

EX LIBRIS
ILLVSTRISSIMI VIRI,
DN. DAN. LVDOLPHI,
LIB. BAR. de DANCKELMANN,
S. REG. MAI. BORVSS. CONSILIARII
STATVS INTIMI, cetera,
BIBLIOTHECÆ ACAD. FRIDERICIANÆ
TESTAMENTO RELICTIS.

Ms. 3.

DIVINUM

REGLA

DE

DE

DE

12



DISPUTATIO JURIDICA,
DE
**DIVERSITATE
RESCINDENTIS**

(ut vocant)

**ET RESCISSORII JUDICII,
EJUSQUE EFFECTIBUS,**

^{QVAM}
DIVINA FAVENTE GRATIA,
SUB PRÆSIDIO

*VIRI MAGNIFICI, PRÆNOBILISSIMI, CONSUL-
TISSIMI atq; EXCELLENTISSIMI*

DN. HENRICI COCCEJI,

JCTI FAMIGERATISSIMI,
SERENISSIMI ATQVE POTENTISSIMI ELECTORIS
BRANDENBURGICI CONSILIARII, FACULTATIS JURI-
DICÆ ORDINARII, & PROF. PRIMARII,

^{Antea}
SUMMI REGIMINIS ELECTORALIS PALATINI
CONSILIARII, & SUPREMI COLLEGII REVISORII ASSES-
SORIS, IN ALMA HEIDELBERGENSI DECRETAL. PANDECT.
& JURIS GENT. P. P. ORDIN. MERITISSIMI,

Suscipit

Ad Diem Novembr. Anno 1692.

VVERNERUS JUSTINUS Pagenstecher/
Duisburgo-Clivenfis.

Frankfurti ad Viadrum,
Literis CHRISTOPHORI ZEITLERI,



DISPUTATIO JURIDICA

DE
DIVERSITATE
RESCISSORII

ET RESCISSORIE JUDICIALI

EFFICACIAE

DIVINA FACULTATE

AD MAGISTRUM

DR. HENRICH COEGLER

PROFESSORIS

IN



AD DOMINUM

CHRISTOPHUM

Illustrissimis atque Generosissimis

DOMINIS,

DNO. EBERHARDO,

BARONI

de DANCKELMAN,

Domino de Bresques &c. Serenissimi atque Potentissimi Electoris Brandenburgici Ministro Statûs intimo, rerum Bellicarum & Feudalium Directori præclarissimè merito &c.

DN. SYLVESTRO JACOBO
de DANCKELMAN,

Ejusdem Serenissimi atque Potentissimi Octoviri Ministro Statûs intimo, Electoralis Dicasterii & Consistorii Ecclesiastici Præsidi longè dignissimo. &c.

DN. DANIELI LUDOLFFO
de DANCKELMAN,

Itidem Serenissimi atque Potentissimi Augusti Brandenburg. Statûs Ministro intimo & Commissario Generali Spectatissimo.

*Dominis, Mæcenatibus, & Patronis suis
gratiosissimis.*

UT ET
*Viro Magnifico, Pranobilissimo, Consultissimo
atque Excellentissimo*

DN. HENRICO COCCEJO,
Jcto Famigeratissimo, Serenissimi ac Potentissimi E-
lectoris Brandenburgici Consiliario Gravisimo, Facul-
tatis Juridicæ Viadrinæ Antecessori Prima-
rio &c.

AC
*Viro Pranobilissimo Consultissimo atque
Excellentissimo*

**DN. ALEXANDRO ARNOL-
DO WAGENSTECHER/**

Jcto Celeberrimo, Ac in Electorali Universitate Bran-
denburgica, quæ est Duisburgi-Cliviorum, Facultatis
Juridicæ Antecessori Ordinario

*Dominis, Patronis atque Fautoribus meis, Illi
Domino Prasidi meo omni cultu prosequendo, huic Dn. Fratri
Germano honoratissimo*

D.D.D.

WERNERUS JUSTINUS WAGENSTECHER.



PRÆFATIO.

SUMMARIA.

1. *Sententias certa praxi receptas non esse innovandas.*
2. *Ut hoc factum fuerit in rescindentis & rescisforii
judicii materia.*

I.
A Deo nonnunquam Juris Interpp. varia-
re judicio videmus, ut cum in aliis glos-
sæ communiq; sententiæ nimium tri-
buant, eamq; in consuetudinis (et si de
ea, ut debet, non constet) vim facile
trahant; econtrario in aliis omnium suffragio defini-
tis, ac usu fori receptis, certam quietamq; praxin inter-
pellare haut dubitent. Equidem ex quo communium o-
pinionū hodiè tot tantiq; deprehensi sunt errores con-
tradictionesque, hæc earum contra leges usurpata au-
toritas merito non modò eviluit, sed propè evanuit.
Carpz. Lib. 6. Resp. 70. n. 5. & seqq. At enim verò ejus,
quod certo fori usu jam receptum decisumq; est, in-
tegra omnino inviolataq; potestas, & certæ praxeos
æqvè ac legum sacri esse debent & non movendi ter-
mini. *l. 35. l. 38. ff. de Legib.*

2. Accidit verò hæc variatio in controversia,
quæ inter veteres & recentiores agitur de distin-
ctione rescindentis ut vocant, & rescisforii judicii;
cum in materia restitutionis in integrum, tum que-

A

relæ

(2.)
relæ inofficiosi & petitionis hereditatis. Ea quippe
distinctio unanimi veterum consensu tradita, eoque
in foro recepta, à recentiore schola in dubium voca-
ri, quin à pluribus ut inepta & ab ignorantia antiqui
processus Romani profecta rejici cœpit. Cùm verò
plurimum referat, maximè in consequentibus inde,
juribus, quam sententiam sectemur, confusisque his
judiciis magna jurium effectuumque confusio seque-
tur, nos receptam vetusto usu sententiam à finistris
imputationibus vindicabimus, usumq; ejus & effectus
præcipuos recensebimus.

SECTIO I. QVÆSTIONIS SPECIEM CONSTITUIT.

SUMMARIA.

1. *Speciem litis inprimis constituendam esse. 2. 3. 4. Tres species
distinguntur. I. Si nihil reapse amissum; II. si amissa res;
III. si amissa actio. 5. De sola ultima specie amissa
actionis litem esse. 6. De ea per omnes restitutionum
causas, id quæri posse. 7. Sententia Veterum, duplex
esse judicium. 8. Sententia Recentiorum, unum esse.
9. Horum disensus.*

Videtur equidem plerisque non satis perspecta fu-
isse veterum sententia; cùm in eos promiscuè
insurgant, nec antè speciem, quæ in lite ver-
fatur, satis constituent, atq; ab aliis distingvant, quod
tamen inprimis fieri maximè interest.

2. Separandæ itaque sunt hæ species. I. Cùm
is restitui petit, qui actu nihil amisit è bonis, sed ali-
quid

(3.)

quid metu, dolo, ætatis lubrico &c. inductus promisit vel gesit; ac tantum petit promissum gestumve rescindi; quæ una duntaxat & simplex actio petitioque est; cum enim rescisso negotio nihil amplius absit, nihilque superfit, cuius nomine aliud iudicium esse queat; constat inter omnes unum hinc, non duplex esse iudicium: quin ne opus quidem esse actione, sed solam exceptionem sufficere. *L. 21. §. 3. Quot. met. caus. §. 1. & seqq. de Except.*

3. II. Cum is restitui petit, cui aliquid est bonis actu ablatum est: uti si quis metu &c. non promisit saltem, sed reapse dedit, concessit, aut alias est bonis perdidit. Et hoc ita perditum amissumve iterum duplex est. I. Res. II. Actio. *d. l. 21. §. 3. §. pen. ff. Quot. met. caus.*

4. Si Res perditæ, & restituenda est, adhuc unum, non duplex iudicium esse concedimus: cum & hinc una saltem actio sit, quæ res amissa repetitur, scilicet illa, quæ ex edicto datur: uti, si res dolo extorta est, unica regulariter actio ex edicto prodita est, scilicet actio de dolo; quæ & sufficit; cum rescisso, atque adeo sublato negotio dolo, res eo ablata necessario & sine novo iudicio restituenda est; eaque restituta nec alia actio datur, nec alia opus est. Confer tamen *sect. 3. th. 3. & seqq.*

5. Si verò Actio perditæ & restituenda est, v. gr. si creditor metu, dolo &c. inductus remiserit, vel lapsu temporis amiserit actionem, eamque repetat; hinc duplicis actionis mentio occurrit; ipsa scilicet actio amissa, quæ repetitur; & actio ex edicto, quæ illa repetitur; & de sola hac ultima specie, ubi actio, non res, amissa dicitur, controversia est, unum an duplex sit iudicium?

6. Hæc autem species amissæ actionis per omnes

(4.)

restitutionum causas duci potest. Id enim accidit (1.) In causa metus, si creditor à debitore suo cogatur, ut sibi remittat, vel ab alio, ut sibi cedat actionem. *l. 9. §. 3. §. pen. l. 10. l. 11. Quod met. caus.* (2.) In causa doli, si creditor dolo inductus vel debitori suo remittat, vel alii cedat actionem. *l. 1. §. 5. §. 6. ff. de dol. mal.* (3.) In causa ætatis, si minor ita remittat vel cedat. *l. 40. princ. ff. de Minor.* (4.) In causa majorum, si justâ causâ agere impeditus actionem præscriptione amiserit: *l. 1. §. 1. ib. sive cujus actionis &c. §. 2. vers. actione ve. §. 3. l. 26. §. 5. Ex quib. caus. maj.* Vel (5.) capitis diminutione, minimâ actio sublata; *l. 2. §. 1. de Cap. min.* Vel (6.) judicii mutandi causâ actio alienata vel cesâ fit. *l. pen. ff. de Alien. jud. mut.*

7. Ex his omnibus itaq; causis cùm repetitur non res, sed actio amissa, constituunt Dd. duplex judicium seu duplicem actionem, scil. eam, quæ amissa est, & eam, quâ amissa repetitur: quod fit rescisso negotio, quo, quippe jure civili valido, *l. 16. ff. de Min.* actio validè translata vel amissa est. Illam *rescissoriam* vel *restitutoriam* dicunt, hanc *rescindentem*; quæ proinde præparatorium judicium prioris est. Et hanc sententiam Veteres Interpp. generaliter secuti sunt: Ex recentioribus autem Duar. *ad tit. ff. de Restit. in integ. c. 3. & ad tit. de Minor. ad verba: Ut puta rem.* Christin. *Vol. 2. Decis. 119. n. 6.* Bocer. *class. 5. disp. 27. th. 24.* Ouldendorp. *class. 6. act. 7. in fin.* Rebuff. *tom. 2. de Resc. contract. art. 2. gl. 5. n. 14. fol. 445. & de Restitut. art. 2. gl. 5. in fin. fol. 419.* Gvid. Pap. *Decis. 143.* Hillig. *ad Don. 21. c. 5. lit. s. Hoen. disp. Inst. 19. th. 4. b.* Zas. Donell. Schneidwin. Vultej. Mynsing. *in §. Rursus. 5. Inst. de Action.* Treutl. *Vol. 1. disp. 11. th. 1. b.* Hahn. *ad Wesenb. de Rest. in integ. n. 8. 9.*

(5.)

n. 8. 9. *Clariss. Huber. ff. cod. n. 4. & alii plurimi. Cujacius quoque non tam rem quam nominum abusum, & τὸ ἦθος τῶν λόγων improbasse videtur; cum ait Lib. 7. Obs. 31. se id non infectari; εὐηθεῖς γὰρ τὰς εὐηθείας τῶν λόγων λίαν ἐξέταξεν.* Et si Giphani, in d. §. 5. putet his verbis eum ita id improbasse, ut refutatione indignum censuerit.

8. Ab hac sententia communissima recedit, & in postrema quoque specie unum non duplex iudicium esse voluit Hottom. in d. §. Rursus s. in verb. intra annum. *Inst. de Action. quem amplexi sunt recentiorum alii: Giphani, d. §. 5. in princ. Ant. Matth. in d. §. 5. in verb. eam petere. Ant. Fab. Dec. 7. err. Pragm. 1. & seqq. Bachov. de Action. disp. 3. th. 26. & ad Treutl. vol. 1. disp. 11. th. 1. b. & in d. §. 5. n. 6. Inst. de action. & ibid. Harpr. n. 7. Vinn. n. 5. & select. quest. 1. c. 10. Dn. Struv. Synt. Jur. Civ. Ex. 8. th. 3. Dn. Böckelm. ff. de Rest. in integ. §. 5. Ungepaur. Exerc. 14. qv. 7. Oleman. disp. 37. n. 28. & c. qui ignorantiam antiqui processus Romani lapsos esse Veteres contendunt: quorum tamen sententiam Praxi receptam fatentur.*

9. Neque tamen recentiores quoque inter se plane conveniunt; cum Hottomannus putet non dari rescindendi negotii causam iudicium, sed id fieri vi ipsa, datam rescisoria actione: in d. loc. quod & Giphani, d. l. aliique tradunt. At Clariss. J. C. Ant. Matthæi id rescindenti actioni tribuit, & ait, *eadem rescindente iudicio rem peti ac vindicari d. loc.* Inter quæ haut parum interesse videri potest: Ex posteriore enim opinione omnis actio ex edicto conceditur quæ & gestum rescinditur, & amissum repetitur; ex prioribus autem vetus actio magis reddi quam nova ex edicto dari videtur.

A 3

SECT.

(6.)
SECTIO II.
PROBAT VETEREM RECE-
PTAMQUE, & REFUTAT NOVIOREM
SENTENTIAM.

SUMMARIA.

1. & 2. *PR*emittitur & probatur, actiones ex edicto dari,
easque planè novas. 3. & seqq. *PR*obatur pluribus ra-
tionibus veterum recepta opinio. 12. & seqq. *PR*efutatur
recentior. 16. *PR*ostenditur veterem esse usu receptam.

I.

IN ea itaque specie, quâ actio amissa repetitur, du-
as esse actiones; amissam, & eam, quâ amissa re-
petitur, demonstraturi, præmittimus inprimis;
quòd certo jure, omniumque confessione constat,
Prætores ex suo edicto læsis dedisse iudicium & acti-
onem, quæ planè nova est, & competit ac datur læ-
so, etsi is nullam antea habuerit actionem, nec ulla
alia præter hanc prorsus novam fingi possit. Ita enim
dedit iudicium & actionem de METU; l. 9. §. 3. inf. verb.
& actio & exceptio datur. Quod met. caus. de DOLO l. 1.
§. 1. verb. iudicium dabo. ff. de Dol. mal. remedium ex
CAPITE ÆTATIS. l. 1. §. 1. verb. animadvertam. de Minor.
(etsi enim Prætor ipse hoc casu officium suum inter-
ponat, id tamen iudicium seu remedium juris, & pro
actione est. l. 37. pr. de O. & A. arg. l. 16. pr. verb. alia actio.
l. 24. §. fin. l. 36. 37. pr. voc. auxilium. de Minor. l. 1. l. 6. voc.
auxilium. l. 7. voc. convenire potes. C. de int. rest. tot. tit.
voc. postulare. C. de fil. minor.) EX CAUSIS MAJORUM;
(de capite minutis Sect. 3. th. 6.) l. 1. §. 3. verb. earum rerum
actionem intra annum &c. Ex quibus caus. Maj. & ALIE-
NATIO-

(7.)
NATIONIS DOLOSÆ. l. 1. pr. verb. in factum actione. l. 4.
§ pen. & ult. de Alien. jud. mut.

2. Id manifestum quoque est ex speciebus, quibus nihil, vel tantum res, non actio, amissa est. *vid. Sect. 1. th. 2. 4.* uti, si viator metu adactus equum suum prædoni dederit, inter eos nihil equidem antea actum, nullaque prorsus actio fuit, quæ restitui possit, sed viatori ad equum repetendum ex edicto competit actio de metu, quæ proinde planè nova est. Idemq; est, si dolo ejus, cum quo nihil ante actum est, inductus, vel lubrico ætatis equum ei dederit; vel si metu dolo ve inductus, aut ex lubrico ætatis equum non dederit, sed promiserit. His casibus enim quæ datur læsio actio de metu, de dolo &c. non potest esse vetus aliqua actio, quæ restituitur, cum nulla antea inter eos fuerit, nihilque antea inter eos gestum ponamus, sed est nova planè actio, quæ nunc demum ex edicto Prætoris, atque ex præsentis delicto illati metus, dolo, aut alia æquitate datur, & cujus nullum antea vestigium extitit: idque adeo omni dubio caret.

3. His præmissis dicimus, cum non res, sed actio amissa est, hanc actionem amissam aliam & distinctam esse ab ea actione quæ ex edicto, *juxta th. 1. & 2.* datur. Nam I. certum est, aliud esse id quod repetitur, aliud remedium quo repetitur. At actio amissa est id quod repetitur, actio, quæ ex edicto datur per *th. 1. & 2.* remedium quo repetitur. Istæ itaque duæ actiones indubiè distinctæ sunt.

4. II. Clarius id fiet superiore exemplo: si equus dolo Titii amissus est; aliud omnino est equus amissus, aliud actio de dolo. Eodem itaque modo, si actio creditoris dolo Titii amissa est, aliud erit actio amissa, aliud

(8.)

aliud actio de dolo: quod enim in priore exemplo est equus amissus, id in posteriore est actio amissa, sc. obiectum amissum, quod actione de dolo repetitur. Hæc itaque actio amissa, non magis eadem cum actione de dolo esse potest, quam equus amissus. Et ita, si equus vel actio, metu vel lubrico ætatis, amissa, sint; vel si ob absentiam reip. causâ actio creditoris tempore amissa, aut mutandi iudicii causâ alienata sit, actio amissa non magis eadem esse potest cum actione quod metu, & cæteris ex edicto remediis, quam equus amissus & actio metus, ac remedia illa ex edictis eadem dici possunt. Atqui hæ actiones amissæ sunt illæ quas vocant rescissorias; actiones ex edicto, quas rescindentes.

5. III. Adhuc explicatiùs discerni id potest exemplo in hunc modum proposito. Finge, Cajum metu, uno eodemque actu, à prædone compulsus pariter ei & equum dedisse, & actionem cessisse, vel, si ipse prædo debuerit, remisisse. Utrumque Cajus actione, quod metu, repetit. Hæc actio, quod metu, quæ rescindens actio est, quæ minùs distincta & diversa videri potest ab actione amissa, quam ab equo amisso. Hæc itaq; actio amissa, quæ rescissoria est, veluti obiectum, quod petitur, (non minùs quam equus amissus) omnino distincta est, ab actione rescindente, quæ ex edicto datur, & est remedium quo altera amissa petitur.

6. IV. Eadem diversitas & aliàs maximè liquet: cum actio rescindens noviter ex edicto detur; thes. 1. & 2. rescissoria verò vetus actio sit, quæ jam antea competiit, & rescisso negotio, veluti id quod amissum est, restituitur.

7. Sed

(9.)

7. Sed & V. adeò diversas actiones esse constat, ut totâ causâ differant: actiones enim de metu, dolo &c. dantur ex delicto, vel ex aliqua æquitate edicti: at amissæ & restitutæ, ex contractu, vel ex aliis causis esse possunt. Quin VI. toto genere quoque differunt: cum actiones ex edicto semper personales sint; ut puta ex delicto, vel in factum &c. *l. 1. princ. de Alien. jud. mut.* atq; ad rescindendum restituendumq; comparatæ. *Paul. 1. sent. 7. princ.* Amissæ verò & restitutæ in rem quoque esse possunt. *§. rursus §. Inst. de Act. l. 9. §. 4. §. 6. Quod met. l. 13. §. fin. de Minor. Paul. d. t. 7. §. 3.* Cum igitur illæ sint rescindentes, hæ rescisoriæ, constat totâ causâ suâ, & toto genere eas diversas esse.

8. Inprimis vero VII Species ac diversitas actionum dignoscitur ex specie ac diversitate petitionum: cum ipsa actionis ratio in petitione ejus consistat: nec quicquam aliud sit actio actoris, quam ipsa ejus petitio: &, cum actio definiatur jus persequendi in judicio &c. *§. 1. Inst. de Action. quid aliud id est, quam jus petendi in judicio?* Unde sequitur aliam atque aliam necessariò actionem esse, ubi alia atque alia petitio est. Perspicuum verò est, aliud peti rescindente actione, scil. rescindi ac restitui amissum; ex ejus definitione apud *Paul. 1. sent. 7. pr.* aliud rescisoriâ, ac restitutâ, scil. id quod antequam amissa esset, in eam veniret, v. g. declarari heredem, dominum, &c, pro cujusque actionis indole. Distinctas ergo actiones eas esse constat.

9. Sed & IIX. necessariò alia actio est, ubi alia quæstio est: cum tot sint actiones, quot quæstiones, lites seu controversiæ *l. 3. l. 5. l. 7. §. 4. de exc. rei jud.* Aliud autem planè quæritur in actione rescindente v. g. quod metu; scil. an justo metu factum fuerit:

B

aliud

(10.)

aliud autem in actione amissa, v. g. si actio emti metu ablata & restituta sit; scil. an emptio ritè contracta sit. Ut IX. prætereamus alias differentias à tempore, cæterisque qualitatibus, quibus actiones ex edicto variè distingvuntur ab actionibus illis rescissoriis, quæ, cum antè competiissent & amissæ essent, utiles restituantur. *l. ult. C. quib. ex caus. maj. l. 18. C. de postl. rev.*

10. X. Idem clarissimè demonstratur ex *l. 13. §. pen. Quod. met. caus.* cujus verba sunt: *Si acceptilatione liberatio (per vim) intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio: usq. adeò ut Julianus scribat, si pecunia debita fuit, quæ accepta per vim facta est, nisi vel solvatur, vel restituta obligatione judicium accipiat, quadruplo eum condemnandum.* Ubi 1. ex eo, quòd restituenda dicitur OBLIGATIO amissa in pristinum statum, irrefragabiliter duæ distinctæ actiones inferuntur; primum enim obligatio illa, v. g. ex mandato vel emto, quæ restituenda est, propriam habet actionem, sc. mandati vel emti. Hæc autem actio mandati vel emti alia est, quàm actio, quod metu causâ, quâ hæc restitutio obligationis petitur & impetratur; *per th. 1. & 2.* Manifestè itaque duplex actio apparet; altera ex obligatione restituta, v. g. emti: altera ex metu & edicto. Hoc 2. disertissimè traditur in sequentibus, ubi reus actione in quadruplum, quæ est actio quod metu causâ, *l. 14. §. 1. Quod. met. caus.* cogitur suscipere ex restitutâ obligatione, v. g. emti, judicium seu actionem ex emto. Quin 3. dicitur, quòd hac actione in quadruplum, (id est, quod metu) teneatur reus vel rem solvere, vel actionem suscipere: Cum igitur eadem actio quod metu sit, quâ alterutrum, sc. vel rem solvere, vel actionem suscipere tene-

(II.)

tenetur, illa actio, quod metu, non minus diversa est ab actione suscipienda, quam à re solvenda. XI. Talis quoque species est in *l. 21. §. 4. cod. ubi ei*, qui metu coactus ab emtione vel locatione discessit, actio hæc Prætoriana, sc. *quod metu*, datur, quâ actionem emti vel locati recipit. Actio verò quod metu est rescindens; actio emti vel locati, rescissoria.

II. XII. Per *l. ult. C. quib. ex caus. maj. l. 3. C. de Restit. mil.* ubi restitutis pristina actio utilis datur. At actio ex edicto nec restitutis datur, sed restituendis; nec utilis est, sed ex verbis edicti; adeoque directa. Sunt ergo omnino distinctæ hæc actiones; hæc rescindens, altera rescissoria. Unde XIII. patet vis formulæ: rescissa usucapione petere: in *§. 5. de Action. & l. 35. de O. & A.* primùm enim rescinditur actio ex edicto usucapio, ut eâ rescissâ actor verè contendere possit, *reum non usucepisse*, (cùm paria sint non usucepisse, & usucapionem rescissam esse, *per vulg.*) & tum deinde dicere, *suam rem esse. d. §. 5.* Gratis autem finguntur, quæ replicat *Bach. ad Treutl. d. l.*

12. XIV. Longissimè verò distat hæc diversitas utriusque actionis, rescissoriæ & rescidentis, ab ea, qua in omnibus regulariter actionibus aliud in iure, i. coram Prætoribus; aliud in iudicio fieri dicebatur. Nam id commune fuit omnibus regulariter actionibus, etiam ipsi rescidenti in casibus, ubi vel nihil vel res ablata est, atque unam actionem esse constat. At in specie actionis amissæ alia præterea quæstio vertitur, scil. an actio amissa, quæ repetitur, alia sit ab ea, quâ repetitur; quæ nova diversitas nihil commune habet cum priore; & in cæteris speciebus, ubi actio amissa non est, nec quæstio ea, nec dif-

(12.)
ferentia concipi potest. Ut nimirum inconsultè illi
errent, qui veteres ignorantiam moris hujus antiqui
lapsos inde errorem hunc hausisse autumant. Accedit,
quòd & in jure & in judicio eadem petitio, eademque
quæstio erat: at in nostro casu, alia atque alia. *juxta th.
8. & 9.*

13. Illum porro solvi nodum non posse putat Ba-
chov. *ad Treutl. d. l. quòd annus rescissoria actioni præ-
finitus statim currere incipiat à tempore sublato impedi-
menti: qui currere non posset, si sublato demum per re-
scindens judicium obstaculo actio ea nasceretur.* Sed ea,
omnia procul à vero esse videntur: nam nec rescis-
soria actio semper incipit currere ab initio sublato im-
pedimenti. *Sec. 3. th. 11. & seqq.* Nec quicquam impedit,
tempus præparatoriæ & princip. actionis simul cur-
rere: ut actionis ad exhibendum & vindicationis: nec re-
ctè dicitur, nasci rescissoria demum facta rescissione;
cùm jam antè nata, & postea restituta saltem fuerit.

14. Ex dictis quoque manifestum est, quàm vanum
sit, quòd Dn. Bœckelmann. *d. l.* exclamet: *Unde probabis?*
& Bachovius *dd. ll.* putet, nihil Doctores pro se habe-
re, quàm §. 5. *de Ad. l. 35. de O. & A. l. 3. C. de rest. mil. l.
ult. C. Quib. ex caus. maj. l. 18. C. de Postlim.* Abunde enim
aliud probatum dedimus.

15. Denique sententiam veterem in foro indubiè
receptam esse constat, cùm inter veteres, quos pe-
nes diu fori regnum fuisse ait Grot. *de J. B. & P. præf.
§. 53.* ne quidem controversa illa fuerit, adeoque, cùm
omnes tum unanimi suffragio id jus secuti sint, il-
lud jam à pluribus ante seculis, quàm in controver-
siam vocatum fuerit, usu forensi firmatum liquet
fuisse; quod & omnes, recentiores quoque fatentur.
Myns. 2. O. 25. Vinn. d. §. 5. n. 5. vid. alleg. Sect. 1. th. 7.

SECTIO

(13)
SECTIO III.
DE JURIBUS ET EFFECTIBUS
UTRIUSQUE ACTIONIS.

SUMMARIA.

1. **R**escissoria actio an propria, an qualitas saltem aliarum sit? 2. Sitne nativa an dativa? 3. Notabilis species exponitur, ubi & re amissa actio duplex apparet. 4. Plurimum tamen differre hanc speciem à specie iudicii rescindentis & rescissorii. 5. In illa actionem duplicem eledivè concurrere; in hac successivè. 6. An actiones hæc cumulari in eodem libello possint? 7. Ratio ac formula cumulandi. 8. An cumulatio sit necessitatis. 9. Utrumque per modum exceptionis cognosci posse. 10. Et rescissoriam per modum replicationis. 11. 13. Quo tempore utraque actio finiatur, sententia aliorum. 14. Vera probatur. 15. Nova & vera explicatio l. 35. de O. & A. 16. Singulare in capite minutis. 17. Aliud singulare. 18. Monitum.

His ita præstructis reliqua harum actionum jura, differentiæ & effectus fallere vix poterunt. Et primum quidem verissima inde apparet Dd. sententia, quòd actio rescissoria non tam propriam actionem significet, quàm qualitatem adjectam aliis actionibus ordinariis; illis scilicet quæ rescisso negotio restituntur; uti in specie l. 21. §. pen. *Quod. met. caus.* actio amissa, quæ à Prætore restituitur, est actio emti, vel locati rescissoria: qualis quoque qualitas est actio exercitoria, de peculio &c. *Sfort. Odd. de rest. in int. part. 1. q. 33. art. 1. n. 10.*

2. Inde illud quoque decidendum venit, actio rescissoria sitne dativa an nativa? Equidem, cum hæc voces à Dd. confictæ sint, magis illi de suis verbis, eo-

rūmque incerto sensu, quam de juris dubio contendunt, neque qualis actio sit, sed quale nomen ei potius tribuendum, sine ullo propè effectu agitant. Ex mente ipsorū actiones rescissorias magis nativas esse, si amissæ tales fuerint, ex eo patet, quòd juxta th. i. illæ sint actiones ipsæ amissæ, v. g. emti, locati, quæ antea natæ nunc restituuntur utiles, adeoq; nova saltem qualitate adscititia tinctæ speciem non mutant. Non itaque probamus, quòd Dd. existimant secus esse, veteri actione planè extinctâ; ac tum rescissoriam actionem & propriam & dativam esse, quasi veteri radice prorsus sublata. *Odd. d. art. 1. n. 14.* Nam cum eadem actio pristina, sed utilis, restituatur, hæctenus illa cum sua radice restituitur.

3. Magis è re magnique momenti est alia observatio, quam Dd. prætermittunt. Etsi enim rescindens & rescissorium iudicium tantum sit in specie actionis amissæ, quæ alia actione ex edicto repetitur; attamen verum est, in altera quoque specie, quâ non actio, sed res amissa est, apparere aliquando duplicem actionem. Nam si quis v. g. metu vel lubrico ætatis rem amisit, datur quidem ei regulariter solum remedium personale ex edicto, uti actio quod quod metu; &c. volente tamen actore, si res in bonis ejus fuit, Prætor actionem in rem quoque dare potest, atque adeò rescisso negotio jus illud in re, quod antea habuit, restituere. Hoc probatur tum ex l. 9. §. 4. *Quod met. caus.* cujus verba sunt: *Volenti autem datur & in rem & in personam* (per hanc intelligi actionem metus patet ex d. l. 9. §. 6. ubi illa dicitur actio in quadruplum.) *rescissa acceptilatione vel alia liberatione:* Item ex l. 13. §. fin. de Minor. his verbis: *Utputarem à minore emisisti & alii vendidisti,*

disti, potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, & hoc NB. vel cognitione Pratoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Apertissime igitur in hac quoque specie rei amissæ, petenti actori duplex actio proposita est, sc. tum actio seu remedium personale ex edicto ad rem restituendam; tum rescissa alienatione actio realis; quæ competere nequit, nisi rescisso obstaculo jus in re, quod antea habuit, restituatur. Idemque accidit in Pauliana actione; (atq; ex eo principio gravissimus simul scrupulus eximitur, & difficillima antinomia, quæ hucusque Dd. torfit, solvitur, dum ea actio certissime alibi inter personales actiones; *l. 32. §. 7. de Usur.* alibi inter reales refertur. *§. Item. 6. de Action.*) alienatione enim in fraudem creditorum facta duplex remedium datur, sc. tum personale ad restituendum, *ex l. 10. princ. voc. restituas. Qua in fraud. cr. junct. d. l. 32. §. 7.* tum reale, quo creditores immisfi, indeque pignus Prætorium nacti, perinde id jus suum reale, in hac re alienata quoque, rescissa alienatione persequuntur, ac si alienata non fuisset, sed in bonis debitoris mansisset; quæ est intentio *d. §. 6.*

4. Verùm rescindens & rescissorium iudicium in casu actionis amissæ, plurimum differt ab altera specie duplicis actionis in casu rei amissæ: illud enim utrumque saltem successive concurrit, & cùm rescindente tum rescissoria simul agitur. *Sec. 2.* In casu autem rei amissæ duplex illa actio alternative concurrit, & vel actione ex edicto agitur, vel rescisso obstaculo actione in rem; & unâ electâ altera consumitur: quod perspicue in *l. 9. §. 6. Quod met. caus.* ita traditur: *Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res*
in

in bonis est ejus, qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, (quæ est actio quod metus causâ) finire in rem actionem (quam rescisso negotio dari dixerat §. 4.) vel contra. Uti & in d. l. 9. §. 4. & in d. l. 13. §. fin. disjunctivè dicitur vel hanc vel illam dari. Actione enim amissa, ex edicto actio restitui petitur; quo obtento reus nondum rem dare, sed judicium ex restituta actione accipere tenetur. per text. expr. in d. l. 9. verb. nisi restituta obligatione judicium suscipiatur, quadruplò condemnandum. Conf. sect. 2. tb. 10. Utroque ergo judicio agendum. At re amissâ res tantum restitui petitur, quod unâ actione expeditur, & scil. vel ex ipso edicto, vel, si res antea in bonis fuit, actione reali; quæ tum peti & rescissa alienatione dari solet, cum res apud tertium fortè possessorem extat, nec adeò personali actione ex edicto obtineri potest. d. l. 13. §. fin. de Minor.

5. Fieri tamen potest, ut actione quoque amissa non intentetur rescissoria, sed unum judicium rescindens sufficere possit; uti si rescisso negotio nulla amplius lis sit de re, nec eam reus ultrà disceptet. Quæ ratione in d. l. 9. §. pen. *Quod met, caus.* dicitur; reum (actione per metum sublata) *in quadruplum condemnandum, nisi vel solvat, vel restituta obligatione judicium accipiat.* Cum igitur reus ultrò solvit, desinit rescissoria, non quia jus agendi, sed quia contradictor deficit, nec res controversa amplius, adeoque judicium non sit.

6. De his actionibus latè quidem disputari solet, an cumulari in eodem libello possint? Verum & moribus fieri id posse constat, nec jus commune impedimento est, quin actor plures actiones ad eandem causam

fam

(17.)

sam pertinentes, modò consentanea petat ac jungat, (nemo enim audiri debet, qvi contraria petit, uti fit in l. 1. C. de furt. & serv. corr.) optima ratione, magnoq; compendio, uno libello complecti possit. Et quidni? cum certum sit actiones alternativè jungi posse, si dubitetur quæ competat, uti id valdè laudatur in l. 1. §. 4. Quod leg. Non minùs itaque jungi possunt, quas conjunctim competere constat, uti possessorium ac petitorium &c. prout illud, tanquam indubium, admittitur ac statuitur, in c. cum dilectus 6. X. de caus. pos. & propr. atq; ita præparatorium & principale jungi possunt. Gail. 1. Obs. 63. Myns. 1. Obs. 25.

7. Videndum itaq; ut aptè & congruè, juxta cujusque concursus modum cumulentur, alioquin libellus rejicitur. Carpzov. l. 2. Resp. 53. Hinc cum remissa utraq; actio elective concurrat, th. 4. non possunt quidem illæ actiones ita jungi, ut ex utraque petatur; at possunt, ut ex alterutra veluti, si dubitet actor, an actio in rem dari possit. d. l. 1. §. 3. Quod leg. Actione verò amissa, cum rescindens & rescisoria actio successivè concurrant, potest quidem actor in libello ita eas cumulare, ut ex utraque petat; non tamen conjunctim, sed successivè; ut in formulâ Oldend. clasf. 6. act. 7. Peto me adversus talem lesionem restitui, ac deinde adversarium compelli, ut me in pristinum jus reponat, det, faciat, restituat &c. etsi ea formula in cæteris non accuratè conveniat duplici huic judicio, sed omnibus restitutionibus applicari possit; uti & formula Petri de Ferrar. in Pract. Pap. form. super restit. in integ. Accuratior verò est illa Schneidw. ad §. Rursus. s. in fin. de Action. Peto me restitui adversus usucapionem; (quæ rescindentis judicii formula est) & NB.

C

si fue-

(18.)

si fuero restitutus, peto illam rem, quæ spectat ad me jure dominii vel quasi. (quod per rescisforiam petitur) Nec longè inde recedunt formulæ §. 5. & 6. de *Action.* Denique si actiones simultaneè concurrere possint, ut petitorium & possessorium, nihil obstat, utriusque petitiones in libello purè conjungi. *d. c. 6.*

8. Neq; tamen hæ cumulationes sunt necessitatis, etsi id sentiat Bald. *in l. 3. in fin. C. de rest. mil. per l. 10. de Act. emt.* sed integrum est actori seorsim singulas actiones proponere; prout separatarum formulas exhibet Schneidw. *d. §. 5. n. 81. & 83.*

9. Anne autem utrumque hoc iudicium etiam per modum exceptionis explicari potest, si fortè pars læsa possessionem rei nacta conveniatur? Aff. cum, cui actio datur, longè faciliùs exceptio danda sit. *l. Invitus 156. §. 1. de Reg. fur.* idq; ita decisum est *in l. 28. §. pen. Ex quib. caus. maj. verb: Exemplo rescisforie actionis etiam exceptio ei, qui reipubl. causà absuit, competit; fortè si res ab eo possessionem nactò vindicentur.* Quo proinde casu in ipsa exceptione probanda causa restitutionis cognoscetur.

10. Magis verò dubium est, an ergo actio rescisforia ante rescindentem intentari possit? Concedit id *Sfort. Odd. d. qu. 33. art. 2.* in actione nativa, non dativa; quod rejecimus *thes. 2.* Affirmant verò *Dd. comm.* ita ut actori adversus exceptionem rei, detur replicatio; atque adeò eo casu in replicatione probanda causa restitutionis ventilabitur. Equidem præposterum planè videtur, præparatoriam actionem postponi & sequi: quæ ratione etiam rei vindicatio actioni ad exhibendum præmitti posset. porro per modum exceptionis quidem reo convento succurri debere,

(19.)

bere, non autem actori ultro, & sponte sua præpostere agenti. Nec diffiteor, convenientius esse, ut potius suspenso rescisorio rescindens adhuc instituat, *arg. l. 18 §. fin. ff. de Vi & vi arm.* Verùm cum totum hoc negotium restitutionis ab æquitate Prætoria pendeat; & præparatoria actio in modum replicationis potius versa, quàm postposita videatur; porro actio ad exhibendum non solo decreto, ut hæc causa, absolvetur, sed factum partis rem exhibituræ, quod præcedere debet, contineat, à communi quoque sententia non recedimus. Præsertim, cum nec quicquam obstare videatur, quin actione ad exhibendum omisa, pendente rei vindicatione officio iudicis pro re nata exhiberi res queat, *arg. §. Præterea 3. de Action. De querela inoff. vid. Sect. ult.*

11. Restitutionem ipsam seu rescindens iudicium hodie regulariter finiri quadriennio continuo constat, *l. fin. C. de temp. in int. ubi Dd. Conf. l. fin. C. de dol. mal.* At rescisoria actio quo tempore finiatur, variant. Equidem, si actio præscriptione amissa est, non restituitur longius tempus, quàm quo impeditus fuit actor; uti si quis reip. causâ biennium abfuit, & interim præscriptionis dies exiit, biennium duntaxat restituitur, *l. 26. §. 7. §. 8. Ex quib. caus. maj. Clem. un. de Restit. in integ.*

12. Quod si verò ex aliis causis actio amissa est, Dd. comm. ex veterum sententia (nova enim ut unam actionem, ita unum tempus duntaxat statuit, quod vel ex iis, quæ *thes. 11.* dicta sunt, refutatur,) rescisoriæ actionem, etiam in causis, in quibus quadriennium continuum hodiè restitutioni præfixum est, adhuc tamen alio anno utili à tempore factæ restitu-

stitutionis, seu finiti iudicii rescindentis, competere volunt. Bocer. *class. s. disp. 27. th. 25. b.* Schneidw. *in §. 5. num. 76. de Action.* Alii verò hanc quoque actionem quadriennio [continuo circumscribi] existimant. Duar. *ad tit. C. de temp. in int. rest. fol. m; 134.* Alii denique eam perpetuam esse, nec alio, quam quo directa finitur, tempore concludi docent. Donell. *in §. 5. n. 8. Inst. de Action.*

13. Equidem, si juris rationibus certandum, postrema hæc sententia præferenda videtur: tum quia pristina actio, cum redditur, cum suis qualitatibus restituitur; tum quia utilis actio, qualis est rescisoria, *l. ult. C. Quib. ex ca. maj.* sequitur naturam & finem actionis pristinae. Accedit, quòd per hoc remedium tota causa in integrum restituitur: *l. 24. §. 4. de Minor. rubr. ff. C. de in integ. rest.* non autem in integrum fieret, si adeò sine suo truncata redderetur. Nec verò tanta actionis transformatio admittenda videtur, nisi manifestè probetur. Deniq; non finiri eam anno ostenditur *ex thes. 11.* ubi tantum temporis restituitur, quanto impeditus quis fuit agere. Ergo, si quis 30. annos reip. causâ abfuisset, actionemque amississet, illa cum toto suo tempore reddenda esset.

14. Verùm nec hic discedendum esse à communi evidens est *ex l. ult. C. Quib. ex caus. maj.* ubi extè dicitur, quòd *utili actioni, quæ in integrum restitutis datur, exceptio annua objici solet.* Idemque traditur *in l. 3. C. de Rest. mil. l. 18. C. de Postl. rev.* Et speciale est in casu *thes. 11.* cum lapsu temporis exclusa est actio; tum enim tota ratio damni in lapsu temporis consistit; unde aliquando non nisi unus aut pauci dies restituantur.

15. In

(22.)

pristina actio, sed nova perinde datur, ac si antea competiisset, quæ nunquam competiit, uti, si cui datum sit sub conditione, *si in certo loco fuisset*, & absentiam necessariam impediatur esse in loco; nulla enim ei competit actio, deficiente quippe conditione, sed Prætor ei dat actionem ex edicto suo, perinde ac si extitisset. *l. 17. §. 1. l. 41. l. 43. Ex quib. caus. maj.* quam proinde Dd. *insti-tutoriam* dicunt. At si mera conditio faciendi est, non opus est Prætoris auxilio, sed conditio pro impleta habebitur, si per eum non stetit. *l. 39. l. 161. de R. J. l. 24. de Cond. & dem.*

18. Nihil denique movere debet, quod in ipsa veterum sententia exponenda Dd. vulgus omnia confundat, & in omnibus restitutionum causis duplex iudicium promiscue constituat ac cumulet: Illis enim compilare scrinia, quam jura explicare solennius est.

SECTIO IV.

DE DIVERSITATE QUERELÆ IN OFF. & PETITIONIS HEREDI- TATIS.

SUMMARIA.

1. **C**ontinuatio. 2. Tria præmonita. 3. Solide demonstratur Veterum sententia, duas esse actiones, & respondetur objectionibus: ubi n. 14. notatur Vinnius. & n. 15. verius, quam vulgò, explicatur *l. 1. C. de inoff. test.*

Quemadmodum in restitutionibus actio, qua quis iniquè exclusus est Jure Civili, rescisso obstaculo restituitur: ita etiam petitio hereditatis

(23.)
tis iis, qui testamento valido, sed iniqve, exclusi ab ea sunt, rescisso per querelam testamenti obstaculo, restituitur. Unde eadem hic recurrit quaestio, cum querela sit remedium rescindens testamentum, quo rescisso petitio hereditatis, ut actio rescisoria, competit, an haec duae distinctae actiones sint, an vero duntaxat una, scilicet sola hereditatis petitio, quae data ex causa inofficiosi, rescissum censetur testamentum? Cum igitur ex eisdem principiis utraque quaestio orta, quin eadem in genere quaestio sit, utraque eosdem patronos habet; & unam actionem esse plurimi recentiorum; duplex vero iudicium esse Veteres statuunt, quod & ipsum usu receptum est.

2. Hanc posteriorem demonstraturi praemittimus I. Petere hereditatem, nihil aliud esse, quam petere se heredem declarari, sibique hereditatem ut suam adjudicari: cum sit actio in rem, quam heres suum hereditarium vindicat, & hereditatem ejusve partem suam esse, atque ad se pertinere contendit. *l. 3. l. 10. §. 1. de Her. pet. l. 1. princ. l. 7. si pars her. pet. §. 1.* II. Ex sententia & re iudicata jus esse, prout iudicatum, non contra quam iudicatum est: cum enim ex sententia iudicis jus oriatur, nulla major contradictio est, quam ex sententia jus oriri contra sententiam, eique directum contrarium. Unde non potest ei, cui jus sententiam adjudicatum est, id negari, & ei tribui, cui non est adjudicatum: quae per se manifesta sunt. III. Res inter alios iudicatas aliis nec prodesse nec nocere, *text. expr. in l. 2. C. quib. res jud.* Duo casus sunt, quibus nocent: 1. cum alius sciens suam causam agi patitur, idque adeo probat. *l. pen. de Re jud. 2.* cum

cùm legitimus contradictor seu defensor egit, & victus est. *l. 3. de Colluf. deteg.*

3. His in antecessum positis, dicimus querelam & hereditatis petitionem non unam sed prorsus duplicem esse actionem; illam rescindentem, & hujus, rescisforiæ, præparatoriam. Hoc probatur I. per eas rationes, quæ adductæ sunt *Sec. 2.* quarum momenta hæc quoque quæstio sequitur *thes. 1.* cùm enim eadem hic species sit, quæ quis actione, sc. petitione hereditatis, exclusus est; quæ rescisso testamento restituitur, in ea specie duas esse actiones latè ostensum est *per tot. Sec. 2.*

4. II. Per *l. 6. §. 1. de Inoff. test.* ubi Titio, qui obtinuit in querela, eaque rescisso testamento patremfam. intestatum fecit, non tamen competit hereditas, ejusque petitio, sed aliis, qui ab intestato heredes sunt, & in querela non obtinere. Necessariò igitur duæ distinctæ sunt actiones, querela & petitio hereditatis, cùm illa competere possit, cui hæc non competit; & in illa obtinere, qui in hac non obtinet; & in eadem causa illa uni, hæc alii dari, utroque diversis judiciis obtinente. Hæc autem merè contradictoria essent, si una esset actio; quia in casu *d. l. 6. §. 1.* una eademque actio Titio competeret, & non competeret; Titius in ea obtineret & non obtineret; & una eademque actio dilaceraretur in duo distincta judicia, & inter duos, qui seorsim agerent & obtinerent contraria.

5. III. Ex *d. l. 6. §. 1.* idem sic ulterius demonstratur: Si enim querela est ipsa petitio hereditatis, oportet ut is, qui in ea obtinet, declaratus sit heres, ei que adjudicata hereditas: *per th. 2. n. 1.* adeoque ex ea re judicata is heres fit ac hereditatem habeat. *thes. 2. n. 2.*

At-

Atqui is, qui in querela iuxta *d. l. 6. §. 1.* obtinuit, nihil prorsus hereditatis consequitur, nec ullo modo heres fit. Quæ ergo fieri potest, ut obtinuerit in querela, id est, (ut volunt) in petitione hereditatis, & tamen à tota hereditate exclusus sit?

6. IV. Simile est, quòd, si ex duobus filiis alter solus querelam egit & in solidum obtinuit, non tamen in solidum heres fiat, sed alter quoque concurrat, ut dicitur in *l. 19. §. Caterum. de Inoff. test.* verbis: *non rectè totam hereditatem præteritam vindicare*, (at querelam sola moverat & obtinuerat in solidum) *cum rescisso testamento etiam instituta saluum jus sit &c.* Et in *l. 17. princ. eod.* verbis: *rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur.* Si jam querela esset ipsa petitio hereditatis, adeoque filius, qui solus querelam egit & obtinuit, etiam solus heres esset declaratus, solique adjudicata hereditas, *per th. 2. n. 1.* omnino contra manifestum sententiæ & iudicati tenorem esset, quòd tamen pro parte tantum heres esset, & alter concurreret. *per d. d. l. l.*

7. Variè, sed in casum laborant Dd. ut hinc vel eluctentur vel evadant. Lauterb. respondet, quòd victoria aliis prodest. Alii, quòd victor per accidens excludatur hereditate, alio præcedente. Alii victorem evincere quidem hereditatem à scripto herede, non autem ab alio, nisi solus sit heres ab intestato. Vel, ut alii, querelam esse petitionem hereditatis respectu ejus contra quem datur, non ejus, cui datur, & qui à proximioribus excluditur. Alii, quòd victor jus agendi non habuerit, adeoque non possit ea sententia nocere legitimis heredibus &c.

8. Verum hæc ejusmodi sunt, ut vel magis causam desperatam arguant, quam defendant. Posito,

D

victo-

victoriam aliis prodesse posse; adhuc quaeritur, qui fieri possit, ut nihil prosit ipsi victori? ut jus ex sententia oriatur totius sententiae tenori directe contrarium? Ut eadem sententia non valeat contra proximiores, & tamen hi inde jus suum consequantur? Finge, Frater confangvineos & matrem praeteriit scripto herede honesto, mater ex Scto Tertull (quod tum obtinuit) non succedit, sed fratres: §. 3. *Inst. de Scto Tertull.* at querela matri data fuit, non fratribus; §. 1. *Inst. de Inoff. test.* Mater sola egit querelâ & obtinuit, adeoq; si querela est ipsa petitio hereditatis, sola declarata est heres, & soli hereditas adjudicata. *per th. 2. n. 1.* Neque tamen illa fit heres, sed eo jure soli fratres, idque per hanc ipsam sententiam, quâ testamentum rescissum est. Fac jam posse eam sententiam prodesse aliis, non verò nocere proximioribus: adhuc quaero, qui fieri possit, ut sententia valeat, & pro judicato habeatur, & tamen nihil sententiae, sed omnia contra obtineant? Per sententiam illa, quæ obtinuit, declarata est heres, & adjudicata ei hereditas: *per th. 2. n. 1.* & tamen nullum jus heredis, nihilq; hereditatis consequitur. *d. l. 6. §. 1.* Contra legitimis nihil adjudicatum est, & tamen totam hereditatem soli consequuntur; idq; per ipsam sententiam, cum non rescisso per eam testamento nihil juris habituri fuissent. Quo fit, ut, qui solus ex re judicata heres est factus, non sit heres; qui non est factus, solus fit heres, & hic vi sententiae contra sententiam excludat eum, qui in ea solus heres declaratus est. *th. 2. n. 2.* Idemq; accidit, si, qui querelâ solus obtinuit, non à totâ hereditate, sed à parte excluditur, scilicet ratione illius partis *d. l. 17. pr. d. l. 19. §. Caterum.* Unde patet, frustra quoque dici, senten-

(27.)

sententiam non posse nocere legitimis, cum hi in
prædicto casu ne quidem jus habeant, testamento
quippe valido exclusi.

9. V. Sed nec potest res inter alios iudicata aliis
prodesse, *l. 2. C. quib. res jud. lib. 2. n. 3.* utique si legitimus
contradictor non sit. Non est autem is, qui in *d. l. 6. §. 1.*
obtinuit, legitimus contradictor & defensor in pe-
titione hereditatis, quippe qui nullum jus succeden-
di habuit. Quin, hinc VI. sequeretur, si querela esset
petitio hereditatis, sententiam in *d. l. 6. §. 1.* ipso jure
nullam fore, nec proinde eam testamentum rescindi
posse, ut puta cum non contra legitimum in ea cau-
sa contradictorem lata esset, *per l. 3. de Collus. det.*

10. VII. Per *d. l. 6. §. 1. l. 15. §. fin. l. 16. pr. l. 17. pr. l. 19.*
§. 5. de Inoff. test. in quibus omnibus finita querela fuit
per sententiam, *arg. l. 1. de Rejud.* & tamen adhuc agi-
tur, ac tum demum vindicatur hereditas, quæ pro-
inde actio non potest esse eadem cum priore, quæ
jam extincta est. Idque IIX. clarissimum est ex ca-
su *d. l. 6. §. 1.* ubi, postquam actor obtinuit in querela,
legitimi petunt hereditatem: hæc petitio heredita-
tis, quam legitimi rescisso testamento institu-
unt, vel eadem actio est cum querela instituta, vel
alia: non eadem, quia querela jam est per sententiam
finita; *d. l. 1. de Rejud.* non potest autem eadem actio
esse finita & non finita. Igitur alia est. Imò X. in eadem
hereditate ita dari possent duæ petitiones hereditatis
in solidum; una, quæ in *d. l. 6. §. 1.* heredibus ab intestato
rescisso testamento datur; altera, ipsa querela, quæ
alter egit & obtinuit, cum & illa dicatur esse petitio
hereditatis. Atque ita duo declarati essent heredes

D 2

in

in solidum. *th. 2. n. 1.* qui non magis esse possunt, quam duo domini ejusdem rei in solidum. Et XI. qui possit negari, *ind. 6. §. 1.* petitionem legitimorum, & querelam victoris esse duas distinctas actiones, cum separatis judiciis, & inter alias partes peractæ sint?

ii. XII. Insigne quoque argumentum est, quod alio ordine lex hereditatem ejusque petitionem; alio, querelam deferat. Inde enim positâ unâ actione inextricabilis difficultas oritur, quam recentiores solvere ex sua hypothese nequeunt; ut Vinnius *in §. 1. num. 5. Inst. de Inoff. test.* post Bach. fatetur: *de quo seq. seq. XIII.* Contrâ; omnia hæc plana ac perspicua sunt admittâ veteri sententiâ, duas esse actiones, & querelâ tantum rescindi testamentum, eoque rescisso causam intestati fieri; ex qua tum necessario petitio hereditatis ex ordine *Nov. 118.* datur; omnisque difficultas & collisio, cum quæque, actio propriis juribus constet, penitus tollitur.

12. XIV. Sed & aliâs apparet earum diversitas. Omnis petitio hereditatis in rem est, etsi mixta. *l. 25. §. 18. de Pet. her.* Nulla querela in rem est, sed tantum in personam, quippe quæ ex sola æquitate introducta est ad rescindendum testamentum, quod factum est, non jus in re. Imò XV. oritur querela ex injuria, atque instar actionis injuriarum est, quippe quâ injuriam exheredationis & præteritionis persequimur; *Nov. 115. c. 5.* atque adeo prorsus in personam est. Unde XVI. ne heredi quidem datur: *l. 6. §. fin. l. 7. pr. ff. l. 5. C. de Inoff. test.* at omnis petitio hereditatis, veluti ex jure in re seu hereditario nata, certo jure hereditibus quoque competit. *l. 3. de her. pet. l. 62. de R. 7.*

13. XVII. Sed & omnis petitio hereditatis datur
con-

contra quemvis, qui pro herede vel possessore possidet
l. 9. § seqq. ff. l. 7. C. de Her. pet. Querela contra solum
 heredem scriptum, etsi non possideat; *l. 8. §. 10. ff. l. 1. C.*
ead. l. pen. de Bon. poss. cont. tab. hæc itaque nullo modo in
 rem esse potest, cum & sequatur solius heredis per-
 sonam, nec respiciat possessionem. Item XIX. illa
 nunquam contra eum datur; qui ius hæredis habet;
 hæc semper. *dd. ll.*

14, Respondet Vinnius *in princ. Inst. de Inoff. test.*
n. 6. heredem scriptum; non esse heredem, *arg. l. 17.*
§. 1. eod. nec cum eo ut herede agi, sed teneri eum,
 quasi pro herede vel possessore possideat. *per l. 1. C. eod.*
 Verum mirari oportet, Ictum alias doctis, studio
 novæ sententiæ tuendæ adeo à juris & rationis quoq;
 initiis aberrasse. Nam (1.) cum querela detur con-
 tra heredem scriptum etsi nihil possideat, non potest
 ille intelligi pro herede vel possessore possidere, qui
 planè non possidet. (2.) Cum heres valido testamen-
 to scriptus sit, *l. 2. eod.* illo nondum rescisso falsum est,
 eum heredem non esse; vel defunctum jam tum cre-
 di testamenti factionem non habuisse. *ex dict. l. 17. §. 1.*
 Sed & posito non esse heredem, manet (3.) adhuc dif-
 ferentia, quòd querela contra eum detur, qui tum
 adhuc ius heredis scripti habet; petitio contra eum,
 qui tum non habet. Item (4.) quòd querela detur
 contra heredem, ut legitimum testamenti [quippe
 contra quod illa datur] defensorem, adeoq; ut here-
 dem scriptum; petitio contra nudum possessorem.
 Quòd (5.) querela detur contra heredem, etsi non
 possidet; non contra tertium, etsi possidet pro herede
 vel possessore: utrumq; contrâ fiat in petitione, quæ
 contra neminem datur, qui non possidet; & contra

omnes qui possident pro herede vel possessore. Adhuc ergo hinc sequitur duas esse actiones.

15. Denique (6.) perperam Vinn. adducit *d. l. i. C. cod.* nam is, qui ibi convenitur, verè tenet & possidet, adeoque intelligi potest pro herede vel pro possessore possidere: at heres scriptus conveniri potest, etsi planè non possideat, adeoque nec videri possit, pro herede vel possessore possidere. Adde, quòd *in d. l. i.* quoque querela de jure contra heredem competat, sed singulari æquitate contra fideicommissarium, qui tenet, permittatur. Denique gravis error est, quòd putat querelam contra fideicommissarium dari, quasi pro herede vel possessore possideret: non enim ita possidet durante testamento; sed illa contra eum datur, ut scriptum heredem fideicommissarium; at rescisso testamento incipit pro herede vel possessore possidere, & ut talis tum petitione hereditatis conveniatur: qui verus sensus est *d. l. i.*

16. XIX. Porro, petitio hereditatis vel est ex testamento; vel ab intestato. *l. i. 2. 3. de Her. pet.* Querela nec est ex testamento, quia contra id datur; nec ab intestato, quia extante testamento jure valido non potest videri causa intestati. *l. 39. de Acq. her.* Respondet Vinn. *d. l.* esse ab intestato, quia testamentum ut iniquum rescinditur. Sed id falsum esse patet (1.) quia testamentum tum nondum est rescissum, sed jure valet. *l. 2. de Inoff. test.* (2.) quia hereditas, quæ nondum delata est, peti non potest. *l. 151. de V. S.* at testamento nondum rescisso, hereditas ab intestato delata non est. *l. 39. de Acq. her.* Non itaque tum ab intestato peti potest. (3.) Quia querela per sententiam facit & inducit causam intestati. *l. 6. §. 1. cod.* pugnant autem,

(31.)

tem, querelam esse ex causa intestati, cum ea causa demum inducatur finita querela seu rescisso testamento. *d. l. 6. §. 1.* Nec fieri demum intestati causa per querelam potest, & jam esse ante querelam.

17. Et qui possit esse querela ac petitio illa una actio, cum *XX.* illa agat de jure testamenti, *l. 16. §. 1. eod.* hæc de jure possessoris: *d. l. 9. & seqq.* *XXI.* Illa quinquennio finiatur; *l. pen. §. 2. C. de Inoff. test.* hæc 30. annis. *l. 7. C. de pet. her.* *XXII.* Illa detur constante testamento, finiatur rescisso; hæc rescisso incipiat. *th. 10.* illa ad rescindendum testamentum, hæc ad petendam hereditatem: &c.

18. Et frivolum nimis est, si dicatur, ea, quæ in petitione hereditatis generaliter constituta sunt, in una hac specie non obtinere, sed eam exceptam esse. Id enim non asferi, sed probari debet: aliàs inhærendum regulæ ac naturæ actionis.

19. Potissimum autem obstare videtur, quod sæpius per querelam dicatur evinci, vel institutâ querelâ peti hereditas, &c. ut in *l. 8. §. 8. §. 13. l. 20. l. 21. §. fin. l. 27. §. 1. §. 3. ff. l. 34. C. de Inoff. test. §. 14. Inst. de Her. ab int. l. 3. C. de Pet. her. l. pen. in fin. pr. Contr. Tabb.* Verum multò inanior est hæc anceps loquendi ratio, quàm ut subruere queat sententiam tam certam. Nam (1.) rectè dici potest res per illud quoque evinci, quod præparat viam evictioni; cum illud sit prima causa evictionis, sed mediata. Petitur ergo & evincitur hæreditas per querelam mediatè; scil. medio petitionis hereditatis, quæ cum querela conjungitur. (2.) Cum hæc hereditatis evictio per duas actiones fiat, querelam [sine qua fieri nequit] & hereditatis petitionem, quæ eodem libello cumulari solent, sufficit priorem expri-

exprimi, à qua initium fit evictionis, & cui altera regulariter cohæret; utraq; verò etsi aliquando exprimat, ut *in d. l. 34. & d. l. pen. pr.* non tamen ubiq; id fit vel fieri opus est. (3) In primis, cum non semper sequatur petitio hereditatis; ut puta, si rescisso testamento nulla amplius lis vel quæstio moveatur, sed tum possessor cedat. Id fit in objectis textibus, qui ferè de filio agunt, cum quo lis plerumq; tantum est; de viribus testamenti; quâ decisâ vix dubium superest.

20. Ufu quoq; fori nostram sententiam receptam esse, & ex *Sec. 2. th. ult.* sequitur, & inter omnes constat.

SECTIO V. DE EFFECTIBUS HUIUS DIVERSITATIS.

SUMMARIA.

1. *Querelam non competere nisi ei, qui ab intestato succedit.*
2. *Difficultates recentiorum inextricabiles.*
3. *Graves de iis querela Bacch. & Vinnii.*
4. *Aliorum, etsi sententia convenient, collisiones in consequentiis.*
5. *Jus planissimum esse ostenditur.*
6. *Cur alia rescissoria sint annua, petitio hered. semper perpetua.*

I.

PAUCIS præmonendum, requiri ad querelam non modò ut persona ejus capax sit, sed & ut justa actionis causa existat, scil. exclusio iniqua à jure succedendi: nam in agendo non solum personæ capacitas, sed & justa actionis causa desideratur. Hinc nemini querela cõpetit, nisi jus succedendi ab intestato habeat; cum nõ possit videri iniq; exclusus à jure succedendi, quod non habet; nec injuria ei facta, cujus jus non est.

Uti

Uti filio superstiti patri querela non datur, quia jus succedendi non habet: & filius emancipatus, cum is aliud jus olim non habuerit, querelam non agit, nisi bonorum possessio litis ordinandae causam data fuerit.

l. 6. §. fin. l. 7. pr. de inoff. test.

2. Acerrimè verò torquet Dd. immanis ille scrupulus; dum querelae & petitionis ordo adeò collidit. Nam I. Si honesto herede scripto præteriti sint parens & germani; ille solus querelam; utrique petitionem hereditatis habebunt. ex *N. 118. c. 2.* II. Ita, si parens & germanorum liberi, vel III. si germani & germanorum liberi præteriti, illis solis querela, etiam turpi herede scripto, datur; *l. 27. C. de inoff. test.* utrisq; petitio. *N. 127. c. 1. N. 118. c. 3.* IV. Si germani & consanguinei, utrisque querela datur; *d. l. 27.* illis solis petitio. *d. c. 3.* V. Si consanguinei & uterini, illis solis querela; *d. l. 27.* utrisq; petitio. *d. c. 3.* VI. Si consanguinei & germanorum filii, illis solis querela; *l. 1. inf. cod.* his solis petitio. ex *d. c. 3.*

3. De his, ut videntur, collisionibus ita queritur Bachov. in *§. non autem. n. 2. Inst. de inoff. test.* Ego in his rationem non invenio; & sepe repeto, videri Imperatores recentiores non adeò multum attentam ratione Juris, nec consideratis his, quae ex novis legibus absurda sequebantur, jus vetus & rationem ejus planè conturbasse. Idem coarguit Vinnius in *d. §. Non autem. n. 3.* his verbis: Ego non dubito, quin à posterioribus Principibus istud constitutum sit, non animadvertentibus, quae inde consecutura sit veteris juris perturbatio. Et neuter rem extricat.

4. Duo summi nostram memoriâ Germaniae Jcti, D. Struve, & D. Lauterbach, etsi in tuenda nova sententia, quod una actio sit, conveniant, tamen in his effectibus directò contraria sequuntur. Ille *Exerc. 10. §. 24.* petitionem hereditatis tribuit ex ordine querelae; eoque in th. 2. specie I. cum parente nec germanos; nec, in II. germanorum filios; nec, in III. hos cum germanis; at, in IV. germanos & consanguineos; non, in

F

V. cum

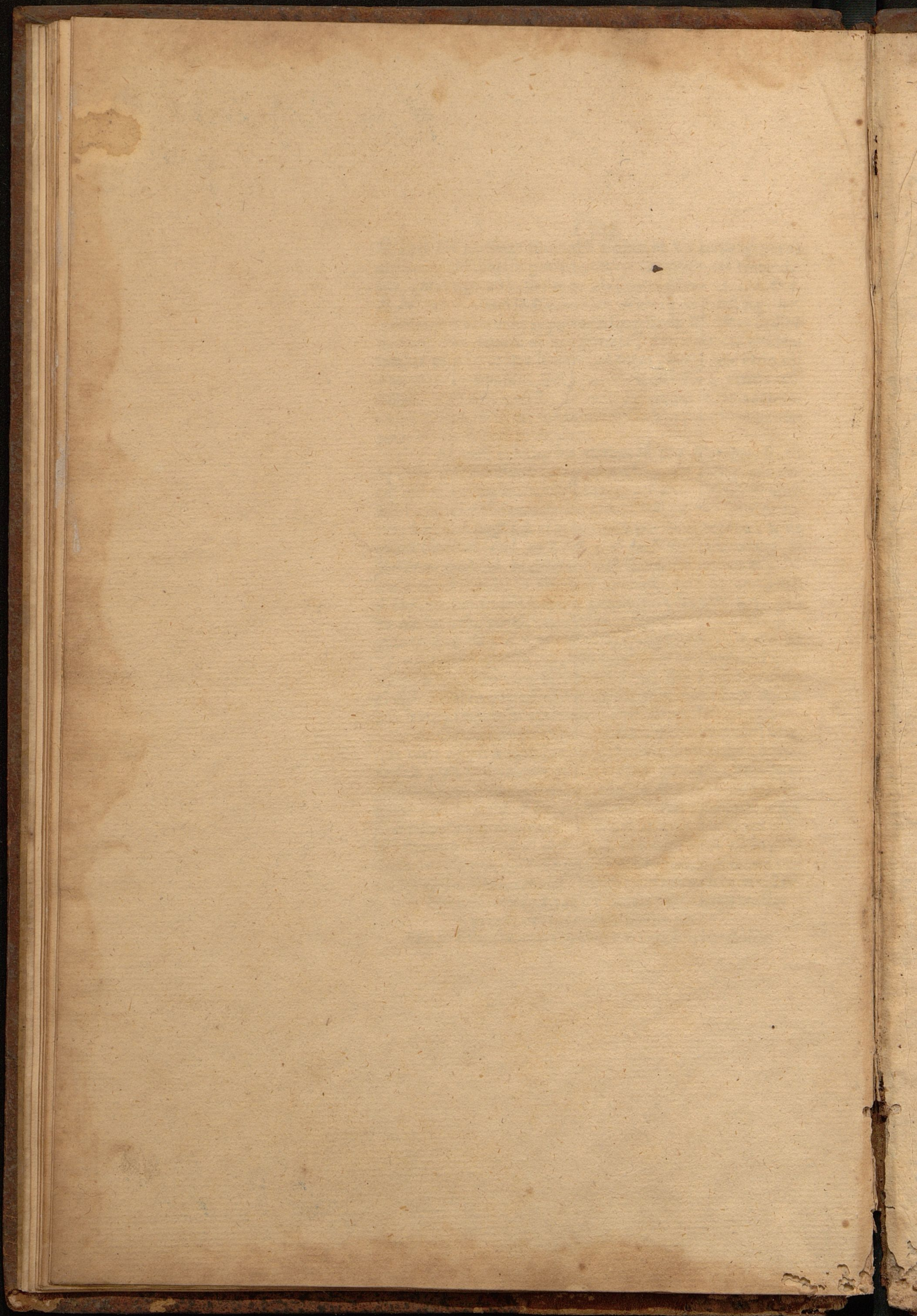
V. cum his uterinos conjungit; quin, in VI. consanguineos germanorum liberis praeferit; omnia convenienter sententiae suae, quod una actio sit; at omnia contra *Nov. 118. c. 2. & 3. & N. 127. c. 1.* Sed D. Lauterbach *ad tit. de Inoff. test. pag. 107.* omnia contra; is enim petitionem hereditatis tribuit ex ordine d. *Nov.* non attento ordine querelae; convenienter quidem juri, at directò contra sententiam suam, quod una actio sit: cum enim in omnibus speciebus th. 2. querela & petitio collidunt, quò fieri potest, ut una eademque actio adeò se cum diffideat, & in tot speciebus simul competat & non competat eidem, saltem in solidum.

5. At verò nullum jus planius est & evidentius, si, ut oportet, ritè distinguatur utraque actio, per *Sect. 4.* nec datur nisi ei, qui jus succedendi habet; per *th. 1.* Ita enim optimo juris ordine in th. 2. specie I. & II. soli parenti querela datur; *l. 27. C. de Inoff. test.* at testamento per eam rescisso, & sic causam intestati factam, per *l. 6. §. 1. de Inoff. test.* concurrunt in petitione germani, & germanorum liberi. *N. 118. c. 2. & 3. N. 127. c. 1.* Atque ita in III. solis germanis querela competit; *d. l. 27.* horum liberis quoque petitio. *d. c. 1.* In IV. solis germanis querela, per *th. 1.* & petitio. *d. c. 3.* In V. solis Consanguineis querela; *d. l. 27.* uterinis quoque petitio. *d. c. 3.* In VI. neutris vel querela vel petitio; nec enim consanguinei querelam habent; per *th. 1.* nec germanorum filii, per *d. l. 27. & l. 1. ff. eod.* Valet itaque testamentum & neutri succedunt. Atque haec ita usu recepta esse fatentur *Dd. D. Struv. d. l.*

6. Caetera quoque omnia plana sunt; & cumulari utraque actio potest & solet in eodem libello, scil. successivè, & juxta *Sect. 3. th. 7.* Denique quaeque actio naturam suam integram retinet, & querela quinquennio *Sect. 4. th. 2.* petitio 30. annis finitur: *l. 7. C. de pet. her.* Etsi enim alias rescissoria actio, licet perpetua, anno finiatur; *Sect. 3. th. 13.* quia contra jus civile à Praetore datur; *l. 35. de O. & A.* id tamen secus est in petitione hereditatis, quae etsi rescisso testamento, non tamen contra jus civile datur: cum ipsa quoque querela ex jure civili sit, non Praetorio. *arg. l. 2. §. 5. de O. l.* Caetera vel in *Sect. 4.* tractata sunt, vel inde ulterò sequuntur.

ERRATA Pag. 3. lin. 20. pro *cum. lege nam.* Pag. 5. lin. 5. lege *ēstāzēv.*





Ko 2923
4^o

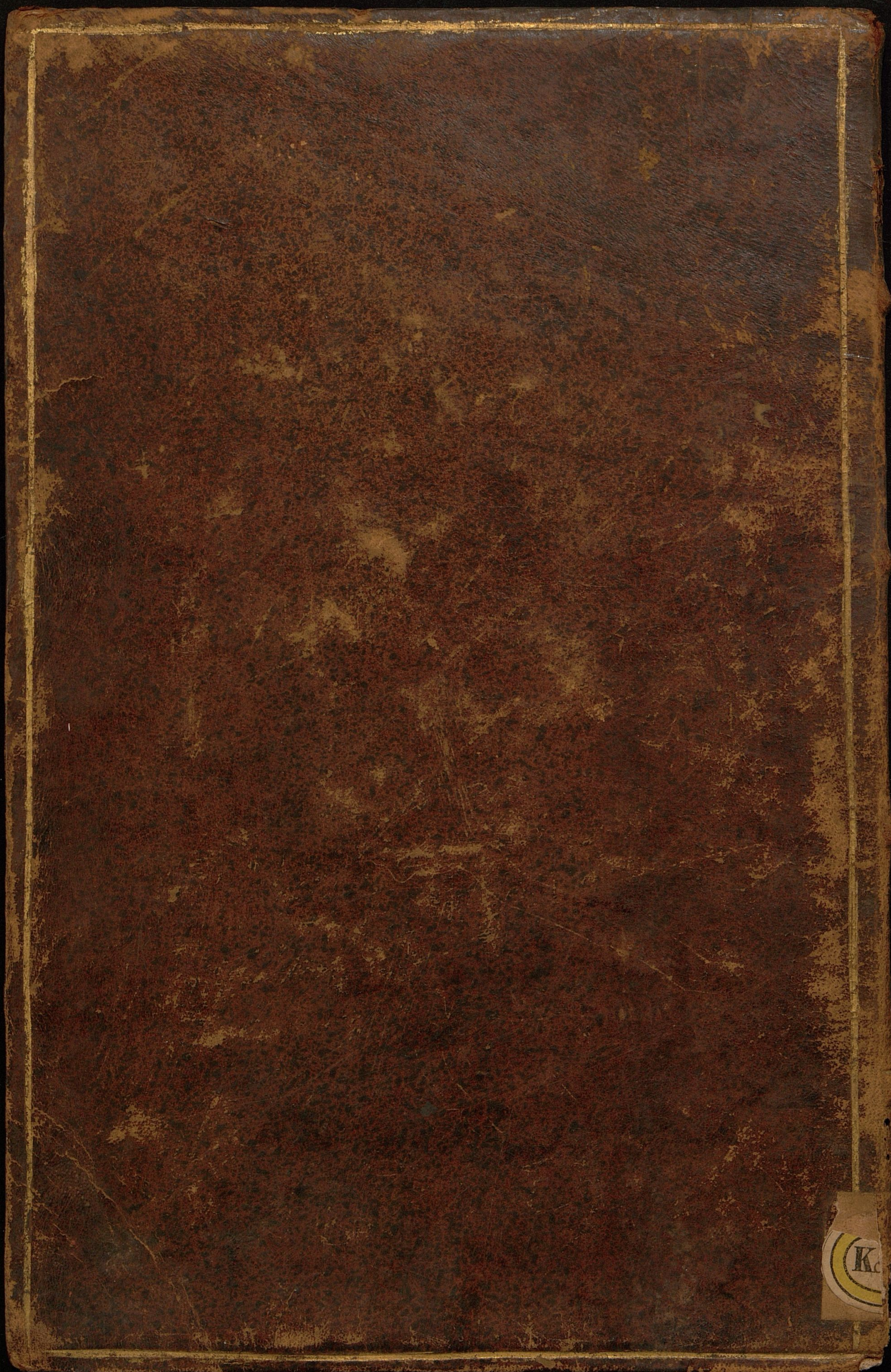
ULB Halle 3
006 698 638

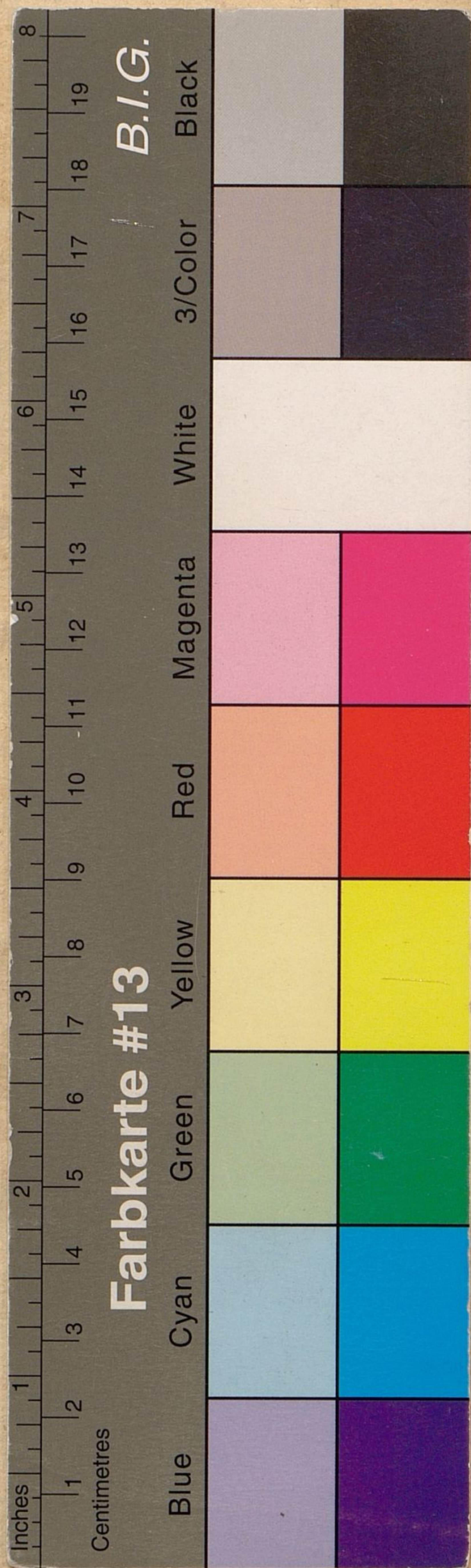


WMA

WMA







DISPUTATIO JURIDICA,
DE
**DIVERSITATE
RESCINDENTIS**

(ut vocant)
ET RESCISSORII JUDICII,
EJUSQUE EFFECTIBUS,
QVAM
DIVINA FAVENTE GRATIA,
SUB PRÆSIDIO
*VIRI MAGNIFICI, PRÆNOBILISSIMI, CONSUL-
TISSIMI atq; EXCELLENTISSIMI*
DN. HENRICI COCCEJI,
JCTI FAMIGERATISSIMI,
SERENISSIMI ATQVE POTENTISSIMI ELECTORIS
BRANDENBURGICI CONSILIARII, FACULTATIS JURI-
DICÆ ORDINARII, & PROF. PRIMARII,
Antea
SUMMI REGIMINIS ELECTORALIS PALATINI
CONSILIARII, & SUPREMI COLLEGII REVISORII ASSES-
SORIS, IN ALMA HEIDELBERGENSI DECRETAL. PANDECT.
& JURIS GENT. P. P. ORDIN. MERITISSIMI,
Suscipit
Ad Diem Novembr. Anno 1692.
VVERNERUS JUSTINUS Pagenstecher/
Duisburgo-Clivensis.
Francofurti ad Viadrum,
Literis CHRISTOPHORI ZEITLERI,