi  
& priuata, illa quondam habebantur in foro publi  
co, & conspectu totius populi Romani, ubi & accu  
sationes & defensiones audiebantur, supposita in-  
subscriptione, iudices in specie ad hunc actum iu  
bant, **BRISSON.** *antiqu. iur. ciu. L. 2. c. 1.* Quaestio  
vero rerum criminalium processum quodammo  
dirigebat, sicut Praetor in causis ciuilibus, ita **Cicero**  
*accusatoris est crimina inferre; defensoris est dilu  
& propulsare, testium est, quae viderint vel audierint  
cere, Quaesitoris est, unumquemque horum in officio  
continere.* Sed & quasi publicum erat iudicium, v  
uti tutelae, quoad suspecti tutoris postulationem,  
quam proinde non facile admittebantur foeminae  
nisi mater, nutrix, auia, soror, aut si qua alia fuerit  
cujus Praetor perpensam pietatem intellexerit  
*§. 6. § 7. de suspect. tutor.* Etenim non quidem fiebat hoc  
iudicium quasi publicum in foro publico, sed tam  
coram Praetore, pro tribunali sedente, ubi foeminae  
post improbam illam **Carfaniam** non habebant pe  
sonam standi *l. 1. §. 5. ff. de postul.* reliqua ad iudicia pri  
uata pertinent.

### §. III.

Hoc iudicium priuatum plures admittit di  
fensiones, & interdum pro loco, pro causa, pro acti  
n

ne, pro modo tractandi, seu processu sumitur, sicuti iudicium ecclesiasticum, pro causa consistoriali, in alio foro tractari prohibita, cui opponitur iudicium seculare, ita quoque pro causa ipsa accipitur, iudicium con- & reconventionis, pro modo tractandi seu processu, iudicium ordinarium & summarium, cui moribus nostris, forte ex traditis Glossatorum, & juris Canonici, accessit iudicium summarissimum, nam interdicta Romana, supposita quaestione ultimi anni, vis, clandestinitatis & precarii, hodie ad processum ordinarium pertinent. Tandem pro actione sumitur: iudicium personale, reale & mixtum, uniuersale, generale, & singulare, nec non simplex & duplex, de quo ultimo hoc loco erit agendum, praecipue quoad peruersum eius & genuinum conceptum.

#### §. IV.

Videlicet cum haecenus nemo, quantum meminimus, hanc materiam ex professo tractauerit, mansit doctrina communis, quod iudicium duplex sit, ubi uterque actor & reus esse possit, & si ambo simul prouocent, forte dirimendum sit, quis actor vel reus esse debeat. Sed sicuti hoc ipso elegans haec doctrina non exhauritur, nec praestatur utilitas: ita ne quidem recte prouocatur ad *l. 13. § 14. ff. de iudiciis.* nam in priori textu formatur tantum quaestio, quis in hoc iudicio duplici actor intelligatur; & respondetur, eum videri actorem, qui ad iudicium prouocasset, additur vero elegans ratio: *quia par causa omnium videtur.* & haec est, quae ad nostrum

nostrum scopum, ac effectum practicum quam maxime haecenus neglectum, praepremis pertinet, posterior textus in *l. 14.* propius ad rem accedere videtur, cuius verba haec sunt: *sed cum ambo ad iudicium prouocant sorte res discerni solet.* At vero ipsa vox *solet* nullam necessitatem juris inuoluit, sed ad arbitrium & consensum partium pertinet, ob maximum praejudicium ejus, qui alias reus suo jure esse posset.

### §. V.

Equidem majus dubium suboriri posset ex *l. 62 ff. de iudiciis* quae ita se habet: *Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit, esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur.* Sed hic tantum de natura processus in genere agitur, quamuis ad iudicium duplex itidem applicari possit, nihil vero additur de *sorte*, nam hoc idem esset, ac in veritatem facti, quis haecenus possessor fuerit, per sortem inquirere vid. *l. 1. §. 2. ff. uti possid.* sine dubio igitur causa possessionis prius determinanda, neque, supposita sorte, hoc jura volunt, quod possessor commodo suae possessionis priuandus sit, sed tantum quod rite, ordinandi processus gratia, constare debeat, quis eatenus actor sit, vel reus, cum alias notorii juris, quod possessor nunquam agat, per famosum textum in *§. aequae 2. l. de action.* ubi idem tidentem supponitur, in actione negatoria hoc singulare esse quod possessor quidem actoris vices sustineat, sed

quod

## EIVSQVE GENVINO CONCEPTV. 9

quod maneat in suo loco possessio. *adde §. 4. l. de interdicitis* in quo uberius explanatur, quod hoc loco dictum volumus.

### §. VI.

Et quamvis eatenus dubia quaedam remanere possent, nos tamen non admodum tangunt, cum scopus noster sit primarius, ea altius ponderandi, quae a Doctōribus nondum satis deducta, & ad effectum practicum iudicii duplicis, ejusque genuinum conceptum aliquid adferre possunt. Nimirum in actionibus duplicibus neququam sufficit, ut ab initio processus appareat, quisnam sit actor, quis reus, sed hoc est commodum egregium, cum maximo effectu practico, ut uterque habeat parem causam, ac retineat fauorem, & jura actoris & rei, per totum processum, inde actioni duplici semper inest tacita reconuentio, ita ut actor pro lubitu, sicut alias restitutis expensis, liti & causae renunciare non possit. Enimuero ex ipsis principiis juris nostri, jam satis cognitum est atque perspectum, quod vel cuique peculiaris detur actio, ut emti, venditi, locati, conducti, & tunc vocetur utrinque directa, vel una tantum actio competat, & tunc appelletur vel directa, vel contraria, ultima ad indemnitatem quidem, ut negotiorum gestorū, pignoratitia, mandati, commodati, &c. uel demum una tantum utrique datur actio, in qua tamen uterque paria habeat jura, & haec est, quae dicitur duplex, nos vocamus utrique communem, seu reciprocam, quatenus opponitur utrinque directae, cum qua tamen in eo conuenit,

nostrum scopum, ac effectum practicum quam maxime haecenus neglectum, praeprimis pertinet, posterior textus in *l. 14.* propius ad rem accedere videtur, cujus verba haec sunt: *sed cum ambo ad iudicium prouocant sorte res discerni solet.* At vero ipsa vox *solet* nullam necessitatem juris inuoluit, sed ad arbitrium & consensum partium pertinet, ob maximum praejudicium ejus, qui alias reus suo jure esse posset.

### §. V.

Equidem majus dubium suboriri posset ex *l. 62. ff. de iudiciis* quae ita se habet: *Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit, esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur.* Sed hic tantum de natura processus in genere agitur, quamuis ad iudicium duplex itidem applicari possit, nihil vero additur de *sorte*, nam hoc idem esset, ac in veritatem facti, quis haecenus possessor fuerit, per sortem inquirere *vid. l. 1. §. 2. ff. uti possid. sine dubio* igitur causa possessionis prius determinanda, neque, supposita sorte, hoc jura volunt, quod possessor commodo suae possessionis priuandus sit, sed tantum, quod rite, ordinandi processus gratia, constare debeat, quis eatenus actor sit, vel reus, cum alias notorii juris, quod possessor nunquam agat, per famosum textum in *§. aequae 2. l. de action.* ubi idem tamen supponitur, in actione negatoria hoc singulare esse, quod possessor quidem actoris vices sustineat, sed  
quod

## EIVSQVE GENVINO CONCEPTV. 9

quod maneat in suo loco possessio. *adde §. 4. l. de interdicitis* in quo uberius explanatur, quod hoc loco dictum volumus.

### §. VI.

Et quamvis eatenus dubia quaedam remanere possent, nos tamen non admodum tangunt, cum scopus noster sit primarius, ea altius ponderandi, quae a Doctoribus nondum satis deducta, & ad effectum practicum iudicii duplicis, ejusque genuinum conceptum aliquid adferre possunt. Nimirum in actionibus duplicibus neutiquam sufficit, ut ab initio processus appareat, quisnam sit actor, quis reus, sed hoc est commodum egregium, cum maximo effectu practico, ut uterque habeat parem causam, ac retineat fauorem, & jura actoris & rei, per totum processum, inde actioni duplici semper inest tacita reconuentio, ita ut actor pro lubitu, sicut alias restitutis expensis, liti & causae renunciare non possit. Enimuero ex ipsis principiis juris nostri, jam satis cognitum est atque perspectum, quod vel cuique peculiaris detur actio, ut emti, venditi, locati, conducti, & tunc vocetur utrinque directa, vel una tantum actio competat, & tunc appelletur vel directa, vel contraria, ultima ad indemnitatem quidem, ut negotiorum gestorum, pignoratitia, mandati, commodati, &c. uel demum una tantum utrique datur actio, in qua tamen uterque paria habeat jura, & haec est, quae dicitur duplex, nos vocamus utrique communem, seu reciprocam, quatenus opponitur utrinque directae, cum qua tamen in eo conuenit,



quod non dici possit contraria, sed hanc virtualiter jam includat. Ita rem breuiter delineauit Dn. PRAESES in *Posit. pract. cap. 1. pos. 24. seqq.* & recte subtilissimus Iureconsultus B. MENCKEN in *syn. ff. ad tit. de iudiciis §. 3.* descripsit iudicium duplex, in quo singulae personae actoris & rei jus habent, non quod tantum actores & rei esse possint.

### §. VII.

Consequens est, ut ad ipsam applicationem huius doctrinae accedamus. Primum iudicium duplex est finium regundorum, *l. 10. ff. fin. regund.* ubi expresse dicitur, quod hoc iudicium sit tale, ut in eo singulae personae duplex jus habeant, agentis, & eius, quo cum agitur, petitorium vero hoc iudicium est, sed supponit aliquod jus in re *l. 4. §. 9. ff. eod.* ita ut nequidem possessio sufficiat, *l. 3. C. dict. tit.* ex quo iterum apparet, quod iudicii duplicis effectus non consistat in retinendo, vel amittendo, pendente lite, commodo possessionis, nec quod fors ex possessore faciat non possessorem, quia post rem iudicatam demum condemnatus restituit, ea quae ex alterius praedio & confusis finibus percepit. Non tamen intuitu juris in re, quod supponit actio finium regundorum, praecise requiritur dominium, sed & usufructuarius, & creditor pignoratitius agere possunt; *l. 4. §. 7. § 9. l. 12. ff. eod.* est enim actio directa & utilis.

### §. VIII.

Sicuti enim omnis utilis actio competit ex ratione legis, quae consistebat in jure in re, quod  
fine

sine dubio habet usufructuarius, & creditor pignoratitius, quamvis pignus ipsi traditum, ita directa actio desumitur ex ipsis verbis legum, & quidem in praesenti materia, formulam edicti, secundum originem ex legibus duodecim tabularum, tum ex lege Manilia, quam excepit Praetor, Dn. NOODT ad ff. *sub lit. fin. reg.* sequentem in modum exhibet: *Finium regundorum si agetur inter confines, arbitrum dabo; ut fines eius arbitrato regantur. item si quid damni datum factumue erit, siue quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id praestetur.* Primam vero profapiam ex verbis legis, quam Athenis Solon dicitur tulisse, tradit GAIUS libro quarto ad legem duodecim tabularum: *si quis sepem ad alienum praedium fixerit, infoderitque, terminumue excedito. Si maceriam: pedem relinquito. si uero domum, pedes duos. si sepulchrum, aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito. si puteum, passus latitudinem. At vero oleam aut ficum, ab alieno nouem pedes plantato. ceteras arbores ad pedes quinque.* de altitudine hic non est quaestio, constat tamen ex l. 1. §. 7. 8. 9. de arb. caed. quod ad quindecim pedes, a terra coercenda sit arbor, ne umbra vicino praedio noceat, quamvis experientia oeconomica testetur, non adeo nocere umbram, quam umbrosa cacumina arboris, ex parte septentrionali, ubi umbra non est dabilis, rationem physicam, quae alias quoque a posteriori tantum erui solet, haecenus frustra expectamus. De quinque pedibus ulterius ita disponit l. 5. C. fin. reg. *quinque pedum praescriptione submota, finalis iurgii vel loco-*

*rum libera peragatur intentio.* Quem textum truncatum quidem esse a Triboniano ostendit Dn. N O O D T, & ampliorem ex Codice Theodosiano repetit, sed tamen se non intelligere fatetur, Petrum forte BAYLARDVM secutus *vid. Gothofr. in not. ad cit. l. 5.* Interea hoc certum est, quod de istis quinque pedibus tantum dicta sit lis finalis, ultra eos lis proprietatis ALCIAT. *de quinque pedum praescriptione.*

### §. IX.

Finale iurgium dicitur forte ex eo, quod communiter uterque iurgat, & nunquam acrius, quam de confusis finibus & terminis, unde iurgium potius, quam litigium dicitur, & tam exacta est decisio juris Graecorum, de quo dictum, ut & Ebraeorum, quorum de moto termino exposituri sententiam, a Jobo exordimur: extensa ultra Abrahamidas gentilitii nominis amplitudine; atque subnixi probabilibus illorum opinionibus, qui lobum tradunt ortum ex familia Nachoris, qui Abrahami frater fuit, & vixisse illo tempore, quo Israelita servitutem Aegyptii patiebatur. lobus igitur, quod iam per rationem inter omnes constitit, suo confirmavit effato, injustum scilicet esse, vicino invito, inscioue promouere fines. Cum enim de facinorosis ei sermo esset, hoc ipsis inter alia tribuit, quod limites submoueant. *lob. XXIV, 2.* De Israelitis, qui strictius Hebraei dicuntur, docet Salomolarchius ad Deuteron. XIX, 14. amplissima lege, quae rapere alienum prohibet, contineri jam rapi-

nae

nae terminalis interdictionem. *Maimonides in tr. de rapto cap. 1. §. 1. L'Empereur ad Cod. Talm. Babakama, cap. 9. §. 1. Plenius id exprimit Maimonides in tract. de furto cap. VII. §. 2. qui alterius mouet terminum, inquit, finibusque illius ablatum quid adjicit suis, etiamsi hoc vix digiti complectatur spatium, si vim adhibet, raptor est. sin clanculum facit, fur est. Verum specialiter quoque dicta injuria prohibita fuit. Moses diuino jussu sanxit: ne moueto alterius terminum, a majoribus definitum in possessione, quam possidebis in terra, quam tibi Iehoua, Deus tuus, occupandam concedit. Deut. XIX, 14. XXVII, 17. Idem cum concreditum sibi populum edoceret, quae facinora solenniter execranda sint, termini quoque motionem commemorat: execrabilis, ait, qui alterius terminum summouerit. Praeterea dictum hoc Salomonis legitur: Ne summoue terminum, quem tui fecere majores Prouerb. XXII, 28. XXIII, 10. Hoseae denique huc spectat comparatio cap. V, 10. Sunt Iudaei principes, tanquam translatores terminorum. Sigillatim nonnulla praecipuntur. Rabbinorum alia juris obseruatio est, circa translationem finium agri Canaanaci, alia, circa agri extranei immutatos limites. Ut pupillorum in primis ager intactus relinquatur, grauiter monuit Salomo: antiquum limitem ne summoue, neue in pupillorum agrum inuade Prouerb. XXIII, 18. lepidum casum memorant doctores iudaici, quo, contra vulgi opinionem, metas in vicinum agrum proterminare illicitum sit; nempe si hujus possessor supplicium fuerit passus. Casum hunc Mosi ante oculos versatum putant, cum de termino veteri ser-*

uando scriberet legem; idque intelligi ex junctura hujus aliusque legis, quae de homicidio agit. E verba commentarii, qui Baal hatturim inscriptus est ad Deut. XIX, 14. *Cohaeret (lex) ne moueto alterius terminum, cum (lege quae praecepit) de homicida; ne dicas: quandoquidem interficere licet homicidam, ejus mouebo terminum; nam ejus bona corpore ipsius grauiora esse nequeunt.*

## §. X.

Quod ad spatii amoti restitutionem, poenamque amotionis attinet, Rabbinum primum censent, iudices, qui vim vel fraudem passos audire jurareque nolint, tantundem delinquere, ac terminorum motores. Daud Kimchius in explanando loco Hoseae V, 10. istam patris adfert expositionem: *Pater meus: sic explicuit, (locum) principes sunt tanquam translatores terminorum: implorarunt quidem ipsos cen- termini, quod vicini summouerint limites agrorum, vinearum atque domuum suarum; sed non auscultarunt implorationi. Itaque principes sunt tanquam terminorum translatores, quod in summouendo termino illos obfirmarunt* Sanctio specialis diuinam indicat poenam; *Iob. XXIV 2. Deut. XXVII, 17. Hof. V, 10.* cujus explicatio ad aliam scientiam pertinet. Damni facti compensationem humanamque poenam nullam hic video prolatam atque idcirco haec altius repetenda est. Ubi in scripturis sacris reticetur, quomodo delictum ulciscenda delinquentium malitiam sufficere non putatur, tunc iudex considerata praecipue exempli conse-

quen-

quentia, suo arbitrio reum punit. MAIMONIDES *in tract. de furt. cap. 1.* ubi pueruli furati verberatio describitur *tract. de homicida cap. 11. §. 2-5. Tr. de synedrio cap. XVI. §. 4.* ubi de contumeliae poena loquitur. Inseruit punitioni isti mulcta, societatis ecclesiasticae, civilisque interdictio, suis distincta & exaggerata gradibus, verberatio, capitis supplicium. Praecipunt porro Rabbinus de legibus prohibitionis, actum vetantibus malum, quibusque actus alius, tanquam noxae corrector, adiectus est, ut, si quis admonitus posteriorem actum omiserit, is flagellum subire cogatur. *Id. in tract. de synedrio cap. XVI. §. 4. & in tract. de Maccot cap. III.* brevis poenae descriptio exstat *Deuteron. XXXV, 2. 3. plenior in tract. talmudico, Maccot dicto.* In praesenti mulcta plerumque decernitur, quae tot argenteos, aureosue comprehendit nummos, quod oporteret ictus excipi. Propius rem tangit, quod de furti raptique poena memoratur. Furto statuerunt poenam, ut ablatum dupliciter restituatur; MAIMONIDES *in tr. de furto cap. I. §. 6.* quadruplum vero ad ovem bouemue restrictissime relatum fuit. Sed agri furator, arrosorque furax adiectione alterius partis poenali eximitur. Dixit enim MAIMONIDES: *qui servos furatur, chirographa, agrosue, non reddit duplum. Lex enim non condemnat (furem) dupli, nisi ob bona mobilia, quaeque in se opes sunt: quandoquidem (in lege Mosaica tantum) bouis, asini, ovis & vestis mentio facta est.* Rapinae poenam leuiorem fecit mosaicae sanctionis contractior interpretatio. Simplum reddi jubent, quale tempo-  
 re

uando scriberet legem; idque intelligi ex junctura  
hujus aliusque legis, quae de homicidio agit. E  
verba commentarii, qui Baal hatturim inscriptus est  
ad Deut. XIX, 14. *Cohaeret (lex) ne moueto alterius te  
minum, cum (lege quae praecepit) de homicida; ne a  
cas: quandoquidem interficere licet homicidam, ejus m  
uebo terminum; nam ejus bona corpore ipsius grauiora e  
nequeunt.*

## §. X.

Quod ad spatii amoti restitutionem, poenam  
que amotionis attinet, Rabbinum primum censent, ju  
dices, qui vim vel fraudem passos audire jurareque  
nolint, tantundem delinquere, ac terminorum mo  
tores. David Kimchius in explanando loco Ho  
seae V, 10. istam patris adfert expositionem: *Pat  
meus: sic explicuit, (locum) principes sunt tanquam  
translatores terminorum: implorarunt quidem ipsos cen  
termini, quod vicini summouerint limites agrorum, vinear  
rum atque domuum suarum; sed non auscultarunt implo  
rationi. Itaque principes sunt tanquam terminorum trans  
latores, quod in summouendo termino illos obfirmarunt.*  
Sanctio specialis diuinam indicat poenam; *Iob. XXII  
2. Deut. XXVII, 17. Hof. V, 10.* cujus explicatio ad aliam  
scientiam pertinet. Damni facti compensationem  
humanamque poenam nullam hic video prolatam  
atque idcirco haec altius repetenda est. Ubi in scri  
pturis sacris reticetur, quomodo delictum ulcisc  
debeat magistratus, vel indicata ultio ad coercen  
dam delinquentium malitiam sufficere non putatur  
tunc iudex considerata praecipue exempli conse  
quen

quentia, suo arbitrio reum punit. MAIMONIDES *in tract. de furt. cap. 1.* ubi pueruli furati verberatio describitur *tract. de homicida cap. 11. §. 2-5. Tr. de synedrio cap. XVI. §. 4.* ubi de contumeliae poena loquitur. Inseruit punitioni isti mulcta, societatis ecclesiasticae, civilisque interdictio, suis distincta & exaggerata gradibus, verberatio, capitis supplicium. Praecipiant porro Rabbini de legibus prohibitionis, actum vetantibus malum, quibusque actus alius, tanquam noxae corrector, adiectus est, ut, si quis admonitus posteriorem actum omiserit, is flagellum subire cogatur. *Id. in tract. de synedrio cap. XVI. §. 4. & in tract. de Maccot cap. III.* brevis poenae descriptio exstat *Deuteron. XXXV, 2. 3. plenior in tract. talmudico, Maccot dicto.* In praesenti mulcta plerumque decernitur, quae tot argenteos, aureosue comprehendit nummos, quod oporteret ictus excipi. Propius rem tangit, quod de furti raptique poena memoratur. Furto statuerunt poenam, ut ablatum dupliciter restituatur; MAIMONIDES *in tr. de furto cap. I. §. 6.* quadruplum vero ad ovem bouemue restrictissime relatum fuit. Sed agri furator, arrosorque furax adjectione alterius partis poenali eximitur. Dixit enim MAIMONIDES: *qui servos furatur, chirographa, agrosue, non reddit duplum. Lex enim non condemnat (furem) dupli, nisi ob bona mobilia, quaeque in se opes sunt: quandoquidem (in lege Mosaica tantum) bouis, asini, ovis & vestis mentio facta est.* Rapinae poenam leviolem fecit mosaicae sanctionis contractior interpretatio. Simplum reddi jubent, quale tempo-  
re



re ablationis fuit. Attamen ista rerum mobili  
& soli jactatur differentia, ut has, post furtum,  
potestate proprietarii manere, idque, quod melius  
in ipsis factum sit ei cedere; illarum vero subsecu-  
ta emolumenta, praestantiaeque accessiones raptis  
adjudicandas esse profiteantur. *L'Empereur ad C.*  
*Talm. Baba Kama cap. IX. §. 2. & cap. X. §. 5.* Iactato hinc  
fundamento quisque de submoti limitis poenae con-  
jecturam facere potest. Punitio maxima ex pa-  
triarum arbitrio permessa atque hic exempli pericu-  
lo poenam mensus esse videtur. Pupillorum ag-  
gessio adhibita vis frausque, specialem vindictae diuinae  
comminationem habet *Prouerb. XXIII, 10.* Qui a  
Canaanaei transfert terminum, grauius peccat  
eoque duriolem procul dubio poenam mereri con-  
sideratur, quam is, qui eandem alibi iniustitiam exercit.  
Audiamus *Salomonem Iarchium ad Deuter. XXIX, 14.*  
*non jam dictum est, ne rapito? Quid igitur sibi hoc vult*  
*moueto (terminum?) Docetur, illum, qui eruat ter-*  
*minum alterius, peccare in duo interdicta. Num potest*  
*etiam fieri extra regionem (Israeliticam?) Significat*  
*(quid respondendum sit verbis:) in possessione tua quae*  
*possidebis, & caetera. In regione Israelitica peccat (quod*  
*in duo interdicta; at extra eam (in hoc interdictum)*  
*santummodo peccat: ne rapito. ultra has poenas, nullae*  
ex iure Ebraeorum licuit reperire.

### §. XI.

Romani quidem specialia quaedam, sicuti  
ante dictum, ex iuribus Graecorum repetiere, sed  
ante legem XII. tab. ipse Numa Pompilius sac-

voluit seruari terminos; meretur locus **DIONYSII Halicarnassei lib. II. circa finem**: qui hic pro sua parte inferatur; *ut enim, inquit, unusquisque sua sorte contentus esset; nec res alienas appeteret, cavit, nempe Numa, lege de terminandis praediis lata. Quum enim iussisset, unumquemque suum agrum circumscribere, & lapides in finibus ponere, lapides illos Ioui terminali sacros esse voluit, iussitque omnes, die stato, quotannis in eum locum conuenientes, illis sacrificia facere die festo, cum primis nobili, in Deorum etiam terminalium honorem, sacratio. Romani hunc a terminis terminalia vocant, & fines, quos *ἑσπερας* appellamus, ipsi, facta unius literae mutatione, nostram linguam imitantes, terminos appellant. si quis vero sustulisset aut suo loco mouisset terminos, eum, qui tale quid patrare ausus fuerit, huic Deo sacrum esse sanxit, ut cuilibet eum impune interficere, tanquam sacrilegum liceret & purus ab eo piaculo esset. Hoc autem jus, non solum in priuatis agris constituit, sed etiam in publicis, illos quoque terminos complexus, ut etiam populo Romano agrum a vicino, & publicum cum priuato, Dei terminales discernere. Hoc usque ad nostram aetatem Romani seruant illius seculi monumentum, idque sanctitatis tantum gratia.*

## §. XII.

Sed ad usum practicum hujus iudicii duplicis potius accedamus, qui de quinque pedibus hodie nullus est, praecipue quoad agros interjectos, wenn die Morgen und Acker unter einander liegen, ubi communiter confusio vel furtum fit aratro, wenn die Nachbahren einander abpflügen, worauf im Herzogthum

thum Magdeburg vor eine jede Fuhre ein Gold-Gulden Straffe gesetzt, alibi poena sine dubio est arbitraria, & tamen vix coerceri possunt rustici vel accolae, adeo consuetum & fere quotidianum est hoc crimen extraordinarium, des schändlichen Diebstühens, paratissimum igitur remedium in agri mensura, wenn die Nachbahren mit einander messen müssen, weil die Morgen-Zahl überall bekannt; im Herzogthum Magdeburg hält der Morgen 120 Magdeburgische, oder 180 Rheinländische Ruthen, & quidem, vel metiuntur inter se, ad quod vi iudicii duplicis quilibet prouocare potest, vel adhibitis scabinis ruralibus, vulgo Land-Schöppen, qui quidem non geometrica, sed mere mechanica methodo, satis tamen accurata, utuntur, de qua deinceps. Solent quoque lapides ponere in medio utriusque sulci extremi, nam qui in medio agri positus est, non prodest, nisi quoad signum possessoris, sed quoniam, vel aratro, vel alia vi, saepius mouentur, vel tolluntur ipsi lapides, per omnia fere semestria post ultimum aratri ductum, ante sparsum semen, noua agri mensura, quia facillima, opus esse solet im Winter: und Sommer-Felde.

### §. XIII.

Confines vero, qui etiam adfines dicuntur, *in l. 12. ff. fin. reg.* apud nos proprie intelligendi non sunt, qui agros interiectos possident, sed qui praedia, vel siluam in confinio habent, illi quondam dicebantur vicini, vel vicani, unde CICERO: *Iurgare lex putat inter se vicinos non litigare.* Uterque casus  
in

in eo conuenit, quod pertineat ad iudicium duplex, sed tamen posteriori longe aliter proceditur, & maiores solennitates requiruntur, quia communiter per commissarios causa expeditur, praeprimis si termini & fines totius prouinciae concurrant, vulgo *Landes-Grängen*, ubi grauior poena statuitur in temerarios, quae ad opus publicum extendi solet, generatim hoc crimen extraordinarium vocatur de termino moto, & poena est extraordinaria quandoque grauior, vel leuior, pro diuersitate circumstantiarum; *ita constitutio Carolina art. 114. welcher bößlicher und gefährlicher Weise ein Untermarkung, Reining, Mahl oder Markt-Stein verrückt, abhauet, abthut oder verändert, der soll darumb peinlich an Leib; nach Gefährlichkeit, Größ, Gestalt und Gelegenheit der Sachen und Person nach Rath bestraffet werden.* Elegans est textus juris Saxonici, *Land-Recht lib. 2. art. 28.* ubi statuitur, quod terminorum motor parti laesae 30 solidos, ut emendam, praestare, terminosque suis sumtibus restituere debeat, iudici vero mulctam 60 solidorum soluere.

## §. XIV.

Haecenus poenalia sed civilis actio duplex sicuti non admittit contrariam, sed potius eam simul includit, ita petitum libelli formatur ad turbatos fines restituendos, & praestandum id quod interest, quo pertinent fructus, damna, & expensae *l. 4. §. 1. & 2. ff. fin. reg.* causa petendi videtur deducenda ex jure ad rem, seu illicita confusione agrorum, sed

sine dubio etiam ex jure in re, unde haec actio non tantum duplex est, sed & mixta, quod commune habet cum iudicio familiae herciscundae, & communi diuidendo. Singulae vero personae cum paria iura habeant, ob tacitam reconventionem, quae virtualiter & ipso jure inest iudiciis duplicibus, reus quoque mensuram agri actoris urgere potest, ita pronunciauit quondam Facultas juridica, in causa quadam Mansfeldensi, ubi actore modum agrorum ex literis inuestiturae, & contractu suo probaturo, ut fraus rei, aratro commissa, facilius patefieret, reus eandem agri mensuram quoad praedium actoris defiderabat, & sic deprehendebatur, utrumque plus agri, majoremque numerum possidere, ac literae significabant, quo facto cessabat actio, manente in suo loco possessione, unde simul apparet, quod difficilior hoc loco sit probatio, & ex instrumentis prioribus vix desumenda, felices enim forent, & quandoque infelices vasalli, si numero agrorum in literis inuestiturae deprehenso, esset standum; Interea affirmanti incumbit probatio, tam actori, quam reo, quoties enim reus alios fines simul asseruit, illosque declarari jure reciproco petit, ab ipso quoque exigitur eorum probatio *l. 10. ff. fin. reg. juncta l. 1. ff. de except.* addi potest elegans textus in *c. 3. X. de probat. ibi: ad quod scire debes, quod iudicium finium regundorum tale sit, ut in eo utraque persona vices duorum habeat, videlicet actoris & rei, unde hinc inde testes produci possunt, ad cognitionem iudicis instruendam: quibus examinatis, iudex, quos praecellere intellexerit, ad fidem sibi facien-*  
*dam*

*dam admittat.* additur deinceps, quod in dubio pro reo sit pronunciandum, ex quo iterum apparet, quam insipidus sit reus, si per sortem ex reo fieri velit actor.

§. XV.

Modus procedendi, in iudicio finium regundorum, communiter variis difficultatibus est obnoxius, antequam ad commissionem accedatur, quae ob ocularem inspectionem, ut plurimum requiritur, cum alias nemo, ob beneficium fori, coram commissione comparere teneatur, ipsi commissarii interdum aequae iurgant ac partes, sicut quondam arbitri, qui dabantur, ex quo iterum constat, cur veteres finale iurgium potius, quam litigium dixerint, omnia enim difficultatibus & incertis circumstantiis ut plurimum scatent. Non jam dicimus de testium examine, in quo sicut alias proceditur, sed de incertis finibus, quorum confusio est fundamentum huius iudicii, duplex igitur quaestio est, altera de signis finium & terminorum, altera de mensura, & ut omnia, cum genuino situ loci, in certam ichnographiam reducantur, prima expeditur ab ipsis commissariis, & deputatis iudicii etiam inferioris, praefertim quoad iurgia priuatorum & leuiores causas, posterior ab agrimenforibus, Signa finium sunt diversa, veluti crux in arboribus, scrobes, colles, maceriae, lapides cum ovis, seu alibi cum testibus, qui dicuntur, quando sub lapidibus maioribus inveniuntur lapides minores, vitrum, sulphur, carbones & id genus alia, prope etiam ad haec signa accedunt die

Reine, Loco crucis in arboribus interdum reperitur litera, nam hujus incisio ad arbitrum pertinet, ita quondam una cum actis, magnum arboris frustum ad Facultatem Iuridicam transmittabatur, & loco signi †, quod putabatur, reperimus literam F, cujus auctor erat Fridericus von Rammin, non poterat vero non esse signum finium, quia plures arbores, in eodem finium ductu, ita signatas commonstrabant acta. Lapidem vero in se finales facile cognoscuntur, adde quae habet, *DN. PRAESES in Pos. pract. cap. XXX. pos. X. & XI.* Ad ichnographiam vero quod attinet, vulgo *Grund Riß, Ubriß*, si ab altera parte tantum formetur & exhibeatur, frustranea est, citandi igitur sunt partes, ut vel in unum agrimensorem conveniant, vel singulae partes alium eligant, quod ipsis in hoc iudicio duplici nequitquam denegandum.

§. XVI.

Tantis ambagibus non est opus, quando agri, vel rusticorum, vel aliorum, sunt interjecti, ubi vel ipsi metiuntur, vel adhibitis scabinis ruralibus seu paganis, qui semper habent receptam & probatam decempedam, vulgo *Mess-Ruthe*. Placet nobis methodus scabinorum & rusticorum in ducatu Magdeburgico: *Sie schlagen fünf Ruthen vor, das ist, sie messen an der einen Seite fünf Ruthen in die Länge, die Ruthe ist eine abgemessene Stange, so ihre approbirte Richtigkeit hat, an dem Ort, wo die fünf Ruthen sich endigen, fangen sie an in die Breite zu messen, bis an die Furche oder dem Ort, wo sich das Stück*

Stück endiget, woselbst sie die Ruthe mit Kreide oder sonst accurat bezeichnen, weil gemeiniglich etwas übrig bleibt, und die Ruthe sonst auf des Nachbahren Stück trifft, welches doch vorjeso nicht gemessen werden soll, sodann messen sie wieder fünff Ruthen in die Länge herunter, und fangen in Messung der Breite an dem Ort oder Ende der Ruthen an, wo sie gezeichnet ist, und da sie die Breite allein nehmen, so fahren sie auf solche Weise so lange fort, biß sie 30 Ruthen aus der bloßen gemessenen Breite heraus bringen, alsdann haben sie einen Morgen, der sonst auf 180 Rheinländische Ruthen von denen Feldmessern ausgemessen wird, und auf eins heraus läuffet, weil die Aussaat gleich bleibt, nemlich auf einen Morgen anderthalb Scheffel Roggen und anderthalb Scheffel Hafer, Weizen, und Gersten aber wohl etwas mehr, nachdem der Acker stark und gut gedünget ist. ex quo apparet, quod non utantur decempeda geometrica, sed mere mechanica Land-Ruthen, nonnullis Werck-Ruthen, ad quam unam computant quinque in longitudine & unam in latitudine.

### §. XVII.

Duo demum singularia hoc loco monenda, quorum primum quam maximum praestat usum in praxi, nempe quod communio esse non possit, ubi de finibus, eorumque ruderibus quodammodo adhuc constat, sicuti fines non possunt regi, ubi de re communi res certa est, quia socii non possunt esse aduersarii, sed unius loco habentur l. 4. §. 7. ff. fin. reg.



*reg.* Est hoc quidem ex ipsa natura negotii fluit, cum finibus non sit opus, quando confines in communione manere voluerunt, ita respondit Scabinatus Halesensis in causa supremi quondam Marescalli LIBERONIS DE PRINTZEN qui communem quidem habebat siluam ingentem den gemeinen Fimer, non vaeque separatam aliquam partem die Halslaacke, quae volebat pars aduersa, ratio disparitatis erat, quia terminorum diuersis vestigiis, iisque pluribus, facta constabat, ut adeo cessaret communio, remaneret solummodo finium regundorum iudicio. Alterum singulare, quod valde spurium merito appellamus, habetur quidem in expresso textu *l. 44. §. 4. ff. de herc.* sed fide caret, verba legis haec sunt: *qui familiae erciscundae & communi diuidendo & finium regundorum agunt & actores sunt & rei; & ideo iurare debent, ne calumniae causae ad inficias ire.* Autor hujus legis Iustus Paulus Lib. 6. ad Scabinum Autor vero juris Iustinianus §. 1. *I. de poena temerandi de calumnia Iustinianus §. 1. I. de poena temerandi litig. l. 2. pr. C. de jurej. propt. cal. praest.* & ita facile apparet, quod Paulo Iusto in mentem non venerit, sed ad inserta Triboniani pertineat, quo etiam retulit WISSENBACH. in *Embl. Triboniani ad cit. text.*

### §. XVIII.

Succedit iudicium duplex familiae erciscundae, quod proficisci a lege duodecim tabularum, a GAIUS libro septimo ad edictum *l. 1. pr. ff. famil. hercisc.* & hoc quidem satis verosimile ob vocabulum obsoletum *erciscundae*, quibus vocibus scaturit ipsa l.

an

antiqua, cum ista tempestate non adeo exulta fuerit latinitas, ac tempore CICERONIS, id quod ex Plauto quoque apparet, *vid. TAVBMANNVS ad Plautum & in elegantiori libello de latinitate*, unde ad errorem communem pertinet, quod Lex duodecim tabularum, a Graecis ciuitatibus petita, ab Hermoduro exule tam infeliciter versa; Interea de genuina vocis explicatione valde ambigunt interpretes. Egregiam nauarunt operam GERARDVS IOHANNES VOSSIVS *Etymolog.* & CLAVDIVS SALMASIVS *Plinian. Exerc.* quos tamen non sequitur NOOD. *ad tit. ff. fam. hercisc.* sed potius ISIDORVM, in eo, quod erciscere idem sit ac diuidere, refertur vero hic terminus tam ad personas *l. 195. §. 2. & 4. ff. de V.S.* quam ad res, vltimum tantummodo in hac materia agnoscit Dn. NOOD., quod etiam cum ipsa praxi conuenit, at jure antiquo ad personas quam maxime pertinuisse videtur, sicuti enim teste jam Aristotele, magno illo politico, nulla ciuitas computabatur personis, sed familiis, ita idem obtinebat in urbe Roma, & solus in omnibus negotiis, quoad res mancipi, considerabatur paterfamilias, ad comitia & mancipationem veniebat solus, filiusfamilias accedens erat vox & habitus patris. Quotiescunque igitur decedebat paterfamilias, ita erciscebatur, seu diuidebatur familia, ut plures fierent patresfamilias, ex filiis qui hactenus fuerant de familia patris, & in sacris ejus, accedente forte Pontifice, qui propria sacra cuique tribuebat, in his enim consistebat omnis potestas, imo maiestas domestica, soli quoque filii familias inter se

D

diuide-

diuidebant bona, quia emancipati jam habebant sua sacra, donec mutato & inelinante rei Romanae statu, destructis familiarum juribus, Praetor daret bonorum possessionem.

§. XIX.

Sed & inter bonorum possessores, & inter eum, cui restituta est hereditas ex SCto Trebelliano, & ceteros honorarios successores locum habere actionem famil. hercisc., ait VLPIANVS in l. 24. §. 1. ff. fam. hercisc. quamvis longe alia facies hujus successionis, ac tempore legis XII. Tab. fuerit, ita ut valde abusive facta sit haec applicatio, saltem ut retinerentur quantum possibile, nomina pristinorum actionum. Desumpta vero est, sine ullo dubio, Lex XII. Tab. ex juribus Graecorum & ab omni aevo restricta admodum fuit successio filiarum & feminarum, quo etiam collimant jura Ebraeorum, ubi deficientibus masculis hereditas demum competebat filiabus, respiciebatur tamen ad jus primogeniturae, quoad hereditatem paternam tantum, non maternam, prout constat ex Gemera Babylonia & Hierosolymitana, sub titulo Baba Bathra, & ipsa Misna dict. Baba Bathra cap. VIII. Fuere quidem ex Saducaeis, quibus neptis ex filio vel filia par in successione jus habebant, sed praeualebant tamen mores recepti, unde Rabbi Huna Gemeram Babyloniā: *Si quis pronuntiaret, tametsi in Israele princeps esset, filiam cum nepte ex filio, jure hereditario succedere, audiendus non est.* ita SELDENVS de successione in bona defuncti ad leges Ebraeorum cap. VIII. de familia inter filias herciscunda. atque adeo  
jus

jus repraesentationis jure Ebraeorum generatim receptum non fuit, quamvis non fuerit incognitum, apparet quoque exinde quod judicium familiae erciscundae semper duplex fuerit, intuitu filiarum, & filiorum, quia jus primogeniturae tantum tribuebat duplicem portionem.

### §. XX.

Plenior vero effectus judicii duplicis, in hereditate diuidenda, desumendus est ex jure Romano, ita ut omnes coheredes pro actoribus, omnes pro reis habeantur *l. 2. §. 3. ff. famil. ercisc. ibi: in familiae erciscundae judicio unusquisque heredum & rei & actoris partes sustinet.* Ideo, sicut in hereditatis petitione, actor a reo petit inventarium, vel juratam specificationem, & ut rationes reddat, ac hereditatem cum omni fructu restituat, ut adeo absurdum foret, si reus ab actore idem petere vellet, sic contra quoad hereditatem diuidendam haec omnia, quilibet coheres a quolibet petere potest, saepe enim accidit, ut plus de facultatibus suis, quam in his est, sperent homines, & ita, qui partem suam consumsit, frustra prouocet ad diuisionem, & ob paria rei jura, ab hoc, ad similem juratam specificationem edendum, prouocatus, non quidem nihil obtineat, sed & restituere debeat, neque tunc a processu desistere potest, sicut actor alias, quia uti superius jam dictum, duplex judicium tacitum continet reconuentionem, quoniam vero ex tanta cumulatione, actorum pariter & reorum, ad intelligendum satis est, quantis tricis & dif-

ficultatibus inuoluti sint hujus generis processus, felix erit qui aequanimos petet & obtinebit commissarios, eadem ratione ac Praetor in iudicio familiae erciscundae non dabat iudicem, sed arbitrum *l. 43. § 57. ff. famil. ercisc.*

### §. XXI.

Porro egregius effectus iudicii duplicis se exerit, quoad impensas in res hereditarias factas, quae eadem actione repetuntur, nam contraria, quae alias regulariter competit, ad indemnitatem consequendam, huc plane non quadrat, eo enim respicere debet iudex in actione familiae erciscundae, ut utriusque communicentur commoda & incommoda, & ut damnum datum resarciatur *l. 6. §. 4. l. 19. l. 25. §. 15. § 16. ff. famil. ercisc.* culpa eatenus praestanda, vocari solet culpa levis in concreto, de qua deinceps, quando de actione pro socio dicitur, quam nos etiam duplicem esse existimamus. Sed quod diximus actionem duplicem non posse dici contrariam, sicut actionem mandati, depositi, & alias, quibus in ipsis legibus tribuitur contraria, hoc oppido apparet *ex l. 14. §. 12. ff. de religios. & sumtib. fun.* ubi clarissime statuitur, quod ad sumtus funeris a coherede repetendos non detur actio funeraria regulariter, sicut extraneo, qui funus curavit, de qua *cit. l. 14. §. 6.* sed actio familiae erciscundae, quod mirum videri posset, si in hac actione tantum de hereditate diuidenda quaestio esset, at vero nemo unquam miraretur, si dici posset actio familiae erciscundae contraria, & hoc est quod diximus, iudicium duplex inuoluere contra-

erariam, quia utrinque commune est seu reciprocum, sed quoniam elegans hic textus pro examine rigorofo jam explicatus, placet, ipsissima verba, prout publice praelecta, hic inferere.

### §. XXII.

Verba textus & elaborationis haec sunt; *Labeo ait: quoties quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda, funeraria eum agere non posse, & ideo, si familiae erciscundae agere possit, funeraria non acturum, plane, si jam familiae erciscundae iudicio actam sit, posse agi.* Ex ipsis initialibus verbis statim apparet, quis huius legis auctor sit. Vixit hic Labeo tempore Augusti, qui eum sibi conciliare studebat, sed frustra; nam ex Tacito constat, eum incorruptae libertatis virum fuisse, qui nihil ratum pensumque habebat, nisi quod iustum sanctumque esse in romanis antiquitatibus legisset, commentatus est hic Labeo in LL. XII. Tab. nec non in edicta Praetorum, multaque alia scripta videre licet in *Illustr. Dn. HEINECCI historia juris.* Ad explicationem verbalem textus ipsius me jam conuerto, in quo praecipue duae propositiones continentur, prima est, quoties alia actio de impensa funeris consequenda adest, funeraria non competit, id quod Labeo exemplo illustrat, secunda vero est, si actione familiae erciscundae jam actum, funeraria agi posse. Per funus hic intelligo, quando anima a corpore separata est, & cadauer vel omnibus, vel aliquibus, vel nullis caeremoniis & solemnitatibus

terrae mandandum, quae solemnitates secundum dignitatem & facultates defuncti aestimandae, secundum has circumstantias expensae funeris etiam sunt faciendae. Expensae vero dicuntur sine quibus funus honeste duci nequit *per l. 37. pr. l. 12. §. 5. l. §. 3. de religios. & sumt. fun.* quo pertinent sumptus qui impenduntur in auerendis cadaueribus ad pulchra auita, his etiam annumerandi vestes lugubres, conciones funerales, & alii, nisi in defectu vel in excessu peccatum, alias repeti nequeunt quamuis ipse defunctus maiores sumptus in fune ducendum mandauerit. Hi sumptus per actionem funerariam repetuntur, quae actio personalis est & datur ei, qui sumptus in funus alienum fecit eique heredi, contra eos, quibus funerandi incumbit officium, eorumque heredes, ad sumptus illos per defuncti facultatibus & dignitate factos, restituendos. Datur tamen haec actio tantum in subsidium si alia actio non adest. Nam si ex mandato heredis, vel alius, cui incumbit officium funerandi mandatarius sumptus fecerit, actione mandati contraria experiri potest, contra mandantem. Sed in textu dato, Labeo aliud exemplum adducit, vbi quis iudicio familiae erciscundae restitutionem expensarum petere potest. Vox erciscundae ex legibus XII. Tab. desumpta, & veteribus erectum est quasi coercitum, i. e. integrum, indiuisum, citius vero diuisum, ergo familiam erectam ciere, id est est ac hereditatem integram & indiuisam diuide

*Illustr. Dn. HEINECCIUS in Ant. Lib. III. Tit. XXVII*

s. V

§ VII. Est itaque iudicium familiae erciscundae, actio personalis, mixta, duplex, quo inter se agunt coheredes, ad diuidendam communem hereditatem, praestandumque, sibi inuicem quod interest. Ergo petens restitutionem expensarum debet esse coheres, & quamuis hic hereditati renunciauerit, restitutionem tamen damni per hoc iudicium petere potest. Si enim daretur huius iudicii actio contraria, nemo dubitauerit, ei competere hanc actionem, ad indemnitatem impensarum consequendam. Cum vero contraria huic iudicio virtualiter insit, merito ipsi competit haec actio. Secunda huius legis propositio est: si familiae erciscundae iudicio actum, agi posse, scilicet funeraria. Sensus hic videtur obscurus, sed cessabit obscuritas, si supponamus, quod semel tantum competat actio familiae erciscundae, praeterea actio funeraria est subsidiaria, quae non nisi aliis remediis ordinariis deficientibus vel non sufficientibus competit, ita actor funerariam adhuc instituere potest, si forte actio ordinaria exceptionibus elisa. Restat casum formare, qui sequens esse potest: Pater mortuus reliquit tres filios, quorum unus rite & iuste exheredatus, ex legato tamen pauca quaedam accepit. Cum vero reliqui duo apud exteros vitam degant, hic exheredatus sumtus in funus fecit, patrem sepeliendum curauit, redeuntibus post aliquod tempus fratribus, inspectisque tabulis, hi heredes scripti inueniuntur, exheredato illo, qui impensas in funus fecit. Quenam nunc actio ab exheredato contra fratres here-



heredes instituenda? & puto funerariam. Nam si  
 alius exheredatus habetur mortuus *l. 10. §. 4. ff. de bon. pos.  
 cont. lab.* multo magis pro extraneo habendus, tanquam  
 legatarius ipsi etiam non competit iudicium in  
 familiae erciscundae, quoniam legatarius non est  
 coheres. Sed cum jura fingant, funerantem quae  
 contrahere cum defuncto, dum, eum sepeliendo  
 negotia ejus gerit, hinc negotiorum gestionis con-  
 traria contra heredes instituere potest, qui facti  
 defuncti praestare tenentur, id quod quidem non  
 nego, quia funeraria actio cum negotiorum ges-  
 tione coincidit, cum vero major aequitas in illa  
 quam in hac observanda, juraque speciale nomen  
 actionis, sumtus funeris consequendi, dederunt  
 meliori ratione funeraria actione uti, quam ex ne-  
 gotiorum gestione restitutionem expensarum petere  
 potest. Ceterum est hac *l. 14. §. 12. ff. de religios. &  
 sumt. funer.* sat clare apparet, actionem funerariam  
 dari tantum in subsidium.

### §. XXIII.

Alius effectus huius actionis duplicis consistit  
 in eo, ut quilibet coheres ad divisionem provocare  
 possit, inuitis reliquis *l. 43. ff. famil. ercisc.* & quan-  
 vis concurrant minores, quorum intuitu, divisio et  
 species alienationis, absque decreto alias prohibita,  
 attamen quando major ad divisionem provocat  
 illa alienatio intuitu minorum est necessaria, ita  
 decreto non sit opus *l. 17. C. de praed. & al. reb. mi.*  
 Modus diuidendi communiter ad sortem pertinet  
 quia regula: major diuidit, minor eligit, non ubi  
 qu

que recepta, neque ad nos pertinet dispositio juris in *l. 6. §. 1. ff. de usufruct.* vt a iudice constituatur usufructus, si res commode diuidi nequeat, & ita alteri assignetur proprietas, alteri usufructus, quo etiam collimet DONELL *Lib. 10. cap. 6.* sed rectius recurritur ad subhastationem inuoluntario, ad indagandum verum pretium, ex hac enim licitator jus quaesitum non habet, si coheres aliquis pro eodem pretio rem retinere malit, restitutis tamen licitatori expensis, communiter quoad hanc solam licitationem exiguis.

#### §. XXIV.

Neutiquam vero ad iudicium duplex quadrare potest hereditas controuersa, sed quoties jus hereditatis alteri disputatur & negetur, toties hereditatis petitio obtinet, & communiter quidem pro parte *l. 1. §. 2. ff. si pars hered. petat. l. 15. ff. de except. rei judic.* quamuis enim in *l. 37. ff. famil. ercisc.* dicatur, *qui familiae herciscundae iudicio agit, non confitetur, aduersarium sibi esse coheredem.* Rectius tamen, sicut in nonnullis editionibus, factum, expungenda est particula negans, quod & fecerunt Graeci in *Basilicis lib. 42. tit. 3.* quamuis retinuerit CUIACIUS *lib. 9. obseru. cap. 36.* & HOTOMANNVS *lib. 5. obs. cap. 5.* quos recte notauit NOODT *ad tit. ff. famil. hercisc.* cum quo tamen non conuenimus, in eo, quod actor, cui jus hereditarium negatur, prius debeat hereditatis petitionem instituere, & deinceps actionem familiae erciscundae, ad quid enim hic circuitus? cum actor in familiae erciscundae iudicio, fundamen-

tum suae intentionis negatum, sicuti quilibet alius probare teneatur. Interea ex natura iudicii duplicis fuit, quod quando actor reo negat & disputat iura coheredis, sibi ipsi aduersaretur familiae erciscundae iudicio, quia non tantum paria iura reo concederet, sed & ipse partes rei subiret vna, quod in hereditatis petitione non est opus. Porro ad iudicium familiae erciscundae non pertinent seruitutes ubi tamen acumine destituitur PAVLVVS in l. 19. §. f. ff. de hered. petit. ibi: *seruitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego didici.* Nam seruitus non debetur personae, sed praedio, quo, per actionem hereditatis petitoriam, vel familiae erciscundae, obtento, actio confessoria ad seruitutem habendam competit, sane hac regula, quod seruitus non debeat personae, multae difficultates & tricae tolli possunt, quae alias pro inextricabilibus habentur, adeo ut quondam ipse Papa miratus sit, quod Molinus, tantus haereticus, tanta a Deo potuerit esse praeditus sapientia, ut istam materiam de jure rerum indiuiduarum explicare praesumerit. Denique ad iudicium familiae erciscundae non pertinent nomina & actiones, quia ipso jure jam sunt diuisae, quod tamen ex Lege XII. Tab. repetere, aut suspectum est, aut haec doctrina jure digestorum maximis ambiguitatibus obuoluta, alias tanta cura Imperatoris non fuisset opus in *l. un. C. ut actiones ab heredibus & contra heredes incipiant vid. Dn. PRAESIDIS Praelectiones ad dict. tit. C.*

§. XXV.

Tandem ab hoc iudicium duplex non quadrat

drat receptio vel asseruatio instrumentorum, & directio causarum ad fideicommissa familiae pertinentium, prior enim illi competit, qui majori ex parte heres est, vel ad majoris partis consensum, aut sortem respicitur, ceteri descriptum & recognitum faciant, valgo vidimirte Copei, posterior vero, una cum asseruatione instrumentorum, ad seniores familiae pertinet, qui omnino, in istiusmodi causis, ingenti gaudent praerogatiua, ita respondit Facultas Iuridic. in causa Illustr. Dnn. Comitum Imperii de FUGGER. Ferner quoad 6) & 7) der pupill hierunter im mindesten nicht laediret ist, anerwogen ihm gleich viel seyn kan, quis administret, dummodo bene administretur, und wenn derselbige Schaden durch diesen Proceß hat, solches nicht den Herrn Senioribus, qui jure suo utuntur, sondern dem verstorbenen Graf Rupert Fugger, welcher durch sein Testament Anlaß dazu gegeben, und dem Herrn Grafen von Muggenthal, welcher demselben, sine assistentia juris, inhereret, oder solches, da es nur de allodialibus, & bonis praeter fideicommissum, zu verstehen, perperam interpretiret, beyzumessen hat, alermassen mehr besagter transact, er werde auch genommen, wie er wolle, doch lediglich und priuative die administration der familiae Fuggerianae vindiciret, in verbis:

und hingegen dieselbe lediglich der Gräfl. Fuggerischen Familiae &c.

in welchen Fällen die Seniores jederzeit die Familiae repraesentiren, deren jura observiren, und vor allen andern davor sprechen müssen, da sonst nicht abzuse-

hen, was ihre in omni jure gegründete praerogative für einen effect habe.

Dn. BÖHMER. in Consult. p. 2. conf. 44. n. 4.

TIRAQV. de jure primogenit. in praef. n. 79.

HARPR. Resp. 60. n. 866.

& regulariter aetatis praerogatiua est fundamentum in bonis majoratus.

ROCCA sel. jur. disp. I. 1. c. 4. n. 1. seqq.

unde ipsa vox senioris est notio honoris & proaerodiae in jure feudali, & ipse dominus, seu feudum dans, vocatur senior, ne ab his dominis ulla alienatio juniorum admittatur.

1 Feud. 17. & 18. §. si aliquis, ibi: quia beneficium senioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.

nam habente latinitate pro domino, vel potestatem gerente seniozem dixerunt

EYBEN Elect. jur. feud. c. 8. §. 6.

CONF. du FRESNE in Glossar. sub voce senior.

ibique cit. GREGOR. TVRON. Annal. Francor. Bertin. Annal. Francor. Fuldens. &c.

ex quo etiam Gallorum Italorumque seigneur & signore ortum traxit

HORN. jurispr. feud. c. 5. §. 1. EYBEN cit. loc.

**Soldkennach** der Herr Graf von Muggenthal die juratertii, nemlich der Seniorum, weder vor sich allegiren noch auff die fideicommiss Erben in genere ziehen kan

### §. XXVI.

Restat iudicium duplex communi diuidendo, quod quidem ad iudicia uniuersalia & hereditates amplius

plius non, sed ad singularia pertinet *l. 4. pr. ff. comm. diuid.* sed tamen competit, quando post diuisionem hereditatis, quaedam res hereditariae manserunt indiuisae, *l. 20. §. 4. ff. famit. ercisc.* amplius enim quam semel familiae erciscundae iudicium agi non potest, nisi causa cognita, cujus rationem reddit Gothofredus, quod arbitrum jam dederit Praetor, sed quod addit *VLPIANVS cit. l. 20. de causae cognitione*, hoc minus congrue applicat Gothofredus *ad l. 35. ff. de pact.* ibi enim de pecunia quadam a fratre surrepta, quaestio est, nec dicitur, quod actioni familiae erciscundae opposita sit exceptio pacti conuenti, & replica doli. De cetero quoad hoc iudicium communi diuidendo breuiiores esse possumus, quia praeter obiectum actionis, reliqua conueniunt cum actione familiae erciscundae, arbiter enim dabatur utroque casu, & iudicium communi diuidendo aequae est duplex, ideo non datur contraria, sed inest, ac damna & expensae eadem actione petuntur & resarciuntur. Credimus etiam, amplius una vice, iudicium communi diuidendo institui non potuisse, quando arbiter dabatur, hujus enim sententia semper ad boni viri arbitrium reduci poterat. Haecenus de iudiciis duplicibus, quae communiter agnouerunt, antequam vero demonstremus, actionem pro socio aequae huc pertinere, quaedam de culpa leui in concreto dixisse iuuabit, quoniam ad iudicia familiae erciscundae, & communi diuidendo, pariter referri debet.

hen, was ihre in omni jure gegründete praerogatio für einen effect habe.

Dn. BÖHMER. in Consult. p. 2. conf. 44. n. 4.

TIRAQV. de jure primogenit. in praef. n. 79.

HARPR. Resp. 60. n. 866.

& regulariter aetatis praerogatiua est fundamentum in bonis majoratus.

ROCCA sel. jur. disp. I. 1. c. 4. n. 1. seqq.

unde ipsa vox senioris est notio honoris & proaerodiae in jure feudali, & ipse dominus, seu feudum dans, vocatur senior, ne ab his dominis ulla alienatio juniorum admittatur.

1 Feud. 17. & 18. §. si aliquis, ibi: quia beneficium senioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.

nam labente latinitate pro domino, vel potestatem gerente seniore dixerunt

EYBEN Elect. jur. feud. c. 8. §. 6.

conf. du FRESNE in Glossar. sub voce senior.

ibique cit. GREGOR. TVRON. Annal. Francor. Bertin. Annal. Francor. Fuldens. &c.

ex quo etiam Gallorum Italorumque seigneur & signore ortum traxit

HORN. jurispr. feud. c. 5. §. 1. EYBEN cit. loc.

Solchemnach der Herr Graf von Muggenthal die jura tertii, nemlich der Seniorum, weder vor sich allegiren, noch auff die fideicommiss Erben in genere ziehen kan.

### §. XXVI.

Restat iudicium duplex communi diuidendo, quod quidem ad iudicia uniuersalia & hereditates amplius

plius non, sed ad singularia pertinet *l. 4. pr. ff. comm. diuid.* sed tamen competit, quando post diuisionem hereditatis, quaedam res hereditariae manserunt indiuisae, *l. 20. §. 4. ff. famit. ercisc.* amplius enim quam semel familiae erciscundae iudicium agi non potest, nisi causa cognita, cuius rationem reddit Gothofredus, quod arbitrum jam dederit Praetor, sed quod addit *VLPIANVS cit. l. 20. de causae cognitione*, hoc minus congrue applicat Gothofredus *ad l. 35. ff. de pact.* ibi enim de pecunia quadam a fratre surrepta, quaestio est, nec dicitur, quod actioni familiae erciscundae opposita sit exceptio pacti conuenti, & replica doli. De cetero quoad hoc iudicium communi diuidendo breuiiores esse possumus, quia praeter obiectum actionis, reliqua conueniunt cum actione familiae erciscundae, arbiter enim dabatur utroque casu, & iudicium communi diuidendo aequae est duplex, ideo non datur contraria, sed inest, ac damna & expensae eadem actione petuntur & resarciuntur. Credimus etiam, amplius una vice, iudicium communi diuidendo institui non potuisse, quando arbiter dabatur, huius enim sententia semper ad boni viri arbitrium reduci poterat. Haecenus de iudiciis duplicibus, quae communiter agnouerunt, antequam vero demonstramus, actionem pro socio aequae huc pertinere, quaedam de culpa leui in concreto dixisse iuuabit, quoniam ad iudicia familiae erciscundae, & communi diuidendo, pariter referri debet.



## §. XXVII.

Quam mirum in modum fluctent Icti, in tradenda doctrina de culparum praestatione, adeo satis constat, ut tot fere regulae formentur nouae, quot noua compendia juris; Alii retinent consuetas & vulgo receptas regulas, de solius dantis, vel solius accipientis, vel utriusque utilitate, alii nouas substituunt, alii textus & verba legum sequuntur, qui posthabita utplurimum analogia juris, ex ipsis legum vocibus eruere conantur, quid v. g. contineatur sub vocabulo *custodiae*, annon singularis, seu culpa leuissima, hanc nonnulli volunt, atque ab exactissimo patrefamilias euitatur, quem tamen describunt tanquam pessimum hominem, tanquam auarum, & qui neminem nisi morte, exhilarat B. LVDOVICI in doctrina ff. ad tit. Commodati & contra §. 18, & nihilominus quandoque haec culpa praestanda, quibus non immorabimur; saltem de culpa leui in concreto notandus est conceptus vulgaris, qui perperam deducitur ex §. 9. l. de societate quem textum VINNIUS & alii recte explicant de culpa leui in genere, quamuis enim ibi dicatur, quod sibi imputare debeat, qui minus diligentem socium sibi elegerit, quod idem dicendum foret, de eo, qui sibi imputare debet, quod in communione, cum minus diligente, permanferit, & ad diuisionem non prouocauerit, cum semper liceat, attamen in dicto textu non adstruitur, quod negligens beneficio dignus sit, quia non est admodum diligens & curiosus, haec duo enim sibi perpetuo opponenda sunt, non confundenda,

meri-

merito igitur retinemus regulas, quas Dn. PRAESES in doctrinis suis tradere solet, & ad tres reduci possunt. Prima est: IN REBUS ALIENIS CVSTODIENDIS VNA TANTVM CVLPA PRAESTATVR NEMPE LEVIS, QVAE TAMEN INFINITOS HABET GRADVS, SECVNDVM CVIVS-QUE REI MODVM, ET LOCVM, HIC VERO NON DATVR CVLPA LEVIS IN CONCRETO & huc pertinet vulgatum illud, *Eine jede Sache an ihren gehörigen Ort*, ita recte addit B. LVDOVICI *cit. loc. §. 15.* quod punctum in moralibus latitudinem aliquam habeat, hoc est, quod non possit certo figi, sicut punctum mathematicum. Secunda regula esse potest: IN REBUS ALIENIS GERENDIS SEV ADMINISTRANDIS NON LICET ALIQVIB AVDERE, VVLGO HAZARDITEN. SED HIC DATVR CVLPA LEVIS IN CONCRETO, SALVA NIMIRVM analogia juris, id est, quoad gestiones legibus non reprobatas, vel plane prohibitas. Sic nemini est interdictum, ut pecuniam alicui credat, ad solum cambium, potius inter mercatores hoc receptissimum, sibi igitur imputare debet, qui cum mercatore in hereditate communi, vel alia communione mansit, cum alii, cautiores, non credant nisi ad pignora & hypothecas, praeprimis judiciales, renunciante jurato uxore, &c. Ita condemnauit Facult. Iurid. fratrem, qui sororis inexper- tis pecunias crediderat praefecto cuidam, cum magno periculo, extra casum communionis, reformando sententias priores, quarum auctores exinde seducti erant, quod frater etiam sortem suam perdiderit, culpa levis in concreto enim ad causam communem tantum pertinet, verba haec erant: *Udiemell aber der von N. seiner*

seiner Frau Schwester Gelder, an 10000. Thaler, so er unterzubringen übernommen, dem Amtmann N. auf ein Gut geborget, worauf bereits 60000. Thaler Hypothecken gehaffet, und in drey Jahren keine Zinsen mehr bezahlet worden, welchen grossen Hazard er zwar seiner eigenen Gelder wegen übernehmen können. *Tertia regula, quae ex priori quodammodo fluit, genuinum conceptum culpa leuissimae format, & haec esse poterit. CULPA LEVISSIMA IN EFFECTU NIHIL EST, NISI RECEPTIO CASVS ET PERICVLI, QUOTIES ALIVS ADEST MELIVS GESTVRVS.* & ita omnes casus in praxi obuenienter rite comprehendi possunt, quo pertinet factum nociuum ejus, qui artem proficitur, qui tenorem mandati excedit, & sic de ceteris.

### §. XXVIII.

Consequens est, ut nunc etiam demonstramus, quod actio pro socio sit duplex, id quod ex antecedentibus non adeo erit difficile, nam una tantum actio est, & tamen duae personae, qui de mutuis praestationibus sibi tenentur, nec vocatur in legibus actio pro socio vel contra, sicuti mandati vel contra, depositi vel contra, sed potius ad omnes praestationes personales, ut & ad communicanda & conferenda, quae communicari & conferri utrique debent, una eademque competit actio pro socio *l. 43. l. 73. § 74. ff. pro socio* adeoque non potest esse reciproca, seu utrisque communis, & haec est, quae in legibus vocatur duplex, unde actione hac pro socio quoque repetuntur expensae in societatem

tem facta *B. LVDOVICI in doct. ff. ad tit. pro soc. §. ii.* nec obstat, quod interdum vocetur utrinque directa, qualem etiam appellant Lauterbach, Mencken, & alii. Nam omnis actio duplex est semper directa, quia non admittit contrariam, non vero omnis actio utrinque directa est duplex, quia in illa quilibet separatam habet actionem, & quidem diuersam, unde omnium optima est interpretatio *in §. 2. l. de poen. tem. litigant.* ubi actio pro socio ideo dicitur ab utraque parte directa, quia contrariae opponitur, praesertim quoad enormem effectum infamiae, quam alias non admittit actio contraria; Interea solo consensu initur societas, unde non extenditur ad alia negotia, quae non sunt in conventionem deducta, veluti si coita societas argentaria, sagaria, lintearia, *l. 52. §. 5. ff. pro l. 5. §. 1. ff. de tribut. act.* quod ex alia negotiatione habet socius, huc non pertinet, nec conferendum est, sed quamuis solo consensu coëatur societas, attamen ad consummationem contractus requiritur traditio *LVDOVICI ad tit. ff. pro socio §. 5.* Quod ut rite capiatur, diuersi casus separandi sunt, aut enim quaeritur, an, qui nondum tradidit adhuc tradere teneatur, & respondetur quod sic, idem enim est in emtione venditione, quae solo quoque consensu perficitur, aut quaeritur, an is, qui ex lege societatis jam tradidit, indemnus sit praestandus a socio, quamuis hic nondum tradiderit, & respondetur iterum quod sic, aut vero quaestio eo recidit, an is, qui rem nondum tradidit, si haec ante traditionem, intereat, indemnisationem a socio petere possit, & respondetur quod non, quia damnum superueniens tantum communicatur.

## §. XXIX.

Diximus actionem pro socio non esse contrariam, quia impensae eadem actione repetuntur, sed quia adducta auctoritas Ludouiciana non sufficit, ex claris textibus hoc demonstrandum erit his, quibus natura negotii, & analogia juris non solet sufficere; euoluatur igitur *l. 52. §. 10. ff. pro socio* ubi sat elegans textus, sed clarius in §. 12. ipsa regula traditur. *Item si in communem riuum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recuperandum sumptum, Cassius scripsit*, quo etiam refert §. 15. viatica, & meritoriorum, & stabulorum, jumentorum, carrulorum vecturas. Has vero impensas repetere quoque potest, qui rem non tradidit, sed operas ex lege & contractu societatis tantum praestitit, cum saepe pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest *l. 5. §. 1. ff. pro socio*. Imo vero hic pauperior ita coire potest, ut damni partem non sentiat, quamuis lucrum ipsi sit commune, si scilicet solus nauiget, solus peregrinitur, pericula subeat solus *l. 6. §. 26. p. 2. §. 1. ff. eod.* Quonium vero arduum arbitrium ad has dirimendas lites requiritur communiter quondam arbiter dabatur a Praetore vel in eum compromittebatur a partibus, sed quando huius sententia corrigi possit, & ad arbitrium boni viri reduci, anceps est quaestio, in qua dirimenda admodum torquentur interpretes, & ipse noo ob textus in *l. 79. §. 80. ff. pro socio*. Communis scholae distinctionem format, inter arbitrum, & arbitratorum, quae tamen non adeo fundata est, ac vulgo existimatur. Nos distinguendum esse putamus inter arbitrum ex compromisso receptum, & arbitrum

Prae

Praetore datum, hujus sententia reduci & corrigi poterat, non vero illius, & hoc clarissime habetur in *l. 76. ff. pro socio*, quam perperam de arbitratore intelligunt, ita enim Proculus: *Arbitrorum genera sunt duo, unum ejusmodi, ut siue aequum sit, siue iniquum, parere debeamus, quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est. Alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratui fiat.* Hunc ultimum ideo capimus de arbitro a Praetore dato, quia compromissario expresse opponitur. Et hac quidem ratione, omnia impedimenta euitari posse censemus, sic quoque extricanda *l. 19. pr. ff. de recept. qui arbitr. recep.* quod enim ibi Paulus ait: qualem sententiam dicat arbiter, ad Praetorem non pertinere, hoc, disertis verbis sequentibus, applicatur ad arbitrum compromissarium, & quod addit, nec hunc posse certam sententiam ferre, hoc capiendum de contradictione, quam inuoluit certa sententia & arbitrium, non dicitur parendum non esse arbitro, quoties sententiam dixit arbitrariam, & haec omnia in hodierna quoque proxi observanda esse, firmiter sumus persuasi, cujus solius intuitu genuinam in leges criticam adamamus.

### §. XXX.

Sed & actionem emphyteuticariam ad iudicium duplex pertinere existimamus, quia una tantum est actio, & duabus personis, quibus mutuae praestationes personales debentur, competit, ut ita singulae personae actoris & rei jura habeant, in quo consistit potior effectus actionis duplicis, proinde non potest non esse utrinque directa, quod jam observavit

MENCKEN *in synopsi ff. ad tit. si ager vectig. §. 5.* & quamuis diuersae sint petitiones, alia domini directi ad fundum emphyteuticarium conseruandum, curandum & colendum, alia domini utilis ad rem tradendam, attamen sufficit, quod omnes praestationes una eademque actione comprehendantur, & haec etiam tendat ad indemnitatem, nempe ad restituendas emphyteutae meliorationes, si emphyteusis tantum ad tempus concessa *l. 3. C. de iure emphyt. vid. Cujacius ad Cod. lib. XI. tit. 71.* admodum vero differt emphyteusis ab agro vectigali quondam, quamuis in rubrica tituli digestorum, *si ager vectigalis* addatur, *id est emphyteuticarius* petatur. Nam hoc emblemata seu insertum Triboniani jam notauit Wissenbachius, demonstrando simul, quod & Graeci scripserint contra hanc nouam creaturam Zenonis, quatenus referatur ad obligationes iuris ciuilibis *l. 5. ff. de I. & I.* In terea haec nobis hodie perinde esse poterunt, & sufficit actionem esse realem, nostra vero duplex, emphyteutica actio, mere personalis est.

### §. XXXI.

At iure germanico ius emphyteuticum, seu censiticum, admodum variat, excepta Saxonia, quae ex plurima parte ius ciuile sequitur, vel potius mixturam quandam habet ex illo, necnon ex iure feudali, unde dicitur *Erbzins- Lehen*, pauca retinuit ex antiquo iure Saxonico. In Lusatia, Marchia, Ducatu Pomeraniae & Megapolitano frustranea esset haec iuris tractatio, quia pleniori iure retinuerunt glebae adscriptitios, exceptis quibusdam feudis Schulteticis, quae redolent statum iuris antiqui Germanici, sed in aliis plurimis partibus Germaniae

praes-

praesertim inferioris, ad feudastra medii aevi perti-  
 nuerunt jura censitica, & emphyteutica, ac perti-  
 nent adhuc, siue canon praestetur in pecunia nu-  
 merata vulgo *Erbsins*, sine in fructibus, *Erbpacht*,  
 in tantum, ut ipsum jus feudale varia desumerit ex  
 istis feudastris, veluti doctrinam de literis inuesti-  
 turae, & paribus curiae, qui, quoad bona censitica  
 vocabantur *Zinsgenoten*, & iudices erant, quando  
 de hoc jure singulari, non omnibus cognito quae-  
 stio esset, vel mora, soluendi censum, tantum inter-  
 cederet, sicut ex ipso Codice antiquo Latonico  
 demonstravit, & in medium prolatis verbis textus,  
 varios errores pragmaticos, imprimis quoad dupli-  
 candum, loco poenae, canonem, vel censum detexit  
*Dn. Praeses in Praelect. ad tit. C. de jure emphyteut.*

§. XXXII.

Postremum iudicium duplex ad interdicta pos-  
 fessoria referendum est, ita *in l. 2. pr. ff. de Interdict.* dici-  
 tur, quod interdicta quaedam duplicia sint, quaedam  
 simplicia, ad duplicia refertur interdictum *uti posside-  
 tis*, sed quia de quibusdam fermo est, additur §. 7. *I. de  
 Interdict.* illud, quod *utrubi* vocatur, quoad res mobiles,  
 quia in hoc quoque iudicio duplici par utriusque liti-  
 gatoris est conditio, nec quisquam praecipue reus vel  
 actor intelligitur; sed unusquisque tam rei quam acto-  
 ris partes sustinet, differentia tantum supererat quon-  
 dam, quod interdicto *uti possidetis* is vincebat, qui in-  
 terdicti tempore possidebat, *utrubi interdicto* vero is  
 vincebat, qui maiore parte ejus anni nec vi, nec clam,  
 nec precario ab aduersario possidebat §. 14. *I. eod.* De  
 cetero, intuitu ipsius effectus iudicii duplicis, facile est  
 ad intelligendum, quod omnia remedia retinendae



possessionis sint duplicia, tam directa, quam ob paritatem rationis, utilia, quoad seruitutes & alia jura, excepto tamen jure compascui *Koppel-Weide*, quando nempe alter reuocaturus est hanc mutuam familiaritatem, nam hoc ipsi semper est permissum, ex natura precarii, pro quo in dubio est praesumptio, ita ut nulla obstet praescriptio, & haec opinio non tantum communis est, & in praxi Germaniae recepta. STRYKIVS, BÖHMERS, LVDOVICI, MENCKEN *ad tit. ff. de seruit. praed. rusticor.* sed & generalis est regula: *alle Koppel ist ein precarium Kopper-Jagd n.* rejecto onere probandi in eum, qui contrarium asserit.

§. XXXIII.

Sed nunc ulterius deducendum erit, quod de hodierna praxi non debeamus subsistere in remediis retinendae possessionis, quoad effectum iudicii duplicis, omne enim possessorium summarissimum quodammodo duplex esse potest, quamuis non uno eodemque interdicto experiantur partes, nam iudicium duplex, utut pro actione sumatur in antecedentibus, potest tamen quoque capi pro modo tractandi & processu, id quod, ut rite demonstretur, monendum ante omnia, quod processus noster summarissimus in possessorio non sit deducendus ex interdictis Romanis, sed ex jure Canonico & traditis Glossatorum, valde tamen, communi usu, & obseruantia forensi, ampliatis & emendatis, nam & analogia processus suas habet regulas, ipsa theoria juris saepe subtiliores, ita ut purus putus practicus sit purus putus rabula, & quicquid interdicta supponunt, de possessione tempore interdicti tantum, vel ultimi anni, aut vis, clandestinatis & precarii, ad summarissimum nostrum plane non quadrat, sed

fed ad ordinarium processum rejicitur, ubi e contrario regula nostrae praxeos debet esse firmissima, quod, quoties quis fundatus est in petitorio, in jure in re, nunquam ad rem, toties contra turbationem competat remedium adipiscendae, retinendae, & recuperandae possessionis in summariissimo, licet nullum exemplum interdicti in jure nostro supersit, neque enim probatur illud jus in re, sed tantum exinde coloratur possessorium vid. Dn. PRAESID. *dissert. de genuino colore possessorii ex solo jure in re, ut § Posit. pract. c. 26.* Color est fundamentum possessorii, & quotusquisque meliori ratione possessorium suum colorare potest, is vincit alterum, siue sit actor, siue reus, & hoc est, quod volumus, ipsum summariissimum judicium in se semper esse duplex, quamvis non omnia interdicta, & ad quid interdicta duplicia retinendae? supposita alterutrius possessione in corpore juris, non in fundo, unde porro fluit, ut neutiquam obstet reo, quod fundatus tantum sit in remedio adipiscendae, actor vero retinendae remedio fuerit expertus, & in possessione constitutus, sufficit enim quod haec injusta sit, & ob competentem forte actionem personalem apprehensa, sufficit etiam, quod, hac ratione, reus contra actorem, separato judicio, experiri non teneatur, sed causa fundationis possessionis statim determinari possit, non vero actor ab actione sua desistere, & invito reo liti renunciare. Sane contraria opinio unice fluit ex errore communi, quod remedia retinendae tantum pertineant ad summariissimum vid. Dn. PRAESID. *Posit. pract. cap. XXVI. Posit. 6. & 7.*

## §. XXXIV.

Et haec sunt, quae de judicio duplici, cum de  
na-

natura ac indole, tum de usu practico, in mediis  
 proferenda duximus, rogantes beneuolum & cordatum  
 lectorem, ut ulterioribus meditationibus dignetur  
 doctrinam utilem, addatque politioem limamque  
 non vero nouitatis solius vitio contamineat, bilem  
 enim intelligentiorum semper deprecamur, non  
 tantum robur pectori nostro, ut cum aliis maria  
 montes promittamus, nec unquam quae nostra non  
 sunt, flocci pendere solemus, sed nobis haecenus  
 suffecit, fungi officio.

F I N I S.

CLARISSIMO ATQVE DOCTISSIMO  
 DOMINO CANDIDATO

S. P. D.

PRAESES.

**S**i has tibi literas vellem commendatitias & conciliatrices, actum  
 agerem. Ita enim te tua nobis se probavit industria, & eruditio,  
 & vitae modestia, morumque integritas, ita te commendent  
 dabunt imposterum, ut laude nostra, & encomiis non indigeas.  
 Qualem enim in primo tentamine te cognitum, iudicauimus, tale  
 te in ulteriori examine, quod rigorosum vocamus, cum applausu  
 prebendimus, dignumque unanimi suffragio iudicauimus, cui cathedra  
 inauguralis aperiretur. Hoc tantum condoleo, quod beatus  
 tuus parens, huius, per quadriennium expectatae laetitiae non fu-  
 rit particeps factus, sed in ipsa apertura literarum primae notitiae  
 anxie desideratae, diem suum obierit. Laetare igitur sole, cum  
 matre vidua, fili unice, & copiosissimis fructibus, tanta diligentia  
 & doctrina acquisitis, utere. Nihil enim est, quod addam, nisi, ut  
 perennatura felicitas respondeat studiis, & vitae probitati. Da-  
 tam Halae ipsis Kalendis Octobribus. M. DCC. XXXVI.