



Disputatio juridica inauguralis de publiciana in rem actione

<https://hdl.handle.net/1874/345226>

DISPUTATIO JURIDICA
INAUGURALIS,
DE

PUBLICIANA IN REM ACTIONE.

QUAM,
AUSPICE DEO OPT. MAX.
Auctoritate Magnifici D. Rectoris,

M. JOHANNIS LEUSDEN,

Philosophiæ Doctoris, & Linguae Sanctæ in Illustri
Academiâ Ultrajectinâ Professoris Ordinarii,

NEC NON

*Amplissimi Senatus Academici consensu, & Nobilissima
Facultatis JURIDICÆ Decreto,*

PRO GRADU DOCTORATUS

Summisque in UTROQUE JURE Honoribus & Privilegiis
ritè ac legitime consequendis,

Eruditorum Examinè subiecto

CASPAR CLOTTERBOOKE, BRIELANUS

Ad diem 16. AUGUST. hora locoque solitis.



TRAJECTI ad RHENUM,

Ex Officiâ FR. N. OLSO I. HALMA, Academiæ
Typographi, clō loc XCIII.

DISPUTATIO JURIDICA
I N A U G U R A L I S
P
P A T R I A E

M. JOHANNIS EUSDEN,
Philosophiae Doctoris, et
Academiae Ulmensis Rectoris Ordinarii,
N E C N O N


A M I C I S
O M N I B U S



Hanc sacram facio

AMIA C. CLOTTERBOOKE.
Typographi, c/o J. C. K. U.

PROOEMIUM.

 Um ad sustentandam societatem humanam necesse sit, ut jus suum quisque consequatur, necesse est ut legitima remedia competant, quibus illud quisque consequi possit, quæ remedia actionum nomine veniant, atque id ipsum observarunt Legislatores Romani, juris observatores Religiosissimi. Unde eum in finem in eorum legibus multe actiones constitutæ, ubi autem deficere videbantur, Prætor tanquam viva vox juris civilis. l. c. ff. de just. & jur. æqui bonique custos, ex sua quoque jurisdictione introduxit utilissimas actiones. Exemplum inter cæteras est materia vindicationis, ad cujus similitudinem publiciana actio introducta. l. 7. §. 6. ff. h. t. sicuti enim rei vindicatio jure civili in rem datur ex vero dominio, ita actio publiciana etiam in rem, sed jure prætorio ex ficto dominio competit. Atque hanc actionem, relicta prolixiori vindicationis materia, pro disputatione nostra inaugurali tractandam proposuimus.

DISPUTATIO JURIDICA
INAUGURALIS

DE
Publiciana in rem Actione.

THESIS I.



Actio Publiciana nomen habet ab au-
ctore suo Publicio Pratore. §. 4. in
fin. Inst. de act. hic Publicius, teste
Cicerone pro Cluenio, simul cum M.
Junio Prator fuit. Aliquando per
Publicianam significatur actio rescis-
soria, de qua in §. 5. Inst. eod. tit.
agitur, uti patet ex l. 35. in fin.
princ. ff. de obl. & act. l. 57. ff. mand.

forte quod utraque actio eundem authorem habet. Sed
tamen regulariter denotatur illa actio, qua res nondum
usucapta per bonæ fidei possessorem recuperatur, quo in
sensu etiam vocatur *Publicianum iudicium*. l. 13. §. 1. ff. h. t.
definiri potest hoc modo. *Actio publiciana est actio in rem,
pratoria, qua datur ei, qui rem bona fide, & iusto titulo, posses-
sam, ante impletum usucapionis tempus amisit, adversus injustum
ejus rei possessorem, in rem restituit.*

II.

Dicitur quod *in rem sit*, oritur enim ex ficto dominio
Pratoris, unde in l. 7. §. 6. ff. h. t. dicitur *ad instar proprie-
tatis respicere*, quod *pratoria sit* patet ex d. §. 4. & ex l. 1.
ff. h. t. ubi Ulpianus ipsum edictum Pratoris in hæc ver-
ba exhibet. *An Prator, si quis id, quod traditur ex justa cau-
sa, non a domino & nondum usucapum petet, iudicium dabo.*
Causa quæ prætorem movit, fuit difficultas probandi do-
minii,

minii, quod non statim transit in eum, qui rem, licet ex justa causa sibi traditam, accepit, nisi is qui tradidit dominus fuerit; cujus probatio regulariter difficillima est: & tamen eo non probato, actor jure civili rei vindicationem frustra instituebat. Prætor igitur æquitate motus, cum videbat, quemvis injustum possessorem potiore esse eo, qui rem bona fide & justo titulo nactus, possessionem casu amisisset, hanc actionem introduxit, qua colore dominii per usucapionem acquisiti, vincerent illi, quibus justa possessio semel quæsitæ esset, quam diu in eo nulli alii fieret injuria.

III.

Ex dictis patet quod actio publiciana detur sub colore dominii per usucapionem acquisiti. ait enim Imperator Justinianus § 4. *Inst. de act. actorem dicere se rem usucepisse, quam revera non usucepit.* Unde quidam jus civile calumniantes, illud tanquam authorem mendacii arguunt. Perperam certe: nam actor rem a reo petens, non dicit se usucepisse, sed judici proponit, se tam diu rem possedisse bona fide, & justo titulo, & perinde sibi contra novum possessorem idem jus competere, quasi usucepisset. Hæc etiam Imperatoris sententia colligi potest. *ex §. 3. Inst. de act.*

IV.

Publiciana actio ut competat, quædam requisita concurrere debent. Primo & præcipue requiritur ut res fuerit tradita actori. *l. 1. l. 7. §. fin. ff. h. r. l. 10. ff. de usucap.* quia nemo ante rem traditam se dominum factum prætere- dere potest, cum traditionibus, non nudis conventionibus rerum dominia transferuntur. *l. 20. C. de pact.* an vera sit, an ficta traditio nihil interest, dummodo habilis sit ad transferendum dominium. *l. 9. §. 1. C. 2. l. 11. §. 1. ff. h. r.* qua occasione dubitari potest an traditio ad publicianam necessaria sit, iis casibus, quibus citra eam dominium ipso jure acquiritur. e. gr. si ecclesiæ aliquid donatum aut venditum sit. *l. 23. §. 1. C. de SS. ecol.* vel si res testatoris sit legata. *l. 64. ff. de furt.* quod putamus affirmandum.

1. Quia illae res sine possessione non usucapiuntur. *l. 27. ff. de usucap.* & per consequens, cum in publiciana requisita usucapionis desiderantur, absque illa non potest habere locum publiciana. *l. 7. §. ult. ff. h. t.* 2. Confirmatur. *per l. 8. ff. pro legato. l. 1. 2. §. 5. ibid.* ex quibus colligitur traditionem & possessionem ad usucapiendam rem legatam requiri. 3. Textus §. 4. *Inst. de act.* expresse vult, ut actor possessionem amiserit, ac amittere non potest, si non aliquando habuerit. Et praeterea expresse probant verba praetoris in. *l. 1. ff. h. t. si quis id quod traditur &c. iudicium dabo.*

V.

Secundum requisitum publicianae actionis est, ut actori res sit tradita *bona fide. l. 7. §. penult. & ult. hoc tit.* bona fides hic est, ut accipiens putaverit eum, a quo accepit, dominum esse, aut jus transferendi dominii habere. *l. 109. ff. de V. §. jure civili* sufficit hanc ab initio adesse. *l. 100. C. de usucap. transf.* quanquam in emtione tempore contractus & traditionis requiratur. *l. 7. §. ult. ff. h. t.* quid si mala fides superveniat, quaeritur, an tunc cessat publiciana? Et dicimus quod non; propter legitimum initium usucapionis. *l. 11. §. fin. eod. tit.* & quanquam jure canonico mala fide interveniente usucapio cessat, nihilominus rationibus defendi posse videtur publiciana: merito enim difficilius usucapitur quam publiciana agitur; cum usucapio detur in praerudicium veri dominii, publiciana non: deinde publiciana semper datur actori firmius jus habenti. Datur etiam heredi ejus, cui bona fide res est tradita, cum heres semper usucapionem continuet. §. 12. *inst. de usucap.* neque denegatur ei, qui rem a furioso eum furere ignorans, emit. *l. 7. §. 2. ff. h. t.* sed maxime videtur obstare. *l. 2. §. 16. ff. pro emptore.* quidam antinomiam, quidam correctionem admittunt, sed tamen locum potest habere contra extraneum, *d. 7. §. 2.* non vero contra ipsum furiosum. *d. l. 2. §. 16.*

VI.
 Tertium requisitum publicianæ actionis, ut actor rem acceperit *justo titulo*. *l. 1. 2. 3. & seqq. ff. h. t.* in publiciana obtinet quod ei, qui rem tantum emit, & bona fide possidet, nondum pretio soluto, aut fide ea de re habita, hæc actio detur. *l. 8. ff. h. t.* secus in rei vindicatione. *l. 15. C. de reivind.* quia nunquam datur contra dominum aut titulo possidentem.

VII.

His requisitis concurrentibus, videndum ulterius, cui competat, adversus quem, & ad quid. Publiciana actio competit ei, qui ita, uti dictum, rem à non domino acceperat, & ante impletum usucapionis tempus amiserat. §. 4. *inst. de act. dicitur à non domino.* ita quoque prætor in suo edicto dicit *non à domino.* nam si verus dominus ex justo titulo rem alteri tradiderit, accipiens statim fit dominus, nec ulla indiget usucapione. *l. 20. princ. ff. de acq. rer. dom. §. 40. inst. de rer. divis. dicitur ante impletum usucapionis tempus amisi.* Nam si per legitimum tempus usucapio impleta sit, accipiens factus est dominus. Et ad rem recuperandam civilem habet actionem. *l. 1. §. 1. ff. h. t.* hinc illud quæritur, an hæc actio æque detur vero domino, ac bonæ fidei possessori; nimirum, si dominus, cum difficilis esset, ut ferè solet, domini probatio, hac actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? putamus licere: quia acturus existimare debet se esse dominum, & quod author suus fuerit dominus. Præterea quod propter hujus rei incertitudinem & difficultatem probandi hæc actio sit introducta. Cum itaque sæpissime contingere possit, ut auctor dominus fuerit, de quo tamen constare nequit, necessario eveniet, ut non raro hac actione utatur, qui revera dominus est, ac ex causa prædicta talem se asserere non audet. Deinde semper datur ei, qui potius jus habet, atqui dominus habet fortissimum jus. Disputant doctores an usus fori, actionum cumulationem probans, sit admittendus. Videlicet, an eodem

dem libello publicianam cum rei vindicatione disjunctim proponi, & rem jure domini vel quasi domini peti posse, recte defendatur. Putamus recte defendi posse: cum hæc actiones magis affines aut diversæ sunt, quam contrariæ. Is enim, cui publiciana competit, præsumptive dominus est. Neque verum est, quod remedia prætoria iis denegentur, quibus jure civili consultum est. Hac occasione, data publiciana bonæ fidei possessori de ficto dominio, quæritur, an non etiam porrigatur bonæ fidei possessori de utili ficto dominio? ut puta ei, qui emphiteusin a non domino bona fide accepit, canonem solvit, & postea amisit? quod affirmamus: cum actor sit in conditione usucapiendi utile dominium, neque video quare hæc actio esset deneganda.

V I I I.

Datur actio publiciana adversus injustum possessorem; vel qui infirmius jus habet quam actor. *l. ult. in fin. ff. h. t. junc. l. 7. §. 6. ff. eod.* Fortius jus habet actor si bona fide & justo titulo rem acceperit, reus vero non. *d. l. ult.* etiam si reo bona fide & justo titulo possessio ab eodem authore data sit, qui rem prius actori tradidit. *l. 9. §. 4. in prin. ff. h. t.* nam si reus authorem suum injustum possessorem vellet accusare, non posset petere, cum quisque semper petat colore acquisiti domini. Si authorem suum profiteatur dominum, sequitur quod ille iterum non potest tradererem, quam antea jam alteri juste tradidit. Sed quæritur, si duo eandem rem, a duobus non dominis, bona fide & justo titulo acceperint, cujus jus sit fortius, actoris an possidentis? & dicitur possidentis, *l. 9. §. 4. in fin. ff. h. t.* ratio est, cum actor se fundet, non in vero dominio, quod nec probare necesse habet, sed tantum in conditione usucapiendi, efficitur inde, ut possessor, qui in eadem conditione est, exceptione actorem repellere possit, cum potior est juris, qui simul est in conditione usucapiendi & in possessione, quam qui tantum est in conditione usucapiendi. Maxime tamen videtur obstare. *l. 31. §. ult. ff. de act. empt.* ubi dicitur

citur sive ab uno non domino, sive ab alio atque ab alio duo emerunt, quod potior sit is, cui res prius est tradita. Quamquam quidam dissensionem inter Sabinianos & Proculianos ponunt, res tamen sic expedienda videtur, videndum est an controversia vertatur inter illos ipsos duos, qui rem a non dominis acceperunt, quem casum Ulpianus. *dicta l. 9. §. 4.* tractat, quo scilicet alter ex illis possidet, an vero tertio possidente, inter duos illos controversia sit, cui potius publiciana contra tertium sit concedenda. Ad quem casum respexit. *l. 31. §. ult. de act. empt.*

I X.

Uterius quæritur an hæc actio detur contra eum, qui dicitur pro herede possidere? quidam putant denegandam esse publicianam quia inquirunt pro herede est titulus. Sed non est titulus habilis. Alii putant pro herede tenere idem esse ac pro domino tenere. Sed etiam illi videntur errare: patet enim heredem non posse teneri, quatenus herum vel dominum denotat, & quatenus ea, quæ revera defuncti fuerunt, ipse verus heres tenet. Sed cum pro herede dicimus possidere, aut non verum esse heredem, sed istud tantum prætendi, aut heredem quidem, sed non istius rei, de qua quæritur, significamus. Atque ita pro herede tenere dupliciter sumitur. 1. Ut ante dictum, quando quis se heredem asserit, cum tamen verum non sit, quo casu alia datur actio, scilicet hereditatis petitio, contra eum, qui possidet pro herede, & qui rem aliquam tenet, quæ revera defuncti fuit. Non vero publiciana porrigitur, nisi forte publicianâ acturus, falsum eum heredem ostendere velit & possit. Deinde quoque pro herede verus heres dicitur, qui rem possidet, quæ defuncti non fuit, sed quam ipse tamen tanquam hereditariam, & alienam ignorans, cum cæteris rebus defuncti penes se habet. Veluti si sit res defuncto commodata, vel apud eum deposita. Circa quem casum, cum maxima sit controversia, prius videamus an iste titulus habilis sit ad usucipiendum. Unde decisio quæstionis dependet, quia con-

tra usucipientem cum effectu publiciana non datur. Sed talem titulum non esse probant textus. *l. ult. C. de usucap. pro herede. l. 4. C. de prescr. long. temp.* qui negant sine alio proprio & speciali titulo usucapionem procedere posse. Præterea res commodatas ab herede non posse usucipi, colligitur ex. §. 4. *Inst. de usucap.* ubi dicit imperator, *si heres rem commodatam, &c. bona fide vendiderit.* tacite intuens, ab ipso herede eam usucipi non posse, sed quidem ab alio singulari successore: & hanc sententiam, ratio juvat, cum heres defunctum, qui ab usucapione excluditur, representet & per consequens idem jus habeat. Hæc actio cum datur contra infirmius jus habentem possessorem, examinandum est an ille, qui pro herede possidet, infirmius jus habet quam actor. Quod potest contingere in casu. *l. 9. §. 4. ff. h. t.* nempe si defunctus rem ab eodem non domino acceperit, qui eam, antea actori tradiderit.

X.

Cum ex superioribus liquet, hanc actionem in rem esse instar rei vindicationis, sequitur, quod etiam detur contra eum, qui liti se obtulit, quique dolo malo possidere desit. *arg. l. 7. §. 8. ff. h. t. l. 16. §. 3. ff. de pign.* neque mirum: facile enim actor potest fortius jus ostendere quam talis possessor.

XI.

Ex ante dictis constat, adversus verum dominum publicianam haud competere. *l. penult. ff. h. t.* excipiuntur tamen aliquot casus. veluti. 1. Siquis a non domino ex tali causa, (veluti noxali, damni infecti) acceperit rem, ex qua a vero domino accipere debuerat. *l. 28. ff. de nox. act. l. 18. §. 15. ff. de damn. infect.* 2. Si is qui tradidit postea dominus effectus sit. *l. 72. ff. de R. V. l. 4. §. 32. ff. de dolo mal. & met. excep.* 3. ob auctoritatem rei judicatæ. *l. 24. ff. de excep. rei judic.* 4. Etiam ob jusjurandum. *l. 7. §. 7. ff. h. t. ex l. 31. ff. ex quib. caus. major.*

Restat

XII.

Restat ut excutiamus quænam res publiciana actione peti possunt. Cum autem ab usucapione licet argumentari ad publicianam. *l. 7. §. 2. ff. h. t. pro regula notanda* quod in hac actione veniunt res ad usucapiendum habiles. *l. 9. §. 5. ff. eod.* unde dissentiunt doctores, an res a malæ fidei possessore traditæ, hac actione peti possunt? & videntur peti posse. Quanquam quidam earum rerum usucapionem & præscriptionem, quæ decem vel viginti annis absolvitur, negent, possessorem tamen tricennium esse probat. *auth. malæ fidei C. de præscr. long. temp. quod Nov. 119. C. 7. confirmatur.* Videtur ergo, non sublata usucapione, sed tantum nuda temporis mutatione facta, publiciana admitti posse. Præsertim cum hic non tractetur de actione excludenda, sed de re acquirenda. Et non de præjudicio veri domini, sed tantum possessoris sine titulo. Possunt etiam peti servitutes & res incorporales traditione constitutæ. *l. 11. §. 1. ff. h. t. in his earum usus & servitutum constituentis patientia pro traditione est. l. ult. ff. de serv. hoc speciale est quod in vectigalibus & aliis prædiis, in quibus usucapio non habet locum, hæc actio detur. l. 12. §. 2. ff. h. t. in rebus furtivis sicut non procedit usucapio, sic etiam non procedit publiciana. l. 9. §. 5. ff. h. t.*



COROLLARIA.

I.

De controversiis ex testamento ortis non recte transigitur, nisi inspectis testamenti tabulis.

II.

Qui credidit ad refectionem navis non habet tacitam hypothecam.

III.

In transactione non habet locum. l. 2. C. de resc. vend.

IV.

Depositarius propter impensas necessarias rem depositam retinere potest.

F I N I S.