

**DE EXCEPTIONUM USU,
QUI LEGIS
ACTIONUM TEMPORE
FUERIT, COMMENTATIO**

Published @ 2017 Trieste Publishing Pty Ltd

ISBN 9780649302680

De exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit, commentatio by Carolus Sell

Except for use in any review, the reproduction or utilisation of this work in whole or in part in any form by any electronic, mechanical or other means, now known or hereafter invented, including xerography, photocopying and recording, or in any information storage or retrieval system, is forbidden without the permission of the publisher, Trieste Publishing Pty Ltd, PO Box 1576 Collingwood, Victoria 3066 Australia.

All rights reserved.

Edited by Trieste Publishing Pty Ltd.
Cover @ 2017

This book is sold subject to the condition that it shall not, by way of trade or otherwise, be lent, re-sold, hired out, or otherwise circulated without the publisher's prior consent in any form or binding or cover other than that in which it is published and without a similar condition including this condition being imposed on the subsequent purchaser.

www.triestepublishing.com

CAROLUS SELL

**DE EXCEPTIONUM USU,
QUI LEGIS
ACTIONUM TEMPORE
FUERIT, COMMENTATIO**

DE

**EXCEPTIONVM VSV, QVI LEGIS ACTIONVM TEMPORE FVERIT,
COMMENTATIO.**

SCRIPSIT

CAROLVS SELL

IVRIS VTRIVSQVE DOCTOR, IN VNIVERSITATE LITTERARIA FRIEDERICIA GVILELMA RHEMANA
PROFESSOR PVBLICVS ORDINARIVS, REGI AB INTIMIS IVSTITIAE CONSILIVS, H. A. DECANVS.

BONNAE,
MDCCCLXVII.

+

Rev.
991
S.
1

INDEX CAPITUM.

Exceptionum usus qui legis actionum tempore fuerit.

	Pag.
Prooemium. Quae nostrae aetatis iureconsulti de illa quaestione censuerint . . .	1-3
Caput I.	
Exceptionum dilatoriarum qui fuerit tempore legis actionum usus . . .	4-11
Caput II.	
Exceptionum quas vocant liti finitae qui fuerit usus legis actionum aetate . . .	11-14
Caput III.	
Exceptionum peremptoriarum qui fuerit tempore legis actionum usus.	
§. 1. I. De exceptionum peremptoriarum in arbitriis sive bonae fidei actionibus usu . . .	16-22
§. 2. II. De exceptionum peremptoriarum in iudiciis sive actionibus stricti iuris usu.	
A. Cur legis actionum tempore exoptiones peremptoriae, quae ex iurisdictione praetoris proditae sint, actionibus stricti iuris obici non potuerint . . .	22-24
§. 3. B. Exceptionum peremptoriarum, quae ex legibus vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, quae fuerit usus legis actionum tempore usus.	
1. De exceptionibus. «si quid contra legem (senatusve consultum) factum est.» Exceptio legis Furiae, legis Cinciae, legis Plaetoriae.	24-25
§. 4. 2. De ceteris iuris civilis peremptoriis exceptionibus.	
a. De rei venditae et traditae exceptione, quam ex XII tabulis originem repetere demonstrari possit	25-27
§. 5. b. De exceptione rei venditae et traditae responsis prudentum vel moribus introducta	27
§. 6. c. De exceptione annalis Italici contractus	27-28
§. 7. III. De exceptionibus honorariis, quae actionibus honorariis legis actionum tempore oppositae sint	28-29
§. 8. IV. Qua ratione legis actionum tempore exoptiones peremptoriae actionibus stricti iuris et exoptiones honorariae actionibus honorariis in iure oppositae sint.	
1. Exoptiones peremptoriae cur non antiquissimo tempore eodem modo atque ordinis iudiciorum privatorum aetate proponi potuerint	30-31
§. 9. 2. De sponsonibus a Romanis ad exoptiones peremptorias in actionibus et stricti iuris et honorariis ad finem perducendas adhibitis.	
a. De sponsonum usu in universum	31-33

	Pag.	
§. 10.	b. De sponionibus loco peremptoriarum exceptionum adhibitis.	
	α. De Plauti Rudentis V. 8. 24. sq. loco	38-37
§. 11.	β. De Plauti Menachmorum V. 2. 22. sq. loco	37-30
§. 12.	c. Qui legis actionum tempore peremptoriam exceptionem seu civilem seu honorariam sponionis forma proponere volebat, eum oportebat antea concedere, actionem ipsam argumētis firmatam esse, cum antiquissima aetate nondum valerit illud: Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur et alia defensione uti	40-41
§. 13.	V. Quomodum legis actionum tempore tota lis instituta et ad finem perducta sit proposita exceptione peremptoria	41-44

Exceptionum usus qui legis actionum tempore fuerit.

Prooemium. Quae nostrae aetatis iureconsulti de illa quaestione censuerint.

Exceptionum fueritne legis actionum tempore apud Romanos aliquis usus, et qui fuerit, cum repertis integris Gaii institutionibus plus semel a viris iuris Romani peritis in disceptationem vocatum sit, tum etiam nostris diebus multum obstare fatebimur, quominus de ea quaestione ita esse actum dicamus, ut nihil dubitationis relictum sit. Nam certe priusquam universi illius iudiciorum ordinis, qui antiquissimis temporibus adhiberetur, paulo pleniorum imaginem e Gaii operis quarto libro informare possemus: fieri vix potuit ut quisquam in illam rem dedita opera inquireret. Eorum autem, qui inde ab eo tempore hanc quaestionem tractaverunt, primus Bayerus¹⁾, quem secuti sunt Knappius²⁾ et Albrechtius³⁾, omnino negavit ullum fuisse exceptionum legis actionum tempore usum, sive formam respiceremus qua postea concepi solerent, sive ipsas res, quarum causa conciperentur. Horum autem sententiae proxime accedens Burchardius⁴⁾ in bonae fidei quidem actionibus statuit peremptorias, ut doli mali exceptionem, locum habuisse, contra a stricti iuris iudiciis plane alienas fuisse; cuius opinionem mihi etiam Puchta⁵⁾ assensu suo comprobasse videtur. Eam autem sententiam, qua negaretur quidem exceptiones antiquiore illo tempore, quo omnis iudiciorum ordo legis actionibus niteretur, extitisse, verum sponsonibus idem effectum esse diceretur, cuius causa exceptiones postea instituerentur — scilicet formam exceptionum qualis postea, cum per concepta verba ageretur, fuisset, incognitam, ipsam autem vim ac substantiam earum notam fuisse —, primus inter nostrae aetatis iureconsultos professus est Savignius⁶⁾, quem deinde secuti

1) Bayer, Vorträge des Civilprozesses. Siebente Auflage. 1841. pag. 340.

2) Knappe, Versuch einer Entwicklung des Begriffes der Exceptionen. 1836. p. 1.

3) Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses. 1836. §. 1. 2.

4) Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung. 1831. p. 290. 291.

5) Puchta, Cursus der Institutionen. Sechste Auflage. 1866. I. §. 80. p. 294. Note f.

6) von Savigny, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft. X. p. 247. 248. System V. p. 181. adn. e. Cf. Sententia, Das practische Civilrecht. I. §. 82. adn. 10.

sunt Rudorffius¹⁾, Kellerus²⁾, Hollwegius³⁾, Leistius⁴⁾, alii. Longius etiam progressus Helmollius⁵⁾ in legis actionum iudiciis putavit, etiamsi non facta esset stipulatio praetoria, exceptionum legis Cinciae, Plaetoriae, Furiae usum aliquem extitisse. Hanc autem opinionem qui comprobaret cum nemo amplius inveniretur, sed plurimi in sententia a Savignio prolata acquiescerent, extitit rursus, qui totam illam sententiam de sponsonibus litem impediendis, quibus legis actionum tempore eadem vis exercebatur, quae postea exceptionibus tribueretur, impugnavit Jheringius⁶⁾, prorsus infirmis testimoniis eam niti omninoque falsam esse declarans; quo quidem iudicio cum alios aetatis nostrae iuris peritos haud mediocriter commovisse videtur, tum etiam Rudorffium⁷⁾ et Demelium⁸⁾, quorum ille iam non eadem qua olim firmitate a Savignii partibus stare videtur, hic vero affirmavit priorum opinionem de sponsonum usu, quibus legis actionum tempore lites impedirentur eoque sui defendendi facultas daretur, unde postea exceptionum formae conciperentur, argumentis ab Jheringio prolatis summopere esse debilitatas.

Quae cum ita sint, operae pretium certe facere videbitur is, qui denuo de exceptionum usu, qui legis actionum fuerit tempore, quaestionem instituat; quam quidem quaestionem ad certum aliquem finem perductum iri eo fidentius sperari poterimus, quo accuratius singula exceptionum genera inter se distinguantur atque investigentur. Sunt autem primum exceptiones dilatoriae, tum exceptiones quae vocantur litis finitae, postremo exceptiones peremptoriae; atque haec quidem spectandae erunt primum in arbitriis seu actionibus bonae fidei, deinde in iudiciis sive actionibus stricti iuris, denique in actionibus honorariis.

Huic argumenti nostri divisioni statim adiungamus Gaiani loci tractationem ab iis praecipue in testimonium vocati, qui prorsus negarunt ullum fuisse legis actionum tempore usum exceptionum. Dicit autem Gaius (IV. 108) „Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea re postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum.“ Quibus quidem verbis non modo non demonstratur, quod demonstrari eis voluerunt illi, sed prorsus contrarium demonstratur. Nam si dicitur, exceptionum usum legis actionum temporibus omnino fuisse alium atque Gaii aetate, necessario inde consequitur, extitisse quidem usum exceptionum utraque aetate, verum plane diversum fuisse. Gaius si dicere voluisset, non fuisse exceptiones legis actionum temporibus,

1) Rudorff, Römische Rechtsgeschichte. Leipzig. 1859. II. §. 81. p. 109. Rudorff, Puchta Institutionen. II. §. 170. p. 144. adn. 9.

2) von Keller, Der römische Civilprozess. §. 36.

3) von Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozess. I. (1864.) §. 88. p. 124. 125. II. (1865.) §. 99. p. 391 sq.

4) Leist, Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme. 1850. p. 26.

5) von Helholt, Verhältnisse der Exceptionen zur Beweislast. 1852. §. 1. 2.

6) Jhering, Geist des römischen Rechts. III. §. 82. p. 116. (1865.)

7) Rudorff, Puchta Institutionen. I. §. 81. (Sechste Auflage 1865.) p. 294.

8) Demelius, Münchener Vierteljahrsschrift. VIII. Heft 4. No. XVII. p. 500.

omissis verbis „ita ut nunc“ simpliciter dixisset „nec omnino usus erat illis temporibus exceptionum“¹⁾. Quodsi Knappius²⁾ Gaium omnino negat breviter et concinne loqui solitum esse, quamobrem verbis „ita ut nunc“ singularem vim non inesse putandum sit, certe non magis dignus est copia refutatione, quam Albrechtius³⁾, qui contendit Gaium loco illo non dicere, fuisse quidem legis actionum tempore exceptionum usum, sed a posterioris temporis usu diversum, sed de usu in universum et generaliter loqui. Peccant enim hae explicationes — quarum posterior cum ipsis verbis scriptoris aperte pugnat, utraque similem fere finem persequitur — contra notissimas interpretandi regulas, quibus iubemur iuris praecipi vim toto quidem orationis nexu observato, sed singulorum quoque vocabulorum ratione habita, quorum nullum superfluum ac sine peculiari quadam significatione positum habendum sit, explicare⁴⁾; immo ubi ipsa verba videri possint ambiguo sensu adhibita esse (quod quidem de Gaii verbis vix quisquam affirmaverit), eam interpretationem esse eligendam, qua iuris praecipi vitium quantum fieri possit evitetur⁵⁾. Helmoitius⁶⁾ deinde difficultatem e Gaii verbis „ita ut nunc“ nascentem ita tolli posse putavit, ut lectionem inde a Bluhmio semper eodem modo exhibitam corruptam iudicaret, atque ita legendum esse censeret: „Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat, nec omnino illarum usus erat illis temporibus actionum.“ Qui quidem depravasse potius quam emendasse Gaii verba censendus est: nimirum in eis verbis, quae si Bluhmii scripturam sequimur sententiam praebent perspicuam ipsique rei prorsus accommodatam, abundantiam efficit minime ferendam, cum eandem rem mutatis solum verbis bis indicare scriptorem iuberet. An putabis quidquam differre, si primo dicitur legis actionum tempore ipso iure fieri non potuisse ut actio semel instituta denuo institueretur, ac deinde, exceptionem rei in iudicium deductae et rei iudicatae aetate illa omnino non in usu fuisse? quorum si prius verum esse statuimus, simul etiam de posteriore iudicium tulimus.

Itaque cum nihil habeamus cur vulgatam Gaii verborum (IV. 108) scripturam corruptam esse dicamus, ipse Gaius nobis testimonium perhibere putandus est de exceptionibus tempore legis actionum adhibitis, etsi earum usus „illis temporibus omnino non erat ita uti nunc“, scilicet Gaii temporibus; quamobrem ut antea ita etiam nunc in eo elaborandum est ut cognoscamus, quatenam fuerint magnae illae in usu exceptionum utriusque aetatis discrepantiae.

1) Cf. C. Sell, Die exceptio annalis Italici contractus, in C. Sell et W. Sell, Jahrbücher für hist. und dogm. Bearbeitung des röm. Rechts. II. p. 81. adn. 1.

2) Knappe, l. c. p. 6.

3) Albrecht, l. c. p. 9. adn. 2.

4) L. 24. D. de leg. (1.3.) Celsus: „Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.“

5) L. 19. D. eod. Celsus: „In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.“

6) von Helmoit, l. c. p. 19—22.

Caput I.

Exceptionum dilatoriarum qui fuerit tempore legis actionum usus.

Omnium exceptionum teste Gaius (IV. 118. cf. §. 7. I. de except. 4. 3.) duo maxime sunt genera, quorum alterum eas continet, quae ex legibus vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiant capiunt, alterum eas, quae ex iurisdictione praetoris proditae sunt: quibus generibus tam peremptoriae quam dilatoriae exceptiones continentur.

Exceptionum autem dilatoriarum eas, quae ex iurisdictione praetoris proditae sunt, antiquissimo tempore, ubi legis actio iure civili institui posset, adhiberi non potuisse, vix est quod hic copiose demonstremus, „quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur“, et quia actiones „ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.“ (Gaius IV. 11.) Neque magistratus, qui iuri dicundo dicebantur, suo arbitrio actioni ab actore e iure civili deductae ac ad tempus quidem se opponere poterant; nam et huius rei e solo iure civili Romanorum facultatem petere poterant.

1) Primum igitur pro certo habendum est, neque exceptionem dilatoriam pacti conventi, ne intra quinquennium peteretur, quae a praetore proposita erat, neque peremptoriam exceptionem pacti, ne omnino pecunia peteretur, legis actionum tempore in usu fuisse. (Gaius IV. 122. §. 10. (9.) I. de exc. 4. 13. cf. L. 2. §. 4. L. 3. D. de exc. 44. 1.)

2) Eodem modo iudicabimus de exceptionibus litis dividuae et rei residue, praetoris edicto introductis, quod publicae utilitatis causa actionem in plures dissolvi vetuit pluresque actiones adversus unum eundemque rem uno tempore proferri iussit, ut in utraque causa res ab uno iudice diiudicaretur¹⁾.

3) Sed etiam dilatorias exceptiones cognitórias et procuratorias (cf. Gaius IV. 124. L. 2. §. 4. D. de except. 44. 1. §. 10. (9.) I. eod. 4. 13.) tempore legis actionum non esse adhibitae, primum inde consequitur, quod disertis verbis e praetorio edicto ortas esse eas Gaius narrat, cum dicit l. c. „si is qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat“ etc.; deinde vero quod a temporis illius usu abhorrebat alterius nomine agere nisi certis quibusdam causis²⁾. Atque duae tantum causae a veteribus afferuntur, quibus alterius nomine agi posset, scilicet pro populo et libertatis causa; in quibus sane quaestio oritur, potueritne, si non dilatoria exceptione cognitória vel procuratoria, tamen alio modo fieri, ut reus indignum populi Romani patronum vel assertorem libertatis repelleret.

1) Gaius IV. 122. L. 11. D. de iurisd. (2. 1.) Gaius ad Edict. prov. — „plures actiones cum eodem“ ceter. Zimmern, Römische Rechtsgeschichte. III. §. 95. p. 296. von Bethmann-Hollweg a. a. O. II. p. 463.

2) Gaius IV. 82. „Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet eorum nomine aut alieno: alieno, veluti cognitório, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore erant legis actiones, in usu fuisset alterius nomine agere non licere, nisi pro populo et libertatis causa.“ L. 129. pr. D. de R. I. Ulp. lib. 18. ad Ed. „Nemo alieno nomine lego agere potest.“