

concesserit jus, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & offendiendi luminibus suis, rebus incorporabilibus sunt duorum generum, confessorie, & negatorie: de rebus incorporabilibus generis unius, omnes scilicet confessorie: quamquam in harum rerum vindicatione verba confessoria non utitur, quia nulla in eis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alio agere oportet. *l. 5. si usufructus per. id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter negat, aliud alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali servitute, aut rei nostre libertate. Etsique in promptu hujus rei ratio. Nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovet: cum si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem, quam petit, adversarii esse negat, non ideo asserit, hinc quicquam suum esse, unde est, quod inutilis hi: sit agendi negatio, ut agentis non de jure suo, sed alieno dumtaxat. In servitutibus verb contracta est: nam qui servitutem se debere negat, hac insinuatione ipsa simul aliquid suum esse asserit: id est, rem suam liberam esse. *l. 4. §. 7. si servus vind. & proinde de suo jure, non alieno agit, ut est in d. l. 4. si usufructus per. que res factæ, ut negatio in his rebus agentis inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admittitur: non ut negas, sed ut asserimas, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.**

Nam in his agit qui non possidet. Ratio declarans id, quod proximè dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est, ut in his solus agere possit is, qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur. De quo plura paulo post. Inducitur autem hic alia controversiarum de rebus incorporabilibus & incorporabilibus differentia: nimirum quod in istis is solus agere possit, qui non possidet, in his is etiam, qui sit in possessione. Videamus quàm rectè. Si rem corporalem possidentem in rem actionem dari volumus, ea aut confessoria erit, aut negatoria. Ut confessoria possessori datur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restitatur. Hæc verò intentio nullo modo potest coavenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod habeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, & proinde restitueri non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat se possessorem esse, & nihilominus rem sibi restitui postulet ab adversario. Quod si contendat, rem non esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rem pugnat natura, per quam fieri non potest

actio, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quominus possessori datur, natura impeditio non est: nihil enim prohibet, actionem ultra possessori dari adversus turbatorem, eumve, cui sibi possessionis controversiam facturum demeruit, ne inquietetur, exemplo negatoria de veritibus, *l. 5. §. ut si usufructus per.* sed tamen hæc quidem possessore rei corporali prodita est, quia vita est non necessaria, & sufficere possessori ad servitutum, quod possidet, *l. 1. §. 6. ut possid.* Planè ad evincendum rem suam esse, quod qualis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporalem, quam non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nec de dominio esse, aut rem suam esse vincit, propterea quod negat esse adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporalium vero servitutum & libertatis vindicatione omnia contrario modo se habent: nam nec minus is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quam is, qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quam si non sit. Et hoc est, quod Ulpian. scribit, in servitutibus posse eundem & possessorem juris & petitorum esse, *l. 6. §. 1. si servus vind.* quod & traditur in *l. 8. §. 2. à rit. l. 5. §. ult. si usufructus per.* Nascitur hæc diversitas ex eo, quod rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo cum possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: aut adeo supervacuum sit, actionem ei ulro dari, cum ad securitatem hoc ipsi sufficit, quod possidet, *d. l. 6. §. ut possid.* Rerum verò incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu, & alterius patientia: etsique is usus non rei nostre, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impeditur possit. Actus mihi constitutus est in prædico alieno, patienti domino fundi aliquamdiu usus lum servitute, qui usus possessorem me facit, *l. 3. de usufructu. l. ult. de serv.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cum videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immixtum habeo in pariete vicini: ego lum possessor, *l. 8. §. 3. si servus vind.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immixtum habeam, vel sciente vel ignorante me, tignum præcidendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res cum faciat, ut effectu nec servitutem possidere videar: certe non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possides, qui non eo magis lum securus, ideo merito hæc actio nescitur visa est, qua contraque servitute utendi securitas tem, *l. 5. §. ut si usufructus per.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostre possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui eas nos uti libere patitur: quam patientiam etiam

aliquando præstitit, potest tamen, eum vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possidet, prodita est ei actio negatoria qua ulro judicio experitur, libertatemque rei suæ afferat, hoc effectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulp. in *d. l. 5. §. ult. si usufructus per.* Notandum autem, esse possessoris juris ulro actionem moyeat, licet tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maxime actionem ipse influentur, *l. 8. §. 3. si servus vind.* & ideo frustra hic nobis objici, non posse à veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores altere licem experiri, quam si alter petitor, alter possessor sit, *l. inter. 62. de jud. l. 1. §. 3. ut possid. §. 4. inf. de inter. Ut redeam ad propostia verba textus, ait Justinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum, ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit, non possit tamen non possidenti. Jam verò in istis rebus si quis agat, eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo sponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vindicatione locum non habere, sed confessoriam dumtaxat. Et potest etiam revera quique hoc per se intelligere, positio eo, quod in rebus corporalibus is solum rectè agat, qui non possidet. Et enim si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus, ea non alia esse potest, quam per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat: nam si neget suam esse, in se telum torquet: si neget esse adversarii, nihil hoc ad probationem ejus, quod intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in lite de corporali accommodari natura possit, quam confessoria.*

Et verò, qui possidet, non est actio prodita, per quam negat rem adversarii esse. Hæc pars agitur per adversitativam à precedenti distinguitur, tanquam diversum continens. Quid ergo illud est? Nempe hoc. In priori parti enuntiati dixit, in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet: ex quo solo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non posse: ideo verò non posse, quia natura rerum non patitur, talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari. Nunc et item qui possidet, eandem actionem detrahit, sed ita loquitur, ut non obsecrè indicet, esse id ex alia causa, quam ea, ob quam qui non possidet, hæc actio agere nequit: non enim naturam obliantem, quominus possidenti detur actio adversus turbatorem, qua neget rem ejus esse, & sic quiescere eum per judicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *l. 1. §. 4. de §. ut possid.* sed

Vinnius in Digestis. Sicut

aliquando præstitit, potest tamen, eum vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possidet, prodita est ei actio negatoria qua ulro judicio experitur, libertatemque rei suæ afferat, hoc effectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulp. in *d. l. 5. §. ult. si usufructus per.* Notandum autem, esse possessoris juris ulro actionem moyeat, licet tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maxime actionem ipse influentur, *l. 8. §. 3. si servus vind.* & ideo frustra hic nobis objici, non posse à veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores altere licem experiri, quam si alter petitor, alter possessor sit, *l. inter. 62. de jud. l. 1. §. 3. ut possid. §. 4. inf. de inter. Ut redeam ad propostia verba textus, ait Justinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum, ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit, non possit tamen non possidenti. Jam verò in istis rebus si quis agat, eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo sponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vindicatione locum non habere, sed confessoriam dumtaxat. Et potest etiam revera quique hoc per se intelligere, positio eo, quod in rebus corporalibus is solum rectè agat, qui non possidet. Et enim si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus, ea non alia esse potest, quam per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat: nam si neget suam esse, in se telum torquet: si neget esse adversarii, nihil hoc ad probationem ejus, quod intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in lite de corporali accommodari natura possit, quam confessoria.*

Et verò, qui possidet, non est actio prodita, per quam negat rem adversarii esse. Hæc pars agitur per adversitativam à precedenti distinguitur, tanquam diversum continens. Quid ergo illud est? Nempe hoc. In priori parti enuntiati dixit, in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet: ex quo solo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non posse: ideo verò non posse, quia natura rerum non patitur, talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari. Nunc et item qui possidet, eandem actionem detrahit, sed ita loquitur, ut non obsecrè indicet, esse id ex alia causa, quam ea, ob quam qui non possidet, hæc actio agere nequit: non enim naturam obliantem, quominus possidenti detur actio adversus turbatorem, qua neget rem ejus esse, & sic quiescere eum per judicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *l. 1. §. 4. de §. ut possid.* sed

Vinnius in Digestis. Sicut

tamen possessorem rei non ita agere, quia talis actio iure ei non sit prodita. Cur autem prodita non sit, iam ante explicatum est. An ergo dabitur confessoria? minime. Neque hoc ex eo, quod possident tantum detrahatur negotiorum, contra mentem Justiniani colligendum est, cui solum propositum, probare, negotiorum actionem in controversiis de re corporali nullum esse ulium. Ex his jam factis patere arbitror, causam nullam esse, cur que certo hic scripta sunt, mutemus, aut vel latius arguemus recedamus à constanti librorum omnium lectione. Theoph. in *paraphrasi* hic locum Græcè reddidit, *ut si movetur à dicitur in rem*. An ideo, quia paraphrasæ verba illa, *per quam neget rem adversus esse*, non expressit, sed simpliciter & generaliter scriptis, actionem in rem rei, qui possidet, proditam non esse, proflus locas hic mutandus, & verba ista detrahenda sunt? Nam essi non detrahatur, recta tamen & vera loci sententia, licet, si demas, aperitur. D. Hotomannus, cui tota periculis suspecta est, locum censet restitutum hoc modo: *Et verò, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse, aut forte actoris*. Sed nulla, ut ego quidem existimo, necessitate: nam & particule adversariæ *verò* sua vis constat retenta lectione communi, ut paulo ante demonstravimus, & verum est, actionem negativam possidenti non esse proditam, cum sit nulla, teste Ulp. l. 1. §. 6. *uti poss.* Ipse Hotomannus dum colorem intendere quærit, imprudens quod dictum in Justiniano culpaverat, mox laudat, ut præclare dictum ab Ulpiano. Frustra, autem pro voce *actoris* substituit *alterius* vel *actoris*: cum ex verbis Justiniani præcedentibus & antithesi, qua actorem opponit ei, qui possidet, perspicuum sit, actoris verbo hic intelligi eum, qui non possidet; non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc causa ageretur, actor esse deberet. Sic ergo adstructa hujus loci lectione & sententia, videamus, an rectè & legitibus argumentandi convenienter hic disputer Justinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: *Controversia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo qui possidet: neutro autem in genere locum habet negotiorum actio: ergo in totam in his controversiis locum non habet*. Bene, si quid unquam. Probatio enim est ab enumeratione partium, quarum à singulari in assumptione removetur actio negotiorum. Quod ad efficiendum id, quod propter, firmum & satis est. Quomobrem mirari satis non possum, D. Hotomannum, qui scribit, sepe se tentasse, alioque etiam artifices se peritiores adhibuisse, quo hæc Justiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera sententia eiceretur; sed non profectus huius. Sic enim ille omnino existimat, in priore parte assumptionis Justinianæ, que hæc est, *nam in his agit,*

qui non possidet, subaudiendum, *negatoria non semper possessori datur*. Ut sic hæc collectio; *Negotiorum actio semper datur possessori; in controversiis reum corporalium semper agit is, qui non possidet*. Quare in istis controversiis non est prodita actio negotiorum. Fatemur hujus syllogismi propositionem falsam esse; sed negamus, Justinianum sic argumentari, aut in argumentatione eius subaudiendum, quod Hotomannus eximit: rectam enim esse sine illo abunde probavimus. *Sand non uno casu*] Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc querunt, aut le invenisse putant: neque existimo, Justinianum ad querendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem abere voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Wetemb. legendum hoc loco arbitraret, *sand non uno casu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ utro onus probandi in se suscepit, l. *circa sum. 14. l. in exceptionibus. unde probat*. & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis alio quo casu agere aut actorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id verò non uno casu, sed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, testis est *Amilius Perretus*. Alii *Sand hoc uno casu, circa di. 19. in. Theoph.* VINN. Et hæc postrema lectio, si qua ulla, vera mihi videtur. Quis enim crederet, Tribonianum tam ineptè adfectare voluisse brevitate, ut multis verbis lectorem ad latiora digitorum volumina remittere, quam casum illum uno verbo indicare maluerit? Scripsit itaque procul dubio, unum esse hunc casum, quo is agat, qui possidet: cum alioquin ordinatè in iudiciis petitoris, possessor rei videtur subsistere. HUIJ.

TEXTUS.

De actionibus Prætoris realibus.

3. Sed ista quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & se que sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Alia autem sunt, quarum ex sua jurisdictione comparatas habent in rem, quam in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat; se quasi usufructu, quod non usufructu; vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usufructu, quod usufructu.

COMMENTARIUS.

1. Dicitur in his propositam agere principalem vel ad superiorem, & unde sumpta?

2. Legitimum quid proprie, & quid latius in usu juris?
3. Prætor non fuisse, actiones dare.
4. Nec omnes actiones, quæ edicto prætoris proponuntur, esse prætorias.

*1. Nominatur hic alia actionum divisio sumpta à causis efficientibus remotis, jure civili scilicet, & jure prætorio: que æque principalis est agere superior illa à causis proximis: nam omnes omnino actiones, sive in rem sint, sive in personam, aut civiles sunt, aut prætorie, quæ passim etiam honorariz appellantur, l. *actio* 25. §. *uti. de obl. et act.* Ad eundem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes *sup. tit. de obl. §. 1.* que divisio in illo tractata, non ut hic, secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera à causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiatur.*

2. Alia actiones, quarum mentionem habuimus.] Palam est, Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, que ante nominavit, led certas species horum generum antea expressas, videl. vindicationem rei corporalis, & de servitutibus confessioniam & negotiorum. Actionum in personam nullam expressit: itaque nec in verbis illarum aliqua significatur, sed contineri possunt iis, quæ proximè sequuntur.

Et si que sunt similes.] Similes sunt ex actionibus in rem, petitio hereditatis, l. 1. 2. 3. *de her. pet.* confessoria & negotiorum de servitutibus aliis, quam quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illæ, que eandem originem & causam remotam habent; nimirum que competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis; que cum innumera sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.

Ex legitimis & civilibus causis.] Legitimum proprie dicitur, quod est ex lege, id est, ea parte juris, quæ proprie lex appellatur in divisione juris civilis, §. *lex est. 4. sup. de jur. nat. gen.* Sed in usu juris latius accipi solet, ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, que legis vim habet, puta plebiscitis, Senatufconsultis, constitutionibus Principum, l. 6. *de part. l. 7. de exp. min. l. 3. §. pen. pro soc. l. 14. §. ult. de presc. verb. l. 25. §. ult. l. 3. unde legit.* Itaque actiones, que ex istis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit *et civilibus*, eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, que competunt ex obligationibus, que à jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum causæ eandem, que & obligationum contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egit supra in argumento obligationum, arg. §. 1. *de obl.* Conclusio inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prædum: quippe ex

parte juris nullas unquam actiones date sunt, aut dari poterant. Neque enim prædum fuit actionem constituisse, sed an data effet lege, interpretari, & eam, que data erat, ostendere, l. 2. §. *deinde. 6. et §. in civitate. 12. de orig. jur.* A prædumque quidem & nota ea pars juris civilis profecta est, que dicebatur legitimæ actiones: ceterum ea non actionum consuetudinem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam continet, ut aperte declarat Pompon. *l. loc.* Hoc obiter monere volui propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prædum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituisse poterint.

Ex sua jurisdictione.] Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictione prætorie, l. 1. §. *pen. de part. l. 7. de jurisd. et similit.* Nam edictum pars erat jurisdictionis prætorie, l. 2. §. *ed. 10. de orig. jur.* Enimverò non est argumentum actionis prætorie, quod prætor dicat edicto suo, actionem dare. Solabant enim prætores etiam actiones civiles edictis monitoris proponere. Exemplo fit actio commodati, l. 1. *commod.* sed ex dumtaxat prætoris funt, quas ipsi prætores ex jurisdictione sua introduxerunt: quod ab iis æquitate possulante ut plurimum factum est, cum actiones civiles decernerent.

Necessarium est exemplis ostendere.] Necessarium non absolute, sed cum adjuncto, si velimus, id, quod dictum est, rectè intelligere. Quamquam autem longè plures funt actionum prætoriarum species, quam que à Justiniano postea profertur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce.] Inducitur hic prætoriarum in rem actionum species duæ, *Publiciana & rescissoria*, que postea latius & separatim suis singulari paragraphis explicantur, §. 4. & 5. *Actor dicat, se quasi usufructu.]* Hæc intentio est Publicianæ: illud, quod legitur, *vel dicat, adversarium suum non usufructu*, pertinet ad rescissoriam. Illic fingitur dominium questum, quod revera questum non est: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat.] Verbum *possessor* expungendum videtur: nam possessor nunquam ultra actio datur; & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuerit. Uique id maius, quam cum Ruffard. Cujac. Hotom. *pro possessor, dicat adversarium suum non usufructu*, id est, dicat possessorem, eumdemque adversarium suum non usufructu. Quis enim ferre possit in oratione prola tam ineptè adfectam traiectionem verborum tantum ducam & inconcinnam constructionem? VINN. Vocabulum *possessor* non planè expunxerim, quia id & Theophilus habet, sed eo sensu: *vel à diverso cum aliquo, qui* S f f i f 2

rem meam usufructu se possidet, agere possunt, ac dicere. Patet itaque cum non legisset possessor, sed fortassis hoc modo: Vel ex diverso dicat, possidorem, adversarium suum, non usufructu. &c. HEIN.

TEXTUS.

De Publiciana.

4. Namque se cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptio- nis aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est; si is ejus rei possessionem casu amisit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita prodixit jure civili actiones, ut quis dominum suum vindicet. Sed quia san- ctum erat, eo casu deficere actionem, inventa est à Prætorè actio, in qua dicitur is, qui possessionem amisit, eam rem se usufructu, quam usum non cepit, & ita vindicet suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio prætorè in edicto proposita est.

NOTÆ.

4. Necdum dominus effectus] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usufructu. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cum habeat civilem, d. l. 1. §. 1. quamquam si nihilominus honoraria agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum Mynf. num. 28.

Directam actionem] It est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio folio domino competi, l. 23. de rei vindic.

Durum erat] Iniquum prætoris visum extraneum quemlibet vel injustum possessorem potorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi extraneum, quia justis domini exceptione merito Publicianæ obicitur, l. pen. et ult. de publ. in rem act. Cujac.

COMMENTARIUS.

1. Justa causa qua hic accipienda?
2. Cur ut Publiciana competat, necesse sit rem traditam esse? & nam aliquando ei competit, cui necdum tradita fuit?
3. An. et de rebus incorporabilibus? Ubi et de bona fide, &c.
4. An Publiciana etiam vero domino datur, & an cum rei vindicatione cumulari possit?
5. Cur requiratur, ut amissa sit possessio, & amissa casu?
6. Causa hujus actionis intraducenda.
7. Quæ sit & qualis in hac actione possitoris intentio?

3. Adversus quem datur? quid ei obstat? tamen quis ejus exitus?

Proponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta à prætorè Publico, qui primus eam introduxit, ut hic extremo testatur Justinianus. Porro hæc distincte de hac actione complectitur; quæ ex causa; cui competat; quod jure introducta; & quæ causa ejus introducenda; quid in ea actor intendat. Adversus quem competat; quod præcipue notandum erat, hic prætermisum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si rei aliqua] Nempe aliena, ut est in edicto, l. 1. h. t. de publ. in rem act. Hic autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, & necdum ejus rei dominus effectus est. Quod non aliter contingit, quam si is, qui tradidit, dominus non fuit: alioquin enim traditioe factam dominus efficeretur, qui accipit, §. per traditionem. 40. sup. de verum divif.

Ex justa causa] Justam causam accipimus eam, ex qua res à vero domino tradita factam dominum in accipientem transfert, l. 13. eod. in pr. Quod intellectum ex eo, quod sequitur in edicto, & nondum usufructum parat, d. l. 1. eod. Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transfertur, si dominus esset, qui tradit, sup. de usufructu. in pr. Causæ pluribus indicantur, d. l. 1. §. ult. et aliquot. Il. seqq. Hic tantum exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla est his causis præcedente cessabit Publiciana. Sed quid si iusto errore facti causa subesse putetur, quomodo sit, veluti si quis emerit à furioso, quem sane mentis putabat? Probarem distinctionem Accursii in l. 7. §. 1. h. t. ut ex hujusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eundemque venditorem emptio non detur, per l. 2. §. si à furioso. 16. pro imp. detur tamen contra extraneum, d. l. 7. §. 2.

Tradita fuerit] Ut Publiciana competat, exigitur ut res tradita sit, d. l. 1. d. l. 7. §. pen. et ult. eod. quod hæc rationem habet: quoniam antequam res tradita est, nemo le dominum factum prætereundere potest: cum non nudis conventionibus, sed traditionibus, dominia rerum transferantur, l. traditioibus. 20. C. de pact. Cæterum hoc ad eas tantum species pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut possessione apprehensione opus est. Nam quibus ex causis dominium adipiscimur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet: ut si dixerit postpositum est de eo, cui ex Trebellianorum restituta est hæreditas, l. 12. §. 1. hoc tit. item de domino, cuius servus, cum in fuga esset, rem à non domino emittit, l. si servus. 15. eod. quibus casibus cum usucapio procedere non possit, l. sine 21. §. usufructu. apparet, præteritionem dominum per-

usucapionem quæstio non esse hujus actionis requisitum essentiale: ac proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui sit in conditione usucapiendi, licet secus existimet D. Bachov. disput. 3. de act. rebf. 18. Sed & hoc falsum esse existimo, quod unquam petitor hæc actionem intuitus expressè intendat aut prædat ut se usucapere. De quo plura inferius. Porro & de usufructu & de servitutibus per traditionem constituit Publiciana datur, l. 11. §. 1. hoc tit. In his autem pro traditione est usus ejus rei & servitutem constituitis patientia, l. ult. de serv. Utiq; si quæ res sit, cuius alienatio ut usucapio jure est prohibita, de ea, ne sic ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, l. 9. §. pen. d. l. 12. §. 4. eod. Etenim si tantum idem res usucapi non potest, quia non possidetur adversus dominum, ut accidit in prædiis vectigalibus & superflucariis, potest hujus actioni esse locus, d. l. 12. §. 2. & 3. Quid enim impedit, quominus possessor rei emphiteuticæ aut superflucariæ adversus eum, qui tale jus constitutum habet? Azo in summ. ad hon. tit. n. 15. illud etiam, quamquam hic omnium est, exigitur, ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit, eam à quo accepit, dominum esse, aut jura transferendi habere, l. bona. 109. de verb. sign. In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, l. 7. et §. pen. et ult. hoc tit. l. 1. pro empt. de quo explicatum sup. de usufructu. in pr. Mynf. hic num. 24. Schneid. num. 41.

Nec dum ejus rei dominus effectus] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucapit, l. 1. §. 1. hoc tit. ubi Ulp. ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ergo, si dominus, cum difficultas esset, ut fere solet, dominum probato, hæc actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris, cum Mynf. n. 28. Oldendorp. class. 3. actio. 3. Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admittit, eodem libello Publicianam cum rei vindicatione disjunctam proponi, & rem peti jure domini vel quali domini posse, rectè defenditur; cum hæc actiones assidue magis sint aut diversæ, quam contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præsumptivè dominus est, & falsum esse, quod remedia prætoris denegentur is, quibus jure civili consuetum est, ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra & secundum tabulas. Bellè Bachov. disp. 3. de act. rebf. 17. Gomez. Mynfing. & Schneid. hic Gall. obs. 62. num. 5.

Possessionem casu amisit] Et amissam possessionem esse oportet, quoniam in rem actio nunquam utro possident. datur: quippe cui sufficit, quod possideat, l. 1. §. penult. uti possid. & amissam casu: nam qui facio & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, per-

mutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hæcenus dicta sunt, intelligi potest, quæ ex causa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cuius nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

Nullam in rem directam] Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita est, ut patet ex ratione subjecta, & oppositioe Publicianæ, quæ est inventa à Prætorè. Quod non est novum, nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relate, utiles sunt, licet eardem inter se oppositarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propositæ, aut per interpretationem & extensionem edicti introducuntur: De quo pluribus differui sub §. ult. de leg. Aguil.

Durum erat eo casu deficere actionem] Introductum hujus actionis causa fuit difficultas probandi domini. Quippe quod non statim transiit in eum, qui rem, licet ex justa causa fide traditam accepit, nisi & is, qui tradidit, dominus fuit, quod per quam difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est petitorum, civili in rem actione experientem fuscumbere. Cum itaque prætor iniquum videretur, quemvis vel injustum possessorem potorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset, ipse ex humanitate actionem introduxit, quia in hoc casu sua colore quodam dominum vinceret is, cui iusta rei possessio semel qualita esset, quando in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ jus introductæ fuerit causa.

Eam rem se usufructu] Hic indicat, quid petitor hæc actione intendat, nimirum se rem, quam petiit, usucapere. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usufructu. Nimirum non dicit actor expressè, se usufructu, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem rectè inferendum pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicit, se rem, de qua agitur, bonæ fide emississe à L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut juri restituarit. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usufructu, quia idem petiit, & jure prætorio consequitur, quod petere & consequetur jure civili, si rem usucapisset. In causis, ex quibus, & qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicit actor, rem sibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex Senatufconsulto obtinuit, l. 12. §. 1. l. 15. hoc tit. Quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, dominum quasi usucapione quantumvis fingi aut pretendi non potest. Vixit. Fictio

illa est pratoris non actoris. Quia enim prator directe leges evertere non poterat, leges autem non nisi vero domino vindicationem concedunt: usus est arte sua solemniter, & finxit hunc usufructum, quem non usufructu perit. Vid. *Antiq. nostr. Rom. Lib. 1. tit. 2. §. 24. Edit. nov.* Neque iniqua erat hæc fictio, quia nonungebat prator eum jus domini veri usufructu excludisse, sed tantum ratione tertii; nullo, vel infirmiore jure possidentis actorem in ea causa esse, quasi usufructu, quia si hic possessor obderet exceptionem non competentis domini, ea fuisset exceptio de jure tertii. HEIN. Restat, ut videamus, quod hic omnium est, adversus quem hæc actio datur. Datur Publiciana, ut cætera in rem actiones adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum, qui possidet iusto titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, si quidem ab eodem non domino, prior habeatur, cui prior res tradita est; utpote in quem prius tranlatum est jus omnium, quod in re, qui tradidit, habuit: si autem diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & junctæ titulo possessio fortior dicenda titulo nudo. *l. 9. §. 2. d. h. a. hoc tit. Quod si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is, cui primum res tradita, five ab eodem non domino emerit, five ab alio quæ alio: quæ species est, quam tractat Neratius *l. si ea. 31. §. ult. de act. empri. ut redde centent vulgo DD. Oldend. d. class. 3. act. 3. Schneid. ad §. præc. num. 28. & seq. latè & subtiliter Bachov. disput. 3. de act. s. 21. & 22.* De illa queritur, an Publiciana detur contra eum, qui per hæredem possidet. Decisio questionis pendet ex eo, an is, qui per hæredem possidet, ulcupere possit, nec ne: quæ de disputavimus sub §. *siusina. 7. sup. de usufr.* In universum autem jurti domini exceptio merito Publiciane obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quam quilibet quantumvis iustissimus possessor, qui dominus non sit, *l. penult. & ult. hoc tit.* Cæterum quæ vindicant domino obstant, quominus possessor ei rem restitueret debeat, eadem & possidenti ac Publiciana convento obstant, quominus retineat, *l. si à Titio. 72. de rei vind. l. si quis. 24. de exc. rei jud. add. D. Donell. hic. num. 15.* Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa re & fructuum præstationem, cujusmodi hæc in rei vindicatione civili: de quo scripimus ad §. 1. *sup.**

TEXTUS.

De rescifforia.

*5. Rursus est diversio, si quis cum republi-
ca causa abesse, vel in hostium potestate
esset, rem ejus qui in civitate esset usufruc-*

*perit, permittitur domino, si possessor rei-
publicæ causa abesse deserit, tunc intra
annum rescissa usufructu eam rem petere,
id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu
non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod
genus actionis quibusdam & aliis simili
æquitate motus prator accommodat scilicet
ex latiore Digestorum seu Pandectarum vo-
lupine intelligere licet.*

COMMENTARIUS.

1. *Actionem, quæ hic proponitur, & rescifforia in specie dicitur, esse Publicianam quædammodo contrariam.*
2. *Quibus ex causis hæc actio à pratore detur? ejusque introducenda causa.*
3. *Rescifforia adversus eum, qui abfens usufructu rem in civitate manens; ubi & alia.*
4. *Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præscriptio non currit?*
5. *Commentum esse quod de duplici judicio rescifforie & rescifforio interpp. erantur: ut & illud quod de duplici tempore.*
6. *Actoris in actione rescifforia intentio.*
7. *Rescifforio adversus eum, qui præfens rem abfentis usufructu.*
8. *An ex sola causa ignorantia restituio danda adversus usufructu.*

HOC loco proponitur actio in rem prætoriam appellatur, *l. nec non. 28. §. ult. ex quib. caus. maj. ult. C. eod. l. nullo. 24. C. de rei vind. l. ab hostibus. 18. C. de poss. l. rev. Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur, quod jure civili ratum est, *l. in hostibus. 35. in fin. pr. de obl. & act.* Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usufructu, quam actor in effectu contendit usufructu. Hic è converso de re usufructu, quam actor non usufructum intendit. Illic loco domini habetur, qui dominum nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de rescifforie majorum 25. annis, quod exat in *l. 1. quibus ex caus. maj. quæ parte scilicet præter eos, quorum res usufructu est, certis ex causis in integrum re restitutum pollicetur. VINN.* Rectè hæc notat Vinnius. Verè enim unus idemque utriusque actionis auctor est, puta Publicius. Unde non solum ejusdem naturæ sunt propter fictionem: sed & rescifforia discretè dicitur Publiciana. *l. 35. ff. de O. & A. & l. 57. ff. mandat. Publicium Ciceroni fuisse vob. 20. pletrique colligunt ex ejus. Oras. pro Clement. cap. 45. ubi meminit Q. Publici Prætoris. Sed mihi actio rescifforia antiquior videtur ob locum insignem Terent. *Phorm. Act. 2. Scen. 4. n. 9.* ubi Cratinus Advocatus, *quod TE ABSENTE hic***

scilicet agit, restitu in integrum, æquum est & bonum: & id imperabitis. Dixi. Verè enim loquitur de actione rescifforia, quamvis eam male tanquam rubra applicet. HEIN. Causas duas edicto expressit, clausula edicti prima est, secunda absentiam ejus, cuius res usufructu est, qui usufructu qualemcumque ejus, qui usufructu edicto promittit quavis ex causa, quæ ipsi iusta videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usufructu succurrit data absentiam rescifforia: si res absentis usufructu sit ab eo qui in civitate mansit, si res in civitate manens usufructu sit ab eo, qui abfuit. Quod posterius hic tantum tangitur: prioris autem partis, cuius & frequentior usus & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti jubeat. Introducenda hujus actionis hæc causam prætor habuit, quod iniquum est vium fuit, ut necessarium iustissime absentiam nocere abfenti, ut qualemcumque alterius absentiam nocere alteri, *l. item ait. 21. d. titul.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hic aut intracta aut minus peripica, indicata difces mox ex Commentario.

3. Causa Reipubl. causa abfentis De eo qui abfens usufructu, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa abfuisse: quod tamen fecus esse dicimus ex edicto, cuius in secunda clausula, quæ hæc causam continet, prætor non distinguit, quæ ea causa qui abfuerit, necessarier aut probabili, aut plane voluntaria. Quod & discretè Ulp. notavit. *l. item ait. 21. §. 1. h. t. ex quib. caus. maj.* Et verò hic iustissima quidem absentia prodebet absentem ad usufructu retinendam, absurdum sit, ei prodebet absentiam plane voluntariam, malitiosam puta aut animi causa susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor abfentis non extitit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui se ultro defensionem obtulit non aliter eum inquietari: & hoc amplius ne aliter quidem edicto in casu proposito locum esse, quam si aut amici abfentis de defendendo eum interrogant defensionem non suscipiant, aut nemo sit, qui interrogari possit, *d. l. item ait. 21. §. pen. & l. seq. eod.* Novissimè autem à Justiniano cautum, ut licet defensor abfentis nullus existat, tamen integrum sit presentem usufructu interruptere, adito iudice, & diligentia sua apud eum contestata, *l. 2. C. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti restitutum dari desit.

in hostium potestate Ut hic procedat usufructu, ponendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiaris teneat: hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res ut acquiratur, *l. ait prætor. 23. §. 3. hoc tit. l. iusto. 44. §. ult. de usufr.* Cæterum extra hæc causam captivus per servum aut filium

possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usufructu de possessione, atque usufructu inlinga captivitate interruptum in tantum, ut nec postliminio restituatur, *l. domique. 19. hoc titul. l. si it. 15. in pr. de usufr.*

Usufructu Potest igitur & abfens usufructu presentem, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *l. item ait. 21. §. 1. & deinceps l. seq. hoc t.* Alioqui jure traditur, *4* contra eum qui agere non potest præscriptionem non currere, *l. in fin. C. de annal. exc. l. in rebus. 30. vers. omnis. C. de jur. dot. l. 1. in fin. C. de bon. matern.* Respondent interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficiere, ne præscriptio currat aut impleatur. Exempla in *d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. in rebus. 30. C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præscr. 30. ann.* Facti vero, quale est, quod hic obijciat, non item. Itaque opus esse restitutione, & rectè: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi obijci, ubi quibusdam siltatur cursus usufructu ipso jure: ac singularum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

Permittitur domino Veteri scilicet, cuius res jure civili usufructu est. Hæc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potius quia à prætorè rescindente usufructu adhuc pro domino habetur.

Intra annum rescissa usufructu Actio hæc, licet rei perfectior sit, anno tamen eam fieri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis. 35. in fin. pr. de obl. & act. in Annum intellige utilem l. 1. §. 1. hoc titul. l. ab hostibus. 18. de poss. rev. pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in int. restit.* Quod autem ait, permitti domino rescissa usufructu rem petere, sic Paulus *d. l. 53.* hæc actionem dari rescissa usufructu, id non sic intelligendum est, quasi duplici judicio hæc res expeditur, decretumque aliquod antecedit, quod prætor rescindit usufructu, ac tum demum hæc actionem det, quæ petatur rem restitui. Sed ideo hoc dicitur, quia prætor, dum hæc actionem concedit, simul vero ipsa usufructu rescindit: quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla usufructu intervenisset, *l. 1. §. 1. l. sed est. 26. §. si ferria. 7. l. nec non. 28. §. penult. hoc tit. l. ult. C. eodem l. nullo. 34. C. de rei vindic.* Quibus ex locis manifestè apparet, rescifforie non usufructu in ipsa datione actionis consistere præterquam dici restitueret, cum actionem rescifforiam petenti concedit: ac proinde uno simpliciter judicio rem totam explicari, *fac. l. 9. §. 3. & 4. quod met. caus. l. 1. §. 1. d. del. l. 2. §. 1. de cap. minus. l. 1. de alien. jud. mut. caus. l. ult. §. ult. ad Sal. valles. Hoc & Gomez. hic. n. 8. & ult. odoratus est: sed explicata non potuit, aut solidè consultare communem**

DD. opinionem, secundum quam duplex iudicium hic necessarium, unum retinens, alterum rescissorium: ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus, quo rescindatur ufucapio, & sententia iudicis, qua restituitur iubeatur. Per de Bellapert. Jo. Fab. Jaf. Zaf. Myn. Schneid. hic. Odd. de restit. q. 33. art. 1. Mauri. de restit. c. 4. Quo opinio erronea est, & a ratione juris nostri valde aliena, ut ex his, que modo diximus, perspicue patet: in foro tamen recepta, ut sic utrumque remedium cumulati, id est, eadem utrumque operari & obtineri solet, Odd. part. 1. q. 33. art. 5. Mynt. 2. obs. 25. Oldend. class. 6. actio. 8. Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis iudicarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrit species quædam duplicis iudicii, dum quædam apud prætorem fere magistratuum tractabantur, quædam apud iudices datos. Cæteroque revera unum tantum erit iudicium: ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non inruebatur iudicium, sed à prætore constituebatur, data actio & iudice, qui de re cognosceret; unde nec illa, que apud prætorem fiebant, in iudicio fieri dicebantur, sed in iure: de quo fufius ad *pr. hujus tit.* Præcedens error secum traxit & alium de duplici tempore: uno, intra quod utendum fit remediis rescissoriis: altero, intra quod petenda & instituenda actio rescissoria illud volunt intentari posse intra quadriennium continuum; hanc fuisse anno utili. Donellus vult perpetuam esse. Sed ut una & simplex hic est actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & institui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum computandum à tempore, quo tempus etiam finitæ actio constitutum est, *l. ult. hoc tit. junct. l. ult. §. ult. c. de temp. in integr. restit.*

6. *Ut alicui possessorem usum non cepisse*] His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem in actione precedenti, ita hic quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectuum, que verborum exigenda est, quoniam sic agitur, ut effectus res ufucapta non videatur. Puta, non dicit petitor, possessorem rem, que petitur, usum non cepisse, quod & aperte falsum est, & perinde quasi negare, adversarium dominum esse: cuiusmodi formulæ in rerum corporalium vindicatione prodite non sunt, *§. 2. sup. eod.* Iudicium causam exprimit, ex qua actio est iure constituta sit: dicit, adversarium absentem rem ufucepisse, cum ipse interea ejus nomine agere vellet: & ufucapionem interrumpere non poterit: itaque petere se, ut sibi restitatur. Præterea quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo iudicium conceperit. *Si parerit, eam rem, qua de usucap. à possessore absente per statutum tempus possessam esse,*

cum interea petitor ejus nomine agere cum conaretur, non poterit, tam si ea res petitoris non restituerit, possessor damnetur.

Quibusdam ex aliis] Veluti absentis, cuius res ufucapta sit ab eo qui in civitate mansit, que causa restitutionis prima parte edicti expressa est. & sola nunc etiam utilis, cum ex causa superiore iure novo restitutio non debetur, *l. 2. c. de annal. exc.* Non omnibus verbò absentibus hac parte succurrit, sed his dumtaxat, quorum absentia aut necessaria fuit, *l. 1. §. 1. in pr. l. 3. cum seq. l. respub. 36. l. non vire. 43. hoc tit.* aut voluntaria quidem, sed iusta & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes. Hoc ex generali & postrema edicti clausula, *sed et si §. 2. §. pen. et ult. cum duabus ill. seq. Illud* tamen inter hæc interest, quod in necessariis & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit, in voluntaria aut ante prævia absentis non succurrit, nisi procuratorem reliquerit: isque procurator non egerit, aut interim defunctus sit, *l. 16. §. ult. l. nec non. 28. in pr. eodem* Quippe priorie casu nihil est quod absentibus imputetur: posteriore obijci eis potest, quod de rebus suis componendis ante discessum ponerit & debuerit cogitare, *d. l. 2. §. 1.* Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus, qui actionem ex his causis amiserunt, *d. l. 1. §. l. Julian. l. 7. §. 1. l. si quis 41. eod.* sed hoc casu actio restitutoria in perlonam est.

Simili aequitate motus] Quæritur hoc est, an sola ignorantia iusta & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus ufucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse, arg. *l. ultim. in fin. ibi, nulla ignorantia vel scientia expectanda. C. de præscr. long. temp. l. 3. et 4. C. de præscr. 30. ann. l. unic. C. de usucap. transf.* Nam cum sufficiens tempus præscriptum sit, intra quod quisque in res suas inquirat, etque sibi afferat, post illud tempus restitui postulas esse sola causa ignorantie, id est, ea, que conjuncta est cum desidia & negligentia, audiri non debet. Denique si ex hoc solo capite restitutum admittatur, ius de ufucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequetur finem suum, nunquam contra litium, semper dominia in incerto, contra *l. de usucap. Weltemb. parat. hoc tit. num. 10. Pinell. in auth. nisi triennalis C. de bon. nar. diff. comm. DD. Covarr. in c. possessor de reg. jur. in 7. pag. 3. §. 3. Gall. 1. observ. 19.* De præscriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur. Videfis Andr. Fachin. 1. contr. 69. Ant. Fab. C. suo tit. si adversus. *l. ult. et tit. de temp. in int. restit. Pinell. in d. auth. num. 58.*

TEXTUS.

De Pauliana.

6. *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia præfatis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam petere, id est, dicere, eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.*

NOTÆ.

6. *In fraudem creditorum*] Et eventum fraudis habuerit, *l. 10. §. 1. l. 15. qua in fraud. cred. & simal* is qui accepti, fraudis conficius fuerit, *l. 1. l. 6. §. 8. eod.* In causis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hæc actio dari placet, quatenus locupletior factus est, *d. l. 6. §. 11.*

Rescissa traditio] Unde tam actionem Paulianam, que rescissoria est traditionis, quam superiorem illam ufucapionis rescissoriam, actionem in rem esse, & ad exemplum vindicationis dari, contendit Cujac. & Fabrot.

COMMENTARIUS.

- 1 Agi hic de actione, que Pauliana dicitur; licet ea non in rem, sed in personam sit.
- 2 In personam esse, multum argumentis evincitur.
- 3 Dari hæc actionem creditoribus, sive ante, sive post missionem in bona, res in fraudem eorum alienata sit: interdum et in rem competere; que tamen hæc non pertinet.
- 4 Que concurrere debent, ut Pauliana sit locus?
- 5 Verborum edicti, Quod fraudationis, &c. explicatio.
- 6 Exditi non pertinere ad eos, qui id agunt, no acquirunt; ubi quædam notabilia.
- 7 Quando primum creditoris Pauliana experiri possit. D. Joan. Deckher. notatus.
- 8 Quævis hic sit rescissio et restitutio?
- 9 Intentio creditorum in actione Pauliana.
- 10 Dari hæc actionem intra annum utilem, quo primum experiri potestas fuit.

Tertia species actionis prætorie hic proponitur, Pauliana dicta, que datur creditoribus ad revocanda ea, que in fraudem eorum alienata sunt, *l. videmus. 38. §. in Faviana 4. de usur.* atque hoc pertinet, *tit. c. qua in fraud. cred. C. de rev. his qua in fraud. cred.* Hanc autem actionem Glossa & plerique interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; hæc autem exponi inter prætorias in rem, & subijci rescissoria tantum propter similitudinem, quam cum illa habet, quod utri per illam ufucapio, ita per hæc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile decur. Quod ego verissimum

Vinnius in Justinus.

puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum à Triboniano inconsideratè, & tantum ob similitudinem, quam dixi, hæc etiam explicante inter actiones in rem. Etenim in rem eam 2 non esse, primum ex eo evincitur, quod creditores non videntur, aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium sit, ut lequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit: si quis autem non possidet, non tenetur, *l. actionum. 15. de oblig. et act.* utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hæc actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa accepit, *l. 1. l. i. qui. 9. et l. seq. hoc tit. l. pen. C. eod.* ut hic non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et è converso, qui non possidet, nec dolo malo desit possidere, tenetur. Datur enim hæc actio non solum hæredi, sed etiam in hæredem similem personas, & qua tales, *d. l. 10. §. ult.* quod non minus quam prius illud à natura actionis in rem abhorret, que rem semper sequitur, & propter rem ejus possessorem, *l. 2. C. si non ex plur. hæred. Cum itaque in rem sit, relinquatur, ut fit in personam, §. 1. sup. eod. d. l. actionum. 25. de oblig. et act.* Et hoc verum esse, vel ex hoc uno intelligitur, quod hæc eadem actio in factum passim appellatur, *d. l. 10. l. 14. hoc tit. l. pen. C. eod.* quo nomine que appellantur, omnes in personam sunt; vid. Bachov. *disp. 3. de alion. thes. ult.* Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, sed in personam esse diversè testatur Ulp. *l. 1. §. hoc actio 26. si quid in fraud. patron.* Erit igitur & Pauliana in personam, cum utraque ex eadem causa deur; Faviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbum esse? Jurisconsultum sit. *videmus. 38. §. in Faviana 4. de usur.* palam inter actiones, que in personam sunt, etiam Paulianam numerat. Nam cum initio propoluisse videndum, quando in actionibus in personam etiam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis adductis, inter cæteras in personam actiones Paulianam quoque per quam que in fraudem creditorum alienata sunt, revocatur, *d. §. 4. recenlet,* & quidem conjunctum cum Faviana, quam in personam esse constat. At iniquis si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, *§. 1. sup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbe facit, si postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen, & tantum lucri sui causa, retinere tenetur, per *l. metum. 9. §. ult. l. item si 14. §. 3. mod. met. casus.* Frustra se fatigat Bachov hic *et disp. 3. de act. thes. pen.* dum probare conatur, actionem Paulianam

in rem actionem esse: add. Don. hic num. 3. & seqq. Ant. Fab. 2.6. conj. 16. VINN. Certum quidem est, Paulianam naturam potius personarum quam realem actionem servare. Neque tamen idem credibile fit, Tribonianum & locos tam fuisse principiorum juris ignorare, ut solo vocabulo *restitutionis* decepti actionem personalem pro reali viderent, maxime cum verosimile sit, eos in hoc titulo Gajum vel alium ex veteribus *ad nota* fere sequutos. Exillimo itaque actionem hanc ex mente pratoris & veterum versè esse in rem, quia nascetur ex jure in re, quod creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum consequentur. Unde patet, cur hic dixerit mentio fiat bonorum ex sententia *prædictis* possessionum: simulque intelligimus rationacionem non procedere ab actione Faviana ad Paulianam. Hic enim creditores res vindicant, quia prator eis jus in debitoris bonis dedit, hincque, res in fraudem alienatas non esse traditas, adeoque adhuc ad bona hæc, quæ possidentur ex decreto suo, pertinere. HEIN. Illud hic notandum est, quod actio Pauliana competat, si ve quid alienatum sit in fraudem creditorum antequam creditores in bona mitterentur; si ve alienatio facta sit, postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum quidem prius negat D. Joan. Deckher. 1. diff. 10. num. 27. Sed perspicue refellitur per l. 15. & l. 17. §. 1. hoc tit. Posteriore autem causa evenire potest, ut etiam in rem actio creditorum competat pignoris persequendi gratia. Nam si creditores in possessionem iussu magistratus missi etiam in possessionem venerint, constituitur creditoribus in bonis debitoris pignus, quod in iure dicitur pratoris, *l. non est mirum. 2.6. §. 1. de sig. alt. l. ult. c. de prat. pign.* cuius pignoris, si creditor forte possessionem amiserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amisisset, nunc actio, etsi culpa sua possessione cecidit, *d. l. ult. c. de prat. pign.* Verum hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quippe qua agenti necesse non est dicere rem in bonis debitoris manifeste: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. distracti. 14. & l. seq. c. de pign. sed neque species est Paulianæ, ut quidam putaverunt, quia datur adversus quemcumque possessorem, sed est species quasi Servianæ seu hypothecariæ, per d. l. ult. c. de prat. pign. & arg. l. 9. hoc tit. nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundum emptor non excluderet, cum tamen excludat agentem Pauliana.*

4 In fraudem creditorum] Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hic accipimus, si & animum fraudandi debitor. & eventum fraus habuerit; nam si alterumque desit, & vel propositum fraudandum nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu frau-

dari non sint, huic actioni non est locus, *l. ait prator. 10. §. 1. l. si quis. 15. hoc tit.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accipit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. hoc edictum. 8. d. l. ait prator. 10. §. 2. eod.* Cæterum hoc fit acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa; nam, in casu lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hæcenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, *l. 6. §. simili modo. 11. eod. l. pen. c. eod.* Planè, qui debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *d. l. 6. §. apud Labronem. 6. & seq.* Porro quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *l. pen. hoc tit. l. 6. §. 2. de reb. aut. jud. poss. aliarumque eodem pertinentium, vid. Bart. in d. l. pen. Pet. Fab. ad l. generaliter. 8. de reg. jur. Ant. Fab. 2. conj. 14. Gaill. 1. obs. 25. n. 14. & seqq.*

Alicui tradidit] Edictum generaliter versus conceptum est, *Qua fraudationis causa gesta erunt, &c.* quæ verba latissime patent, continentque quidquid quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque quaecumque id fuerit, hic in fraudem actione revocatur, si ve rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, ulucapi passus sit, usufructum aut servitutem non utendo amiserit, si ve acceptatione aut pacto debitorem liberaverit, ut data opera ad iudicium non adfuerit, vel licet moveri passus sit, vel à debitore non petuit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberaverit, vel quem alium in fraudem creditorum praproposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut le obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere, & quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *l. 1. cum 4. seqq. l. 10. l. si cum. 12. & seqq. l. 14. & passim deinceps, hoc tit.* Planè ille in ea causa non agit, ut edicto locum faciat, qui id agit, non acquirit, quod acquiret potest puta qui legatum aut hereditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *l. 6. pr. §. 1. & aliquot seqq. eod. l. non fraudandorum. 134. de reg. jur. fac. l. 5. §. 13. & seq. de don. int. vir. & ux. D. Diod. Talden. in C. hoc tit. n. 4. Latè & eleganter D. Wefemb. conj. 17. n. 42. & seqq. Atque hinc est, quod nec sors hæres se abstinent edicto locum facit, *l. 3. hoc tit. d. l. 1. §. sed si 8. si quid in fraud. par. Jo. Gutierrez in repet. cap. quævis. 2. de pact. in 6. n. 24.**

TEXTUS.

De Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria.

7 Item Serviana & quasi Serviana (qua etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Pratoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur qui de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecarum persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenitur, ut si pro debito obligata, utraque hæc appellatio continetur. Sed in aliis differentiæ est. Nam pignoris appellatio eam pro præ rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventionione tenetur, pro præ hypothecæ appellatio contineri dicimus.

NOTA.

7. Quæ pignoris jure] Scilicet tum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi essent obligata, §. 3. in fin. inf. de inter. tum fructus in fundo conducto nalcntes; quæ tacite intelliguntur pignori esse domino fundi, *l. 7. in quib. caus. pign. tac.* In prædictis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam investita & illata ab inquilino citra conventionem pignori sint: in rusticis autem prædicti contra observantur, *l. 4. d. tit. l. 4. de pact.*

Quæ simul traditur, &c.] *l. 9. §. 2. de pign. alt. l. 238. §. 1. de verb. sign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter *hypotheca*, & *hypotheca*.

COMMENTARIUS.

- 1 Causa introducenda actionis hypothecariæ.
- 2 Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quod exitu datur?
- 3 Quorum rerum probatio creditori pignus persequenti incumbit?
- 4 Necessè non est ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuisse, dummodo probet fuisse in bonis ejus.
- 5 Differentia juris veteris & novi circa hæc actionem, quando alius, quem debitor, pignus possidet; tum quid hic juris apud Romanos?
- 6 Nomina Serviana & quasi Serviana unde? Hypothecaria nomen commune: differat à pignoratitia.
- 7 Edictum quibus verbis à servo conceptum? Tituli 2.

7 Bonis ejus possessis] Id est, postquam creditores à magistratu in possessionem bonorum debitoris missi sunt. Nam hæc actio demum competit post possessionem, executionem, & distractionem bonorum; nec aliter, quam si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, *l. pen. G. hoc tit. de quo farsè Schneid. n. 49. & seqq.* Sententiam hujus loci corripit D. Joan. Deckherus ubi sup. Nam vitiosè planè & per fallaciam compositio- nis & divisionis hæc textus verba, *bonis ejus possessis*, ita accipit, ac si significarent, pro his demum bonis revocandis hæc actionem competere, quæ debitor alienavit, postquam jam bona possessa erant, & hinc probat, Paulianam non competere de rebus ante missionem in bona alienatis. Perperam, inquam, quoniam verba ista non ad tempus factæ alienationis, sed intentandæ hujus actionis referenda sunt: per l. si quis. 15. l. omnes. 17. §. 1. hoc tit. jurct. l. pen. C. eod. *hæc creditoribus*] Plerumque curator bonorum hic constituitur, *tit. de cur. bon. dand. cui tum hæc actio exercenda datur, l. 1. hoc tit.*

8 Reversâ traditione] Sic intelligo, ut §. prædictum est, vi ipsa restitutionis in integrum & iudicij constituitur. Rescinduntur autem hæc in factam actione, & in postquam ita restituantur omnia quæ in fraudem creditorum facta sunt, perinde ac si nihil eorum factum esset. Itaque non dominia solum revocantur & res ipsæ, verum etiam obligationes, actiones, fructus, accessiones, cæteraque commoda restituantur, quæ creditores habuissent, si nulla alienatio aut liberatio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. ait prator. 10. §. per hæc. 19. & 3. seqq. l. hæc in factum. 14. l. omnes. 17. l. ult. §. non solum. 4. hoc tit. l. videmus. 33. in Serviana. 4. de usur.*

9 Dicere, traditam non esse] Non disertè ac nominatim: quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda: sed dicere & intendere effectus & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim hic apud creditores, quasi revera res nunquam tradita sit. Adversus quos hæc actio datur, satis est agere, quæ superius dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venuleji etiam adversus ipsam fraudatorem datur, *l. ult. §. ult. hoc tit.* Datur intra annum, *l. 2. l. 10. eod. tit.* mirum quia velut superior illa contra jus civile introducenda est, vel quia naturam actionis pœnalis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, *d. l. 10. §. pen.* Annum intelligimus utilem, quo primum experundi potestas fuit, *d. l. 10. in pr.* Itaque annus hujus actionis computabitur ex die vindictæ bonorum, factæ scilicet à creditoribus decreto magistratus, *l. 6. §. ult. d. l. 10. §. annus. 18. eod.* Ante enim agi non potest, & non valenti agere præscriptio non currit, *l. 1. §. ult. C. de annal. exc.* Joan. Fab. n. 17. Mynl. n. 63. Schneid. n. 83. Inconsideratè igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Wefemb. par. hoc tit. num. 12.

regionis iudice bona sua apud acta publica obligasse, *d. art. 35. Grot. d. lib. 2. cap. 48.*

Utrumque hac appellatione continetur] Sensus est, quæcumque res sit, sive mobilis sive immobilis, sive tradita sive non tradita, quæ pro debito obligata est, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promittitur in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod eam modum ei adhaeret creditori competit, tam pro pignore propriè dicto, quousque felicitè sit possessio, quam pro hypothecâ, ita ut effectus juris non differant. Ex hoc dictum est ab Ulpiano, pignus contrahi non sola traditione fed etiam nuda conventione, est traditum non est, *l. de pign. act. Santè quod novissimum iure constitutum est, ut debitor prius conveniatur, & facultates ejus exequantur, & sic demum, si reperitum sit, debitorem non esse solvendo ad pignoris possessionem pervenitur, Nov. 4. cap. 2. id perique putant tantum locum habere in hypothecâ, non in pignore propriè dicto, cujus licet possessio ab initio ex conventione penes creditorem fuerit, & postea forte amissa; sed hoc casu adhuc statim & recta possessionem pignoris advocari posse; quæ sententia non caret ratione. Negal. de pign. part. 8. memb. 1. n. 18.*

12 *Pignoris appellatione eam propriè rem, &c.*] Si significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius ulum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus propriè dicitur, cum simul res traditur creditori. Græcis *ὑπόθηκος*, & præsertim si sit mobilis; hypotheca autem cum res sine traditione nuda conventionione obligatio subijcitur. In pignore id nostri sumpserunt à notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit à pugno, ut si res, quæ traditur manu, ac velut pugno, *l. plebs. 238. §. 1. de verb. sign.* Unde maximè id dicitur de re mobili, in quam solam cadit ut manu capiatur: sed propter traditionem translatam ad res omnes etiam immobilis, quarum possessio eidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est quod posterior ætas usque Latini sumunt, dictam *ὑπόθηκος*, quod est *supponere*, id est, *pignori opponere, fiduciare*; ut appareat, verbum generale esse, eoque significari utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditur, quam quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumneris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subijcitur significationem habeant, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cum per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ea appellatione intelligatur speciem pignori contraria, id est, res quæ sine traditione nuda conventionione tenetur, & maximè immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypothecæ à pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. si rem. 9. §. propriè. 2. de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videntur, sed Latine *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis, quæ manum Triboni

niani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materie pignoris agitur, nunquam nomen hypothecæ occurrit, sed fiducia dumtaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptorum sententiarum, *lib. 1. tit. 9. lib. 2. tit. 5. lib. 3. tit. 6. de legat. lib. 5. tit. 26. in fin.* sicut nec actionis hypothecæ ullibi in his mentio extat, fed fiduciariae, iudicis & actionis fiduciæ tantum: ut apud eundem Paul. *d. lib. 2. tit. 13.* Modestinus apud Licinium Rufinum in *collat. leg. Moïse, & Rom. tit. de pos.* Sed in cæteris quoque partibus juris ista regula (de culpa præstanda) consuetur: *sic enim & in fiducia iudicio, & in actione rei uxoria & adules & culpa deducitur, &c.* Papinianus apud eundem *tit. de atroc. injur. Per hominem liberum noxa deditum si tantum acquisitionem sit, quantum dampnum dedit, manumittere cogendus est à prætoribus, qui noxa deditum accepit, sed fiducia iudicio non tenetur.* Fuit verò & hoc ipsum fiduciæ verbum generale, eoque tam pignus, id est, *ὑπόθηκος*, quam *ὑπόθηκος* significabatur. *Cic. in Topic. cap. 10. Si tutor fidelem præstare debet, si fidei, si cui mandatis, si qui fiduciam accepit, habet & procurator.* Paul. *d. tit. 13. Debitor distractus fiduciam à creditore de superfluo adversus eum habet aditum.* Sed usus item speciale fecerat contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. *d. lib. 1. tit. de modo id ff. spatio Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, &c.* Idem alibi *Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciam dedit, &c.* id est, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariff. Salmat. *lib. de mod. usur. c. 14.* VINN. Cave exilimes fiduciam fuisse hypothecam, quamvis in pignoriis & hypothecis constitutendus usus ejus esset frequentior. Erat nimirum fiducia singulari generi contractus; quo tunc utebantur quoties ea lege quid mancabant alienabant, ut quandocumque placebat alienanti, res restitueretur. Id quod sibi caveant hæc formula: *Usi inter bonos bene agere oportet, ne propter te tuamque fidelem frauder.* *Cic. de off. III. 17. & ad Fam. Epist. VII. 12.* Hinc creditores non contenti pignus se habere, illud sibi mancipari jubebant, addito tamen contractu fiduciæ, ut reddita pecunia, pignus restitueretur: *l. fid. H. ff. Orig. 2. 5. Ger. Noodt. Obs. II. 8.* Inde fiducia aliquando pro pignore locis hinc citatis, & apud *Cic. pro Flacc. cap. 3. fiduciam servus, pro oppignorato apud Paul. Rec. Sent. II. 13. 2. fiduciare pignoriis alterum apud Tertull. de idololatræ.* Eodem fiduciæ contractu aliquando usus esse in locatione conductione ex Plauti *Bœch. Act. IV. Sen. IV. v. 109.* colligunt. Nec minus idem factum videtur in contractu depositi: saltem fiduciam pro deposito dicit à Cicerone *pro A. Cæcio. cap. 3. & pro R. Rosci. Comed. cap. 6.* non abs re coniecit Taubmann. ad Plaut. *p. 489.* Denique hæc fiducia usus in emancipatione liberorum satis notus est. *Ud. Antiq. n. ff. Rom. lib. 1. tit. 12. §. 9. H. BIN.*

TEXTUS.

De actionibus Prætoris personalibus.

8. *In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor, veluti de pecunia constituta: cui similis videtur recepticia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenus habeat, hoc in actionem pecunie constituta transfusum est) & ea quasi supervacua iusta est cum sua auctoritate à nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarium; & eam, per quam queritur, an actor juraverit; & alias complures.*

NOTÆ.

8. Recepticia] Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantum in argentarios dabatur, cæterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem constitutoria, quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui darent, numero, fed tantum de rebus, quæ non debito constituto. *l. 2. C. de const. pec. add. Salmat. de mod. usur. cap. 16.*

In actionem pecunie constituta] Actionis receptitiæ vis omnis à Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quod non constituitur nisi debitum, est recipiebatur & non debitum, *d. l. 2.*

COMMENTARIUS.

- 1 *Recipere quid? actio recepticia.*
- 2 *Actionis receptitiæ & constitutoria discrimina: & præcipua causa.*

Hætenus actiones prætoris in rem; subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, easdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam, quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multe & varis sunt species causis efficientibus proximis distinctæ; neque enim hoc loco omnes, sed paucæ tantum proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæc tres, de constituta pecunia, de peculio & ex iurejurando.

1 *Cui similis videtur recepticia*] Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitiæ, sic dicta à verbo *recipere*, quod inter alia significat in se aliquo suscipere & polliceri: nam passim apud Classicos auctores invenies, *recipere in se, ad se, & se implerit recipere*, dictum pro aliquo facturum promittere: & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quam *promittere*. Cicero Licinio Crasso *Fam. lib. 5.*

epist. 8. vobis exilimes, me ea, qui tibi promitto, ne recipio, sanctissimè esse observatum. Hoc autem receptitiæ actio tantum ad prætorias, sive menfarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut cum moris erat: pecunie & res civium Romanorum deponabant. Itaque si menfarius circa stipulationem receptitæ, fe certo die soluturus, quod hic vel ille apud fe deposuisset, hoc conventionis generis receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea fe competebat, receptitiæ five pecunie receptæ.

Nostra constitutio] Extat in *l. C. de const. pec. 2.* Quantum autem ex hac constitutione Justinianus intelligere licet, hæc inter actionem receptitam & constitutoriam discrimina fuerunt: illa civilis erat verbis solemnibus composita, hæc prætoris: illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constitissent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum in hanc non nisi debitum: illa in quibuscumque rebus, hæc in iis tantum, quæ pondere, numero, & mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentie hæc fuisse causam putat eruditissimus Salmatius *lib. de mod. usur. cap. 16.* quod olim menfariis actionibus præterant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponabantur, quia publice fidei erant quasi sequentes. Idcirco & promittebant, fe soluturos aut reddituros pro aliis res quascumque mobiles vel immobiles. Cæterum Justinianus tubiata receptitiæ: unam esse voluit actionem ad veritatem omnibus constitentibus, & de omnibus rebus constituitis, eam, quæ pecunia constituta appellatur, quod & ad agendum esset commodior, & verbum *pecunia* omnibus conveniret, *l. pecunia. 178. de verb. sign.*

Si quid plenus] Hoc tamen excepto, quod non constituitur, nisi debitum, est olim in receptitiæ veniebat & quod non fuerat debitum, *d. l. 2. C. de const. pecun.*

Et alias complures] Cujusmodi sunt quod justitæ exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verio: quæ etiam explicantur *tit. proximo.*

TEXTUS.

9. *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro se, vel pro alio soluturos fe constituerit; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.*

COMMENTARIUS.

- 1 *Actionis de pecunia constituta introducta causa.*
- 2 *Singulare in hac actione.*
- 3 *Quibus ex causis hæc actio tenentur?*
- 4 *Constitutæ & fideiussimæ convenientia & dissimilitudo.*

Actio de pecunia constituta edicto prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pa-

do constituerit se futurum, quod ante debitum fuit, l. 1. §. 1. de const. pec. l. 1. C. eod. ex hac causa iure civili actio non competit: quippe quod iure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmanda gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta custodienda putavit moris naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait d. l. 1. in pr. grave est fidem fallere. Grave scilicet in hac specie maxime, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventionione stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit, quod constituitur, prætor actionem non dat. Illud in hac actione, ut singularè observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per adorem stetit, quominus fieret, quod constitutum est, l. si duo, l. 5. §. 3. et seqq. l. sed et si 27. et l. seq. de pec. const. Ex quo simul intelligimus non amitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo: quod ratio iuris civilis non patitur; sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die, quominus oblatum acciperet. Nimirum prætori novam actionem præter regulam juris inducuntur vim est, eam sic proponere, ut quam mitissimè cum re ageretur, & quæcumque culpa posset actori in accipiendo obijci, ne actio daretur.

3 Pro se vel pro alio] Is solus actione constituitur pecunie teneri, qui quod ante debitum fuit, constituit, l. 1. §. 1. & passim deinceps, l. 5. §. 2. l. item illa. l. 8. §. 1. h. de pec. const. A quo autem debitum sit, utrum ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest, d. l. 5. §. 2. l. 1. C. eod. Sed nec illud refert, quæ ex causa, quove iure debitum sit, dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, l. 1. §. debitorum 6. et deinceps, l. 3. §. 1. eod. Hoc amplius, etiam qui constituit alii, quam creditor, modo pecunia debita sit, valet constitutum: nihil enim prætor adiecit, d. l. 5. §. 2. Postremo & aliud, quam quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui citiore die, aut alio loco, quæm quod dari oportet, d. l. 1. §. an potest, §. 1. l. 1. §. in pr. eod. Id vero sub conditione debetur, si ve purè sine in diem constitutur, ea dem conditione suspenditur, ut existentè conditione valeat, deficientè utrumque pereat. Sed si, qui purè debet, si sub conditione constitutur, in hunc esse utilem, id est, efficacem actionem, Pomponius censuit, l. id quod, 19. p. §. 1. eod.

Nuda stipulatione interposita] Actioni constitutorie tunc locus est, cum quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio interveniret, actio honoraria non desideratur, cum sit civilis et stipulatio. Illud sciendum est, constitutum præter obligationem non innovare, sed ea accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, ad huc obligatum manere, l. ubi quis, 28. eod. Quæ species constituti multa habet cum fideiussione communia. Veluti quod liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecunie constitutæ reus, l. in omnibus, 43. de solut. quod ei beneficium

ordinis & executionis non minus quam fideiussori tributum est, Nov. 4. c. 1. & si plures sint pecunie pro alio constituta rei, quod his etiam competit beneficium divisionis, l. ult. C. h. r. Ceterum & in multis dilcrepant: nam constitutum nudo pacto perficitur, fideiussio stipulationem requirit: constitui potest etiam aliud, quam quod debetur, & alii, quam creditor, & quod ulteriore die debetur, constitui citiore. Quorum nihil admittit fideiussio, ut docemus sup. de fideiuss. sub. §. fideiussori, §. 5. quo loco etiam monimus, hodiernis moribus constitutum à fideiussione vix differri posse, sobrata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Grecos, qui stipulationem firmamentam pactionibus suis non adhibebant, nullum hac in parte discrimen fuit inter *arrabamento* & *ipso* communem.

T E X T U S.

De peculio.

10. Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso iure non tenerent, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.

N O T A.

10. Ipso iure non teneantur] Filiusfam. patrem civiliter non obligat; nec servus dominum, l. 8. de resc. vend. l. 8. §. ult. de accip. Veluti patrimonium] l. 32. in fin. pr. de pec. Peculium autem filiiam. hic constitutum tantum accipimus, l. 18. in fin. de castri. pec. l. 6. & l. ult. C. de bon. qua lib.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Causa introducenda actionis de peculio.
- 2 Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.
- 3 An actio de peculio, qua adversus patrem datur, specie differat ab ea, qua tenetur filius?
- 4 Cujus peculii nomine pater ex contractu filii vellet conveniatur?
- 5 Actio de peculio non consumitur obligationem, qua cum filio aut servo contracta.
- 6 Ex delictis actionem de peculio non dari.
- 7 Causa, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligans.

Tiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiiam, aut servi aduersus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætorie. Nam iure civili nemo ex alienis contractu obligatur, l. 1. C. de ux. pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pot. Sed prætori æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hæctenus obligari, quantum causa contrahendi, id est, peculium filio

aut

aut servo concessum pateret: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraheret quos peculium habere scirent, circumvenirent. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filius & servus concedunt, de eo se tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, arg. l. 1. §. item, §. 5. de acquir. poss. l. 1. si a pat. quis man. ut proinde qui cum servo aut filio contrahebat etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur. Porro ut hic locus ostendit, actio de peculio non est actio in rem, sed in personam. Quippe que non nascitur ex ullo iure, quod quis in re habet, sed ex obligatione, ut passim legitimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligatio autem non ex sua persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modo allegavimus. Planè in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit, l. et ancillarum. 27. §. 2. de pecul. actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eundem locum habeat, l. actionum, 25. de obl. & act. Ceterum hoc ideo placuit, quia prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

Actioes] Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi, &c. de peculio. Quæritum autem est, an actio, de ea, quæ de peculio adversus patrem datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit, ut quemadmodum duo hic sunt debitores, l. si quis 44. de pecul. ita & dux sint distinctæ actiones; an verò una sit eademque actio. Et certum est, numero quidem hæc actiones differre; at non videntur differre specie; sed actio de peculio cum altera illa esse eadem specie actio, novam saltem qualitatè habens. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi, ex empto, adiectio; prorsus ut actio noxalis non est propria alio specie distincta ab ea, quæ directè ex delicto competit, sed tantum actionis ex delicto adiectio, quamquam novam habet qualitatè, vid. inf. tit. 8.

De peculio] Peculium servi simplex est unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestare: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium verò filiiam multiplex & non unius naturæ. Genera ejus singula distinctè exposta sunt sub tit. 9. lib. 2. Ex ea autem dist. 4. quod solum totum in potestate habet. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filium locum ac jus patrisfam. in eo obriunt l. ex castrensi, 18. in fin. de castri. pecul. l. 30. C.

Vinnius in insitut.

eod. l. 2. de sen. hinc. De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectio in patrem actio comperbat: sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantum usufructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, desit ex contractu filii de hoc peculio conveniri posse, l. 6. et l. ult. C. de bon. qua lib. multo minus igitur conveniri poterit eo casu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Consultus fuit Bartol. in l. 1. de pecul. Christin. vol. 3. dec. 357. n. 2.

Adversus patrem & dominum] Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium superest, l. si quis. 44. de pecul. si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fideiussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia à manumisso soluta non repetatur, l. eo tempore. 50. §. 2. eod. l. 14. de obl. et act. Itaque quod dicitur, in act. l. si quis. 44. eum qui cum filiofam. contrahit, duos habere debitores, filium in solidum, & patrem de peculio, idem de eo quoque, qui cum servo contrahit, dici potest, nimirum etiam hunc duos habere debitores, dominum de peculio, servum in solidum; sed hoc interest, quod cum filio etiam agi potest, cum servo non potest; quæ de causa Jurisconsultus in d. l. si quis. 44. filiiam. tantum meminit. Illud per se planum est, pro eo quod actor à patre aut domino actione de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem; ut & illud, si filius conventus pecunia altunde quaesita solverit, etiam patrem liberari.

Ex contractu] Additum hoc consulto ad emovenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque penalibus actio de peculio non datur, l. 1. §. si filiusfam. 7. de his qui de pec. l. ex penalibus, 58. de reg. jur. Cui non obstat quod filio ex penali causamato, pater teneret actionem iudicari de delicto filii, sed velut ex contractu. Quippe etiam iudicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, l. 3. §. idem scribit, 11. de pecul. Sed nec ulla alia actione ex delicto filii pater conveniri potest; dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actione noxali, inf. tit. 8. Ceterum verbo contractus & quasi contractum intelligere debemus, puta tutelam, negotia à filiofam. aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem & dominum actio est, l. ex factio. 52. de pecul. l. 14. de neg. gest. l. ex contractibus, 49. de obl. et act. l. 1. C. quod cum eo. Neque hoc novum est, ut quasi contractus absolute contractus vocetur, l. sed est 16. de neg. gest. l. in quib. ea, pign. 106. d. l. ex contractibus, 49. de ob. et act. Illud obiter notandum; esse quosdam contractus & causas, ex quibus servus & filiusfam. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor, si servus fideiusserit; si liberum se mentus iudicium fuisse.

V u u u

perit; si compromiserit; si jururandum detulit. l. 3. §. si sicut. i. et §. si servus. eum ser. l. 5. §. 2. de pecul. Pater autem ex una tantum causa non teneatur, nempe si filius mutuum pecuniam accepit; idque propter Senatuconsultum Macedonianum, quod vetuit, ut ex hac causa actionem aut in filium aut in patrem dari. De quo plura suo loco in fin. tit. seq.

Ipsa jure] Ipsa jure idem hic valet, quod jure civili, uti et in §. 1. infr. de prep. et temp. ad l. 9. §. 1. usuf. quomod. cau. l. 1. §. ult. de superfic. Hæc igitur hujus loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam à pretore, quia hi non teneantur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculio tenus. Potest & locus hic explicari, ut ipso jure dicitur intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium] Hæc ratio non concludit, nisi factam patris & domini similespecies, quia peculium, ejusque ceu patrimonii cujusdam administrationem filius & servus concesserunt.

Condemnari eos] Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, l. pen. C. quod cum eo. l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. et §. 3. de pecul. ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse; quia prævenisse dominus, & cum servo epistole videatur. Item si quid hic debetur, qui sunt in ejus potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

11. Item si quis postulante adversario juraverit, debet sibi pecuniam, quam petere, neque ei solvatur, justissimè accommodat ei talem actionem, per quam non illud queritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

COMMENTARIUS.

- 1. *Qualis sit actio, qua ex jurejurando datur, non verum alique, an verus?*
- 2. *In personam eam esse, quacumque ex causa juratum sit.*
- 3. *De quo genere jurejurandi hic tractatur?*
- 4. *Quam ob causam hac actio à pretore introducitur, cui, adversus quem, quo effectum, datur?*
- 5. *Nec actiones, quæ à pretore prodixit in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. À pretore hanc actionem introducitam esse, non constitutum jure civili, apparet ex eo quod jure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur: nec satis est, in judicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non propriè & verè. Cur autem pretor hinc actionem constituit, paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiens ex conventionione, l. qui jurasse. l. 6. §. ult. de jurejur. Proinde talis etiam tunc, cum in actione in rem juratum est. Sed quoniam in*

universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hinc actionem dari legitimus, l. si duo. l. 3. §. 2. et seqq. eod. l. 7. §. si potuit. 7. de public. in rem act. & utilem interdum, l. sed si p. l. 5. ult. l. quod si. 9. de jurejur. Itepo etiam & persim in factum) diligentius inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio verbi hæc actiones distingui; ceterum re ipsa una tantum esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certe hæc hæc causa & defensione niti, quia juratum est. Porro hæc eadem modo in factum, modo out dubia à Consulis vocari, modo sub appellacione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi aut feci quid, ut vicissim daret aut faceret: juravi enim te deferente, ea lege, ut daret aut faceret, quod peto. d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod. junct. l. 1. 2. de præf. verb. Dicitur autem, propterea quod cum conventio hic aperte non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis sed datur in factum prætoris, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quam re: nimirum quo veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actionis nonnihil pertinet. Ceterum reverta novæ causæ intentione nititur, quæ non aliter nascitur, quam ex jurejurando; quo propter etiam in hoc solum consistit; ejus proprium est, ut non aliud queratur, quam an juratum sit, omnia quæstione, an ex priorè causa debeatur. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. de jurejur. Et hoc est quod Paulus scribit, in l. eum qui. 30. eod. hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jurejurandum actoris conservari. Planè juramentum præstitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari possit: d. l. eum qui. 30. sed nemo, qui sapit, necessitari probandi ultro se subjicit. Oldend. class. 1. ad in off. rem. Don. c. 8. ad tit. de jurejur. Proficitur hæc actio ex conventionione. l. sed et si. 23. et l. seq. in fin. eod. cum consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cum quis in actione in rem juravit, rem quam petebat, suam esse. Nam cur hic quoque non sit actio in personam cum sit pariter ex jurejurando, id est, ex conventionione, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla fit rem? Neque obstat, quod petitor, qui deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit, rem suam esse, ut juravit, quæ intentio est actionis in rem. Nihilominus enim in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jurejurandum: idcirco quæ & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, l. 11. §. 3. eod. Denique illud constat, non dari eam adversus quoscumque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum dumtaxat, qui jurejurandum detulit, eoque, qui in locum ejus successerit, l. 9. §. ult. et l. seq. eod. & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari sentent, per d. l. 11. §. ult. est, cum tamen juris nihil interesse sentatur, in personam in rem hic agi dicamus. Donellus existimat, ac-

tari solum hoc loco de jurejurando, quo res transiguntur nulla interveniente sententia, & nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio non datur cepto seu ante litem contestatam ex conventionione actori defertur. Nam ibi sententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari, sed esse rationi judicis dumtaxat, videlicet cum jurejurando actori defertur post litem contestatam: sive à reo approbante judice, quod proprie vocatur judiciale; sive à judice in causa dubia & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundum l. admodum. 31. de jurejur. l. 3. C. eod. quod jurejurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus judicem præstito jurejurando quasi re latis probata, secundum eum sententiam ferre, qui juravit, l. jurejurandum. 34. §. ult. d. l. admodum. 31. eod. De jurejurando necessario assentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio nascatur, non defertur; ceterum judiciale etiam hæc perire arbitror, atque ex eo quoque actionem dari, licet sententia lecta sit; scilicet præter actionem judicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Inque non obstat l. 34. §. ult. de jurejur. & omnino ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex l. 8. C. de reb. cred. l. 3. et pr. §. 1. l. 9. §. ult. l. 30. §. 3. de jurejur. Atque in d. l. 24. §. 7. eod. petitori, cui relatum est jurejurandum, si jurare recuset, denegatur actio. Ubi de jurejurando judiciali agit, arguit relatio, cui involuntario non est locus, l. 27. pr. eod. Oldwald. Hilling. in Don. lib. 24. C. 18. E. Muzdus ad hunc §. n. 3.

Postulante adversario] Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei jurejurandum deferente, prætor id jurejurandum non tuetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad jurejurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, l. 3. de jurejur. *Juraverit*] At cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jurejurandum. Nam remissio eadem vis, quæ præstiti, l. 5. §. ult. l. 9. §. 1. eod. l. 1. l. 8. C. eodem. Remittit autem, qui deferente se cum paratus esset adversarius jurare gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, l. 6. eod.

Justissimè accommodat ut talem actionem] Justissimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi actio deferentis conventio & consensus, qui dum jurejurando actori dedit, hoc dicere videtur, si actor juraverit, paratum se stare jurejurando, id est, prætare quod petatur. Hinc illa, jurejurandum servari propter religionem & conventionionem, l. sed et si. 23. et l. seq. §. ult. eod. Item speciem transactionis continere, l. 2. eod. id est, jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, l. admodum. 21. eod. l. quod si. 21. de dol. Accedit ad conventionionem & utilitas publica, quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, l. 1. eod. Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut litem esse, adversus eum, qui jurejurandum detulit: & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio

competit, ita ex contrario, si actore deferente juraverit reus de nihil debet, datur reo jurisjurandi exceptio; de quo sine. sub tit. de except. §. 4.

Sed an juraverit] *Sed an juraverit*]. Dicitur in off. tit. de excep. §. 4. Dato igitur jurejurando vel remisso, non aliud queritur, quam an juratum sit, an parato jurare jurejurandum remissum, insuper habita quæstione, an debeatur, quasi latis id probatum sit jurejurando, d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. eod. l. post rem. 56. de re judic. l. si quis. 21. in fin. C. de jurejur. ubi ejus rei hæc ratio redditur, re repetita lite finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare paratur, si omnibus allegationibus renuntiasse intelligitur, quæ ante jurejurandum præstitum objici, jurejurandi præstationem impediri aut remorari potuissent. Utrique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa judiciali objici potuissent, l. eum qui. 30. §. ult. eod. Ant. Fab. C. suo eod. tit. defin. 11. An jurejurandum prætextu aliquo, five inventionis novorum instrumentorum, five perjurii, retractari queat, & non poena aliqua pejeranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consultatur DD. in l. 1. l. 2. et l. ult. C. de reb. cred. et jurejur.

TEXTUS.

De actionibus pœnalibus.

12. Pœnales quoque actiones pretor parit multas ex sua jurisdictione introducit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset, & in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset: licet adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.

NOTÆ.

12. *Qui quid ex albo*] In eum, qui album prætoris jurisdictionis perpetuè causa propositum corruptit, judicium popolare 300 aureorum datur. In Pand. Flor. legitur 500 aureorum, l. 7. de jurisd. Prætorum edicta in tabulis deabitis conscripta proponebantur, ut unicuique legendi potestas esset.

Cum id non impetrasset] l. 4. §. 1. et deinceps, l. 1. eum 3. seq. de in jus voc. inque eum quinquaginta quoque aureorum judicium datur, l. pen. et ult. eod.

Qui vi exemerit] Adversus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æstimata, l. 1. l. pen. et post. ne quis eum, qui in jus voc. et c.

COMMENTARIUS.

- 1. *Qualis judicium edicto constitutum in eum, qui album corrupit? et quid hoc loco sit album?*
- 2. *Quid edictum perpetuum, quid temporale? et cur illud corruptis actione populari teneatur?*