

L.V. 7. 11. 2. 11. 7. 11.
28
DISSERTATIO JURIDICA

Ex

MATERIA
ACTIONUM PRÆ-
TORIARUM,
PUBLICIANÆ SCILICET,
ET RESCISSORIARUM, PER
ALIQVOT QVÆSTIONES
DEDVCTA.

Quam

DEO T. O. M. bene favante,

PRÆSIDE

DN. JOHANNES GEORGIO
SCHERZIO,

J. U. D. Ejusdemque Prof. P. Ord.

In Alma Argentoratensium Universitate

Solenni Eruditorum disquisitioni sistit

FRANCISCUS ANTONIUS HUGARD,

Ersteinensis Alsata, Auctor.

A. Diem 29 Maji M. DCC. XXI.

horis locoque solitis.

ARGENTORATI Literis JOANNIS FRIDERICI WELPERI.

iss. jur. civ.

427/12

3

DISSERTATIO JURIDICA

DE

MATERIA

ACQUISITIONUM PRAE

TORARUM

PUBLICIANARUM SCILICET

ET RESCISORIAM PER

ALDOVOTOV EST OMNES

DEDICATA

GRATIA

DEO T. O. M. M. M. M. M.

DR. JOHANNES GEORGIO

SCHERZIO

IN PRAESENTIA

RECTORIS UNIVERSITATIS

ET CENSURAE

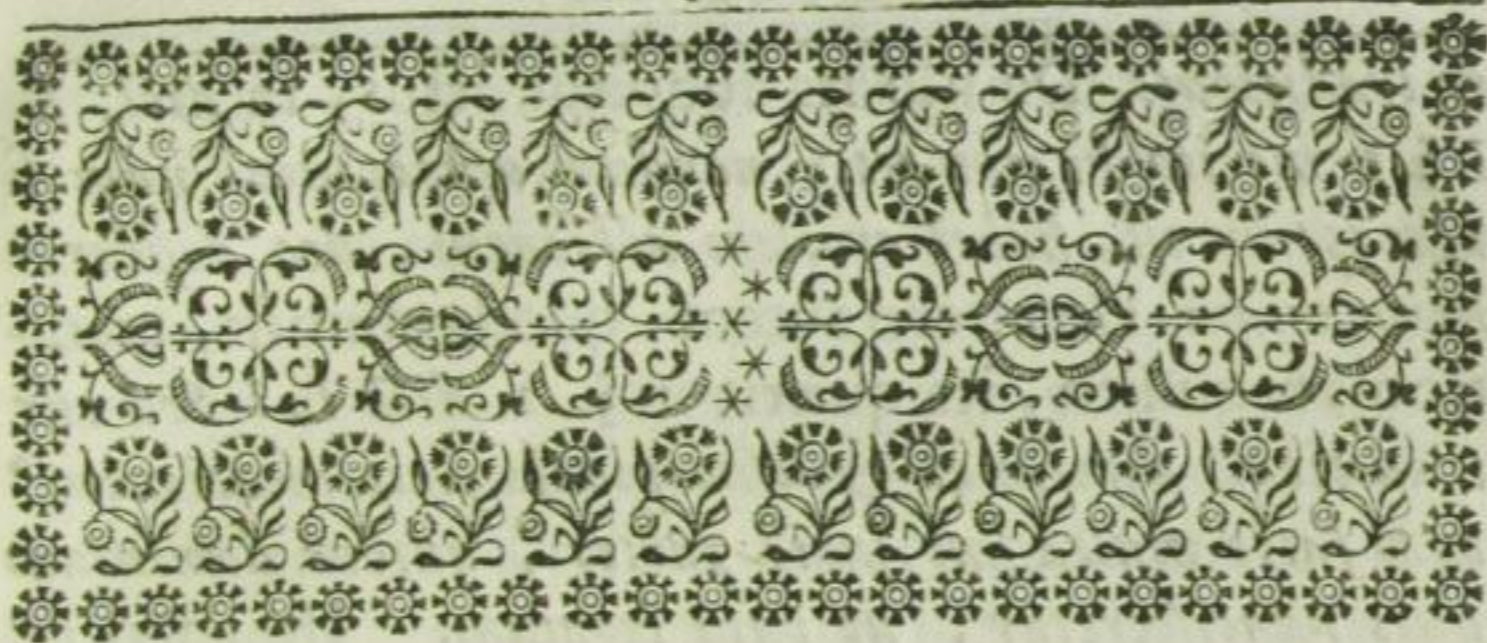
ANTONII HIGARD

IN

ANNO

MDCCCLXXXII

IN VITAE PERPETUAE



Questio I.

An, ut quis Actione Publiciana uti possit, requiratur, ut praecesserit rei Traditio?



Quod de hac, in actione Publiciana semper necessario requisita, traditione nullum superesse fere dubium possit, illud equidem declarant verba clarissima, à Præatore in Edicto suo proposita, dum ait: *Si quis id, quod traditur ex justâ causâ, non à domino, & nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* Ex quibus patet luce clarius, ita semper esse necessariam traditionem in actione Publiciana, ut sine ea, hac actione uti nemo possit *L. I. princ. ff. de Public. in rem act.* Interim tamen huic edicto Præatoris limitationem addere videtur *Ulpianus*, dum duo edicti requisita resumit, nimirum, *nondum usucapti,*

A 2

& tra-

& traditionis. De illo ita loquitur Ictus, in *diēt. L. I. §. 1.* merito Prætor ait : nondum usucaptum, nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam. De altero autem, quod resumfit, traditionis requisito, ita quærit in §. 2. *diēt. L. I.* Sed cur traditionis duntaxat & usucapionis fecit mentionem? cum satis multæ sint juris partes, quibus dominium quis nancisceretur, ut puta legatum. Ut adeo ex hac Ulpiani interrogatione, hæc resultare possit ad propositum Prætoris edictum declaratio, & limitatio, quasi in causis in quibus transit dominium ipso jure, uti in legatis, (cæteris paribus) & similibus, non sit opus hac traditione, pro fundanda hac actione Publiciana. Unde illi, quibus hæc assertio placet, dicunt, ineptè præcisè traditionem requiri, quia asserti queat Publiciana, si illa omnia adsint, ex quibus dominium præsumitur; Prætoresque ideo fecisse mentionem hujus traditionis, quia plerumque ad dominium constituendum illa concurrat. Hæc autem assertio, quod in illis causis in quibus dominium transit ipso jure, non requiratur traditio pro fundanda hac actione Publiciana, firmatur imo. per ipsam interrogationem ab *Ulpiano Lib. 16.* ad Edictum propositam in *diēt. L. I. §. 2.* dum ibidem quærit, cur Prætor fecerit mentionem traditionis, cum sint sat multæ juris partes, in quibus quis nancisceretur dominium ipso jure. Ubi credere quis posset respondere *Ulpianum* : Traditionem requirit Prætor regulariter pro actione Publiciana, non autem in Casibus in quibus dominium transit ipso jure : quandoquidem traditio cum titulo

titulo

titulo habili pro fine suo nihil aliud habet, quam transferre dominium; quæ translatio dominii si adsit, de traditione ipsa non multum erit quærendum. Supposito etiam cum *Dionys. Gothofr. in notis ad dict. L. 1. ad vocem: sed cur. num. 8.* quod quæstionem tantum proponat in allegato §. 2. *Ictus*, non autem quod respondeat; (quod tamen, uti infra dicemus, non concedimus) Istius tamen interrogationis declaratio, evidenter habetur à Juris Consulto *Paulo Lib. 19. ad Edictum in L. 2. dict. tit.* ita proposita, *vel mortis Causâ donationis factæ; nam amissâ possessione: competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur;* quæ tamen, cæteris paribus, ipso jure in legatarios transire dignoscuntur, *L. 77. §. 3. de legat. 2do. L. 80. Eod. L. 64 ff. de furt.*

Dicit itaque in hac *L. 2. Paulus* ideo & in donationibus causa mortis factis Publicianam habere locum, quia ea capiuntur sicuti legata, quod iterum idem est, ac dicere; ideo in eis locum habet Publiciana, quia in eis ipso jure transfertur dominium. Unde adhuc illud fundari videtur, quod supra allegatum, hanc nimirum actionem Publicianam, in eis Casibus requirere traditionem, in quibus dominium ipso jure transfertur. Hanc autem sententiam jam clarius confirmat in princ. *Legis 7. ff. dict. tit.* ipse *Ulpianus* qui tamen supra, *ad L. 2. §. 2. ff. eod.* non respondisse a *Gothofr. cit. supra loc.* dictus est; verba ejus ita se habent: *Sed & si res adjudicata sit, Publiciana actio competit;* jam autem notum est ex §. 5. *Inst. de officio judic.* quod in judi-

ciis diviforiis hæc à judice inter partes facta adjudicatio hunc habeat effectum , ut rei adjudicatæ dominium statim & ipfo jure transeat in illum, cui res adjudicata. Quid jam aliud fequividetur ex hac fententia *Ulpiani* , quam illud, quod hætenus dictum eft, pro Publiciana non requiri traditionem rei, fi ejus dominium fit ipfo jure translatum, ficuti fit *v. gr.* in legatis, mortis Caufa donat, & adjudicationibus. Quamvis autem hæc ita allegari queant, verius tamen eft, etiam in caufis in quibus dominium transfertur ipfo jure, requiri traditionem, ad fundandam hanc actionem Publicianam. Quam veram, & communem juris noftri difpofitionem probamus ex ipfiffimis in princ. *L. I. ff. de Publiciana in rem act.* propositi edicti verbis. *Ait prætor: Si quis id quod traditur &c.* quibus generaliter ftatuit ipfe prætor, pro fundanda actione Publiciana, traditionis requifitum. Imò & putamus demonftrari non incongrue poffe, nec ipfum *Ulpianum* nec *Paulum* in allegatis locis aliud voluiffe, & fupposuiffe, quam traditionem requiri pro fundanda actione Publiciana. Quærit quidem in *L. I. §. 2. ff. dict. tit. Ulpianus* cur traditionis duntaxat, & ufucapionis fecerit mentionem Prætor; fed & refpondet ibidem, uti clare demonftramus Ejus verbis, *cum fint fatis multe juris noftri partes, quibus dominium quis nancifceretur, ut puta legatum;* quibus declarat *Ulpianus*, quod nemo exiftimare debeat, quali in caufis, in quibus dominium tranfit ipfo jure, non requireretur traditio ad fundandam actionem Publicianam. Totus itaque *Ulpiani* fensus

sensus hic est: cur Prætor facit mentionem traditionis? ideo, quia aliqui casus dantur, in quibus non opus esset traditione ad transferendum dominium, uti legatum, in quibus existimare aliquis posset non requiri traditionem pro actione Publiciana, qui tamen falleretur. Eundem hunc sensum *Ulpiani*, pro ut ipsum nos accipimus, resumit *Paulus* in *L. statim* sequente 2da. ratione donationum mortis causa, his verbis: *nam amissâ possessione competit Publiciana: quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Quis hic non videt ipsum etiam *Paulum* requirere hanc traditionem in ipsis donationibus mortis causa, sicut in legatis, non obstante quod dominium transeat ipso jure: dicit enim *Paulus* ad exemplum legatorum in donationibus mortis causa dari actionem Publicianam, sed demum possessione amissâ. Unde sic argumentamur: Si amissa demum possessione Publicianam concedat *Paulus* in casibus, in quibus transfertur dominium ipso jure, sequitur, quod traditio necessario requiratur in illis, adfundendam actionem Publicianam. Atqui. Ergo. major nostra propositio, quæ basis est ac fundamentum hujusce asserti, fundatur in alia apertissima juris nostri dispositione, nimirum, quod possessio nulla adfuisse existimetur, nisi præcesserit traditio, vel vera *L. 3. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess.* vel analogica, ut in rebus incorporalibus *L. 32. de S. p. urb. ex gr.* per inductionem in fundum, usum ac patientiam domini: ita ut nec constitutum possessorium sine modo analogicæ traditionis esse possit, quo verus possessor ex justa causa, nomine & jure præ-

præ-

præsentis & consentientis, se rem in futurum possesurum promittit; ex quibus aperte constat, illum qui amissa possessione demum concedit Publicianam in casibus, in quibus transfertur, dominium, etiam requirere præsuppositam traditionem, pro fundanda actione Publiciana. De cætero neque hæc theoria, qua dispositum, quod in legatis transeat dominium ipso jure, uti ex allegatis ibidem supra legibus dictum est, tam erude, & simpliciter concipi debet; quamvis enim legatario, etiam ignoranti, statim acquiratur dominium in momento mortis domini *l. 80. ff. de leg 2do. l. 64. ff. de furt. id tamen magis intelligendum est ratione transmissionis, quia in veritate demum acquiritur aditâ hæreditate l. 86. §. 2. de leg. 1. l. 44. §. 1. de leg. 1.* Quod autem porro ipse *Ulpianus in princ. l. 7. ff. de Public. in rem act.* Publicianam competere dixerit, si res adjudicata sit, non ita accipiendum erit, quasi præter adjudicationem non etiam requirat traditionem, quam supponere in hac *l. 7. Ulpianum* ex connexionem legum præcedentium apparet; conferantur enim *l. 3. 4. 5. 6. & hac l. 7.* hæc itaque sunt verba *Ulpiani lib. 16. ad edictum allegata in §. 1. dict. l. 3.* ait Prætor *ex justa causa petet qui igitur justam causam traditionis habet, utitur Publiciana, & ita in reliquo hujusce legis 3. contextu cum traditione, varios refert titulos, uti Emptionis, dotis, judicati, semper requirendo ipsam traditionem; in sequentibus autem legibus tum à Paulo, tum ipso Ulpiano reliqui recensentur tituli, ad hanc actionem Publicianam sufficientes, uti solutionis*

lutionis

lutionis in l. 4. noxæ deditio in l. 5. ductionis
 fervi ex causa noxali in l. 6. & adjudicationis in
 dict. l. 7. in principio, ut itaque legem ex lege ex-
 plicantes merito dixerimus, *Ulpianum* etiam præ-
 ter titulum adjudicationis, in princ. l. 7. collatæ
 cum præcedentibus, subintelligere traditionem fa-
 ctam, quod itaque, semper requiratur pro fun-
 danda actione Publiciana traditio, tanquam ex-
 pressissimum in edicto requisitum, ita nos hoc no-
 tabiliter limitamus, si quis nempe velit ex sua
 persona hanc intentare actionem Publicianam; non
 vero, si velit eam intentare ex persona sui auctoris:
 veluti, si defunctus saltem habitu jus habuerit in-
 stituendæ actionis Publicianæ, cum rem habuerit
 titulo & bonâ fide, cujus deinde possessio pervenit
 ad tertium, post mortem autem ejus heres, vel le-
 gatarius, contra tertium possessorem instituere ve-
 lint hanc actionem Publicianam: qui certe suo no-
 mine illam instituere non possunt, sed nomine tan-
 tum ipsius defuncti, cujus jus tantum ipsi judici re-
 præsentare, & coram eo prosequi intendunt, de
 hoc vid *Bart. in l. 1. ff. de publ. in rem act. & in §.*
1. l. 12. Eodem. Joann Faber ad §. 4. Inst. de act. num.
9. idque ideo, quia ex persona sua, nullam unquam
 adhuc habuerunt per traditionem præcedentem
 possessionem, bene tamen defunctus, cujus juri tan-
 tum ipsi ejus nomine inhærent. Sicuti itaque tra-
 ditio, de qua hætenus in genere dictum est, ad
 fundandam actionem Publicianam est necessaria, l.
1. in princ. l. 3. l. 7. §. fin. l. 11. in princ. ita & pro
 ea traditio ficta erit sufficiens l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. ff.

B

de

de Publico. in rem actione. tandem si objiciatur §. 1. ff. *Cod.* ubi dicitur, quod illi cui ex Trebelliano est restituta hereditas, uti possit Publiciana, etiamsi nactus non sit possessionem: respondemus cum Glos. ad hanc legem in verbo *Publiciana*, fideicommissarium instituere ibi hanc actionem ex persona sui autoris, uti & nos supra diximus; vel etiam dicere possumus, quod hic agatur de hereditate restituta, ubi fideicommissarius habetur loco hæredis §. 3. *Inst. de fideicommiss. hered.* Si objiciatur 2do *l. 15. ff. Eod.* respondemus hoc in casu ibidem proposito ideo esse, quia servus domini, dum in fuga esset, possidebatur ab alio mala fide. *Confer. Dionys. Gothofr. ad hanc l. 15. num. 2.*

Quæstio II.

An mala fides superveniens ex Juris Canonici Hypothesi impediatur Actionem Publicianam?

INter alia, præter traditionem ad fundandam actionem Publicianam requisita, refertur etiam, ut actor rem acceperit à non domino; deinde ut bonam habuerit fidem. Illud probatur ex ipsa *l. 1. ff. de Publ. in rem act. in principio*; ubi sat declaratum, actorem, qui titulum habet cum traditione à domino rei, non opus habere tali actione honoraria, seu Publiciana, sed actionem suam juris Civilis, nimirum rei vindicationem salvam habere; hoc

hoc autem, quod bona fides in actore adesse debeat ad hanc instituendam actionem, iterum elucescit ex aliis passim dict. tit. LL. uti ex l. 7. §. 16. ubi ita, ut igitur Publiciana competat, hæc debent concurrere, ut & bona fide quis emerit; quod idem repetitur in §. sequenti 17. deinde ex l. 12. §. 2. cujus verba ita habent, in vectigalibus & in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt; addatur l. 17. Eodem bona ergo fides sit in accipiente rem à non domino, qua, possessionem accipiens, se dominum esse credat, quia ut textus habet in §. 11. l. 7. ff. Eodem proinde hoc sufficit me bonæ fidei emptorem fuisse, quamvis à non domino emerim. Confer l. 13. §. 1. Eod. quibus itaque probatis, videndum ut propositæ quæstioni satisfiat, quandonam, & quamdiu, hæc bona fides, ut accipienti adfuerit, requiratur? Diciturque quod in reliquis negotiis sufficiat hanc bonam fidem adfuisse tempore contractûs; in emptione autem, & tempore contractûs, & tempore traditionis. Probatur illud allegata supra l. 7. §. 16. his verbis, ut igitur Publiciana competat hæc debent concurrere, ut & bona fide quis emerit & ei res emptæ eo nomine sit tradita: Ceterum, ante traditionem, quamvis bonæ fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit. Idem statuitur in §. 17. dict. l. hoc versu: nec quisquam putet hoc nos existimare sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, ut quis possit Publiciana experiri, sed oportere, & tunc bonæ fidei Emptorem esse; Mala fides enim non est, si mihi traditur res aliena, sed sis cio, mihi tradi rem

& possessionem rei alienæ. Confer *Dionys. Gothofr. in not. ad dict. §. 17. num. 51.* & meritò, hoc in sola emptione & venditione constitutum esse diximus, quia ut supra notatum, sufficet in aliis negotiis adfuisse bonam fidem, ab initio, ut adeo huic actioni fundandæ, & instituendæ non noceat mala fides superveniens. Id habent verba clarissima *l. 7. §. 12. ff. Eod. in hac actione non obert mihi si successor sum & dolo feci, cum is, in cujus locum successi, bona fide emisset; nec proderit, si dolo careo, cum emptor, cui successi, dolo fecisset.* Qua ergo ita fundata theoria præsens suboritur quæstio: Num hæc actio Publiciana sit correctæ per jus Canonicum, præcipue *ob caput fin. X. de Præscript.* cujus constitutio, quam & hodie sequimur, disponit, & exigit, ut bona fides adsit non tantum ab initio possessionis, sed & per totum decursum possessionis per tempus ad præscriptionem a lege præfinitum. Si quid ergo à præscriptione ad actionem Publicianam inferri possit; videndum erit, quid commune occurrat actioni Publicianæ, cum præscriptione; & dici potest, ideo hanc actionem Publicianam esse correctam à jure Canonico per hoc *cap. fin. X. de præscript.* quia usucapio & Publiciana sunt convertibilia, in tantum, ut ille qui non potest usucapere, non possit habere actionem Publicianam. Probatur hoc *ex §. 17. l. 7. ff. de Publ. in rem act.* versu *ideoque*; qui ita legitur: *Ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit.* Unde & illud dici solet, bonum esse argumentum
in

in jure nostro à Præscriptione ad Publicianam. Si ergo correcta est præscriptio à jure canonico, ratione bonæ fidei, quæ in jure civili à solo principio requirebatur, Ergo & Publiciana; ita ut jure Canonico non amplius dari videatur actio Publiciana, quam si hæc bona fides permanserit à principio, usque ad finem apprehensæ possessionis rei alienæ. Hoc tamen argumentum nullatenus sufficienter probat, hanc actionem Publicianam esse correctam à jure Canonico per *caput 5. & fin X. de præscriptionibus* cum hujusce actionis Publicianæ longe alia sit natura, & finis quam usucapionis & præscriptionis, quia usucapio non ita est favorabilis, ut actio Publiciana; quæ est introducta ex æquitate, uti dicitur in textu *l. fin ff. de Publ. in rem act. ejusque rei argumentum est primo equitas, cum durum esset ut infirmiori iure possidens alteri præferatur §. 4. Inst. de act.* deinde natura & finis est usucapionis, præjudicare domino vero in suo dominio, quod ei per usucapionem auferri intenditur; non autem talis natura est ac finis in actione Publiciana, utpote, quæ domino vero præjudicare per se non intendit, sed tantum alteri possessori, & quidem non omni, sed tantum infirmiori jure possidenti. Id probatur ex *l. fin. ff. dict. Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur, sed ut is qui bona fide emit, possessionem que ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat; Illa ergo est odiosa, hæc autem favorabilis; non igitur mirum est, in illa per jus Canonicum bonam fidem omni tempore requiri, non au-*

tem in hac actione Publiciana ; Cui accedit & hoc, quod hi Canones, ut leges Correctoriae, sint stri-cte intelligendi, nec ultra casum in lege expressum extendendi : Nec quidquam in contrarium facit argumentum ab usucapione ad Publicianam adductum : illud enim procedit affirmative ; hic locum habet usucapio, ergo & Publiciana ; non autem negative v. gr. usucapio non habet locum, ergo nec Publiciana propter rationes diversitatis superius allegatas. Ad reliquas autem objectiones quae ad hanc quaestionem afferrì solent, responsionem reservamus in ipsum conflictum Academicum.

Quaestio III.

An Majores 25. annis ob Clausulam Generalem, si qua justa causa &c. etiam ex capite ignorantiae gaudeant actione rescissoria.

POSTquam in Titulo ff. *Ex quibus causis Majores 25. annis in integrum restituantur* varias, à Lege Ima. usque ad l. 26. §. 9. exclusive, proposuisset actionis rescissoriae causas Praetor, ob quas etiam majoribus 25. annis restitutionem in integrum se daturum pollicetur, tandem iterum & hanc generalem restitutionis Clausulam in dict. §. 19. resumit his verbis : *si qua alia mihi justa Causa esse videtur in integrum restituam* ; quam generalem edicti sui

fui

sui clausulam , jam ipsissimis verbis proposuerat Prætor circa fin. *l. 1. §. 1. ff. ex quib. caus. maj.* unde talis desuper formari solet regula. Quoties quis inique læsus, & causæ petendæ restitutionis in integrum jure non sunt expressæ, toties petenda restitutio ex clausula hac Prætoris generali Legis *Imæ. §. 1. Eod.* quia æquitas, hanc suggerit restitutionem; quam æquitatem ob oculos suos habere solet Prætor, sicut videmus ex variis ejus, tam præter, quam contra jus Civile, introductis Edictis & actionibus. Posita ergo hac ex generali hac regula resultante, quis non dicit cum nonnullis Doctoribus, causam ignorantia, ex interpretatione hujus generalis clausulæ, hanc etiam ex æquitate tribuere restitutionem in integrum, & hanc actionem rescissoriam; uti de errore & ignorantia in certis causis id sentit *Berlich. decis. 40.* Hanc ergo quæstionem ut plenius deducamus, quæ hic sit *Pragmaticorum*, quæ *Theoreticorum D. D.* sententia, videndum. Illis itaque ob varias, quas adducunt rationes, verior videtur affirmativa, putantibus, contra præscriptionem completam ex capite ignorantia, ideo dari restitutionem, quia in præscriptione qui rem suam præscribi patitur, eidem renunciassè videtur; quæ renunciatio in ignorante præsupponi non potest, cum juri ignorato nemo renunciassè censeatur *l. 19. ff. de inoffic. testam.*: quam sententiam illi de omni, si immemorialem excipias cum Nicolao Boërio decis 39. num. 7. Berlichio part. 2. Concl 10. num. 7. præscriptione longi & longissimi temporis fovent.

Carpz.

Carpz. in process. tit. 19. act. 2. num. 22. Tiraquell' de Retract. Gent. §. 35. Gloss. 4. num. 44. Rosenthal de feud. c. 9. memb. 2. Conclus 93 & tandem ipse Gail lib. 2. obs. cameral 19. num. 18. qui ipse ita loquitur: ignorantia autem est justa causa restitutionis in integrum per text in Lege, & Atilicinus ff. de servit. rustic. præd. citatis variis ibidem in partem suam doctoribus. Doctorum tamen Theoreticorum alia est, & negativa ad hanc quæstionem conclusio, saltem de præscriptione longi & longissimi temporis, quas ut infra dicetur, contra ignorantes etiam currere expeditum est. Equidem negari non potest, dari in jure nostro præscriptiones, quæ ignorantibus non currunt; exemplum est in præscript. Annali injuriarum, in præscriptione decennarii ad appellandum, & in plerisque præscriptionibus annalibus: in quibus verum est, non opus esse restitutione, si jurato suam ignorantiam probaverit actor; verum tamen ex his non sufficientem habent occasionem Practici, ut in omni præscriptione, saltem longi & longissimi temporis, restitutionem concedant ex capite solius ignorantia; ignorantia enim hæc extra culpam fingi non potest, cum actor per tanti temporis spacia, sufficientissime in res suas inquirere poterit. Hæc Theoreticorum sententia verior evadit ex l. ult. Cod. de long. temp. præscrip. ubi dicitur, currere præscriptionem non expectata scientia, aut ignorantia, ne alias inextricabilis oriatur occasio dubitationis. Si tamen cum Felino in cap. vigilantibus num. I. X. de præscript. Eis respondetur, non impediri quidem cursum præ-

præ-

præscriptionis, sed ideo restitutionem non exclu-
 di, replicationi erit *l. 4. Cod. de præscript. 30. ann.*
 qua habetur, ejusmodi præscriptionem tribuere
 plenissimam munitioem, sive securitatem; quod
 certe non esset, si contra eam esset locus restitu-
 tioni. Huc accedit & *l. unica Cod. de usucap. trans-*
form. quæ vult, possessorem completa usucapione
 firmo jure rem possidere, ut adeoque, & nos in
 puncto juris veriore esse Theoreticorum conclu-
 sionem existimemus, ignorantiam non causari re-
 stitutionem seu actionem rescissoriam, contra præ-
 script. longi & longissimi temporis; cum qua no-
 stra sententia congruit Constitutio Saxonica, qua
 hæc restitutionis causa ex capite ignorantia subla-
 ta est, *per Const. Elect. 9. part. 2. exceptis annalibus*
præscriptionibus quæ nec ibi ignorantia currunt; uti
refert Carpz part 2. Const. 9. defin. 1. neque sufficit
quod supra ex l. 19. ff. de inoffic. testam deductum
est, quasi ignorans non renunciaret juri suo, quæ re-
nunciatio in præscriptionibus tam diu ergo adesse
non possit quamdiu adest ignorantia; Responde-
tur enim Imo. hoc nihil probare; quia sic fere nul-
la valeret præscriptio, incerta essent rerum domi-
nia litesque excitarentur quotidie ex litibus. De-
inde responderi potest, adesse hic renunciationem
interpretativam, dum quis simpliciter tanto tem-
poris spacio non inquirat in res suas, vel in eas,
ex quibus jus aliquod sperare, & habere potest;
quod autem ex autoritate Gailii lib. 2. obs. Cam.
19. num. 18. dictum ignorantiam esse sufficientem
causam restitutionis, uti ipse probare nisus est ex l. &

C

Atili-

Atilicinus ff. de serv. rustic. prad. existimamus nos tantum ipsum ex hoc textu firmare posse suam sententiam, quantum textus ipse, de ignorantia loquitur; quod certe salva ejus authoritate, ex eo eruere eum potuisse nos non videmus; Quod ut pateat, liceat oculis subjicere textum ipsum qui ita habet: *Et Atilicinus ait, Casarem Statilio Tauro rescripsisse in hac verba: Hi qui ex fundo Sutrino aquam ducere soliti sunt, adierunt me, proposueruntque, aquam, qua per aliquot annos usi sunt ex fonte, qui est in fundo Sutrino, ducere non potuisse, quod fons exaruisset: & postea ex eo fonte aquam fluere cœpisse: petieruntque à me, ut quod jus non negligentia, aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur: quorum mihi postulatio, cum non iniqua visa est, succurrendum his putavi: itaque, quod jus habuerunt tunc, cum primum ea aqua pervenire ad eos non potuit, id eis restitui placet.* Ex integra certe collatione hujus textus ne verbum quidem occurrit, quod ad sententiam Gailii quidquam conferre possit; casus enim in hac lege propositus non loquitur de ignorantia eorum, qui non usi sunt suâ servitute aquæ ducendæ ex fundo Sutrino, & ita sua non uti potuerunt servitute; sed loquitur de restituenda servitute aquæ ducendæ, ex fundo Sutrino iis, qui ob ejus siccitatem (uti patet ex verbis *cum fons exaruisset,*) hoc suo jure uti non poterant; qui casus nec de restitutione, seu rescissione usucapionis intelligendus, & minus ad huc de restitutione vel rescissione usucapionis, vel præscriptionis ex capite solius ignorantia, uti vult cit. loco, *Gailius.*

Quæ-

Quaestio IV.

An praesenti contra absentem, beneficio legis 2da. Cod. de annal. Except. non utenti, salva adhuc sit Actio Rescissoria?

Non pauci sunt Doctores, qui praesenti contra absentem hoc *l. 2. Cod. de annal. except. beneficio non utenti*, actionem hanc rescissoriam, salvam manere negant; Talis inter alios est *Bachov. ad part. Imam. ff. ex quib. caus. Maj. cap. 3. num. 1. Zoës ad ff. num. 15. Eod. quorum ratio est, quod hoc remedium l. 2. Cod. de annal. Except. sit promptius; aut enim absens reliquit domi procuratorem, vel alios defensores, & tunc poterit praesens contra eos agere; quod si facere neglexerit sibi imputet cur non egerit, cum potuerit l. 21. §. fin. junct. l. seq. ff. ex quib. caus. major. quia non negligentibus, sed impeditis necessitate conceditur haec actio rescissoria l. 16. ff. Eod. vel absens non reliquit procuratorem aut defensorem, & tunc observare potest praesens, contra absentem, praescriptum in dict. *l. 2. Cod. de annal. except. remedium, qua totam interrumpit praescriptionem; consistit autem hoc remedium in eo, quod libellum ante finitum tempus praescriptionis offerat judici loci, vel Episcopo vel hoc absente ad aedes adversarii**

publice affigat libellum contestationis cum notarii, aut, si ejus copia non sit, trium testium subscriptione; quam ergo formam si neglexerit, sibi imputet, qui dum hoc remedio ordinario impedire poterat cursum præscriptionis, illud non fecit. *Conf. Stryck. Us. Mod. h. t. §. 1.* Sunt alii, quibus contraria sententia est acceptior, post hoc nimirum remedium *l. 2. Cod. de annal. except.* actionem rescissoriam non esse sublatam inter quos sunt *Lauterbach ad ff. tit. ex quib. caus. maj* & *Brunnemann ad. l. 22. ff. Eod. num. 3.* ratio ab eis redditur talis, quia pinguior est actio rescissoria, quam hoc *l. 2. Cod.* remedium; hoc enim ajunt, competit tantum ad præscriptionem necdum completam interrumpendam; illa vero, ad usucapionem jam completam rescindendam, adeoque, per illud non sublatam esse hanc actionem Rescissoriam; quam rationem suppeditat *Jason ad §. 7. Inst. de act.* Nos autem, sententiam priorem juri nostro esse conformiorem arbitramur, tum ob rationes ab ejus defensoribus allegatas, tum ob illam quæ ex collatione *l. 21. & 16. ff. ex quib. caus. maj. cum dicto remedio l. 2. Cod. de annal. Except.* erui posse videtur; quod nempe ceu ipse Lauterbachius, Brunnem. alique, negare non possunt, jam tempore introductæ actionis rescissoriæ, præsens contra absentem, non habuerit actionem rescissoriam, si hic domi suæ reliquerit aut procuratorem, aut alium defensorem, ob rationem, quia non egit, cum potuerit, dicta hac *l. 21. §. fin & l. sequent. & l. 39. Eod.* negari iterum non poterit ab ipsis, quod tempore introductæ

ductæ

ductæ hujus actionis hæc actio rescissoria compe-
 tierit, non negligentibus sed impeditis necessitate
l. 16. ff. Eod. quamdiu itaque constitutum necdum
 erat hoc remedium *l. 2. Cod.* erant impediti agere
 præsentibus, cum absentes non reliquissent domi, qui
 eos defenderent; jam vero cum *Imperator Justinia-*
nus eis hoc impedimentum agendi contra absentes
 sustulerit, ut eo modo, quasi domi reliquissent
 procuratores vel defensores, per præscriptam &
 supra adductam *legis. 2. Cod. de annal. Except.* for-
 mam, interrompere possent usucapionem, non
 amplius erunt impediti, incidentque in dispositio-
 nem *l. 21. ff. dict. tit.* si tam negligenter habeant
 hoc; *l. 2. Cod.* beneficium quod *Justinianus* eis de-
 dit, ut deficiens agendi medium contra absentes
 suppleret. Unde & *Lauterbachio* & aliis cum eo
 sententibus respondebimus, Imo. pinguius esse
 hoc remedium actionis rescissoriæ, quam remedium
l. 2. Cod. de annal. Except. si actio rescissoria adsit,
 & detur; jam verò, quia per ipsas leges demon-
 stratum, actionem hanc dari tantum impeditis,
 dici non poterit quod superveniente hoc remedio
l. 2. quo omne tollitur agendi impedimentum,
 istis negligentibus, hæc actio rescissoria ma-
 neat silva; deinde respondemus cum *Stryckio Us.*
Mod. h. t. ff. § 1. ex eo, quod pinguior sit rescisso-
 ria actio, quam hoc *l. 2. Cod. remedium* non
 sequi, per hoc remedium non tolli restitutionem
 in integrum, seu hanc actionem Rescissoriam, quia
 sufficit sicut supra notatum, quod *hæc l. 2. Cod. de*
annal. except. constituerit præsentibus, & ejus reme-

dium negligentes in dispositionem l. 21. 22. 39. & 16. alleg. supra tit. in quibus, presentibus actionem rescissoriam seu restitutionem denegari, constitutum est.

Quaestio V.

An Actio Pauliana competat ad rescindendam tantum alienationem rerum, factam bonis à creditoribus possessis? an etiam ad rescindendam alienationem factam, bonis à creditoribus nondum possessis?

Vera hujusce quaestionis sedes est in textu §. 6. Inst. de act. cujus verba ita habent, *item si quis in fraudem creditorum rem suam traxiderit, Bonis ejus à creditoribus possessis, ex sententia praesidis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, idest, dicere eam rem traditam non esse & ob id in bonis debitoris mansisse.* Ita ut, in effectu ex ipsis verbis quæ se ad tempus traditionis referunt, concludi possit, hanc actionem rescissoriam alienationis in fraudem creditorum factæ, velle tantum rescindere res ita alienatas, postquam essent à creditoribus possessæ; non autem, dari ad rescindendam alienationem rerum factam; antequam bona debitoris essent possessa, a creditoribus hac actione

ne

ne agere volentibus. Quod autem hic tempus spectetur traditionis, id ostenditur, dum Imo. dicitur in textu, *siquis in fraudem alicui tradiderit*. 2do quia in fine ejusdem textus solius fit mentio traditionis, ubi habetur: *idest, dicere eam rem non esse traditam*; hic ergo textus, cum se ad tempus tantum traditionis referat, vera hoc videri posset sententia, quod sola rescindatur alienatio facta postquam bona debitoris sunt à creditoribus possessa. Hæc equidem dici possent, si textus allegatus interrupto sensu intelligatur. Secus vero, si, observata vera textus lectione, ejus fiat interpretatio quæ certe alia non erit, quam alienationem factam in fraudem creditorum, quodocunque rescindi posse, sive facta sit ante, sive postquam bona erant à creditoribus possessa, ita ut sufficiat, si post alienationem factam hæc bona demum à creditoribus possideantur; dicitur enim expresse, bonis possessis permitti creditoribus rem petere rescissa alienatione, non quod ante alienationem factam jam bona debuerint fuisse possessa, sed tantum, quod antequam hæc actio rescissoria institui possit, prius sint bona debitoris excutienda, ut nimirum constet, an adsit effectus fraudulosæ alienationis *l. 10. §. 1. ff. & l. 1. Cod. qua in fraud. cred. Conf. Vinn. ad Inst. de act. §. 6. num. 11.* rescindetur ergo alienatio, facta in fraudem creditorum, sive ante, sive postquam bona erunt à creditoribus possessa *l. 15. l. 17. §. 1. ff. dict. tit.* unde apparet, verbis textus bene collatis, sufficere bona possideri tempore actionis intentandæ, ut constet tantum de effectu

fectu

fectu fraudulosæ hujus alienationis ; Illud præ-
 rea addimus , quod si bona deberent ante aliena-
 tionem fuisse possessa a creditoribus , & consequen-
 ter impetratum pignus prætorium , cujus est dare
jus in re per l. 26. de pign. act. & tot. tit. de pign.
prætor , sequeretur , quod simplices creditores ,
 nullum habentes jus in re , non gauderent Actione
 Pauliana seu rescissoria , quod certe nullus tutò
 defenderit.

DEO SOLI GLORIA.

