

UNIwersytet WROcławski
Biblioteka Wydziału Prawa



84061

AKADEMJA UMIEJĘTNOŚCI
WYDZIAŁU HISTORYCZNO-
FILOZOFICZNEGO

Serja II. T. 42. (Ogólnego zbioru T. 67). Nr 4.

FRANCISZEK BOSSOWSKI

ACTIO AD EXHIBENDUM

W PRAWIE KLASYCZNEM I JUSTYNJAŃSKIM

W KRAKOWIE

NAKŁADEM POLSKIEJ AKADEMII UMIEJĘTNOŚCI

SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNIACH GEBETHNERA I WOLFFA

WARSZAWA - KRAKÓW - LUBLIN - ŁÓDŹ - PARYŻ - POZNAŃ - WILNO - ZAKOPANE

1929

POLSKA AKADEMIA UMIEJĘTNOŚCI
ROZPRAWY WYDZIAŁU HISTORYCZNO-
FILOZOFICZNEGO

Serja II. T. 42 (Ogóln. zbioru T. 67). Nr 4.

FRANCISZEK BOSSOWSKI

ACTIO AD EXHIBENDUM

W PRAWIE KLASYCZNEM I JUSTYNJAŃSKIM

W KRAKOWIE

NAKŁADEM POLSKIEJ AKADEMII UMIEJĘTNOŚCI

SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNIACH GEBETHNERA I WOLFFA

WARSZAWA - KRAKÓW - LUBLIN - ŁÓDŹ - PARYŻ - POZNAŃ - WILNO - ZAKOPANE

1929



84061

Stan dotychczasowych badań.

Nauka prawa rzymskiego już od dłuższego czasu starała się wyjaśnić rolę, którą w życiu prawnym rzymskiem spełniała *actio ad exhibendum*. Bystre uwagi Beselera stwierdziły, że cały tit. D 10, 4 jest zniekształcony przez liczne interpolacje justynjańskie, ale mimo tego Beseler nie zakwestjonował zawartego w D 10, 4 fr 2 pojęcia *exhibendi* = *facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia*, a zarówno dawniejsi, np. Demelius (*Die Exhibitionspflicht*), jak i nowsi, np. Beseler (*Beiträge* I 1—45, II 128 i n.), Lenel (*Grünhuts Ztschft* t. 37 str. 515 i *Edictum perpetuum* wyd. 3), Stintzing (*Festschrift für Wach* II str. 295 i n.) i Maria (*Études Girard* I str. 223 i n.) starają się odgadnąć, jaki cel przy przygotowaniu windykacji rzeczy ruchomych mogło mieć wymuszone przez *actio ad exhibendum* okazanie spornej rzeczy osobie, zamierzającej wnieść *rei vindicationem*. Znamienne jest, że niemal wszystkie nowożytnie kodyfikacje, np. *Code civil*, *Kod. cyw. austr.*, *Kod. szwajc.*, pomimo silnej zależności od wzorów rzymskich, odrzucają tę *actionem ad exhibendum* jako całkiem zbyteczną i uznają, że *rei vindicatio* bez takiego przygotowania obejść się może. Wszystkie te okoliczności wskazują, że pomimo niejednego trafnego spostrzeżenia wyżej wymienieni autorowie są na złej drodze i że gdzie indziej należy szukać rozwiązania zagadki.

I. Pojęcie *exhibendi*.

Istnieje zasadnicza różnica pomiędzy pojęciem *exhibendi* wedle prawa klasycznego z jednej strony, a prawa późniejszego (zwanego poospolicie rzymsko bizantyńskim) ze strony drugiej. Wedle prawa klasycznego *exhibere* = *materiae adprehendendae copiam facere* (D 43, 5 fr. 3 § 8); wedle prawa późniejszego należy zrobić różnicę między ekshibicją rzeczy a ekshibicją wolnego człowieka, mianowicie *exhibere rem* oznacza *facere in publico potestatem, ut ei qui agat, experiundi sit copia* (D 10, 4 fr. 2 intp.), i w tym celu cały szereg fragmentów zostaje przez kompilatorów justynjańskich interpolowany; znaczenie

ekshibicji człowieka wolnego w niczem przez kompilatorów nie zostaje zmienione.

1. Exhibere rem.

Znaczenie exhibendi wedle prawa dawniejszego i klasycznego widocznem jest z następujących ustępów: Gaius IV, 51 *...velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum. Petere rem oznacza zawsze żądanie wydania rzeczy, a zatem z Gai IV, 51 wynika, że przy actio ad exhibendum — exhibere oznaczało wydanie rzeczy.*

D 43, 5 fr. 1 pr. Ulpianus libro sexagensimo octavo ad edictum Paling. 1474. Praeter ait »Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt dolove malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. item si libellus aliudve quid relictum esse dicetur, decreto comprehendam«.

D 43, 5 fr. 3 Ulpianus libro sexagensimo octavo ad edictum Paling. 1479 § 8. Quid sit exhibere videamus. exhibere hoc est materiae ipsius adprehendendae copiam facere. § 9 Exhibere autem apud praetorem oportet, ut ex auctoritate eius signatores admoniti venirent ad recognoscenda signa...

D 10, 4 fr. 2.

Exhibere est facere [in publico potestatem], ut ei, qui agat, [experiundi] sit copia¹.

Paulus libro vicensimo

primo ad edictum Pal. 341.

Exhibere est facere, ut ei, qui agat, <adprehendendi> sit copia (por. wyżej, D 43, 5 fr. 3 § 8).

W D 43, 5 fr. 3 § 8 spotykamy definicję exhibendi wogóle, nie zaś tylko w odniesieniu do tabulas testamenti. Zupełnie podobną definicję zawierał D 10, 4 fr. 2, za którego interpolacją przemawiają nadto obecne jego stylistyczne usterki.

Pogląd nasz, że wedle prawa dawniejszego i klasycznego exhibere = adprehendendi copiam praebere, znajduje również potwierdzenie w greckiej parafrazie Instytucji Theophila.

Theophilus IV, 1, 4. ...ἐφεῦρε πρὸς ταῦτα καὶ ὁ praetor τὴν furti non exhibiti ἀρμόζουσιν κατ' ἐκείνου, ὅστις τὸ ζητηθὲν καὶ εὑρεθὲν παρ' αὐτῷ κλοπιμαίων πρᾶγμα οὐ συνεχώρησεν ὑπὸ τοῦ εὐρόντος ληφθῆναι (ob. co do tego uwagi Beselera Beiträge I str. 7).

¹ Już Egon Weiss (ZSS. t. 43 str. 464 uw. 3) opierając się na D 43, 5 fr. 3 § 8 dochodzi do wniosku, że exhibere = apprehendendi copiam facere, jakkolwiek nie podejrzewa, że D 10, 4 fr. 2 i inne są interpolowane: wykazana interpolacja oraz Theophilus IV, 1, 4 pogląd Weissa w zupełności potwierdza.

Exhibere natomiast wedle prawa poklasycznego oznacza *facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia*, a *actio ad exhibendum* wedle prawa z tego okresu stanowi przygotowanie do rei vindicatio i uderzająco przypomina grecką *δίκη εις των εμφανων κατάστασιν*, co również przemawia za przypuszczeniem interpolacji¹. O greckiej *δίκη εις των εμφανων κατάστασιν* wspominają Harpocratio (w *Λεξικόν των δέκα ρητόρων* z II w. po Chr.) tudzież Lex. Seguer. (z X w. po Chr.), a jej teoretycznemu opracowaniu poświęcił Rabel szereg uwag w ZSS. t. 36, str. 381 i n. (por. co do niego Lipsius w ZSS. t. 37, str. 114)².

1) *Εις εμφανων κατάστασιν ὄνομα δίκης ἐστὶν ὑπὲρ τοῦ τὰ ἀμφισβητούμενα ἐν φανερώ ποιησαι* (Harpocratio).

Actio ad exhibendum litis nomen est, quae intenditur, ut ea, de quibus est controversia, in apertum producantur.

2) *Εις τὴν εμφανων κατάστασιν ποιοῦνται τινες ἀπολέσαντές τι τῶν ἰδίων σκευῶν ἢ ἀνδραπόδων ἢ κτηνῶν ἢ τι τῶν οἰκειῶν γνωρισαντες ὅπερ ἀπώλεσαν παρὰ τινι· δία ταύτης οὖν τῆς δίκης ἐπαναγκάζουσιν τὸν ἔχοντα ἐμφανῇ καταστήσαι αὐτὰ τε τὰ σῦλλα, καὶ παρὰ τινος ὠνήσατο ταῦτα· καὶ δῆλον ὅτι, εἰ μὲν πρατῆρα ἐπιδείξῃ ὁ ἄλλος τι ἔχων, πρὸς ἐκείνον γίγνεται τῷ ἀπολέσαντι ὁ λόγος ὥς τὸ ἀλλότριον πωλήσαντα· εἰ δὲ μὴ ἐπιδείξῃ, πρὸς αὐτὸν τὸν ἔχοντα.* (Lex. Seguer. str. 246).

Actionem ad exhibendum intendunt ii, qui amissa parte suorum utensilium vel servorum vel pecorum vel rei familiaris norunt, apud quem sit, quod amiserant. Per hanc actionem igitur cogunt eum, qui illa habet, exhibere spolia et a quo illa emerit. Si iam venditorem ostenderit, qui aliena habet, contra illum, tamquam qui aliena vendidit oritur lis iacturam passo, sin non ostenderit, contra ipsum, qui habet.

3) *Τῷ δοκοῦντι κατέχειν τὰ ἀλλοτρια καὶ μὴ εἰς ἐμφανές ἄγειν ἐπιβολὴν ἐπιβάλλειν.* (Lex. Seguer. 254 pod sł. »ἐπιβολή«).

*Qui visus fuerit aliena retinere nec in publicum proferre, ei mulcta arbitraria imponatur*³.

¹ Podobieństwo actionis ad exhibendum wedle prawa justynjańskiego do greckiej *δίκη εις των εμφανων κατάστασιν* zauważył słusznie Beseler (Beiträge I 33), ale nie przypuszcza, aby to było skutkiem interpolacji i sądzi mylnie, że to samo zastosowanie *actio ad exhibendum* już miała w prawie klasycznym.

² Fragmenty te znajdują się pod Nr 1457, 1458, 1459 w *Συναγωγή των ἀτικῶν νόμων* (Corpus iuris attici) e fontibus composuit... Ioannes Baptista Telfy. Pestini et Lipsiae 1868.

³ Rzeczy ruchomych i dochodzenia praw do rzeczy ruchomych dotyczą następujące fragmenty, przytoczone przez Telfy'ego w *Corpus iuris attici*:

fr. 1447. *Ἀφανὴς οὐσία λέγεται ἢ ἐν χρήμασι καὶ σώμασι καὶ σκεύεσι, φάνερα δὲ ἢ ἔγγειος* (Harpocratio).

Obok D 43, 5 fr. 3 § 8 znajdujemy w Digestach cały szereg fragmentów, w kodeksie Justynjańskim cały szereg konstytucji, w których pierwotne znaczenie exhibendae rei skutkiem przeoczenia kompilatorów utrzymało się bez zmiany.

D 13, 7 fr. 27. Ulpianus libro sexto opinionum Pal. 2359. Petenti mutuum pecuniam creditori, cum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret. si iam solutione liberatas receptasque eas is qui susceperat tenet, exhibere iubendus est: quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexae videntur, sed ut liberatae tradantur domino earum propria actio adversus eum creditorem competit.

D 13, 7 fr. 3. Pomponius libro octavo de iure ad Sabinum Paling. 652. Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et, si agente te contraria pigneratitia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et de fraude, per quam nec redditum sed per fallaciam id ablatum intellegitur.

D 43, 16 fr. 1. Ulpianus libro sexagensimo nono ad edictum Paling. 1523 § 6. Illud utique in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere: nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum agi. plane si quae res sint in fundo vel in aedibus, unde quis deiectus est, etiam earum nomine interdictum competere non est ambigendum...

Pal. 1527 § 32. Si fundus, a quo vi expulsus sim, mihi restitutus esset, ceterae vero res, quae vi ablatae sunt, non restituantur, hic dicendum est interdictum nihilo minus tenere, quia verum est vi esse deiectum. plane si quis velit de possessione quidem rei soli per hoc interdictum experiri, de rebus vero mobilibus ad exhibendum actione,

Substantia non apparens illa dicitur, quae argento, servis, vasis constat, apparens vero, quae terrenis possessionibus.

fr. 1449. *Περὶ ἀργυρίου καὶ χρυσοῦ καὶ ἀφανθοῦς οὐσίας θήλον, ὅτι ὅστις ἔχων αὐτὰ φαίνεται, τούτῳ δένωνκέ τις.* (Suidas z X w. po Chr. w traktacie o starożytnościach greckich).

De argento et auro et substantia non apparente tenendum est, quod, qui ea possidere cernitur, illi haec aliquis dederit.

fr. 1575. *Ὅτι ἂν τις ἀπολέσῃ, ἂν μὲν αὐτὸ λάβῃ, τὴν διπλασίαν καταδικάζειν, ἂν δὲ μὴ, τὴν διπλασίαν πρὸς τοῖς ἑκαττοῖς δεδέσθαι δ' ἐν τῇ ποδονάκῃ τὸν πόδα πενθ' ἡμέρας καὶ νύκτας ἴσας, ἂν προστιμῶσθαι ἢ ἡλιαία, προστιμᾶσθαι δὲ τὸν βουλόμενον, ὅταν περὶ τοῦ τίματος ᾖ.* (Prawo Solona wedle Demost. in Timokrat. 733).

Quidquid aliquis furto amiserit, si ipsum id receperit, fur dupli damnatur, sin minus dupli praeter poenam additam. Pedes autem stringantur compede quinque dies totidemque noctes, si Heliaeae insuper irrogavit. Augendum autem postulare licet unicuique, si de aestimatione agitur. Co do represji kradzieży w prawie greckiem ob. Weiss w ZSS. t. 43 (r. 1922) str. 460 i n. oraz ZSS. t. 46 (r. 1925) str. 180 i n.

potest hoc suo arbitrio habere, et ita Iulianus scribit: idem scribit et si quis vi bonorum raptorum de huiusmodi rebus velit experiri.

D 47, 2 fr. 29. Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum Pal. 2863. Hoc amplius¹ et ad exhibendum agi potest: et interdicto quorum bonorum agi poterit.

D 9, 2 fr. 42. Iulianus libro quadragensimo octavo digestorum Pal. 653. Qui tabulas testamenti depositas [aut alicuius rei instrumentum(?)] ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit vel exhibuerit. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur, qui eas interleverit.

D 1, 18 fr. 16. Macer libro primo de officio praesidis Paling. 52. Senatus consulto cavetur, ut de his, quae provincias regentes, comites aut libertini eorum, antequam in provinciam venerint, contraxerunt, parcissime ius dicatur, ita ut actiones, quae ob eam causam institutae non essent, posteaquam quis eorum ea provincia excesserit, restituerentur. Si quid tamen invito accidit, veluti si iniuriam aut furtum passus est, hactenus ei ius dicendum est, ut litem contestetur resque ablata exhibeatur et deponatur aut sisti exhiberive satis dato promittatur,

C 3, 41 c. 1. Imp. Alexander A. Marcello. Si extat corpus nummorum, quos ablatos ex patris tui hereditate ab eo, quem liberum esse constituit, adlegas, vindicare eos vel ad exhibendum agere non prohiberis, rel... (a. 223).

D 9, 4 fr. 40. Iulianus libro vicensimo secundo digestorum Paling. 353. Si servus legatus ante aditam hereditatem rem heredis futuri subtraxerit, poterit is cum legatario, qui legatum agnoverit, furti agere; sed si idem servus hereditariam rem subtraxerit, furti actio cessabit, quia huiusmodi rerum furtum non fit: ad exhibendum autem actio competit.

D 18, 1 fr. 30. Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum Paling. 939². Sed et ad exhibendum agi posse nihilo minus et ex vendito puto.

D 12, 1 fr. 11. Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum Paling. 769 § 2. Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur. et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua: fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis. quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant, aut

¹ amotis testamenti tabulis.

² id est si servus sine peculio venditus rem peculiarem distraxerit.

si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.

D 11, 5 fr. 1. Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum Paling. 705 § 3. Quod autem praetor negat, se furti actionem daturum, videamus utrum ad poenalem actionem solam pertineat, an si ad exhibendum velit agere vel vindicare vel condicere. et est relatum apud Pomponium solummodo poenalem actionem denegatam, quod non puto verum: praetor enim simpliciter ait »si quid subtractum erit, iudicium non dabo«.

C 3, 42 c. 8 pr. Imp. Diocletianus et Maximianus Photino. Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius praecibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes.. (a. 293) (por. Bas. XV, 4, 28).

Z użycia słowa »vel« w dwóch ostatnich ustępach źródłowych na określenie stosunku między actio ad exhibendum a rei vindicatio wynika, że actio ad exhibendum nie jest powództwem przygotowawczem w stosunku do rei vindicatio, lecz że służy (obok rei vindicatio) do dochodzenia roszczenia o wydanie rzeczy.

C 9, 32 c. 1. Imp. Severus et Antoninus A.A. Euphratae. Expilatae quidem hereditatis crimen intentare non potes, quando communis arcae rebus inspectis claves traditas coheredi profitearis, sed cum de his exhibendis apud iudicem quaereretur, rationem compensationis induci non oportuit... (a. 205).

To samo znaczenie exhibendi spotykamy również i w D 11, 4 fr. 1. Ulpianus libro primo ad edictum Paling. 185. Is qui fugitivum celavit fur est. § 1. Senatus censuit, ne fugitivi admittantur in saltus neque protegantur a vilicis vel procuratoribus possessorum, et multam statuit: his autem, qui intra viginti dies fugitivos vel dominis reddidissent vel apud magistratos exhibuissent, veniam in ante actum dedit: sed et deinceps eodem senatus consulto impunitas datur ei, qui intra praestituta tempora, quam repperit fugitivos in agro suo, domino vel magistratibus tradiderit.

W tym wypadku exhibere apud magistratum oznacza dostawienie zbiegłego niewolnika do magistratum, aby tam pan niewolnika mógł go ująć, a zatem w ten sposób panu servi adprehendendi copia praebetur. (Podobnie w myśl D 43, 5 fr. 3 § 9 tabulae testamenti apud praetorem exhibendae sunt, ob. wyżej).

Powyższe fragmenty potwierdzają nasz wyżej wypowiedziany pogląd, że exhibere oznacza w prawie klasycznem nie corporis praesentiam praestare, ut ei, qui agat, experiundi sit copia, lecz adprehendendi copiam praebere. Pozostawiając sobie niżej (w Rozdz. II 1. B) omówie-

nie stosunku między rei vindicatio a actio ad exhibendum, zamierzam zanalizować stosunek między exhibere a restituere.

D 50, 16 fr. 22.

Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam »exhibere« est praesentiam corporis praebere, »restituere« est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque cetera restitutionis verbo continentur.

D 50, 16 fr. 246.

Apud Labeonem pithanon ita scriptum est: exhibet, qui praestat eius de quo agitur praesentiam. nam etiam qui sistit, praestat eius de quo agitur praesentiam, nec tamen eum exhibet: et si quis mutum aut furiosum aut infantem exhibet, non potest videri eius praestare praesentiam: nemo enim ex eo genere praesens satis apte appellari potest. § 1. Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio.

Gaius libro quarto ad edictum provinciale Paling. 97.

Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam »exhibere« est praesentiam corporis <eius apprehendendi gratia> praebere, »restituere« est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque cetera restitutionis verbo continentur.

Pomponius libro sexto decimo epistularum Paling. 205.

Apud Labeonem pithanon ita scriptum est: <exhibere est apprehendi copiam praebere: non> exhibet, qui praestat eius de quo agitur praesentiam. nam etiam qui sistit, praestat eius de quo agitur praesentiam, nec tamen eum exhibet: et si quis mutum aut furiosum aut infantem exhibet, non potest videri eius praestare praesentiam: nemo enim ex eo genere praesens satis apte appellari potest. § 1. Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio.

Obydwa fragmenty są niewątpliwie zepsute interpolacjami; dowodzi tego najpierw sprzeczność między pojęciem exhibendi rozwiniętem w tychże fragmentach, a pojęciem exhibendi = apprehendendi copiam praebere, które — wedle naszych poprzednich wywodów — było ogólnie przyjęte w prawie rzymskim klasycznym; ponadto jeszcze za przyjęciem interpolacji przemawiają usterki stylistyczne D 50, 16 fr. 22 i 246, a zwłaszcza rażąca jest sprzeczność wewnętrzna, którą spotykamy w tym ostatnim: mianowicie spotykamy tam słowa »exhibet, qui prae-

stat eius de quo agitur praesentiam«, a zaraz niżej słowa »nam etiam qui sistit, praestat eius de quo agitur praesentiam, nec tamen eum exhibet«. Ostatnie określenie zgodne jest z rozwiniętem przez nas powyżej określeniem exhibendi wedle prawa klasycznego i — jak się zdaje — przez nieuwagę kompilatorów pozostało bez zmiany; natomiast poprzedzające słowa »exhibet, qui praestat eius, de quo agitur, praesentiam« są zgodne z pojęciem exhibendi wedle prawa justynjańskiego i przedstawiają się jako parafraza obecnego brzmienia D 10, 4 fr. 2, którego interpolacja została już powyżej stwierdzona.

Ustaliwszy w ten sposób tekst autentyczny D 50, 16 fr. 22 i 246, możemy stwierdzić na ich podstawie, że pojęcie restitutionis jest ciśniejsze od pojęcia exhibitionis: restytucja polega na oddaniu rzeczy w posiadanie, ekshibicja na zezwoleniu na objęcie rzeczy; restytucja rzeczy może mieć zastosowanie tylko tam, gdzie restituens jest posiadaczem i na osobę drugą przenosi posiadanie; ekshibicja jest do pomyślenia zarówno wtedy, gdy exhibens jest posiadaczem, jak i wówczas, gdy jest dzierżycielem i to zarówno wtedy, gdy obejmujący rzecz staje się na mocy ekshibicji posiadaczem, jak i wówczas, gdy staje się tylko dzierżycielem: innemi słowy restytucja jest zawsze ekshibicją; ekshibicja może być restytucją, lecz nie zawsze nią bywa. Jeżeli ekshibicji dokonywa posiadacz na rzecz tego, kto rości sobie prawo własności, wówczas — w myśl powyższych wywodów — ekshibicja jest zarazem restytucją. Tą okolicznością tłumaczą się następujące fragmenty:

D 10, 4 fr. 3 § 11. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum Paling. 719. Si mecum fuerit actum ad exhibendum... teneor ad restituendum.

D 10, 4, fr. 7. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum Paling. 720.

§ 3. Item municipes ad exhibendum conveniri possunt, quia facultas est restituendi... (ob. nadto §§ 4, 5).

§ 6. Idem scribit, si quis litis contestate tempore possederit, deinde desierit possidere, mox coeperit sive ex eadem causa sive ex alia, condemnari eum oportere, nisi restituat. § 7. Ibidem non male Pomponius iungit eius, qui ad exhibendum egit, utroque tempore interfuisse oportere rem ei restitui, hoc est et quo lis contestatur et quo fit condemnatio: et ita Labeoni placet.

2. »Exhibere liberum hominem« tudzież »exhibere liberos«.

»Hominem liberum exhibere« lub »liberos exhibere« wedle prawa klasycznego oznacza również »eius eorumve apprehendendi copiam praebere« jak to wynika z następujących fragmentów:

D 43, 29 fr. 1. Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum Paling. 1614. Ait praetor: »Quem liberum dolo malo retines, exhibeas«. Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam:

D 43, 30 fr. 1. Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum Paling. 1619. »Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolo malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas«. § 1. Hoc interdictum proponitur adversus eum, quem quis exhibere desiderat eum, quem quis in potestate sua esse dicit rel.

W prawie justynjańskim zarówno, o ile się rozchodzi o liberum hominem exhibere, jak i o liberos exhibere, pojęcie exhibendi nie uległo żadnej zmianie; jedynie przez nieuwagę kompilatorów, mających na myśli nowe znaczenie »exhibendae rei« (ob wyżej), zupełnie bez uzasadnienia interpolowany został następujący fragment:

D 43, 29 fr. 3 § 8.

(de homine libero exhibendo)

Ait praetor »exhibeas«. exhibere est [in publicum producere et videndi tangendique] hominis facultatem praebere: proprie autem exhibere est extra secretum habere

Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum Paling. 1617.

Ait praetor »exhibeas«. exhibere est <apprehendendi> hominis facultatem praebere: proprie autem exhibere est extra secretum habere.

Przeoczenie kompilatorów justynjańskich jest tutaj oczywiste: jeżeli bowiem w myśl D 43, 29 fr. 1 interdictum de homine libero exhibendo wprowadzone zostało »tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi a quoquam retineantur«, to nie wystarcza, aby osobie, ujmującej się za takim wolnym niesłusznie zatrzymanym, pozwolić tylko na widzenie i dotykane(!) tego ostatniego, lecz niezbędnem jest dać wspomnianej osobie możność ujęcia człowieka wolnego niesłusznie zatrzymanego, celem wyprowadzenia go na wolność.

II. Formuła actionis ad exhibendum.

Przedewszystkiem zaznaczyć należy, że w prawie rzymskiem zarówno dawniejszem, jak klasycznym spotykamy nie jedną, lecz kilka formuł actionis ad exhibendum, które między sobą różnią się preskrypcją (praescriptio).

1. Formuła *actionis ad exhibendum*, która przysługiwała właścicielowi rzeczy.

A) Rekonstrukcja formuły.

Condemnatio actionis ad exhibendum zachowała się u Gaia (IV, 51), »*quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna<to>, si non paret absolvito*«.

Z Gaia (IV, 51) wynika również, że w *actio ad exhibendum* powód powoływał się na swe prawo własności: »...*vel incerta est et infinita, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum*«.

Na podstawie wyżej przytoczonego ustępu Gaia tudzież całego szeregu innych fragmentów (np. D 10, 4 fr. 3 § 15, fr. 5, fr. 7, fr. 8, fr. 9 pr. § 1—4, D 47, 1 fr. 1 pr., D 20, 5 fr. 1, D 31, fr. 63, C 3, 42, c. 5) należy przyjąć, że pozwanym przez *actio ad exhibendum* mógł być ten, qui possidet aut dolo fecit, quominus possideat.

Na podstawie D 10, 4 fr. 7 § 4 § 6 i fr. 11 § 2 należy przyjąć, że formuła *actionis ad exhibendum* zawierała ekscepcję »*nisi ea res Aulo Agerio exhibebitur*« (dowodem są słowa »*nisi restituat*« znajdujące się w D 10, 4 fr. 7 § 4 § 6)¹.

¹ Ponieważ w D 10, 4 fr. 7 § 4 § 6 jest mowa o *actio ad exhibendum* wniesionej przez właściciela przeciwko posiadaczowi, dlatego Ulpjan użył słowa *restituere* jako równoznaczne w tym wypadku z *exhibere*. (Co do stosunku między *exhibere* a *restituere* ob. wyżej Rozdz. I str. 10).

Dawniej, opierając się na I. 4, 6 § 31, sądzono, że powództwa, zawierające w swej formule ekscepcję »*nisi restituetur*« »*nisi exhibebitur*« noszą nazwę *actiones arbitrarie*.

Obecnie Levy (ZSS. t. 36 str. 1 i n.) wykazał, że pojęcie *actionis arbitrarie* było szerszem, a mianowicie, że obejmowało nie tylko powództwa, mające ekscepcję »*nisi restituetur*« etc. ale odnosiło się do wszystkich powództw, których formuła sędziemu pozostawiała pewną swobodę przy wydawaniu wyroku. Ponadto Biondo Biondi (Sulla dottrina romana dell' *actiones arbitrarie*, Palermo 1911 oraz Studi sulle *actiones arbitrarie*, Palermo 1913) sądzi, że wiele powództw, które u Justynjana zalicza się do *actiones arbitrarie*, w prawie klasycznym nie zawierały w swej formule ekscepcji »*nisi restituetur*« i t. d. (Przeciwko Biondo Biondi'emu ob. May Observations sur les *actiones arbitrarie* w *Mélanges Girard* II 1912 str. 150 uwaga). Gdyby nawet pogląd Biondo Biondi'ego był słusznym, to mimo tego na podstawie D 10, 4 fr. 7 § 4 § 6 przyjąć należy, że formuła *actionis arbitrarie* zawierała ekscepcję »*nisi ea res exhibebitur*«; słowa bowiem »*nisi restituat*« w D 10, 4 fr. 7 § 4 § 6 stanowią autentyczne, gdyż odpowiadają temu znaczeniu, które *exhibere* miało w prawie klasycznym, a pozostają w sprzeczności z pojęciem *exhibendi* wedle prawa justynjańskiego (ob. wyżej Rozdz. I str. 1—10).

Nasuwa się jeszcze jedno pytanie, mianowicie jaki był stosunek przy *rei vindicatio* między ekscepcją »*nisi ea res Aulo Agerio restituetur*« a klauzulą, w myśl której przy *rei vindicatio* i wogóle przy *actiones in rem* sędzia był upo-

Nasuwać się nam jeszcze wątpliwości, w jaki sposób skonstruowana była formuła *actionis ad exhibendum*; otóż jest wielce prawdopodobnem, że była ona skonstruowana na podobieństwo interdyktu *de liberis exhibendis* (ob. D 43, 30 fr. 1 pr.); w takim razie powołanie się na własność powoda mieściło się w *praescriptio formulae*, a powołanie się na posiadanie rzeczy przez pozwanego ewentualnie na tę okoliczność, że dolo *possidere desuit*, mieściło się w *intentio formulae*.

Na tej podstawie formułę *actionis ad exhibendum*, z której korzysta właściciel rzeczy, możemy odtworzyć w sposób następujący:

Quae res Auli Agerii est, si paret eam rem a Numerio Negidio possideri dolo ve Numerii Negidii factum esse, quominus eam possideret, nisi ea res Aulo Agerio exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna<to>, si non paret, absolvito¹.

Wobec takiej rekonstrukcji zrozumiałym się dla nas staje cały szereg ustępów źródłowych, które dotychczas sprawiały duże trudności.

D 10, 4 fr. 9. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum Paling. 722 § 7. Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur, Sabinus putavit partum quoque restituendum, sive praegnans fuerit mulier sive postea conceperit: quam sententiam et Pomponius probat.

D 10, 4 fr. 11. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum Paling. 722 pr. Sed et si hereditas amissa sit ob hoc, quod

ważniony do oddalenia powoda z żądaniem pozwu, jeżeli pozwany już po *litis contestatio* a przed wyrokiem zaspokoił roszczenie powoda. (Istnienie ekscepcji tego rodzaju stwierdzone jest słowami Gaia IV 114 »*tantundem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimatur*«). Mojem zdaniem ta klauzula, o której wspomina Gaius IV 114, jest identyczna z ekscepcją »*nisi ea res Aulo Agerio restituetur*«, bo samo istnienie ekscepcji »*nisi ea res Aulo Agerio restituetur*« we »*formula rei vindicationis*« wyklucza istnienie drugiej podobnej, lecz znacznie dalej sięgającej ekscepcji, któraby upoważniała sędziego do oddalenia powoda z żądaniem pozwu nietylko w razie restytucji rzeczy spornej, ale także w razie zapłaty jej wartości przez pozwanego przed wydaniem wyroku. (Pogląd ten bliżej uzasadnię w swej pracy o *rei vindicatio*). Na tej podstawie możemy przyjąć, że powództwa, które w swej formule zawierały ekscepcję »*nisi ea res restituetur*« i t. d. nosiły w prawie klasycznym nazwę »*actiones absolutoriae*«, a do tej kategorii należała i *actio ad exhibendum* ze względu na ekscepcję »*nisi ea res Aulo Agerio exhibebitur*«.

¹ Już Rabel (Holtzendorffs Enz. der Rechtswissenschaft I⁷ str. 435 uw. 1) zaznacza, że kompilatorowie zbyt często *actioni ad exhibendum* nadawali charakter przygotowawczy w stosunku do *rei vindicatio*, kiedy ona miała prawdopodobnie w prawie klasycznym samodzielną funkcję; moje badania potwierdzają najzupełniej pogląd wypowiedziany jeszcze w r. 1915 przez Rabela.

servus non exhibeatur, aequissimum est aestimari officio iudicis damnum hereditatis.

(Podobne postanowienia co do rei vindicatio zawierają D 6, 1 fr. 16, fr. 20).

D 12, 3 fr. 2. *Paulus libro decimo ad Sabinum Pal. 1858. Sive nostrum aliquid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero aut dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor (ob. nadto D 6, 1 fr. 4 Paulus Paling. 329).*

Z powyższych ustępów wynika, że przy *actio ad exhibendum* ma być zwrócona powodowi rzecz, stanowiąca przedmiot sporu cum omni causa, podobnie jak przy rei vindicatio, a w przeciwnym wypadku następuje *litis aestimatio* wedle tych samych zasad, jak przy rei vindicatio; ponieważ jednak dotychczas pojmowano *actionem ad exhibendum* jako stadium przygotowawcze do rei vindicatio, a postanowień zawartych w powyższych ustępach nie da się pogodzić z funkcją powództwa, będącego jedynie przygotowaniem do rei vindicatio, więc starano się sprzeczność tę usunąć przy pomocy naciąganej interpretacji.

Wedle D 47, 2 fr. 81 (80) § 2 (Papinianus) pozwany przez *actio ad exhibendum servum, cuius optio relicta est*, odpowiada za custodia w razie niemożności wydania rzeczy, które nastąpiło dopiero po *litis contestatio*. (Wprawdzie fragment ten zajmuje się *actione ad exhibendum servum, cuius optio relicta est* [ob. niżej pod 6], ale nie ulega wątpliwości, że ta sama zasada ma zastosowanie i w naszym wypadku, o ile pozwany nie ponosi winy, np. gdy zaprzeczył posiadania rzeczy, nie wiedząc, że ją istotnie posiada).

Z postanowieniami D 47, 2 fr. 81 § 2 należy znowu zestawzić przepisy, dotyczące odpowiedzialności pozwanego¹ przez rei vindicatio. Otóż zdaniem Schulza (ZSS. t. 32, str. 83, 84) przy rei vindicatio pozwany posiadacz w dobrej wierze odpowiada w tym wypadku również za custodia. Także zatem i na tym punkcie istnieje zupełne podobieństwo między żądaniem pozwu przy rei vindicatio i *actio ad exhibendum*.

Miejsca, gdzie ma nastąpić wydanie rzeczy powodowi, wnoszącemu *actionem ad exhibendum*, dotyczy D 10, 4 fr. 11 § 1, a uderzające podobieństwo tych postanowień do postanowień, określających

¹ Między rei vindicatio a *actio ad exhibendum* istnieje jednak w tej dziedzinie następująca różnica: przy *actio ad exhibendum* pozwany zostanie zasądzony, o ile posiadał sporną rzecz *litis contestatae tempore* lub przed *litis contestatio* *dolo possidere desiit*; natomiast przy rei vindicatio zasądzenie pozwanego nie jest zależnem od posiadania przezeń spornej rzeczy *litis contestatae tempore* (ob. Maria w *Études* Girard I str. 223 i n. oraz D 6, 1 fr. 27 § 1).

miejsce zwrotu windykowanej rzeczy (D 6, 1 fr. 10, fr. 11, fr. 12), tłumaczy się tą okolicznością, że zarówno w jednym jak w drugim wypadku rozchodzi się o prawo właściciela do wydania swej rzeczy.

B) Stosunek *actionis ad exhibendum do rei vindicatio*.

Jeżeli właściciel może się domagać wydania rzeczy tak zapomocą *rei vindicationis*, jak *actionis ad exhibendum*, to nasuwa się pytanie, jaki jest między nimi stosunek.

Wiadomo, że w procesie legisakcyjnym dla *rei vindicatio* właściwą była *legisactio sacramento*; w procesie tym każda ze stron twierdziła, że sporna rzecz stanowi jej własność *ex iure Quiritium* (Gaius IV 16, 17). W procesie formułkowym do dochodzenia prawa własności za pośrednictwem *rei vindicationis* służy albo *agere per sponsiones* albo *formula petitoria* (Gai IV 91—93). Sposób *agendi per sponsiones* przedstawiony jest u Gai IV 93, *formula* zaś *petitoria* brzmiała w sposób następujący:

*Si paret rem, qua de agitur, ex iure Quiritium Auli Agerii esse, neque ea res Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna<to>, si non paret, absolvito*¹.

Jak z brzmienia tej *formulae* wynika, pozwany kwestjonował prawo własności powoda i ta właśnie zakwestjonowana własność powoda stanowiła przedmiot sporu. Wynika także, że *rei vindicatio* tylko wtedy mogła mieć zastosowanie, gdy pozwany dobrowolnie wdawał się w proces dla rozstrzygnięcia sporu o własność rzeczy. Wprowadzenie ochrony posiadania przez pretora o tyle zmieniło sytuację, że posiadaczowi rzecz posiadana nie mogła być odebrana siłą, chociażby nawet przez jej właściciela; skutkiem tego zachodziła obawa, że posiadacz, pozwany za pośrednictwem *rei vindicationis*, nie będzie chciał się wdać w proces (*accipere iudicium*), a bez tego wobec charakteru rzymskiego procesu legisakcyjnego i formułkowego, jako postępowania przed sędzią polubownym, dochodzenie swego prawa przez powoda było niemożliwem. Aby tej niedogodności zapobiec i posiadacza skłonić do wdania się w spór, praetor wprowadza *interdictum quem fundum*, za pośrednictwem którego powód może objąć w posiadanie sporną nieruchomość, jeżeli pozwany przez *rei vindicatio* nie chce wdać się w spór. Przy rzeczach ruchomych tę samą rolę spełnia pretorski *iussus ferendi vel ducendi*².

¹ Opieram się na rekonstrukcji tej formuły przez Lenela (*Edictum* wyd. 3 str. 185, 186), opuszczając jedynie słowa »*arbitrio iudicis*« wobec wywodów Levy'ego w ZSS. t. 36 str. 1 i n.

² Problem ten przedstawiłem wyczerpująco w pracy o *rei vindicatio* (Rocznik prawniczy wileński t. III [w druku]).

Jeżeli jednak posiadacz rzeczy, zamiast kwestjonować prawo własności powoda, ukrywał posiadanie spornej rzeczy, albo też podstępnie pozbył się jej posiadania, w takim razie powyżej przedstawione środki (*interdictum quem fundum, duci vel ferri iubere*) okazywały się niewystarczającymi i trzeba było właścicielowi w inny sposób przyjść z pomocą.

Najdawniejszym środkiem, który do tego celu służył, (dawniejszym jeszcze od *interdictum quem fundum* oraz *duci vel ferri iubere*) było *rem subreptam lance et licio quaerere* albo też *testibus praesentibus quaerere* (Gaius III, 192, 193, III, 186). Środek ten miał jednak zastosowanie tylko w razie kradzieży. Aby i w innych przypadkach ukrycia posiadania rzeczy właściciel nie pozostał bez ochrony prawnej, wprowadzona zostaje nowa instytucja, tzw. *sacramento quaerere* (ob. Pflüger *Die Legis Actio sacramento* 1898 str. 67 i n., Beseler *Beiträge* I str. 33). Na jej podstawie w razie zaprzeczenia posiadania przez pozwanego mógł powód domagać się, aby pozwany zaprzysiągł, że rzeczy spornej nie posiada. Do tego samego celu wreszcie służy wprowadzona następnie *actio ad exhibendum*, za pośrednictwem której powód może domagać się od pozwanego wydania rzeczy, jeżeli pozwany przed wdaniem się w spór posiadania jej zaprzeczał, a następnie w toku procesu udowodnionem zostało, że albo ją posiadał w chwili *litis contestationis* albo też pozbył się podstępnie jej posiadania przed *litis contestatio*^{1, 2}.

C) Interpretacja tej formuły.

Jeżeli chodzi o określenie natury prawnej *actionis ad exhibendum* na podstawie powyższej formuły, to nasuwa się najpierw pytanie,

¹ Pogląd przedstawiony w tekście zgadza się z poglądem wypowiedzianym przez Maria (w *Études Girard* I str. 223 i n.), który wnioski swe opiera na brzmieniu *formulae petitoriae rei vindicationis*. (Słowa »*Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat*« intp.). Między moim poglądem a poglądem Maria istnieje ta jedynie różnica, że zdaniem Maria, w razie zaprzeczenia posiadania przez pozwanego, powód wnosi *actionem ad exhibendum*, aby przez zniewolenie pozwanego do okazania spornej rzeczy uzyskać dowód, że ona znajduje się w posiadaniu pozwanego i na tej podstawie móc przeciwko niemu wystąpić z *rei vindicatio*; wedle mnie powód w takim wypadku może za pośrednictwem *actionis ad exhibendum* wprost domagać się wydania rzeczy, o ile udowodni posiadanie rzeczy przez pozwanego lub podstępne pozbycie się przezeń posiadania. Różnica stąd pochodzi, że Maria, idąc za ogólnie przyjętym poglądem, przenosi znaczenie *exhibendi*, przyjęte w kodyfikacji justynjańskiej, do prawa klasycznego, ja zaś operuję zrekonstruowanym przez siebie (ob. wyżej Rozdz. I str. 1—10) pojęciem *exhibendi*. Zbytecznem dozwać, że broniony przeze mnie pogląd jest również dla właściciela przy dochodzeniu prawa własności dogodniejszym.

² Potwierdzenie przedstawionego w tekście poglądu na stosunek *rei vindicationis* i *actionis ad exhibendum* znajdujemy w Bas. XV, 4, 28 = C 3, 42 c. 8 pr. (r. 293).

czy powództwo to będzie *actio in rem* czy *actio in personam*. Zastanawia nas, iż Gaius (IV, 51) nie zalicza jej do *actiones in rem* (arg. słowa... »velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum«), jakkolwiek za pośrednictwem *actionis ad exhibendum* powód domaga się wydania swej rzeczy od każdego, kto jest jej posiadaczem — podobnie jak przy *rei vindicatio* — a różnica leży w tem, że przy *rei vindicatio* pozwany kwestjonuje własność powoda, a przy *actio ad exhibendum* swe posiadanie ukrywa. Jeżeli jednak prawnicy rzymscy *actionis ad exhibendum* nie zaliczali do *actiones in rem*, to działo się to prawdopodobnie z następujących przyczyn:

a) za pośrednictwem *actionis ad exhibendum* mógł być pozwany ten, kto *dolo possidere desiit*, a w tym wypadku *actio ad exhibendum* nie miała niewątpliwie charakteru *actionis in rem*;

b) jeżeli pozwany odmawiał wdania się w spór (*accipere iudicium*), to pretor dawał powodowi *missionem in bona* tak, jak przy *actiones in personam*, albowiem np. pretorski *iussus ferendi vel ducendi* chybiałby celu tam, gdzie pozwany albo posiadanie rzeczy ukrywał, albo *dolo possidere desiit*.

Jakkolwiek *actio ad exhibendum* wprowadzona została w tym celu, aby przyjść z pomocą właścicielowi, gdy pozwany ukrywa posiadanie rzeczy, lub też gdy podstępnie pozbył się posiadania rzeczy, to jednak skutkiem *praescriptio* »*quae res Auli Agerii est*« mogła mieć zastosowanie także wówczas, gdy pozwany nietylko posiadanie ukrywa, lecz obok tego i własność powoda kwestjonuje, gdyż wówczas skutkiem ukrycia posiadania pretorski *iussus ferendi vel ducendi* chybiał celu.

Ponadto w *praescriptio actionis ad exhibendum* »*Quae res Auli Agerii est*« nie było wedle wszelkiego prawdopodobieństwa wzmianki o *ius Quiritium*, którą spotykamy we formula *rei vindicationis*. Kiedy zatem *rei vindicatio* mogła mieć zastosowanie tylko wówczas, gdy powód twierdził, że jest *dominus ex iure Quiritium*, to *actio ad exhibendum* mogła mieć zastosowanie także i wówczas, gdy spór toczył się o prawo własności *ex iure gentium*¹.

B. a. s. XV, 4, 28.

Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius tu precibus meministi, adversus eum, qui res ad te pertinentes tenet, actionem ad exhibendum habebis, vel si res appareant vindicationem...

C 3, 42, c. 8 pr.

Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes.

Nie może ulegać wątpliwości, że tekst konstytucji cesarskiej zachowany został lepiej w Bazylikach niż Kodeksie Justynjańskim, gdzie usterki stylistyczne wskazują na skreślenia, dokonane przez kompilatorów.

¹ W ten sposób — mojem zdaniem — rozwiązana zostaje zagadka, jakie
Rozprawy Wydz. hist.-filozof. T. 42. Nr 4.

W ten sposób *actio ad exhibendum*, z której korzysta właściciel rzeczy, przedstawia się jako rozszerzenie i uzupełnienie ochrony, którą właścicielowi dawała *rei vindicatio*; stąd też *rei vindicatio* w stosunku do *actio ad exhibendum* określana bywa w źródłach jako *actio directa*. (D 10, 4 fr. 3 § 13; w C 9, 32, c. 1 z r. 205 p. Chr. *rei vindicatio* określona jest jako »*quaestio directa*« z tego powodu, że mowa jest o *cognitio extraordinaria*).

Wobec tego wszystkiego nie powinno nas dziwić, jeżeli w całym szeregu ustępów źródłowych zwłaszcza konstytucji, tam gdzie mowa jest o dochodzeniu prawa własności, wymienia się alternatywnie *rei vindicationem* lub *actionem ad exhibendum* (np. C. 3, 42 c. 8 pr. C 3, 41 c. 1 D 11, 5 fr. 1. Bas. XV, 4, 28).

Actio ad exhibendum dawała — jak się zdaje — właścicielowi jeszcze jedno ułatwienie przy dochodzeniu swego prawa. Przy *rei vindicatio* powód w *intentio formulae* twierdził *rem suam esse ex iure Quiritium*, a zatem musiał udowodnić swoje prawo własności, co było niezmiernie trudnem (*probatio diabolica*) ze względu na konieczność wykazania prawa własności u całego szeregu prawozlewców, aż do tego, który nabył rzecz w sposób pierwotny. Pewnem ułatwieniem w tej mierze było wprowadzenie *actionis in rem Publicianae*, ale zawsze wymagała ona wykazania, że posiadanie rzeczy nabyte zostało na podstawie słusznego tytułu (*iusta causa*). Przy *actio ad exhibendum* natomiast, jeżeli pozwany nie kwestjonował prawa własności powoda, lecz tylko posiadanie przez się rzeczy ukrywał, lub *dolo possidere* desił, sędzia na podstawie swej swobodnej oceny mógł uznać powoda za właściciela nawet bez przeprowadzonego dowodu własności.

2. *Actio ad exhibendum*, która przysługuje użytkowcy.

Użytkowanie (*ususfructus*) zaliczali prawnicy rzymscy do tzw. rzeczy niemysłowych (*res incorporales*). Konsekwencją tego pojmowania było zastosowanie *vindicationis* do ochrony użytkowania zarówno w prawie dawniejszem jak klasycznem (*ususfructus vindicatio*, ob. Rabel w *Enz. der Rechtswiss.* I wyd. 7, str. 450). Ochrona użytkowania przez *ususfructus vindicatio* miała jednak te same luki, które miała ochrona prawa własności za pośrednictwem *rei vindicationis*. Wobec tego koniecznem było zastosowanie *actionis ad exhibendum* do ochrony użytkowania celem uzupełnienia braków ochrony przez *ususfructus vindicatio*, a samo pojmowanie użytkowania jako rzeczy niemysłowej ułatwiło zastosowanie *actionis ad exhibendum* także do ochrony użytko-

powództwo służyło do ochrony prawa własności *ex iure gentium*, jeżeli *rei vindicatio* mogła służyć tylko do ochrony dominii *ex iure Quiritium*.

wania; jedynie w praescriptio formulae okazała się konieczną nieznaczną zmianą. Formuła ta brzmiała:

Cuius rei ususfructus Auli Agerii est, si paret eam rem a Numerio Negidio possideri dolove Numerii Negidii factum esse, quominus eam possideret, nisi eius rei ususfructus Aulo Agerio exhibebitur, quanti is ususfructus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna<to>, si non paret, absolvito.

O actio ad exhibendum usumfructum wspominał niewątpliwie Ulpian w D 10, 4 fr. § 4 i § 12, ale § 4 jest dziś zmieniony nie do poznania przez interpolacje justynjańskie (ob. niżej Rozdz. III).

3. Actio ad exhibendum, z której korzystała osoba, chroniona przez actio Publiciana in rem.

Actio Publiciana in rem w prawie dawniejszem i klasycznym rzymskim, chroniąca tzw. właściciela bonitarnego tudzież tego, kto nabył posiadanie rzeczy w dobrej wierze na podstawie słusznego tytułu od niewłaściciela, była skonstruowana jako actio ficticia, nawiązująca do rei vindicatio, a mianowicie posługiwała się fikcją, że termin jedno- względnie dwuroczny potrzebny do zasiedzenia już upłynął, aby tą drogą osobie, korzystającej z tego powództwa, zapewnić tę ochronę, którą rei vindicatio dawała właścicielowi. Wynika stąd, że ochrona, którą dawała Publiciana in rem actio, miała podobne luki jak rei vindicatio, a zatem nie dawała ochrony w tym wypadku, gdy pozwany albo ukrywał posiadanie rzeczy albo się podstępnie tego posiadania pozbył (ob. wyżej pod 1). Wobec tego wszystkiego nasuwa się nieodparcie wniosek, że ochrona, którą dawała actio Publiciana, musiała być zupełnie podobnie, jak to było przy rei vindicatio, uzupełniona przez actio ad exhibendum; oczywiście praescriptio actionis ad exhibendum musiała być do tego wypadku odpowiednio przystosowana. Formuła actionis ad exhibendum w tym wypadku brzmiała:

Si, quam rem Aulus Agerius emit eaque ei tradita est, anno (biennio)¹ possedisset, ex iure Quiritium eius esse oporteret, tum si paret eam rem a Numerio Negidio possideri dolove Numerii Negidii factum esse, quominus eam possideret, nisi ea res Aulo Agerio exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna<to>, si non paret, absolvito.

¹ Actio ad exhibendum mogła mieć zastosowanie nie tylko przy rzeczach ruchomych, lecz także przy rzeczach nieruchomych (ob. D 10, 4 fr. 8 oraz niżej Rozdz. IV, 3).

4. Actio ad exhibendum, przysługująca wierzycielowi zastawniczemu.

Cały szereg fragmentów np. D 13, 7 fr. 3, D 20, 5 fr. 1, D 10, 4 fr. 3 § 3, § 12¹ stwierdza, że wierzyciel zastawniczy mógł korzystać z actio ad exhibendum. Aby zrozumieć potrzebę i zastosowanie actionis ad exhibendum na korzyść wierzyciela zastawniczego, należy wpierw zbadać actionem pigneratitiam in rem (actionem Servianam et quasi Servianam). Formuła tej ostatniej brzmiała:

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res, qua de agitur, Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna<to>, si non paret, absolvito².

Pomimo różnic zachodzących między rei vindicatio, a actio pigneratitia in rem (pignoris vindicatio), to ostatnie powództwo określa w intentio jedynie przesłanki, od których zależy istnienie prawa zastawu, o które spór się toczy, ale tak samo, jak rei vindicatio, nie dotyczy kwestji posiadania rzeczy, o którą spór się toczy, przez pozwanego i tak samo pozostawia powoda bezbronnym, gdy pozwany ukrywa posiadanie rzeczy obciążonej zastawem, albo też gdy się podstępnie

¹ W D 20, 5 fr. 1. Papinianus jedynie dlatego odmawia wierzycielowi zastawniczemu actionis ad exhibendum, że osoba, do której zwraca się on ze swemi roszczeniami, ani nie posiada, ani też nie pozbyła się podstępnie posiadania. D 10, 4 fr. 3 § 3 jest zepsute przez interpolacje ob. niżej Rozdz. III str. 30.

² Wedle Lenela Edictum wyd. 3 str. 494, 495 z opuszczeniem słów »arbitrio iudicis« wobec pracy Levy'ego ZSS. t. 36 str. 1 i n. W sprzeczności z niniejszą formułą pozostaje wiadomość zawarta o actio pigneratitia in rem w D 20, 1 fr. 16 § 3 (Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam Pal. 28). Fragment ten jest jednak zepsuty przez interpolacje, a pierwotny jego tekst brzmiał: In vindicatione pignoris quaeritur, an <res, qua de agitur, pignori obligata est et an illo tempore, quo pignori obligata est, in bonis eius, a quo obligata est, fuerit. In actione autem ad exhibendam rem pigneratam quaeritur an> rem de qua actum est, possideat is, quocum actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet.

Dowodem powyżej przedstawionego skreślenia jest ta okoliczność, że we »formula actionis pigneratitiae in rem« niema wzmianki o posiadaniu rzeczy zastawionej przez pozwanego, a natomiast w intencji actionis ad exhibendum mieści się zapytanie, czy pozwany posiada lub też podstępnie pozbył się posiadania. Przyczyny, dla których kompilatorowie justynjańscy dokonali tego skreślenia, przedstawię poniżej w Rozdz. V (Prawo rzymsko-bizantyńskie).

tego posiadania pozbył. Formula actionis ad exhibendum, z której korzystał wierzyciel zastawniczy, brzmiała następująco:

Quae res Aulo Agerio propter debitam pecuniam pignori obligata est, si paret eam rem a Numerio Negidio possideri dolove Numerii Negidii factum esse, quominus eam possideret, nisi ea res Aulo Agerio exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna<to>, si non paret, absolvito.

5. Actio ad exhibendum, przysługująca legatarjuszowi, cui servi optio relicta est.

Istnienie tego rodzaju powództwa stwierdzone jest przez D 10, 4 fr. 3 § 6.

Wedle prawa dawniejszego i klasycznego optio servi relicta przedstawia się jako warunkowy legat per vindicationem, przy którym nabycie własności zależnem jest od dokonania opeji (ob. Ulpianus Lib. sing. regul. XXIV § 14, Dernburg-Sokołowski Pand. wyd. 8. t. II, str. 986, § 497), a samo optio servi zaliczana jest do actus legitimi (D 50, 17 fr. 77). Przed dokonaniem opeji legatarjusz nie mógł ani windykować niewolnika objętego zapisem, ani też wystąpić z actio ad exhibendum wedle jej formuły, powyżej pod 1. przedstawionej, gdyż tak w jednym jak w drugim wypadku powód powoływał się na swoje prawo własności, a przy optio servi relicta legatarjusz nabywa prawo własności dopiero z chwilą spełnienia się warunku, mianowicie z chwilą dokonania opeji. Dziedzic lub inny posiadacz mógł znowu ukrywać niewolnika, objętego prawem wyboru z mocy legatu, lub też podstępnie jego posiadania się pozbyć, a ponieważ optio servi była — jak się zdaje — aktem formalnym i mogła być dokonana per certa solemnia verba, więc w ten sposób dziedzic lub inny posiadacz mógł legatarjuszowi uczynić niemożliwem zrealizowanie swego legatu nawet wtedy, gdy np. legatarjusz, pozostając ze zmarłym w bliskich stosunkach, znał jego niewolników i bez dokonania ich przeglądu wiedział, którego zechce wybrać. Tem bardziej można było legatarjuszowi uczynić niemożliwą opeję niewolnika, jeżeli legatarjusz nie znał wszystkich niewolników, którzy w myśl legatu prawem wyboru byli objęci. Z tego powodu przychodził pretor z pomocą legatarjuszowi za pośrednictwem actionis ad exhibendum, która miała dla tego celu specjalnie skonstruowaną praescriptio. Formuła tego powództwa brzmiała:

Cuius servi optio Aulo Agerio testamento Lucii Tittii relicta est, si paret eum servum a Numerio Negidio possideri dolove Numerii Negidii factum esse, quomi-

nus eum possideret, nisi is servus Aulo Agerio exhibebitur, quanti is servus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna<to>, si non paret, absolvito.

Później — jak wiadomo — przyjętą została w prawie rzymskim zasada D 50, 17 fr. 161 (Ulpianus). In iure civili receptum est, quotiens per eum cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur... oraz D 36, 2 fr. 5 § 5 (Ulpianus). Item si quae condicio sit, quae per legatarium non stat quo minus impleatur, sed aut per heredem aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur...¹.

Wobec przyjętej w obu powyższych fragmentach fikcji spełnienia się warunku, jeszcze w prawie klasycznym można się było obejść bez tej odmiany actionis ad exhibendum, ale formuła jej tak jest zredukowana, że może ona mieć zastosowanie nawet po wprowadzeniu do prawa rzymskiego fikcji spełnienia się warunku w myśl D 50, 17 fr. 161 i D 36, 2 fr. 5 § 5 i istotnie utrzymuje się w użyciu, jak tego dowodzą D 10, 4 fr. 12 § 2, D 47, 2 fr. 81 (80) § 2. Papinianus Pal. 210 i D 10, 4 fr. 3 § 6. — Z D 47, 2 fr. 81 (80) widocznem jest, że legatarjusz w naszym wypadku za pośrednictwem actionis ad exhibendum domagał się wydania (restytucji) rzeczy i że pozwany od tego obowiązku nie zostaje zwolniony pomimo skradzenia rzeczy objętej zapisem, gdyż inaczej actio furti przysługiwałaby nie jemu, lecz legatarjuszowi (t. j. cuius interest furtum factum non fuisse). Natomiast D 10, 4 fr. 3 § 6 został w Digestach przez kompilatorów mocno zmieniony (co do zmian ob. niżej Rozdz. III i V).

6. Actio ad exhibendum, przysługująca legatarjuszowi wówczas, gdy zapisany mu jest niewolnik, »quem Titius optasset«.

Legat, o którym w tym wypadku jest mowa, różnił się od poprzedniego jedynie treścią warunku; mianowicie w poprzednim wypadku treścią warunku było dokonanie opeji przez samego legatarjusza, w obecnym wypadku treścią warunku jest dokonanie opeji na rzecz legatarjusza przez osobę trzecią (Titiusa).

Legatarjusz, który chciał dochodzić praw, płynących z takiego legatu, natrafiał na te same trudności, które przedstawiłem, omawiając poprzedni wypadek (pod 5); z tych przyczyn pretor przychodził z po-

¹ Co do tych fragmentów ob. S. Riccobono w *Mélanges Cornil* II str. 341 i n.

mocą legatarjuszowi za pomocą actionis ad exhibendum, w której praescriptio dostosowana została do omawianego obecnie przypadku. Formuła jej brzmiała:

Qui servus, quem Titius optasset, Aulo Agerio testamento Maevii legatus est, si paret eum servum a Numerio Negidio possideri dolove Numerii Negidii factum esse, quominus eum possideret, nisi is servus Aulo Agerio exhibebitur, quanti is servus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna<to>, si non paret, absolvito.

Istnienie tego rodzaju actionis ad exhibendum stwierdzone jest przez D 10, 4 fr. 3 § 10, ale i ten ustęp przez kompilatorów justynjańskich został mocno zmieniony (ob. niżej Rozdz. III i V).

Ponieważ dokonanie opcji przez osobę trzecią jest *condictio mixta*, więc w razie, jeżeli ta osoba trzecia odmówi swego współdziałania, t. j. nie będzie chciała dokonać opcji, wówczas legatarjusz będzie się mógł powoływać na fikcję spełnienia warunku w myśl D 36, 2 fr. 5 § 5¹.

7. Actio ad exhibendum noxium hominem.

Na podstawie całego szeregu ustępów źródłowych możemy stwierdzić, że *actio ad exhibendum* przysługiwała także osobie poszkodowanej przez czyn bezprawny filii familias lub niewolnika, jako uzupełnienie *actionis noxalis*, ale ta odmiana *actionis ad exhibendum* różniła się znacznie od wyżej przedstawionych odmian tego powództwa.

Aby zrozumieć zastosowanie tej odmiany *actionis ad exhibendum*, należy wprzód określić zastosowanie *actionis noxalis*. Biondo Biondi (*Actiones noxales nel diritto romano classico* w *Archivio del Seminario giuridico della R. Univ. di Palermo* t. 10) słusznie podnosi, że *actiones noxales* rozwinęły się z windykcji winnego i że ta windykcja miała na celu pierwotnie zemstę (str. 223 i 127); stąd też pochodzi to podobieństwo do *actiones in rem*, które *actiones noxales* posiadają jeszcze w prawie klasycznym rzymskim (str. 223). Podobieństwo między *actiones in rem* a *actiones noxales* pozwala nam przypuszczać, że *actiones noxales* miały zastosowanie jedynie w tym wypadku, gdy spór dotyczył się o to, czy obwiniony istotnie odpowiada za zarzucony mu czyn,

¹ Jak z powyższego przedstawienia rzeczy widocznem jest, żądanie wydania rzeczy za pośrednictwem *actionis ad exhibendum* mogło się opierać na różnych podstawach; z tego też powodu zrozumią ją będzie dla nas C 3, 42 c. 3. Imp. Alexander A. Felicissimae. Neque ad exhibendum actio neque proprietatis vindicatio, si nunc competit, propterea perempta est, quod aliquando adversus te ad exhibendum actione aliter pronuntiatum est, quia commutatione lis alia esse incipit (a. 223); ob. nadto D 10, 4 fr. 12 § 2 (Paulus).

a jeżeli pozwany¹ miał obwinionego w swej władzy, ale nie chciał wdać się w spór, wtedy — jak się zdaje — podobnie jak przy *actiones in rem*, pretor pozwalał powodowi objąć obwinionego niewolnika w posiadanie za pośrednictwem swego duci iubere. Powód na tej podstawie uzyskiwał własność bonitarną, o ile pozwany był właścicielem; w przeciwnym wypadku nabywał *possessionem ad usucapionem* (ob. Wróblewski Zarys wykładu prawa rzymskiego II str. 50^{2,3}, Biondo Biondi *Actiones nox.* str. 315).

Jak z powyższego przedstawienia rzeczy wynika, wedle prawa klasycznego nie można było zniewolić ad *suscipiendam actionem noxalem* osoby, pod której władzą obwiniony pozostawał wówczas, gdy ta osoba albo wypierała się swej władzy, ukrywając obwinionego, albo też podstępnie pozbyła się tej władzy^{4,5}; skutkiem tego pretor po-

¹ »In potestate« sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat: ceterum si in fuga sit vel peregre, non videbitur esse in potestate. (D 9, 4 fr. 21 § 3 Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum) Palin. 681.

² Ob. D 9, 4 fr. 32 (Callistratus). Ostatnie zdanie tego fragmentu jest interpolowane ob. Eisele 13, 124 i Biondo Biondi *Actionis noxales* str. 207, 292, 295. Środek presji, stosowany przez pretora przeciwko pozwanemu celem zmuszenia go do wdania się spór *actione noxali*, jest podobny do sposobu stosowanego przy *rei vindicatio*, ale sytuacja prawna jest inna, gdyż przy *rei vindicatio* powód twierdzi, że jest właścicielem, a zatem objęcie spornej rzeczy w posiadanie pretensję jego najzupełniej zaspakaja, a przy *actiones noxales* powód nie jest właścicielem, lecz za pośrednictwem *actionis noxalis* do tego zmierza, aby uzyskać albo oddanie na własność, albo zapłatę kary względnie odszkodowania. Z tego właśnie powodu pretor powodowi przy *actio noxalis* dawał na podstawie *ductionis* własność bonitarną, gdy pozwany sam był właścicielem, *possessionem ad usucapionem*, gdy pozwany właścicielem nie był.

³ W prawie justynjańskim — jak wiadomo — skutkiem zmiany procesu cywilnego znikło pretorskie duci vel ferri iubere, a skutkiem tego konsekwencje odmowy wdania się w spór przez osobę, pozwaną *actione noxali*, określone zostały przez kompilatorów w D 9, 4 fr. 21 pr. (słowa »in ea causa res est... quominus haberet« intp.).

⁴ Ob. D 9, 4 fr. 38. Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum Paling. 1049 § 1. Iulianus autem libro vicensimo secundo digestorum scribit, si servum pro derelicto habeam, qui tibi furtum fecerat, liberari me, quia statim meus esse desinit, ne eius nomine, qui sine domino sit, furti sit actio.

⁵ Dla redakcji *actionis ad exhibendum noxium hominem* decydujące znaczenie ma brzmienie samej *actio noxalis*, a ponieważ to ostatnie jest w szczególach jeszcze spornem, więc muszę tutaj przedstawić mój pogląd w tej sprawie. *Intentio actionis noxalis* brzmiała mojem zdaniem nieco odmiennie, niż to przyjmuje Biondo Biondi w swych bystrych i w zasadzie słusznych wywodach (str. 252 i n.); sądzę mianowicie, że formuła *actionis noxalis* brzmiała, jak następuje:

»Si paret hominem, quo de agitur, furti (damni iniuria dati etc.) noxium esse ob eamque rem Aulo Agerio obstrictum esse, nisi is homo Aulo Agerio noxae dabitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito«.

szkodowanemu przychodził z pomocą za pośrednictwem specjalnie do tego celu skonstruowanej *actionis ad exhibendum*. Za hipotezą powyższą przemawia jeszcze ta okoliczność, że w przeciwnym wypadku niezrozumiałymi dla nas byłyby następujące ustępy:

D 9, 4 fr. 21. Ulpianus libro *vicensimo tertio ad edictum* P. l. 681 § 2. Praetor ait: Si is in cuius potestate esse dicetur negabit se in sua potestate [servum] <hominem> habere: utrum actor volet vel deierare iubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset vel iudicium dabo [sine noxae deditioe]... § 4. Quod si reus iurare nolit, similis est ei, qui neque defendit absente neque exhibet: [qui condemnantur, quasi contumaces].

Ostatnia interpolacja stwierdzona jest przez Nabera i uwzględniona w wydaniu *Digestów*. Obok tego jednak inne ustępy nasuwają nam duże wątpliwości co do swej autentyczności. D 9, 4 fr. 21 § 2 uwzględnia jedynie ten przypadek, gdy chodzi o odpowiedzialność za czyn bezprawny niewolnika; ponieważ wiemy, że wedle prawa dawniejszego i klasycznego *filius familias* na tym punkcie odpowiadał

Różnica między moim a Biondi'ego poglądem w tem leży, że zdaniem Biondi'ego *intentio* brzmiała np. »Si paret Aulo Agerio a servo Stichio opeve consilio servi Stichi furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Stichum pro fure damnum decidere oporteret«, kiedy przeciwnie, wedle mnie, *intentio* formulae zredegowanej była w sposób ogólny: »Si paret hominem, quo de agitur, furti (damni iniuria dati etc.) noxium esse ob eamque rem Aulo Agerio obstrictum esse«. W podobny bowiem sposób zredegowane były *intentiones* przy najdawniejszych powództwach (np. przy rei vindicatio »si paret rem, qua de agitur, Auli Agerii ex iure Quiritium esse«, przy *condictio* »si paret Aulo Agerio centum dari oportere«). Ponadto *actio noxalis* była pierwotnie bardziej zbliżona do *actiones in rem*, niż do *actiones ex delicto* i była poniekąd odmianą *actionis in rem*, służącą do dochodzenia prawa do zemsty na winnym *filius familias* lub niewolniku, a dopiero później, po zastąpieniu prawa zemsty prawem do kary pieniężnej prywatnej (okupu), powód przy *actiones noxales* mógł się domagać (w miejsce poprzedniego wydania mu winnego celem wywarcia zemsty) od pozwanego zapłaty kary pieniężnej. Aby jednak przez to sytuacja *patris familias* względnie pana nie pogorszyła się w porównaniu z poprzednim stanem rzeczy, wprowadzonom zostało to ograniczenie, że pozwany może się uwolnić od ponoszenia kary przez *noxae datio* winnego (Gai IV, 75).

Bardzo spornem jest w nauce, czy przy *actiones noxales* żądanie pozwu było alternatywnem, czy też obejmowało jedynie zapłatę kary (względnie odszkodowania), a pozwany tylko skutkiem klauzuli »nisi noxae datus erit« od tej odpowiedzialności mógł się uwolnić. Za tym ostatnim poglądem (przyjętym przez Biondi'ego) przemawia D 5, 3 fr. 20 § 5, Gaius IV, 48, 75 oraz C 3, 41, c. 4 pr. (arg. słowa »quadrupli... convenire potes: qui si noxae maluerit servum dedere); ob. zeszłą Biondi *Actiones noxales* str. 257); »quantum ea res erit« oznacza wedle słusznej uwagi Biondi'ego (str. 267) wysokość pretensji, należynej powodowi z tytułu kary prywatnej lub wynagrodzenia szkody. Przeciwnie Biondi'emu wystąpił Lenel (ZSS. t. 47 str. 1 i n.), ale zarzuty jego wydają mi się nie całkiem przekonywującymi.

na równi z niewolnikiem i ponieważ *noxae datio filii familias* uchyloną została przez Justynjana, więc nasuwa się wniosek, że pretor mówił ogólnie o człowieku (zarówno wolnym jak niewolniku), a kompilatorowie justynjańscy w miejsce tego wstawili »*servum*«. Ponadto wedle wszelkiego prawdopodobieństwa i słowa »*sine noxae deditio*« w D 9, 4 fr. 21 § 2 pochodzą również z ręki kompilatorów. Jako bowiem wynika z D 9, 4 fr. 22 § 4, D 9, 4 fr. 24, D 9, 4 fr. 26 pr. (Paulus), traktujących o tem samem powództwie (lecz mocno zepsutych interpolacjami, wykrytymi dziś już przeważnie przez Cuiaciusa i Lenela) »*id enim praetor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret...*« (D 9, 4 fr. 26 pr.), czyli innemi słowy nowe powództwo, przyrządzone przez pretora wedle D 9, 4 fr. 21 § 2, ma na celu zapobiec uchyleniu się pozwanego od odpowiedzialności za czyn bezprawny niewolnika lub filii familias przez zaprzeczenie, jakoby obwiniony znajdował się pod ich władzą, lub przez podstępne pozbycie się tejże władzy, ale nie ma na celu dawać powodowi jakichś dalej sięgających korzyści kosztem pozwanego, a właśnie gdyby powództwo, przyrządzone przez pretora w myśl D 9, 4 fr. 21 § 2, było *sine noxae deditio*, to miałyby przymieszkę charakteru karnego, położenie zaś powoda o tyleby się polepszało, że np. pozwany nie mógłby się uwolnić od odpowiedzialności za czyn bezprawny swego niewolnika przez *noxae datio* nawet wtedy, gdy wysokość tej odpowiedzialności jest wyższą od wartości winnego niewolnika (por. Gaius IV 75). Z tych przyczyn słowa »*sine noxae deditio*« w D 9, 4 fr. 21 § 2 (oraz w D 9, 4 fr. 22 § 4) należy uważać za interpolację justynjańską. W myśl powyższych wywodów formuła *actionis ad exhibendum*, przyrządzonej przez pretora w D 9, 4 fr. 21 § 2, brzmiała następująco:

»*Qui homo furti (damni iniuria dati etc.) noxius ob eamque rem Aulo Agerio obstrictus est, si paret Numerium Negidium falso eum in sua potestate esse negavisse dolove Numerii Negidii factum esse quo minus in sua potestate esset, nisi is homo Aulo Agerio noxae dabitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium condemna <to>, si non paret, absolvito*«.

Rekonstrukcja ta znajduje potwierdzenie w innych jeszcze ustępach źródeł:

D 9, 4 fr. 26 § 2 Paulus libro octavo decimo ad edictum Paling 289. Item si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere, electio erit actoris, utrum directo agere velit cum eo, qui possidet, an praetoria cum eo, qui desiit possidere.

Jakkolwiek we fragmencie powyższym jest mowa tylko o tym, który winnego niewolnika »*desiit possidere*«, to jednak nie ulega wąt-

pliwości, że powództwo przeciwko niemu, wspomniane tutaj, jest szczególnym wypadkiem zastosowania powództwa, wspomnianego w D 9, 4 fr. 21 § 2 i w D 9, 4 fr. 22 § 4, a zwróconego przeciwko temu, qui negat in sua potestate esse, aut dolo fecit, quominus esset. Widać stąd, że we fragmencie tym zajmuje się Paulus zbiegiem powództw, mianowicie zwykłej actionis noxalis przeciwko temu współwłaścicielowi, który ani nie pozbył się władzy nad obwinionym niewolnikiem, ani też nie wypiera się tego, że ma go pod swą władzą, — a powództwem, przyrzeczonem przez pretora wedle D 9, 4 fr. 21 § 2 przeciwko temu współwłaścicielowi, qui dolo fecit, quo minus in sua potestate esset. Actio noxalis oznaczona jest jako actio directa, w stosunku do powództwa z D 9, 4 § 21 § 2 nazwanego actio praetoria¹.

Ten sam stosunek między actio noxalis, jako actio civilis, a powództwem wspomnianem w D 9, 4 fr. 21 § 2 widocznym jest z D 9, 4 fr. 39. Iulianus libro nono digestorum. Si plurium servus furtum fecerit et omnes dolo fecerit, quominus eum in potestate haberent, subsequi debet praetor iuris civilis actionem et iudicium honorarium, quod ex hac causa pollicetur, in eum dare, quem actor elegerit: [neque enim amplius praestare actori debet, quam ut detracta noxae deditio agere possit cum eo, cum quo noxali iudicio experiri potuisset, si servus exhiberetur]².

Ta odmiana actionis ad exhibendum, którą pretor przyrzeka w swym edykcie wedle D 9, 4 fr. 21 § 2, różni się znacznie od wszystkich odmian actionis ad exhibendum poprzednio omówionych do tego stopnia, że należy ją uważać za odrębne, lubo podobne, powództwo. Przedewszystkiem jest mowa w niej o »in potestate habere«, kiedy w poprzednio przedstawionej, zwyczajnej actio ad exhibendum, mowa jest o »possidere«; różnica ta tłumaczy się tą okolicznością, że wedle prawa przedjustynjańskiego noxaliter odpowiadał nietylko pan za nie-

¹ Powództwo przeciwko temu, qui noxium servum dolo desiit possidere, wspomniane w D 9, 4 fr. 26 § 2, uważa słusznie Biondo-Biondi (Actiones noxales str. 216, 217 za specjalną odmianę actionis ad exhibendum, ale zapomina, że taka sama actio ad exhibendum przysługuje w myśl D 9, 4 fr. 21 § 2 także przeciwko temu, qui negat noxium in sua potestate esse, i w inny — mojem zdaniem — mylny sposób stara się uzasadnić odpowiedzialność tego ostatniego wobec osoby poszkodowanej.

² Słowa, ujęte w klamry [], są napewno nieautentyczne; za tem przemawia nietylko wzmianka o detracta noxae deditio, która jest w tym wypadku instytucją justynjańską (ob. wyżej str. 26, 27), ale nadto pojmowanie ekshibicji niewolnika, jako przygotowania do wniesienia actionis noxalis, co jest również justynjańskim (ob. niżej w Rozdz. III uwagi do D 10, 4 fr. 3 § 7), wreszcie wyrażenie nieklasyczne »noxali iudicio experiri«. Cały wreszcie ujęty w klamry ustęp jest zupełnie zbytecznym określeniem żądania pozwu przy actio honoraria, które chyba było dobrze znane czytelnikom Iuliana, a ta okoliczność również przemawia za interpolacją.

wolnika, ale i ojciec za *filium familias*, a słowo *potestas* obejmuje obydwa stosunki władzy. Ponadto we formule poprzednio przedstawionej zwyczajnej *actionis ad exhibendum* mieści się klauzula »*nisi exhibebitur*«, a w omawianej obecnie *actio ad exhibendum* zawarta jest klauzula »*nisi noxae dabitur*«; przedstawiona zaś różnica wywołana jest tą okolicznością, iż powód przy zwyczajnej *actio ad exhibendum* był właścicielem i dlatego wystarczało mu wydanie rzeczy, natomiast w omawianym obecnie wypadku nie jest właścicielem. Wreszcie przy zwyczajnej *actio ad exhibendum* — *condemnatio pecuniaria* opiewa na zapłacenie wartości spornej rzeczy, przy omawianej obecnie *actio ad exhibendum* *condemnatio pecuniaria* opiewa na zapłacenie kary względnie odszkodowania za czyn bezprawny.

Nie zdołałem stwierdzić, czy z powyższych przyczyn omawiana obecnie *actio ad exhibendum noxium hominem* nosi w źródłach odrębną nazwę, ale dla zaznaczenia różnicy, istniejącej między nią a zwyczajną *actio ad exhibendum*, w dalszym ciągu swej pracy będę nazywał pierwszą *actio ad exhibendum ex causa noxali*¹.

III. Rekonstrukcja tit. D 10, 4 de actione ad exhibendum.

D 10, 4 fr. 1.

Haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est [et maxime propter vindicationes inducta est].

Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum Pal. 718.

<Praetor ait: Si is, qui possidere dicetur, negabit se possidere: utrum actor volet aut deierare iubebo se non possidere neque se dolo malo fecisse, quominus possideret vel iudicium dabo>. Haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est.

Słowa »et maxime«, ulubione przez kompilatorów, nasuwają zawsze podejrzenie interpolacji, która jest w tym wypadku tem bardziej praw-

¹ Aby obraz dochodzenia roszczeń z powodu czynów bezprawnych był zupełny, należy wspomnieć, że osoba, mająca pod swą władzą podejrzanego niewolnika, aby uniknąć *actionis noxalis*, niejednokrotnie dobrowolnie oddawała go przez akt mancypanyjny osobie poszkodowanej »*quaestionis habendae causa*« (ob. D 12, 4 fr. 15 Pomponius, D 19, 5 fr. 8 Papinianus). Jeżeli śledztwo nie wykazało winy, mancipio dans mógł domagać się oddania z powrotem niewolnika za pośrednictwem *conditionis datorum ob causam*. (Oddanie niewolnika poszkodowanemu przez akt mancytacji *quaestionis habendae causa* było koniecznem, albowiem — jak to wynika z D 10, 3 fr. 27 Paulus-Alfenus — nie można było prowadzić śledztwa względem cudzego niewolnika).

dopodobną, że określona w tym ustępie funkcja przygotowawcza actionis ad exhibendum w stosunku do rei vindicatio odpowiada prawu rzymsko-bizantyńskiemu. Kompilatorowie skreślili prawdopodobnie słowa edyktu pretorskiego, dotyczące naszego powództwa, jako pozostające w jaskrawej sprzeczności z prawem sobie współczesnem, a na ich miejsce, celem poinformowania czytelnika na wstępie o funkcji naszego powództwa, dodali słowa »et maxime« etc. tudzież zepsute interpolacją D 10, 4 fr. 2 zaczerpnięte z dzieł Paulusa.

Rekonstrukcja edyktu pretora, dotyczącego actionis ad exhibendum, opiera się na edyktach, dotyczącym actionis ad exhibendum ex causa noxali, podanym w D 9, 4 fr. 21 § 2, co jest uzasadnione bliskiem pokrewieństwem obu powództw (ob. wyżej Rozdz. II, 7). Co do sacramento quaerere przez właściciela rzeczy ob. Beseler Beiträge I 33.

D 10, 4 fr. 2 Paulus libro vicensimo primo ad edictum Pal. 341 Exhibere est facere [in publico potestatem], ut ei qui agat, [experiundi] <apprehendendi> sit copia.

Interpolację tę wykazałem już powyżej w Rozdz. I.

D 10, 4 fr. 3 pr. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum Pal. 719. In hac actione actor omnia nosse debet et dicere argumenta rei de qua agitur.

Ustęp ten nie został zepsuty przez kompilatorów; odpowiada on charakterowi klasycznej actio ad exhibendum, ale pozostaje w sprzeczności z justynjańską actio ad exhibendum, która ma być przygotowaniem do rei vindicatio i służy do tego celu, by powód mógł właśnie bliżej zaznaczyć się z rzeczą, stanowiącą przedmiot przyszłej windykacji. Z tego powodu autorowie, nie domyślający się interpolacji w tit. D 10, 4, za pośrednictwem naciąganej interpolacji starali się inne znaczenie temu ustępowi podsunąć (ob. np. Demelius Die Exhibitionspflicht str. 32 i nast.).

D 10, 4 fr. 3 § 1. Ulpianus ibidem Pal. 719. Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit [nec debet ostendere], cum [multae] <et aliae> sint causae ad exhibendum agendi <veluti usufructus, pignus, possessio ad usucapionem; cuius causae a praetore in praescriptione formulae ratio habenda est>.

Rekonstrukcja nasza uwzględnia Beselera I 34 i wyniki, do których doszliśmy powyżej w Rozdz. II 1—4, a skreślenie tych słów przez kompilatorów staje się zrozumiałem wobec ich sprzeczności z prawem justynjańskiem.

Dalsze ustępy np. D 10, 4 fr. 3 § 2, 3 są, jak niżej zobaczymy, tworem kompilatorów, którzy w ten sposób chcieli lukę, powstałą przez skreślenie, wypełnić uwagami, odpowiadającymi współczesnemu stanowi prawnemu.

D 10, 4 fr. 3 § 2 Ulpianus ibidem Pal. 719. [Praeterea in

hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem ius iurandum petitoris damnari possit, ei iudice quantitatē taxante].

Cały ten ustęp całkiem słusznie uważa Beseler za dodatek kompilatorów (ob. Beiträge I 34).

D 10, 4 fr. 3 § 3 Ulpianus ibidem. [Est autem personalis haec actio et ei competit, qui in rem acturus est qualicunque in rem actione, etiam pignoratitia Serviana sive hypothecaria, quae creditoribus competunt].

Cały ten ustęp robi również wrażenie, że pochodzi z ręki kompilatorów. »Est autem personalis haec actio« razi nas swym językiem, gdyż prawnicy klasyczni używają określenia »actio in personam«; ponadto istotnie w prawie justynjańskim actio ad exhibendum jest actio in personam, (ob. Demelius Die Exhibitionspflicht str. 46), kiedy w prawie klasycznym actio ad exhibendum — jak to poprzednio przedstawiłem (ob. Rozdz. II 1, C) — ma charakter mieszany t. j. częściowo actio in rem, częściowo actio in personam. Że wierzyciel zastawniczy może korzystać z actio ad exhibendum, to wykazałem poprzednio (ob. Rozdz. II, 4), a Ulpjan wedle wszelkiego prawdopodobieństwa wspomniał o tem wyżej w D 10, 4 fr. 3 § 1 (ob. wyżej str. 29), zaś fatalny język D 10, 4 fr. 3 § 3 nie da się żadną miarą przypisać Ulpjanowi.

D 10, 4 fr. 3 § 4 Ulpianus ibidem. Sed et usumfructum [petituro] competere ad exhibendum Pomponius ait.

Że użytkowca może korzystać z actio ad exhibendum usumfructum, wykazałem powyżej (Rozdz. II); D 10, 4 fr. 3 § 4 nosi jednak na sobie niewątpliwe ślady ręki kompilatorów, gdyż słowa »usumfructum petituro competit« wskazują na charakter przygotowawczy tego powództwa, zgodny z prawem justynjańskim, lecz nie zgodny z prawem klasycznym¹.

D 10, 4 fr. 3 § 5 Ulpianus ibidem. [Sed et si quis interdicturus rem exhiberi desideret, audietur].

Całe to zdanie pochodzi na pewno z ręki kompilatorów. Słowo »interdicturus« wskazuje na charakter przygotowawczy actionis ad exhibendum, co — jak wiadomo — odpowiada prawu justynjańskiemu, lecz nie klasycznemu; ponadto »interdicturus« ze stanowiska prawa klasycznego nie może oznaczać posiadacza, zamierzającego bronić swego posiadania za pośrednictwem interdyktów, lecz jedynie pretora, który ma zamiar wydać interdykt (ob. słowo »interdicere« w Handlexicon

¹ Natomiast w D 10, 4 fr. 12 § 2 »qui furti acturus ad exhibendum egisset«, jest niewątpliwie autentyczne, bo okradziony w tym wypadku najpierw wnosi actionem ad exhibendum przeciwko posiadaczowi o zwrot skradzionej rzeczy, a następnie dopiero ma zamiar wystąpić z actio furti przeciwko temu, kto okaże się złodziejem.

Heumanna-Seckela). Justynjańskim wreszcie wyrażeniem jest słowo »audietur« (wysłuchanym będzie), zamiast klasycznego »actio danda est«.

Przy próbach odgadnięcia właściwej myśli Ulpjana należy pamiętać, że ten, komu przysługiwała Publiciana in rem actio, może korzystać także z actio ad exhibendum. W prawie justynjańskim zatarta została wszelka różnica między res Mancipi a res nec Mancipi, a tem samem zatarta została różnica między właścicielem ex iure Quiritium a t. zw. właścicielem bonitarnym; skutkiem tego actio ad exhibendum dla ochrony t. zw. właściciela bonitarnego zanikła, a pozostała jedynie actio ad exhibendum, z której mógł korzystać nabywający possessionem ad usucapionem od niewłaściciela. Kompilatorowie justynjańscy nadali tej actio ad exhibendum charakter przygotowawczy (zgodnie z prawem sobie współczesnym), a zarazem rozszerzyli jej zastosowanie, przyznając actionem ad exhibendum każdemu posiadaczowi ad interdicta (nie tylko — jak dotychczas — posiadaczowi ad usucapionem), co prawdopodobnie pozostaje w związku z innowacjami, wprowadzonymi w dziedzinie posiadania przez kompilatorów, a mianowicie z ich dążnością do zatarcia różnicy między possessio ad interdicta a possessio civilis i oznaczeniem każdego, uznanego przez prawo, posiadania jako possessio civilis (ob. Riccobono w ZSS. t. 31 str. 367).

D 10, 4 fr. 3 § 6 Ulpianus ibidem. Item si optare velim servum [vel quam aliam rem(?)] cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, [ut exhibitis possim vindicare].

[vel quam aliam rem] uważa Beseler (Beiträge I str. 4) za interpolowane.

Actio ad exhibendum, przysługująca legatarjuszowi, cui servi optio relicta est, omówiona została powyżej (Rozdz. II, 5). Kompilatorowie, idąc za prawem sobie współczesnym, nadali tej actio ad exhibendum charakter przygotowawczy w stosunku do rei vindicatio i w tym celu interpolowali słowa [ut exhibitis possim vindicare]. Interpolacji powyższej dowodzi nie tylko wyżej (Rozdz. II, 5) przedstawiony charakter actionis ad exhibendum servum, cuius optio legatario relicta est, ale nadto porównanie D 10, 4 fr. 3 § 6 i D 47, 2 fr. 81 (80) § 2 (Papinianus); w tym bowiem ostatnim fragmencie actio ad exhibendum servum, cuius optio legatario relicta est (zgodnie z powyżej przedstawionymi zasadami prawa klasycznego) służy do wymuszenia na pozwanym dziedzicu wydania niewolnika, a niema tam żadnej wzmianki o tem, aby stanowiła ona przygotowanie do rei vindicatio¹.

¹ Zauważyć tutaj należy, że w Digestach i Kodeksie justynjanskich przez kompilatorów najbardziej zmienione są ustępy źródłowe, umieszczone w »sedes materiae«; natomiast ustępy omawiające pewien problem przygodnie i dlatego umieszczone przez kompilatorów poza »sedes materiae«, zazwyczaj nie zostały zmienione przez kompilatorów w tej dziedzinie, której tylko przygodnie dotyczyły. Po-

D 10, 4 fr. 3 § 7 Ulpianus ibidem. [Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria: quid enim si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero destinare non possit nisi ex praesentibus, quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet? nonne aequum est ei familiam exhiberi, ut noxium servum agnoscat? quod ex causa debet fieri ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit, recensitione servorum facta].

Cały ten ustęp pochodzi wedle wszelkiego prawdopodobieństwa z ręki kompilatorów (ob. Beseler Beiträge I str. 2 i nast.); do argumentów przytoczonych przez Beselera należy dodać jeszcze, że funkcja przygotowawcza actionis ad exhibendum w stosunku do actio noxalis zgodna jest z prawem współczesnem Justynjanowi, lecz niezgodna z prawem klasycznym; ponadto D 10, 4 fr. 3 § 7, 8, 9 rozrywają związek między D 10, 4 fr. 6 a fr. 10; Ulpjan zaś, przedstawivszy sprawę actionis ad exhibendum ex causa noxali w księdze 23 ad edictum (ob. D 9, 4 fr. 21 § 2 i inne fragmenty tudzież wyżej Rozdz. II, 7), nie miał powodu tutaj do tej actio powracać.

D 10, 4 fr. 3 § 8 Ulpianus ibidem. [Si quis extra heredem tabulas testamenti vel codicillos vel quid aliud ad testamentum pertins exhiberi velit, dicendum est per hanc actionem agendum non esse, cum sufficiunt sibi interdicta in hanc rem competentia]: et ita Pomponius.

Cały ten § wykazuje bardzo wiele językowych usterek, właściwych prawnikom bizantyńskim; z tego powodu poszczególne części jego już poprzednio były zakwestjonowane, a obecnie Beseler (Beiträge I str. 4 i n.) cały ten § uważa (mojem zdaniem zupełnie słusznie) za interpolowany. O czem traktował tu Ulpjan, powołując się na zdanie Pomponiusa, dziś odgadnąć nie można.

D 10, 4 fr. 3 § 9. [Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius interest exhiberi: iudex igitur summatim debet cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit, et sic iubere vel exhiberi vel non, quia nihil interest].

Cały ten § pochodzi od kompilatorów, jak to wykazał Pernice, i zawiera streszczenie zasad prawa justynjańskiego w sprawie actionis ad exhibendum, mianowicie stwierdza, że a) wyżej przedstawione roszczenie o okazanie rzeczy dla wytoczenia pozwu w przyszłości, przysłu-

nadto zazwyczaj ustępy (fragmenty z dzieł prawników lub konstytucje), umieszczone na samym początku tytułu, interpolowane były przez kompilatorów silniej i doprowadzane w ten sposób do zupełnej zgody z prawem VI w. po Chr.; dalsze zaś ustępy interpolowane bywały pobieżniej i dlatego zachowały więcej postanowień prawa klasycznego.

guje każdemu, kto ma słuszny interes prawny, b) dla takiej actio ad exhibendum właściwy będzie specjalny proces sumaryczny¹. Obydwie te zasady są sprzeczne z prawem klasycznym, albowiem — jak to już poprzednio zaznaczyłem — według Gaiusa IV, 51 powód przy actio ad exhibendum twierdzi *rem suam esse* lub powołuje się na inne swoje prawo (ob. wyżej Rozdz. II), a samo istnienie *formulae actionis ad exhibendum* (Gaius IV, 51) dowodzi, że dla tej actio w prawie klasycznym właściwy był zwykły proces cywilny t. j. formułkowy (*in ordine iudiciorum privatorum*). Ślady jednak prawa klasycznego w tej dziedzinie dochowały się nawet w *tit. D 10, 4* przez nieuwagę kompilatorów, a mianowicie w *D 10, 4 fr. 3 § 14* i w *D 10, 4 fr. 19*. Według *D 10, 4 fr. 3 § 14* w razie spisania czyichś rachunków na cudzym kawałku papieru osobie, której spraw te rachunki dotyczą, nie przysługuje actio ad exhibendum o wydanie kawałka papieru ze spisaniem rachunków i z tego powodu ze względów słuszności przyznana jej zostaje specjalna actio *in factum*. Podobnie wedle *D 10, 4 fr. 19* (Paulus-Alfenus) osobie, domagającej się wydania rachunków od przeciwnika, nie przysługuje actio ad exhibendum o ich wydanie; a jeżeli na początku *D 10, 4 fr. 19* spotykamy inną znaną nam bizantyńską zasadę prawną »ad exhibendum possunt agere [omnes, quorum interest]«, to nie ulega wątpliwości, że i tutaj pochodzi ona od kompilatorów justynjańskich.

D 10, 4 fr. 3 § 10. Ulpianus ibidem. Plus dicit Iulianus, etsi [vindicationem] <optionem> non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, [quia mea interest exhiberi]: ut puta si servus mihi legatus sit, quem Titius optasset: agam enim ad exhibendum, [quia mea interest exhiberi], ut Titius optet [et sic vindicem], quamvis exhibitum ego optare non possim.

»Quia mea interest« dwukrotnie powtórzone jest niewątpliwie interpolacją justynjańską, dodaną dla podkreślenia zasad nowego prawa, sprzecznych z prawem klasycznym (tak Beseler Beitr. I str. 1, 2, 4, 5); ponadto zamiast »vindicationem« wedle wszelkiego prawdopodobieństwa było »optionem« (tak Beseler l. c.). Zresztą actio ad exhibendum *servum, quem Titius optasset* ze stanowiska prawa klasycznego omówiona jest wyżej Rozdz. II 6.

D 10, 4 fr. 3.

§ 11. Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego [ob hoc quod conventus sum ad exhibendum actione] agere ad exhiben-

Ulpianus ibidem.

Si mecum fuerit <a domino> actum ad exhibendum, ego <quamquam etiam alter ex alia causa> agere ad exhibendum <mecum poterit,

¹ Co do procesu sumarycznego cesarskiego ob. Jörs-Wenger, *Römisches Recht*, str. 278, 279.

dum [non possum], [quamvis videatur interesse mea ob hoc, quod] teneor ad restituendum. [sed hoc non sufficit: alioquin et qui dolo fecit, quo minus possideret, poterit ad exhibendum agere, cum neque vindicaturus, neque interdicturus sit, et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum est.] eleganter igitur definit Neratius [iudicem] ad exhibendum [hactenus] cognoscere, an iustam [et probabilem] causam habeat actionis, [propter quam exhiberi sibi desideret].

§ 12. Pomponius scribit eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo usus fructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pignoratium sibi eum adfirmet: [omnibus igitur ad exhibendum actio competit, quia omnium interest exhiberi hominem].

nihilominus ipse actori> teneor ad restituendum.

eleganter igitur definit Neratius <praetorem> ad exhibendum <iudicium dando> cognoscere, an iustam causam habeat actionis, <eiusque causae in praescriptione formulae ab eo rationem habendam>.

§ 12. Pomponius scribit eiusdem hominis nomine plures ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo ususfructus, tertius possessionem <civilem> suam contendat, quartus pignoratium sibi eum adfirmet.

Kilkakrotnie powtarzające się zaznaczenie, że temu przysługuje actio ad exhibendum, cuius interest, pochodzi niewątpliwie od kompilatorów (tak Beseler Beiträge I str. 1, 5 i n.) i tak samo niewątpliwie ich dziełem są zastrzeżenia, umieszczone na początku § 11, a mające na celu zapobiec doprowadzeniu tej zasady ad absurdum. Ulpianus natomiast, omówiwszy różne odmiany actionis ad exhibendum (actio ad exhibendum przysługująca właścicielowi, dalej użytkowcy, wierzycielowi zastawniczemu, osobie chronionej przez actio Publiciana in rem i t. d.), niewątpliwie przystąpił do analizy możliwych konfliktów między temi rodzajami powództw, a mianowicie gdy kilka osób, każda na podstawie innego prawa podmiotowego za pośrednictwem odpowiednich odmian actionis ad exhibendum, domagać się może od posiadacza (względnie od tego, qui dolo possidere desiit) ekshibicji jednej i tej samej rzeczy (ob. Ulpianus Pomponius D 10, 4 fr. 3 § 12), a tylko jedna z nich wystąpi z powództwem. Na podstawie swoich dotychczasowych badań mogę odpowiedzieć, że ta okoliczność nie chroni pozwanego przed zasądzeniem, albowiem excipiendo na swoje prawo wobec powództwa (skargi)

powoda powoływać się może tylko sam uprawniony, a nie osoba inna; tak samo więc jak np. posiadacz rzeczy, pozwany przez rei vindicatio, nie może powoływać się excipiendo na prawo zastawu, przysługujące osobie trzeciej, taksamo np. i posiadacz, pozwany przez actio ad exhibendum przez właściciela, nie będzie mógł excipiendo powołać się na prawo zastawu, przysługujące osobie trzeciej, chociaż ta osoba trzecia może sama wystąpić z powodu swego zastawu z actio ad exhibendum przeciwko posiadaczowi. (Ulpjan miał istotnie, jak się zdaje, na myśli ten wypadek, gdyż używa słów »teneor ad restituendum«. Słowa te są niewątpliwie autentyczne, gdyż odpowiadają one klasycznemu znaczeniu exhibendi, a przy actio ad exhibendum mogą mieć tylko zastosowanie wówczas, gdy jest ona wniesiona przez właściciela przeciwko posiadaczowi [ob. wyżej Rozdz. I] ¹⁾).

D 13, 4 fr. 3 § 13. Ulpianus ibidem. Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obicit, [et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem] debere [possessorem absolvi, si obscurior vel quae habeat altio rem quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa: de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat, veluti pacti conventi, doli mali, iuris iurandi reique iudicatae].

Beseler (Beitr. I str. 29 i n.) słusznie podnosi cały szereg usterek językowych, wskazujących na rękę kompilatorów, uznaje jednak, że w § tym jądro jest klasyczne. W istocie zaś § ten jest dalszym ciągiem dwugłosu Ulpjan-Justynjan. Justynjańskie jest niewątpliwie zastrzeżenie, że sędzia w procesie sumarycznym, wyrokując o obowiązku do ekshibicji (= do okazania rzeczy), powinien uwzględnić tylko oczywiste, na pierwszy rzut oka uzasadnione ekscepcje pozwanego przeciwko prawu, którego dochodzenie ma przygotować żądana ekshibicja (np. przeciwko rei vindicatio ekscepcja prawa zastawu); prawidło to jest tylko konsekwencją wyżej przedstawionej zasady prawa justynjańskiego, że actio ad exhibendum przysługuje temu, cuius interest rem sibi exhiberi (= okazanie), gdyż wobec takiej ekscepcji oczywisty jest brak interesu.

Po odrzuceniu dodatków justynjańskich zobaczymy, że Ulpjan w §-ie tym, w związku z poprzednim §-em, kontynuuje swe rozważania co do ekscepcji. Jak się zdaje, formuła actionis ad exhibendum, z której korzystał właściciel, nie zawierała expressis verbis tych ekscepcyj, które umieszczane były we formuła rei vindicationis, a podobnie

¹ Odmienna rekonstrukcja Beselera (Beitr. I str. 6, 7) nie uwzględnia powyżej (Rozdz. I i II) przeze mnie wykazanej różnicy między klasyczną a justynjańską actio ad exhibendum.

było i przy innych odmianach *actionis ad exhibendum*, ale mimo to sędzia wyrokując o obowiązku do wydania (*exhibere*) rzeczy skutkiem *actionis ad exhibendum*, mógł *per arbitrium sibi ex hac actione commissum* ekscepcje te uwzględnić przy ustaleniu wysokości kondemnacji (*aestimare*) np., gdy z *actio ad exhibendum* występuje właściciel przeciwko posiadaczowi, uwzględnić *exceptionem doli propter impensas* i t. d.

To *liberum arbitrium* sędziego pozwalało mu nie tylko uwzględnić ekscepcje pozwanego, pomimo braku wyraźnej wzmianki we formuła *actionis ad exhibendum*, ale pozwalało mu ponadto indywidualizować wypadki, w niektórych zadowolić się złożeniem kaucji przez pozwanego w miejsce ekshibicji rzeczy (ob. np. D 10, 4 fr. 5 § 6 Ulpianus, D 10, 4 fr. 12 § 5 Paulus Paling. 414) i po daniu takiej kaucji pozwanego nie zasądzić.

Naodwrot przy *actio ad exhibendum* niekiedy i powód musiał dać kaucję pozwanemu, aby pozwany mógł zostać zasądzonym.

D 6, 1 fr. 69. Paulus libro tertio decimo ad Sabinum Paling. 1857. Is, qui dolo fecit, quo minus possideret, hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet, actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum, (por. nadto D 6, 1 fr. 71).

We fragmencie tym Paulus zajmował się *actione ad exhibendum*, nie zaś *rei vindicatione*, gdyż według prawa klasycznego is, qui dolo possidere desiit, nie mógł być zmuszony do wdania się w spór przy *rei vindicatio* (ob. Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, § 3, str. 11 i n.).

Zastosowanie kaucji miało najczęściej zastosowanie przy *actio ad exhibendum*, wniesionej przez użytkowcę przeciwko właścicielowi, albowiem w tym wypadku właściciel nie był obowiązany do wydania rzeczy użytkowcy przed złożeniem kaucji (ob. tit. D 7, 9)¹.

D 10, 4 fr. 3 § 14. Ulpianus ibidem. Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Iulianus tractat. servus inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. ait Iulianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum [experiri] <actio mihi

¹ To *liberum arbitrium* iudici commissum przy *actio ad exhibendum* pochodziło stąd, że miała ona w swej formule klauzulę »nisi ea res Aulo Agerio exhibebitur«, która dawała sędziemu potrzebną swobodę. Co do skutków klauzuli »nisi ea res Aulo Agerio restituetur« przy *actiones in rem* ob. Levy ZSS. t. 36, str. 1 i n.; nie ulega zaś wątpliwości, że podobne skutki miała klauzula »nisi ea res Aulo Agerio exhibebitur« przy *actio ad exhibendum*.

a praetore danda>; in factum igitur mihi actionem [competere] <dan-dam>.

§ ten omówiony został powyżej przy D 10, 4 fr. 3 § 9; zakwestjonowane przez Beselera (Beitr. I, str. 34) dodatki justynjańskie, jak np. »Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut« etc., nie psują wypowiedzianej tam zasady prawnej, która jest klasyczną.

D 10, 4 fr. 3 § 15. Ulpianus ibidem Paling. 720. [Scien-dum est] adversus possessorem hac actione agendum <est> [non so-lum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. denique] <igitur> creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Beseler (Beitr I 21, III 126) wykazał, że słowa [non solum eum... possessioni] są interpolowane. Ulpjan, nawiązując do słów edyktu pre-tora o legitymacji bierniej pozwanego, roztrząsa tu następujące pytania:

a) czy wierzyciel zastawniczy jest biernie legitymowanym, ewen-tualnie, czy legitymowanym biernie będzie w tym wypadku possessor ad usucapionem.

b) czy legitymowanym biernie przy actio ad exhibendum może być także dzierżyciel.

Do a) Ulpjan sądzi, że legitymowanym biernie będzie wierzyciel zastawniczy; zapatrywanie to znajduje potwierdzenie u Pomponiusa (D 13, 7 fr. 3), u Papiniana (D 20, 5 fr. 1) i u Iavolena (D 41, 3 fr. 16); ten ostatni zaznacza wyraźnie, że tylko wierzyciel zastawniczy, a nie possessor ad usucapionem będzie biernie legitymowanym przy actio ad exhibendum. Z rozstrzygnięć tych przebiega myśl przewodnia, że legitymowanym biernie jest possessor ad interdicta, nie zaś posses-sor ad usucapionem, o ile nie jest równocześnie possessor ad interdicta.

Na tej samej zasadzie oparte jest D 16, 3 fr. 33. Labeo libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatarum. Servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maevium ea condi-cione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, [incerti] agere, [id est] ad exhibendum, [et exhibitam vindicare], quia servus in depo-nendo tuum ius deterius facere non potuisset.

Sekwester — jak wiadomo — chroniony jest przez interdykty posesoryjne i dlatego Iavolenus konsekwentnie uznaje, że przeciwko niemu może być wniesiona przez właściciela actio ad exhibendum o wy-danie rzeczy¹. Kompilatorowie justynjańscy nie chcieli jednak po-zostawić tutaj brzmienia, wskazującego na pierwotne znaczenie exhi-

¹ Dlatego nie mogę zgodzić się z poglądem Pernice'a, że »ad exhibendum« jest interpolowane.

bendi = wydania rzeczy i dlatego dodali słowa »et exhibitam vindicare«, aby actioni ad exhibendum nadać charakter powództwa przygotowawczego zgodnie z prawem justynjańskim.

Do b) Jakkolwiek według brzmienia formulae actionis ad exhibendum przez actio ad exhibendum może być pozwany posiadacz, nie zaś dzierżyciel, to jednak prawnicy klasyczni przyjmują od tej zasady następujące wyjątki:

α) gdy actionem ad exhibendum wnosi posiadacz rzeczy przeciwko dzierżycielowi, posiadającemu rzecz w jego imieniu, a czyni to z tego powodu, że niema żadnego powództwa z kontraktu przeciwko dzierżycielowi o wydanie rzeczy;

β) gdy rzecz, o którą spór się toczy, nie ma na razie posiadacza, a taką stanie się np. rzecz posiadana przez spadkodawcę w razie śmierci spadkodawcy, a przed objęciem spadku w posiadanie przez heredem extraneum (taka rzecz bowiem niema posiadacza D 41, 2 fr. 23 pr.);

γ) gdy chodzi o res peculii castrensis.

W powyższych bowiem wypadkach actio ad exhibendum przeciwko dzierżycielowi stanowi niezbędne uzupełnienie actionis ad exhibendum przeciwko posiadaczowi¹.

Sprawa peculii castrensis omówiona będzie poniżej przy D 10, 4 fr. 12 § 1 (ob. str. 41 uw. 1).

Actio ad exhibendum przeciwko dzierżycielowi poza temi trzema wypadkami jest nie do pomyślenia ze stanowiska prawa klasycznego, gdyż poza powyżej przedstawionemi trzema wypadkami dzierżyciel ze stanowiska prawa klasycznego niema facultatis exhibendi; ekshibicja bowiem rzeczy przez dzierżyciela i objęcie jej na tej podstawie w posiadanie przez powoda — poza temi trzema wypadkami — przedstawia się jako wyzucie z posiadania dotychczasowego posiadacza, w którego imieniu dzierżyciel rzecz posiadał, a tem samem uzasadnia wniesienie interdyktów posesoryjnych przez wyzutego posiadacza przeciwko powodowi (nowemu posiadaczowi).

Dopiero na mocy konstytucji C. 4, 32 c. 8 pr. z r. 293 cesarz Dioklecjan postanowił, że przez actio ad exhibendum i przez rei vindicatio² może być pozwany każdy dzierżyciel; zmiana ta stała się możliwą skutkiem tego, że za czasów Dioklejana miejsce dawnego procesu formułkowego zajął nowy proces cesarski, a przy nim miejsce dawnej condemnationis pecuniariae zajęła egzekucja naturalna brachio militari, polegająca w tym wypadku na wprowadzeniu wygrywającego powoda w posiadanie spornej rzeczy; oczywiście wówczas

¹ Por. w tej mierze trafne uwagi Riccobona w ZSS. t. 31, str. 350 i n.

² Problem legitymacji biernej przy rei vindicatio przedstawiłem w pracy, ogłoszonej w Roczniku prawniczym wileńskim t. III.

objęcie rzeczy w posiadanie przez powoda nie mogło już uzasadniać wniesienia przeciwko niemu interdyktów posesoryjnych ze strony dotychczasowego posiadacza.

Z tego punktu widzenia zanalizować należy jeszcze kilka ustępów źródłowych, mniej zepsutych przez interpolację, a potem dopiero przystąpić do analizy ogromnie zniekształconego D 10, 4 fr. 5.

D 13, 6 fr. 2. Paulus libro vicensimo nono ad edictum. Nec in furiosum commodati actio danda est. sed ad exhibendum adversus eos dabitur, [ut res exhibita vindicetur].

Actio ad exhibendum jest w tym wypadku uzasadniona brakiem actionis commodati directae; słowa »ut res exhibita vindicetur« są dodatkiem justynjańskim, który ma na celu nadać actioni ad exhibendum charakter przygotowawczy w stosunku do rei vindicatio w miejsce pierwotnego charakteru powództwa o wydanie rzeczy. (Nadmienić tutaj należy, że jeszcze w powyżej wspomnianej konstytucji Dioklecjana z r. 293 C 3, 42 c. 8 pr. actio ad exhibendum ma charakter powództwa o wydanie rzeczy; arg. słowa »ad exhibendum vel vindicatione uti potes«).

D 15, 1 fr. 38 pr. Africanus libro octavo quaestionum. Deposui apud filium familias decem et ago depositi de peculio. quamvis [nihil patri] filius [debeat et] haec decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum <non esse> existimavit, si nullum praeterea peculium sit: hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere. itaque ad exhibendum agere me [et exhibitam vindicare] debere.

We fragmencie tym — tak samo jak w poprzednim — słowa »et exhibitam vindicare« są interpolacją justynjańską. Również pewnem jest, że autentyczny tekst Afrykana odmawiał actionis depositi de peculio w omawianym przypadku, a to ze względu na argumenty »si nullum praeterea peculium sit; hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere«, bo wobec tych argumentów ze stanowiska prawa klasycznego możliwa jest jedynie odmowa actionis de peculio.

Również wzmianka o długu syna względem ojca (choćby tylko obligatio naturalis) bez istnienia peculii nie da się pogodzić z prawem klasycznym, a wiadomo, że prawo justynjańskie stoi w tej dziedzinie na innem stanowisku.

Na podstawie tej rekonstrukcji D 15, 1 fr. 38 pr. widzimy, że actio ad exhibendum dlatego będzie tu uzasadniona, bo deponent t. j. właściciel, posiadający rzecz, niema przeciwko patri familias (t. j. dzierżycielowi) powództwa z kontraktu o wydanie rzeczy.

D 9, 2 fr. 42. Iulianus libro quadragensimo octavo

digestorum przyznaje actionem ad exhibendum przeciwko depozytarjuszowi o wydanie testamentu, pomimo że obok tego depozytarjusz może być pozwany przez actio depositi directa, a czyni to dlatego, że wobec istnienia testamentu liczyć się trzeba z możliwością powołania haeredis extranei, a tem samem majątek spadkowy (w którego skład wchodzi i dokument, zawierający testament) należy uważać za rzecz bez posiadacza.

Fragmenty powyższe potwierdzają zatem naszą tezę w zupełności. Na tej podstawie zrozumiálním stanie się dla nas pierwotny sens D 10, 4 fr. 5.

D 10, 4 fr. 5 pr.

Celsus scribit: si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum [conductore] ad exhibendum agi potest: [item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum: sed si nemo heres sit, cum horreario agendum]: nam si a nullo, inquit, possidentur, [verum est aut horrearium possidere, aut certe ille est, qui possit exhibere. idem ait: quomodo autem possidet, qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? — quae species ostendit] etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

Ulpianus ibidem Paling. 720.

Celsus scribit, si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit <posteaque nullo herede suo relicto decessit, antequam hereditas eius adita sit>, cum <horreario> ad exhibendum agi potest: nam si a nullo, inquit, possidentur, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

Fragment ten zawiera wiele dodatków poklasycznych np. »quae species ostendit« i t. p.; nieklasyczne jest również zapytanie, czy przewoźnik rzeczy oddane mu do przewiezienia posiada jako wierzyciel zastawniczy i t. d. Na podstawie naszych poprzednich wywodów możemy przyjąć jako pewne, że Ulpjan, idąc za Celsusem, wobec śmierci przewoźnika bez pozostawienia heredis sui przyznał właścicielowi towaru, oddanego do przewozu, actionem ad exhibendum przeciwko właścicielowi domu składowego (horrearius), gdzie towar ten był przechowywany, a to z tego powodu, że towar ten znajduje się w posiadaniu właściciela, który jednak przeciwko dzierżycielowi (horrearius) niema powództwa z kontraktu o jego wydanie.¹ Actio ad exhibendum przeciwko samemu przewoźnikowi (conductor) o wydanie towaru jest najzupełniej zbędna wobec actionis locati z locatio conductio operis, i dlatego należy ją uważać za interpolowaną, a za przypuszczeniem

interpolacji przemawia w tym wypadku i wykrzywiona konstrukcja całego zdania »si quis conduxit... cum conductore ad exhibendum agi potest«.

Nieautentyczne ustępy są prawdopodobnie jakąś glosą bizantyńską, wciągniętą później do tekstu, a przebijają z nich najpierw dążność, aby dzierżenie jako t. zw. *naturalis possessio* podciągnąć pod pojęcie posiadania w obszernym tego słowa znaczeniu (ob. Riccobono w ZSS. t. 31, str. 348, 367 i n.), a tem samem aby uzasadnić teoretycznie przyznanie legitymacji biernej przy *actio ad exhibendum* każdemu posiadaczowi w myśl C 3, 42 c. 8 pr.

Podobny problem t. j. legitymacji biernej depozytariusza przy *actio ad exhibendum* poruszony jest w D 33, 5 fr. 8 § 3. Pomponius libro sexto ad Sabinum Paling. 482. Si rerum depositarum electio mihi relictā sit, et <heres extraneus possessionem rerum hereditariarum nondum nactus est> ad exhibendum cum eo, apud quem depositae sint, agere potero et <post possessionem rerum hereditariarum ab herede adeptam> cum herede agere [ut is depositi agendo facultatem eligendi mihi praestet].

Przedewszystkiem nieautentyczny jest tu ustęp [ut is depositi agendo facultatem eligendi mihi praestet]; dodatek ten ma na celu actioni ad exhibendum nadać charakter powództwa przygotowanego, a w szczególności w tym wypadku charakter powództwa, które umożliwia oglądnięcie rzeczy celem dokonania wyboru (podobnie jak to uczynili kompilatorowie z *actio ad exhibendum* w razie *optionis servi relictā* w D 10, 4 fr. 3 § 6, § 10). Pozatem wedle prawa justynjańskiego przez *actio ad exhibendum* może być pozwany zarówno posiadacz jak dzierżyciel i dlatego kompilatorowie skreślili rozróżnienie, uczynione przez Pomponiusa, między czasem przed objęciem rzeczy spadkowych w posiadanie przez heredem extraneum, a po objęciu.

Zupełnie podobnemu losowi uległ D 10, 4 fr. 4. Pomponius libro sexto ad Sabinum. nam et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agi potest.

Dopuszczenie bez żadnych zastrzeżeń actionis ad exhibendum przeciwko dzierżycielowi jest oczywiście dziełem kompilatorów¹.

¹ W związku z tem należy wspomnieć jeszcze o jednym wypadku, nie poruszonej tutaj przez Ulpjana, w którym dzierżyciel może być pozwany przez *actio ad exhibendum*, gdyż wedle prawa klasycznego ma facultatem exhibendi. D 10, 4 fr. 12 § 1 (Paulus). Et filius familias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendae habet. Odnosi się ten fragment do wypadku, w którym filius familias ma *peculium castrense*, por. D 49, 17, fr. 18 § 4. Według prawa klasycznego *peculium castrense* stanowi własność patris familias, który tem *peculium* ani rozporządzać, ani synowi go odebrać nie może (D 49, 17 fr. 18 porównywa patrem familias w stosunku do *peculium castrense* do osoby, cui bonis interdictum est). Skutkiem tego filius familias nie jest posiadaczem, lecz tylko dzierżycielem rzeczy, należących do *peculium castrense*

D 10, 4 fr. 5. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum § 1. Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione <non> teneri eum qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, <nisi procuratorio nomine loco possessoris ad exhibendum iudicium accipere paratus sit>, sed et eum, qui ususfructus nomine rem teneat, <procuratorio nomine iudicium accipere posse>, quamvis nec hic utique possideat. inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione: eum vero qui usumfructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur.

Pod względem stylistycznym zastanawia nas »sed«, kiedy przy obecnym sensie należałoby się spodziewać tutaj raczej słowa »similiter«. Ze stanowiska prawniczego zastanowić musi tutaj dopuszczenie actionis ad exhibendum przeciwko dzierżycielowi (missus in possessionem lub usufructuarius), kiedy — jak to poprzednio wykazałem — według prawa klasycznego było to dopuszczalne jedynie w trzech wyjątkowych wypadkach, z których żaden tutaj nie zachodzi, a ponadto zastanowić nas musi ta okoliczność, że wyrok uzyskany w takim procesie skutkiem actionis ad exhibendum, wniesionej przeciwko dzierżycielowi, nie wywiera żadnych skutków prawnych przeciwko dzierżycielowi, lecz tylko przeciwko posiadaczowi. Wszystko to razem wskazuje, że prawdopodobnie Juljan i Ulpjan pozwalali na wdanie się w spór ze strony użytkowcy lub tego, który był missus in possessionem, ale tylko procuratorio nomine w miejsce posiadacza jako biernie legitymowanego. Kompilatorowie justynjańscy, dopuszczając wobec C 3, 42 c. 8 pr. actionem ad exhibendum bez żadnych ograniczeń przeciwko dzierżycielowi, skreślili zastrzeżenie, że użytkowca oraz missus in possessionem mogą accipere iudicium ad exhibendum tylko procuratorio nomine. Przy tej sposobności jednak kompilatorowie justynjańscy przeoczyli, że wedle tekstu D 10, 4 fr. 5 § 1 skutkiem actionis ad exhibendum jest w tym wypadku restytucja rzeczy (arg. słowa »quatenus hos oporteat exhibere... sic ut actor possessionem habeat) i nie umieścili dodatku, któryby w miejsce tego nadawał charakter przygotowawczy actioni ad exhibendum zgodnie z prawem justynjańskim.

(D 49, 17 fr. 12); ponieważ jednak pater familias nie może tych rzeczy synowi odebrać, a filius familias ma concessam liberam peculii administrationem, więc nie pater familias, lecz filius familias ma w stosunku do tych rzeczy facultatem restituendi (co do peculium castrense ob. moją pracę w Roczniku prawniczym wileńskim t. II). W prawie justynjańskim peculium castrense stanowi własność filii familias, ale kompilatorowie zostawili D 10, 4 fr. 12 § 1 niezmieniony, bo harmonizuje z ich zasadą, że każdy dzierżyciel może być pozwany przez actio ad exhibendum.

Według D 10, 4 fr. 5, § 3—5 właściciel rzeczy ruchomej, która znajduje się na cudzej nieruchomości, może wnieść actionem ad exhibendum przeciwko właścicielowi nieruchomości o to, aby mu pozwolił te rzeczy zabrać. Mamy tu jednak również do czynienia z interpolacjami, jak to się okazuje z zestawienia tych ustępów z D 39, 2 fr. 9 § 3.

D 10, 4 fr. 5 § 4. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum.

Sed etsi ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum [conveniri ad exhibendum] Neratius scribit. unde quaerit Neratius, utrum de futuro dumtaxat damno, an et de praeterito domino agri cavendum sit. et ait etiam de praeterito caveri oportere.

D 39, 2 fr. 9. Ulpianus libro quinquagensimo tertio ad edictum.

§ 1. De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur. Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent

§ 3. Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.

Z zestawienia powyższego wynika, że w D 10, 4 fr. 5 § 4 Ulpian przytacza zdanie Neratiusa, a wedle D 39, 2 fr. 9 § 3 zdaniem Neratiusa wydania rzeczy, zanieśionych prądem wody na cudzą nieruchomość, można się domagać zapomocą specjalnego interdyktu w tym celu ustanowionego i dopiero kompilatorowie w D 10, 4 fr. 5 § 4 wprowadzili na jego miejsce actionem ad exhibendum.

Podobnie jeżeli owoce (glans) z drzew, rosnących nad granicą gruntu, spadły na grunt sąsiada, pretor w braku innego środka dawał interdictum de glande legenda, aby osoba, mająca prawo do tych owoców, mogła je zbierać dla siebie co trzeci dzień za zabezpieczeniem wynagrodzenia ewentualnej szkody (damni infecti cautio) (D 43, 28, 1, D 10, 4 fr. 9 § 1). Dopiero kompilatorowie i tutaj osobie, mającej prawo do owoców, przyznali actionem ad exhibendum (ob. interpolacje w D 10, 4 fr. 9 § 1 wykazane przez Beselera, Beitr. I str. 37).

Jeżeli znowu w cudzej nieruchomości ukryte były rzeczy wartościowe (t. zw. skarb niewłaściwy), pretor właścicielowi tychże rzeczy

przeciwko właścicielowi nieruchomości dawał *interdictum »ne vim facias mihi quominus eum thensaurum effodiam, tollam, exportem*, również za zabezpieczeniem wynagrodzenia ewentualnej szkody lub nawet bez zabezpieczenia, o ile ono bez winy właściciela ukrytych rzeczy nie zostało danem (*si per me non stetit*) (D 10, 4 fr. 15). Dopiero kompilatorowie przyznali w tym celu właścicielowi ukrytych ruchomości *actionem ad exhibendum* i z tej przyczyny interpolowali w D 10, 4 fr. 15 słowa »*vel iudicium*« (Nieautentyczność słów »*vel iudicium*« udowodniona jest przez Beselera, Beiträge I str. 26).

Również D 10, 4 fr. 5 § 3, § 5 są interpolowane.

D 10, 4 fr. 5. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum.

§ 3. Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam con-gressisti per [ad exhibendum] <iniuriarum> actionem posse te consequi, ut tollas, sic tamen, ut totum tollas: [ceterum alias non posse].

§ 5. Sed et si de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit, <rei vindicatione(?)> teneberis [ad exhibendum] licet non possideas.

D 39, 2 fr. 9. Ulpianus libro quinguagensimo tertio ad edictum § 2.

Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandum actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit, nec unitatem cum terra mea fecerit... sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est.

Jeżeli ktoś umyślnie swoją rzecz ruchomą umieścił (złożył) na cudzej nieruchomości, lub gdy rzecz ruchoma dostała się tam skutkiem jakiegoś przypadku, to właściciel nieruchomości ma niewątpliwie *actionem negatoriam*, zapomocą której może się domagać od właściciela rzeczy ruchomej jej usunięcia ze swej nieruchomości. Wątpliwości nasuwa jednak pytanie, jakie powództwo może przysługiwać ze stanowiska prawa klasycznego właścicielowi rzeczy ruchomej, która znajduje się na cudzej nieruchomości, o ile nie ma zastosowania żaden ze specjalnych interdyktów, poprzednio wymienionych (D 39, 2 fr. 9 § 1, § 3, D 10, 4 fr. 9 § 1, D 10, 4 fr. 15). W grę wchodzi tu dwa możliwe powództwa. Pierwsze z nich, to *actio iniuriarum*. Za możliwością uży-

cia actionis iniuriarum do tego celu przemawia D 19, 1 fr. 25 (Iulianus Pal. 713). Actio iniuriarum miała charakter powództwa ogólnego, uzupełniającego t. j. mogła być użyta w tych wszystkich wypadkach, w których istniał interes, zasługujący na ochronę prawną, a w systemie nie było powództwa, któreby się w takim wypadku dało zastosować (ob. np. D 47, 10 fr. 19, 24, 27, 44)¹. Obok tego u Alfenusa i Ulpjana w D 39, 2 fr. 9 § 2 spotykamy użytą do tego samego celu rei vindicationem². Jeżeli jednak rzecz, która dostała się na cudzą nieruchomość, skutkiem akcesji stała się częścią tej ostatniej, wówczas oczywiście rei vindicatio niema już zastosowania (D 39, 2 fr. 9 § 2).

Pozostaje nam zbadać, czy inne fragmenty, dopuszczające do actio ad exhibendum tollendi causa t. j. celem zabrania przez właściciela swej rzeczy ruchomej, znajdującej się na cudzej nieruchomości, noszą ślady interpolacji.

D 10, 4 fr. 5 § 2. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum Pal. 720. Idem Iulianus scribit emptorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri in quantum in litem iuravero: sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fec<er>it, quominus possideat.

Cf. D 19, 1 fr. 17 § 6. Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum Paling. 938. Si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut harena, creta et similia: caesa ea ut arbores caesas et carbones et his similia. Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege venditionis de rutis et caesis contineri, quia, si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest: neque enim magis de materia caesa aut de caementis aut de harena cavendum est venditori, quam de ceteris, quae sunt pretiosiora.

¹ Sohm Inst. 17 str. 459, 460. Z tego powodu actio iniuriarum mogła być w prawie rzymskiem użyta także przez autora w razie bezprawnego ogłoszenia jego rękopisu (ob. Costa, Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee, 2 ed. Torino 1925, str. 238, 239).

² Nasuwać się może pytanie, w jaki sposób może być rei vindicatio w tym wypadku użyta, jeżeli właściciel nieruchomości nie ma w swem posiadaniu cudzej rzeczy ruchomej, która znalazła się na jego gruncie bez jego woli np. gdy spadła na jego grunt i t. d. Pamiętać należy, że formula rei vindicationis nie wymagała posiadania, ani dzierżenia rzeczy przez pozwanego, a wymagała tylko tego, aby powód twierdził »hanc re mex iure Quiritium meam esse« (ob. wyżej Rozdz. II 1), co w niniejszym wypadku miało niewątpliwie zastosowanie. Jeżeli zaś pozwany właściciel nieruchomości, w której te rzeczy ruchome się znajdowały, nie kwestjonował prawa własności po stronie powoda, wówczas nie przychodziło do litis contestatio, lecz pretor upoważniał powoda do zabrania swej rzeczy za pośrednictwem duci vel ferri iubere, a to pretorskie duci vel ferri iubere nie pozwalało właścicielowi nieruchomości zabronić wstępu na swój grunt na podstawie swego prawa własności. (Bliżej uzasadniam ten pogląd w swej pracy o rei vindicatio w Roczniku prawniczym wileńskim t. III).

D 19, 1 fr. 17 § 6, a w szczególności przytoczone tam zdanie Aquiliusa Gallusa możemy sobie wytłumaczyć dawnym poglądem, że posiadacz nieruchomości posiada tem samem wszystkie rzeczy ruchome, na jego gruncie złożone lub w jego gruncie ukryte (ob. opinię Brutusa i Maniliusa w D 41, 2 fr. 3 § 3). Wobec takiego pojmowania *actio ad exhibendum* o *ruta caesa* przeciwko właścicielowi nieruchomości była najzupełniej uzasadniona. Kiedy jednak poczęto ściślej określać istotę posiadania (ob. D 41, 2 fr. 3 § 3), wówczas zrozumiano, że właściciel nieruchomości niekoniecznie jest posiadaczem ruchomości, pozostawionych na jego gruncie lub zaniesionych tam bez jego woli i że skutkiem tego *actio ad exhibendum* przeciwko niemu nie zawsze będzie uzasadniona. Wobec niedopuszczalności *actionis ad exhibendum* poczęto wprowadzać wówczas specjalne interdykty dla właścicieli ruchomości w tym celu, aby je mogli zabrać z cudzego gruntu, nie oglądając się na zgodę właściciela nieruchomości (ob. wyżej D 39, 2 fr. 9 § 1, o wprowadzeniu takiego interdyktu). Z tego również powodu w D 10, 4 fr. 5 § 2 u Juljana i Ulpjana, traktujących o *actio ad exhibendum*, spotykamy zastrzeżenie »sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fecerit, quominus possideat«.

Pozostałe jednak fragmenty, wspominające o *actio ad exhibendum*, uległy interpolacjom.

D 19, 2 fr. 19 § 5. Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum Pal. 951. Si inquilinus arcam aeratam in aedes contulerit et aedium aditum coangustaverit dominus <sciens impedimento id fore, interdicto de migrando, si vero ignoraverit> [verius est] ex conducto eum teneri [et ad exhibendum actione, sive scit sive ignoraverit:] <puto, in hac actione> officio enim iudicis continetur, ut cogat eum aditum <ampliare> et facultatem inquilino praestare ad arcam tollendam [sumptibus scilicet locatoris].

Niewątpliwem jest, że wedle prawa klasycznego przysługiwał najmoiercy interdykt de migrando (D 43, 32), gdy gospodarz przeszkadzał mu bez uzasadnionego powodu w zabraniu swych rzeczy z wynajętej nieruchomości. Co do *actionis conducti*, to zastosowanie jej jako *actionis bonae fidei* nie nasuwa żadnych wątpliwości w tym wypadku, gdy gospodarz bez swego zamiaru przez zwięźenie bramy uczynił niemożliwym najmoiercy usunięcie swych rzeczy z wynajętego lokalu. Natomiast *actio ad exhibendum* jest w tym fragmencie niewątpliwie interpolowana przez kompilatorów (por. Beseler Beitr. I str. 42) a ma ona zastosowanie tak w razie zamierzonych jak niezamierzonych przeszkód.

Podobne zmiany dostrzegamy i w D 19, 1 fr. 25. Iulianus libro quinquagesimo quarto digestorum Pal. 713. Qui pendente vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, ad-

versus eum petentem pretium exceptione uti poterit »si ea pecunia, de qua agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est«. ceterum post traditionem, sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, [ad exhibendum vel] iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.

Sama wzmianka o actio iniuriarum nasuwa przypuszczenie, że Julian nie widział żadnego innego powództwa, któreby się dało w tym przypadku użyć, gdyż actio iniuriarum — jak to wyżej wspomniałem — mu charakter subsydjarny t. j. ma zastosowanie w braku innego odpowiedniego powództwa (ob. D 47, 10 fr. 19, 24, 27, 44), a wnioszek ten potwierdzają wyniki naszych dotychczasowych badań nad actio ad exhibendum, w szczególności zastosowanie jej dopiero przez kompilatorów do wymuszenia na właścicielu nieruchomości zezwolenia na zabranie, na jego gruncie znajdującej się, rzeczy ruchomej.

D 19, 5 fr. 16. Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum Pal. 702. Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replerem: exemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem. [sed certum est civilem actionem incerti competere]: si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu <iniuriarum teneberis, si vero amoveris> agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit.

Na podstawie poprzedniego fragmentu (D 19, 1 fr. 25) możemy przyjąć, że i w tym wypadku właściciel rzeczy ruchomej miał przeciwko właścicielowi nieruchomości actionem iniuriarum, a na podstawie D 10, 4 fr. 5 § 2 możemy przyjąć, że właściciel rzeczy ruchomych miał actionem ad exhibendum przeciw właścicielowi nieruchomości wówczas, gdy ten ostatni rzeczy ruchome usunął, bo w tem mieści się albo objęcie w posiadanie, albo dolo possidere desinere; kompilatorowie skreślili to ograniczenie zastosowania actionis ad exhibendum jako niezgodne z prawem sobie współczesnem.

D 10, 4 fr. 5 § 6. Ulpianus ibidem Paling. 720. Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, [tamen ad exhibendum non tenebitur], ut puta si in fuga servus sit: [ad hoc plane] solum tenebitur, ut caveat se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit. [sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei ubi velit morari, idem erit dicendum, aut peregre a te missus sit, vel in praediis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caveas].

Już Beseler zwrócił uwagę na poszlaki interpolacji w tym ustępie (Beitr. I, str. 35). Beseler słusznie zarzuca, że ad exhibendum non teneberis wedle terminologii prawników klasycznych oznacza »nie ma legitymacji biernej«, kiedy myśl tego ustępu jest następująca: »może

być pozwany przez *actio ad exhibendum*, ale nie będzie zasądzony na ekshibicję, a tylko na złożenie kaucji»; ta nieklasyczna terminologia nasuwa przypuszczenie interpolacji; za interpolacją przemawia również słowo »plane«, które jest bardzo chętnie używane przez kompilatorów. Nasza rekonstrukcja, odmienna od rekonstrukcji Beselera, uzasadniona jest brzmieniem D 10, 4 fr. 12 § 5 (Paulus, ob. wyżej nasze uwagi przy D 10, 4 fr. 3 § 13).

Kwestję poglądów Paula i Ulpjana na akcesję, niezbędnych do zrozumienia D 10, 4 fr. 6 i D 10, 4 fr. 7 pr. § 1, 2 tudzież kwestję dopuszczalności *actionis ad exhibendum fundum* (D 10, 4 fr. 8) omówię poniżej w Rozdz. IV. Natomiast omówię teraz inne kwestje, które przy *actio ad exhibendum* nasuwają nam cały szereg zasadniczych wątpliwości.

D 10, 4 fr. 7. *Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum § 5. Si quis cum iudicii accepti tempore possideret, postea [sine dolo malo] possidere desierit, absolvi eum <non> oportet: [quamvis] <cum> sit, inquit Pomponius, quod ei imputetur, cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.*

Cf. D 10, 4 fr. 12. *Paulus libro vicensimo sexto ad edictum § 4. Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen [interdum tanti] damnandus est, [quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc, cum iudicium acciperetur homo exhiberetur: tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset].*

D 47, 2 fr. 81 (80). *Papinianus libro duodecimo quaestionum § 2. Si ad exhibendum egissem optaturus servum mihi legatum et unus ex familia servus subreptus, heres furti habebit actionem: eius interest: nihil enim refert, cur praestari custodia debeat.*

D 47, 2 fr. 81 (80) nie pozostawia żadnej wątpliwości, że pozwany przez *actio ad exhibendum* odpowiada w razie zaginięcia, zniszczenia lub uszkodzenia rzeczy po *litis contestatio* w granicach odpowiedzialności za custodia, t. j. nawet wówczas, gdy niema winy po jego stronie lecz z wyjątkiem *vis maioris*, jak tego właśnie przykładem jest dziedzic, pozwany przez *actio ad exhibendum servum cuius optio relicta est* (ob. wyżej Rozdz. II 5); podobnie przy *rei vindicatio* odpowiada, zdaniem Schulza (ZSS. t. 32, str. 83 i n.) i posiadacz w dobrej wierze po *litis contestatio*. Jeżeli natomiast zachodzi wina po stronie pozwanego np. gdy przy *rei vindicatio* jest posiadaczem w złej wierze lub gdy przy *actio ad exhibendum* z całą świadomością popełnianego kłamstwa wypiera się posiadania, aby rzeczy nie zwrócić, wówczas zachodzi wina po stronie pozwanego i wówczas odpowiedzialność jego się zaostrza, mianowicie odpowiada on za *omne periculum*. Z tego powodu Ulpianus i Pomponius w D 10, 4 fr. 7 § 5 zastanawiają się, czy pozwany w normalnym zwyczajnym

wypadku actionis ad exhibendum ponosi odpowiedzialność tylko za custodia, czy też i za omne periculum wobec tego, że najczęściej można mu za winę poczytać, że nie wydał powodowi rzeczy tempore accipiendi iudicii, jeżeli wiedział, że posiada rzecz, o którą chodzi. Argumenty użyte przez Pomponiusia, a przytoczone przez Ulpjana w D 10, 4 fr. 7 § 5, nie pozostawiają żadnej wątpliwości, że ich zdaniem pozwany przez actio ad exhibendum odpowiada za omne periculum. Natomiast za uszkodzenie rzeczy przed litis contestatio posiadacz pozwany przez actio ad exhibendum nie odpowiada wedle prawa klasycznego nawet wówczas, gdy jest ono wywołane złym zamiarem, a powód ma z tego tytułu jedynie actionem ex lege Aquilia (D 10, 4 fr. 17, C 3, 43 c. 7)¹. Kompilatorowie justynjańscy złagodzili odpowiedzialność pozwanego o tyle, iż posiadacz w dobrej wierze po litis contestatio odpowiada tylko za winę (odpowiedzialność za custodia z prawa justynjańskiego została wyeliminowana); skutkiem tego D 10, 4 fr. 7 § 5 i D 10, 4 fr. 12 § 4 zostały interpolowane, przyczem jednak zakradła się pewna niekonsekwencja, mianowicie w D 10, 4 fr. 7 § 5 jest mowa o odpowiedzialności jedynie za dolus, w D 10, 4 fr. 12 § 4 o odpowiedzialności za dolus i culpa (podobnie jest i w C 3, 42 c. 7, również na tym punkcie interpolowanym); D 47, 2 fr. 81 (81) § 2 nie został na tym punkcie zmieniony, gdyż kompilatorowie, zajmując się nim, myśleli o kwestji, komu przysługuje actio furti i dlatego nie zauważyli jego sprzeczności z prawem sobie współczesnem D 10, 4 fr. 12 § 4 (Paulus), został nadto i w tym kierunku interpolowany, aby zaznaczyć, że nastąpi zasądzenie pozwanego nie na zapłatę wartości rzeczy de qua agitur, lecz wartość interesu, który powód miał w okazaniu sobie tej rzeczy. Wobec sprzeczności tej zasady z D 12, 3 fr. 2 (tegoż samego Paulusa) oraz z Gai IV 51 interpolacja ta nie ulega wątpliwości.

D 10, 4 fr. 7 § 7. Ulpianus ibidem. Ibidem non male Pomponius iungit eius, qui ad exhibendum egit, [utroque] <litis contestatae> tempore [interfuisse] oportere rem ei restitui [hoc est et quo lis contestatur et quo fit condemnatio]: et ita Labeoni placet.

Znowu tutaj spostrzegamy interpolowane »interfuisse«, które ma na celu nagiąć prawidło prawa klasycznego rzymskiego do prawa ju-

¹ W D 10, 4 fr. 17 słowa »exhibuit enim et nihil impedit directam actionem talis exhibitio« są interpolowane (ob. Levy ZSS. t. 36, str. 57, uw. 7). Uczyniono to w tym celu, aby zaznaczyć, że actio ad exhibendum w prawie justynjańskim ma charakter przygotowawczy do rei vindicatio lub innego powództwa. Odmienne zapatrywanie Sabina: D 10, 4 fr. 9 § 3. »Sed si quis rem deteriore exhibuerit, aequae ad exhibendum eum teneri Sabinus ait« zostało odrzucone przez późniejszych prawników, jak to wynika z uwag Ulpjana o tej opinji Sabinusa.

stynjańskiego, mianowicie prawo klasyczne wymagało jako podstawy legitymacji czynnej prawa, uzasadniającego żądanie wydania rzeczy; prawo justynjańskie natomiast wymaga, aby powód miał słuszny interes w okazaniu sobie rzeczy. Dla prawa klasycznego decydujący jest moment *litis contestationis*, nawet późniejsze zaspokojenie powoda przez pozwanego nie uwalniało zdaniem *Proculeianów* pozwanego od zasądzenia; wyjątek zachodził tylko przy *iudicia absolutoria*, ob. wyżej R. II, 1; tem bardziej późniejsza utrata prawa np. skutkiem *usucapionis* ani przy *rei vindicatio*, ani przy *actio ad exhibendum* nie uzasadnia oddalenia powoda z żądaniem pozwu, ob. niżej; według prawa justynjańskiego, wobec odmiennej zasadniczo struktury procesu cesarskiego, należy uwzględnić i stan rzeczy, istniejący w czasie wydania wyroku (w prawie justynjańskim omnia *iudicia absolutoria*).

Kompilatorowie musieli ponadto bardzo silnie interpolować cały szereg fragmentów w tym celu, aby w miejsce żądania pozwu o wydanie rzeczy wstawić żądanie pozwu o okazanie rzeczy celem przygotowania innego przyszłego procesu, np. *rei vindicationis*.

D 10, 4 fr. 9 § 8. *Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum. Praeterea utilitates, si quae amissae sunt [ob hoc quod non exhibetur vel tardius exhibetur] aestimandae a iudice sunt: et ideo Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem [non quanti res sit], quae utilitas inquit, interdum [minoris erit] <maioris>, quam res erit*«.

Zasada tu wypowiedziana pozostaje w harmonji z prawem justynjańskim, według którego *actio ad exhibendum* ma charakter przygotowawczy do innego procesu i dlatego zaniechanie okazania utrudnia dochodzenie prawa w tym ewentualnym procesie, lecz nie zawsze wyrządza szkodę, równą wartości rzeczy, powodowi nieokazanej. Zasada ta jest jednak sprzeczna z prawem klasycznym, w którego myśl *actione ad exhibendum* można się domagać wydania rzeczy, oraz jest sprzeczna z całym szeregiem przepisów, zawartych u *Gaiusa* IV, 51 oraz w D 12, 3 fr. 2, D 10, 4 fr. 9 § 7, § 11 (ob. wyżej w R. II), które przez kompilatorów nie zostały uszkodzone.

Również interpolowane są następujące fragmenty, które określają, co jest objęte obowiązkiem ekshibicji, a zatem, co *nisi res exhibebitur, venit in aestimationem*.

D 10, 4 fr. 9 § 5. *Ulpianus libro 24 ad edictum. Quantum autem ad hanc actionem attinet, exhibere est in eadem causa praestare, in qua fuit, cum iudicium acciperetur [ut quis copiam rei habens possit exequi hac actione quam destinavit in nullo casu, quam intendit laesa], quamvis non de restituendo sed de exhibendo agatur*.

Ulpjan omawia tutaj kwestję, w jakim zakresie pozwany przy

actio ad exhibendum będzie obowiązany do wydania obok samej rzeczy jej causa (owoców, dziecka niewolnicy, wynagrodzenia szkody, ob. D 10, 4 fr. 11 § 7, § 11), a równocześnie zaznacza, że te same zasady mają zastosowanie i przy actio ad exhibendum i przy tych actiones in rem, zapomocą których można się domagać restytucji rzeczy (*»quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur*¹. Kompilatorowie justynjańscy natomiast zmienili zasadniczo interpolacjami ten fragment, aby nadać actioni ad exhibendum charakter przygotowawczy.

D 10, 4 fr. 9 § 6. Ulpianus libro 24 ad edict. Proinde si post litem contestatam usucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse, cum petitor intentionem suam perdiderit, et ideo absolvi eum non oportere, nisi [paratus sit repetita die intentionem suscipere, ita ut fructus secundum legem aestimentur] <rem tradiderit vel mancipio actori dederit>.

Ulpjan wypowiada tu zasadę, że utrata prawa własności przez powoda po litem contestatio, np. skutkiem zasiedzenia rzeczy przez pozwanego, nie może uwalniać pozwanego z tego powodu, iż stan faktyczny w ten sposób wytworzony nie odpowiada już intentioni actionis². Zupełnie podobną zasadę w stosunku do rei vindicationis wypowiada D 6, fr. 18 (Gaius Paling. 150).

Kompilatorowie justynjańscy i tutaj przez swe interpolacje nadali actioni ad exhibendum charakter przygotowawczy w stosunku do innego powództwa, np. do rei vindicatio; równocześnie jednak ze stanowiska prawa justynjańskiego cały ten przepis zmienił zasadniczo swe znaczenie, gdyż według tego ostatniego prawa wniesienie rei vindicationis pociąga za sobą przerwę usucapionis, a actio ad exhibendum prawa justynjańskiego przerwy usucapionis nie pociąga.

D 10, 4 fr. 10. Paulus libro vicensimo sexto ad edictum. Si optio inter certum tempus data iudicium in id tempus extractum sit, quo frustra exhibetur, utilitas petitoris conservetur: [quod si] <quamquam> per heredem non stetit, quominus exhiberet tempore accipiendi iudicii, [absolvendus est heres].

Actio ad exhibendum servum, cuius optio relicta est omówiona została powyżej w R. II, 6. Utrata intentionis w czasie postępowania in iudicio — jak to widzieliśmy przy analizie D 10, 4 fr. 9 § 6 — nie może uzasadniać uwolnienia pozwanego, a Paulus niewątpliwie przy wydaniu swej opinii oparł się na tej zasadzie. Kompilatorowie zmienili ten ustęp, wprowadzając doń drogą interpolacji zasadę, że pozwany,

¹ Rekonstrukcja tego ustępu przez Beselera (Beitr. I, str. 50) oparta jest na fałszywych przesłankach, mianowicie na uwzględnieniu różnicy między exhibere prawa klasycznego a prawa justynjańskiego.

² Zasada ta potwierdza nasze przypuszczenia co do interpolacji D 10, 4 fr. 7 § 7.

któremu nie można robić zarzutu z prowadzenia procesu, po *litis contestatio* odpowiada tylko za winę, nie za przypadek, ale przytem zapomnieli sami o przepisie, którego nie usunęli z D 10, 4 fr. 9 § 6, mianowicie że utrata prawa po *litis contestatio* skutkiem koniecznej przewłoki, wywołanej prowadzeniem procesu, nie może być przyczyną oddalenia powoda z żądaniem pozwu, a także zapomnieli o fikcji spełnienia się warunku na korzyść legatarjusza w myśl D 50, 17 fr. 161 i D 36, 2 fr. 5 § 5.

Kompilatorowie interpolowali również cały szereg fragmentów poza tit. D 10, 4, traktujących o *actio ad exhibendum*, celem nadania jej charakteru przygotowawczego. W ten sposób interpolowany jest D 47, 19 fr. 2. Ulpianus libro nono de officio proconsulis Pal. 2228 § 1. Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam hereditatem, antequam res ab herede possessae sunt, nam in hunc casum furti actionem non competere palam est: quamvis ad exhibendum agi posse, [si vindicaturus exhiberi desideret] palam sit.

Słowa [»si vindicaturus exhiberi desideret«] pozostają w sprzeczności z pojęciem *exhibendi* w prawie klasycznym, a mają najwidoczniej na celu doprowadzenie tego fragmentu do zgodności z prawem justynjańskim przez nadanie *actioni ad exhibendum* charakteru przygotowawczego. Interpolacja ta występuje bardzo wyraźnie w zestawieniu omawianego fragmentu z konstytucją C 9, 32, 4 oraz D 3, 5, fr. 32 (33). C 9, 32, c. 4. Imp. Gordianus A. Bosso. Adversus uxorem, quae socia rei atque humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt. § 1. Et ideo res, quas per eandem abesse quaeris, competenti in rem actione vel, si dolo malo fecerit, quominus res [mobiles]¹ possideret, ad exhibendum persequere (a. 242).

D 3, 5 fr. 32 (33). Papinianus libro decimo responsorum Pal. 638. Heres viri defuncti uxorem, quae res viri tempore nuptiarum in sua potestate habuit, compilatae hereditatis postulare non debet, prudentius itaque faciet, si ad exhibendum et negotiorum gestorum, si negotia viri quoque gessit, cum ea fuerit expertus.

Tak samo autentyczny tekst zachował się w następujących fragmentach, omawiających podobne wypadki, gdzie *exhibere* oznacza wydanie rzeczy:

D 23, 3 fr. 9. Ulpianus libro trigensimo primo ad Sabinum Pal. 2759 § 3... hae igitur res an mariti fiant videamus, et

¹ Interpolacja słowa »mobilis« będzie omówiona niżej w Rozdz. IV.

non puto... videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum, an depositi, an mandati mulier agere possit, et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agere poterit, si minus agetur rerum amotarum, si animo amovendi maritus eas retineat, aut ad exhibendum, si non amovere eas conisus est; por. nadto D 10, 4 fr. 14. Pomponius libro quarto decimo ad Sabinum Pal. 598. Si vir nummos ab uxore sibi donatos sciens suos factos non esse pro re empta dederit, dolo fecit, quo minus possideat et ideo ad exhibendum actione tenetur.

D 25, 2 fr. 6. Paulus libro septimo ad Sabinum Palin. 1775 § 4. Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione consequi eas¹ poterit.

D 25, 2 fr. 22. Iulianus libro nono decimo digestorum Pal. 310 § 1. Si mulier mortis causa res amoverit, deinde mortuus esset maritus, hereditatis petitione vel ad exhibendum actione consequi poterit heres id quod amotum est.

Natomiast została interpolowana C 3, 42 c. 1 Imp. Alexander A. Crescenti militi. Si dominium ancillae, de qua agis, ad matrem tuam pertinuit, nec iure a patre tuo venundata est [eiusque proprietatem tibi vindicare paratus es], praeses provinciae exhiberi eam iubebit, [ut apud iudicem de veritate rei quaeratur] (r. 222).

Przypadek tutaj omówiony jest zasadniczo podobny do wypadku o którym pisze Ulpjan w D 23, 3 fr. 9 § 3 (ob. wyżej); kiedy jednak w tym ostatnim fragmencie actio ad exhibendum zmierza do wydania rzeczy, to w C 3, 42, c. 1, wydanej za życia Ulpjana, actio ad exhibendum ma funkcję przygotowawczą w stosunku do rei vindicationis; sprzeczność ta da się wytłumaczyć również interpolacją, za którą przemawiają ponadto i usterki językowe w zakwestjonowanych ustępach.

Interpolowany jest również D 16, 3 fr. 1. Ulpianus libro trigensimo ad edictum § 32. Si rem a servo depositam Titio, quem dominus esse putasti, cum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri Celsus ait, quia nullus dolus intercessit; cum Titio autem, cui res restituta est, dominus servi <ad exhibendum> aget: [sed si exhibuerit, vindicabitur], si vero cum sciret esse alienum, consumpserit, condemnabitur, quia dolo fecit quo minus possideret.

Wzmianka o odpowiedzialności pozwanego za to, quia dolo fecit, quo minus possideret, w połączeniu z wyżej tylokrotnie stwierdzoną funkcją actionis ad exhibendum jako powództwa o wydanie rzeczy, usprawiedliwiają naszą rekonstrukcję. W zupełnie podobny sposób zostały przez kompilatorów zmienione D 16, 3 fr. 33 (Labeo-Iavolenus),

¹ T. j. res amotas.

D 15, 1 fr. 38 pr. (Africanus), D 13, 6 fr. 2 (Paulus), D 10, 4 fr. 3 § 6, § 10 (Ulpianus) (ob. wyżej).

Taka sama interpolacja widoczna jest w D 47, 1 fr. 1 pr. Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum Pal. 2868. Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri [nec ceteros quidem successores]: idcirco nec furti conveniri possunt, sed quamvis actione furti non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo malo fecerint, quominus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur [re exhibitā].

Z powyższych zestawień widoczna jest różnica między prawem klasycznym a justynjańskim w kwestji żądania pozwu przy actio ad exhibendum.

IV. Kwestje szczegółowe przy actio ad exhibendum.

1. Kiedy wprowadzona zostaje actio ad exhibendum?

W nauce spornem jest, czy actio ad exhibendum jest actio iuris civilis, czy actio iuris honorarii, oraz kiedy ona się pojawia. Mojem zdaniem jest ona actio honoraria. Na podstawie tego, co powyżej (R. II 1) powiedziałem o przyczynach wprowadzenia actionis ad exhibendum, wynika, że jest ona późniejszą od interdyktów retinendae et recuperandae possessionis, oraz późniejszą od interdyktu »quem fundum«, tudzież od pretorskiego duci vel ferri iubere, albowiem pretor zmuszał posiadacza rzeczy nieruchomości do wdania się w spór windykacyjny (accipere iudicium) za pośrednictwem interdyktu »quem fundum«, a posiadacza rzeczy ruchomej za pośrednictwem duci vel ferri iubere; kiedy jednak posiadacz dla obejścia tych środków przymusu albo posiadanie rzeczy ukrywał, albo dolo possidere desiit, wówczas okazała się potrzeba wprowadzenia nowych instytucyj prawnych dla przeciwdziałania temu nadużyciu. Czasy te są wprawdzie dawniejsze od lex Aebutia, co przemawiałoby przeciwko naszemu pogładowi, że actio ad exhibendum jest actio honoraria. Ale po bliższem zbadaniu zarzut ten okazuje się nieuzasadnionym: actio ad exhibendum jest bowiem stanowczo późniejsza od actio furti non exhibiti, gdyż wobec istnienia actionis ad exhibendum specjalna actio furti non exhibiti byłaby zbyt bezużyteczna, a wiadomo, że to ostatnie powództwo wprowadzone zostało przez pretora (I IV, 1 § 4; co do znaczenia exhibendi w tym wypadku ob. Theoph. IV, 1, 4 oraz Beseler Beiträge I, str. 7).

Pojawienie się tak późne actionis ad exhibendum tłumaczy się tą okolicznością, że pierwotnie w razie podejrzenia, iż pozwany ukrywa rzecz sporną, właściciel mógł sacramento rem quaerere (ob. Beseler Beiträge I, str. 33), a nadto gdy chodziło o rzecz skradzioną,

mógł ją lance et licio quaerere. Actio ad exhibendum jest zatem udoskonaleniem i uzupełnieniem tych instytucyj prawnych, dokonaniem przez pretora już po wydaniu legis Aebutiae¹ ².

Za przypuszczeniem naszym, mianowicie iż actio ad exhibendum wprowadzona została przez pretora, przemawia jeszcze D 9, 4 fr. 21 § 2, który wspomina o actio ad exhibendum ex causa noxali (ob. wyżej Rozdz. II, 7). Paulus w D 9, 4 fr. 26 § 2 powództwo to określa wyraźnie jako actio praetoria, przeciwstawiając go actioni noxali jako actioni directae. Paulus wspominając w D 6, 1 fr. 23 § 6, iż tignum iunctum nie może być ani przedmiotem windykacji, ani actionis ad exhibendum, zaznacza, że windykacja tigni iuncti jest zabroniona na mocy ustawy XII tablic, a zupełnie nie wspomina, kiedy wprowadzona została actio ad exhibendum, ani też dlaczego actio ad exhibendum tignum iunctum jest niedopuszczalna. Ta różnica w traktowaniu doskonała da się pogodzić z naszą hipotezą o wprowadzeniu actionis ad exhibendum przez pretora³. (Podobnie i Ulpjan w D 47, 3 fr. 1, ob. co

¹ Jak już poprzednio zaznaczyłem, actio ad exhibendum zredagowana jest o tyle na wzór interdicti de liberis exhibendis (D 43, 30 fr. 1 pr), iż zwraca się nietylko przeciwko posiadaczowi, ale także przeciwko temu, kto dolo possidere desiit. Również interdykty quod legatorum (D 43, 3 fr. 1 § 7), de praecario (D 43, 26, fr. 2 § 3), de tabulis exhibendis (D 43, 5, fr. 1 pr. fr. 3 § 6 fr. 4) quorum bonorum (D 43, 2 fr. 1 pr.) zwracają się także przeciwko temu, kto dolo possidere desiit. Natomiast w interdykcie »ne quid in flumine publico fiat« (D 43, 13 fr. 1) niema wzmianki o tym, qui dolo possidere desiit, ale Labeo, trzymając się liberalniejszej interpretacji, sądzi, że interdykt ten może być wydany także przeciwko temu, qui dolo possidere desiit (D 43, 13 fr. 1 § 13). To zestawienie rzuca również pewne światło na stosunek chronologiczny tych interdyktów oraz actionis ad exhibendum do siebie, mianowicie pozwala z pewnem prawdopodobieństwem oznaczyć, które są wcześniejsze od pozostałych.

² W podobny poniekąd sposób rozwinęła się instytucja zabezpieczenia stawiennictwa (exhibere) pozwanego przez windeksa (vindex). W najdawniejszych czasach vindex sam był obowiązany do dostawienia pozwanego i w razie niedostawienia sam odpowiadał powodowi z tego tytułu; później dopiero pretor począł dawać powodowi przeciwko windeksowi actionem in factum, quanti ea res erit (D 2, 8 fr. 2 § 5 i nstp.), a skutkiem tego samopomoc przeciwko windeksowi stała się niepotrzebna (ob. Egon Weiss w ZSS. t. 43, str. 465 tekst oraz uw. 3, 4). Wspólna myśl przewodnia leży w udoskonaleniu środków dochodzenia prawa na drodze sądowej, aby w ten sposób uczynić zbyteczną samopomoc. To podobieństwo przemawia również za przypuszczeniem, iż actio ad exhibendum wprowadzona została przez pretora.

³ Również Gaius (D 41, 1 fr. 7 § 10) nie twierdzi, jakoby actio ad exhibendum tignum iunctum była zabroniona przez ustawę XII tablic, lecz utrzymuje, iż tignum iunctum nie może być ani przedmiotem rei vindicationis, ani actionis ad exhibendum z powodu ustawy XII tablic (t. j. z powodu zakazu zniewalania właściciela nieruchomości do oddzielania tigni iuncti »ne aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur« D 47, 3 fr. 1 pr.).

do tego niżej w Rozdz. IV, 2). Najdawniejszą wzmiankę o *actio ad exhibendum* spotykamy w opinii Aquiliusa Gallusa (pretora z r. 688 a. U. c.), podanej do naszej wiadomości za pośrednictwem Meli przez Ulpjana (D 13, 1 fr. 17 § 6).

Demelius jest jednak odmiennego zdania, powołując się na D 19, 5 fr. 16 pr. oraz § 1, mianowicie w pr. jest tam mowa o *actio ad exhibendum*, a w § 1 w analogicznym wypadku Pomponius i Aristo twierdzą »nullam civilis iuris actionem esse, sed erit de dolo«. Słowa »nullam iuris civilis actionem esse« nie zostały w tym celu wypowiedziane, aby przez *actio iuris civilis* oznaczyć *actionem ad exhibendum* z pr., lecz aby uzasadnić zastosowanie *actionis in factum*, dawanych przez pretora w braku *actionis iuris civilis*, a w szczególności aby uzasadnić zastosowanie *actionis doli*.

2. Kwestja akcesji i *actio ad exhibendas res, quae aliis adiectae accessionis loco cedunt* wedle prawa klasycznego.

Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum Paling. 720 pr. <Tigni iuncti nomine cum domino soli ad exhibendum agi potest, quamquam lex duodecim tabularum neque solvere permittit, neque vindicare; non enim sic convenitur, quasi possidens, sed qui quasi dolo malo fecerit, quominus possideret>.

Tigni appellatione omnem materiam in lege duodecim tabularum accipimus, ut quibusdam recte videtur, cf. D 47, 3 fr. 1. Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum Pal. 1054. Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum qui [convictus est iunxisse] in duplum dat actionem. § 1. Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria, unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia (tigna enim a tegendo dicta sunt), hoc amplius et calcem et harenam tignorum appellatione contineri: sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta perticae, pedamenta. Sed et ad exhibendum danda est actio: nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve: non enim sic eum convenimus quasi possidentem, sed ita quasi dolo malo fecerit, quominus possideret.

Pierwotnie prawo rzymskie stało na tem stanowisku, że przez inaedificatio nie następuje żadna zmiana w stosunkach prawa własności, a zatem że tignum iunctum pozostaje własnością dotychczasowego właściciela. Z tego powodu był niezbędny przepis ustawy XII tablic,

zabraniający windykacji tigni iuncti »ne aedificia diruantur«. (Ob. opinie Labeona i Sabina w D 41, 1 fr. 28). Później dopiero został ogólnie przyjęty pogląd Proculusa, iż omne, quod inaedificatur, solo cedit (D 41, 1 fr. 26 fr. 27 fr. 28).

Rekonstrukcja nasza D 10, 4 fr. 7 pr. opiera się na D 47, 3 fr. 1 tegoż samego Ulpjana. Ulpjan sądzi, że tignum iunctum staje się częścią składową nieruchomości, a tem samem przestaje być własnością dotychczasowego właściciela, ale ponieważ świadome użycie cudzego materiału przez właściciela nieruchomości do budowy na swym gruncie można skwalifikować jako dolo facere, quominus possideat, więc właściciel nieruchomości może być pozwany na tej podstawie przez actio ad exhibendum« non enim sic eum convenimus quasi possidentem sed ita, quasi dolo malo fecerit, quominus possident». Odpowiedzialność z tytułu actionis de tigno iuncto antiquae (opartej na ustawie XII tablic) zdaniem Ulpjana nie stoi temu na przeszkodzie, gdyż actio de tigno iuncto antiqua jest actio poenalis, a actio ad exhibendum actio rei persecuendae causa comparata (o odszkodowanie). Tę samą zasadę prawną wypowiada Ulpjan w D 47, 3 fr. 2 libro quadragesimo sexto ad Sabinum Pal. 2876. Sed si proponas tigni furtivi nomine aedibus iuncti actum deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio et esse non dubito <sed frustra vindicabitur, nam tignum accessione domini fundi factum est>¹.

Uderza nas, że zarówno o ile chodzi o actio ad exhibendum jak i o rei vindicatio Ulpjan wyraża się z pewnem wahaniem, które przy actio ad exhibendum (D 47, 3 fr. 1) wyraża się podaniem uzasadnienia (»nec enim parci oportet...«), a przy rei vindicatio (D 47, 3 fr. 2) wyraża się stwierdzeniem istniejących w tej mierze wątpliwości (...deliberari poterit...). Istotnie u Paulusa spotykamy w tej mierze odmienne zapatrywanie.

D 10, 4 fr. 6. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum Pal. 1866... aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur.

¹ Bez mojego uzupełnienia D 47, 3 fr. 2 wywoływałby pewną niejasność, gdyż tignum iunctum nie może być windykowane w myśl ustawy XII tablic, a nawet po rozebraniu budynku dawny jego właściciel nie odzyskuje swego prawa własności. Słowa zrekonstruowane przezemnie skreślili jednak — jak się zdaje — kompilatorowie justynjańscy, gdyż, idąc za doktryną chrześcijańską, nie chcieli, aby prawo sankcjonowało niesłuszne wzbogacenie się kosztem drugiego i dlatego stanęli w kodyfikacji justynjańskiej na stanowisku, że po odłączeniu rzeczy, złączonej z drugą na zasadzie akcesji, dawny właściciel odzyskuje swoje prawo własności (ob. niżej).

Podobny pogląd spotykamy u Paula także w D 6, 1 fr. 23 § 6. *Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum nec eo nomine ad exhibendum agi, [nisi adversus eum, qui sciens alienum suis iunxit aedibus]: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.* Różnica między poglądem Paulusa a Ulpjana leży w tem, że Paulus uważa *actionem de tigno iuncto antiquam* za *actio mixta* (t. j. rei et poenae persequendae causa comparata), a skutkiem tego oczywiście *actionem ad exhibendum* o odszkodowanie za zbytęczną i niedopuszczalną.

D 10, 4 fr. 7. *Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum § 1. Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis tunc [civiliter] non possideas § 2. Item et si armario vel navi tabulam meam vel ansem scypho iunxeris vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuae condunaveris.*

Cf. D 10, 4 fr. 6. *Paulus libro quarto decimo ad Sabinum. Gemma inclusa auro alieno aut sigillum candelabro vindicari non potest, sed [ut excludatur] ad exhibendum agi potest.*

Aby poglądy Paula i Ulpjana na *actionem ad exhibendum* stały się zrozumiałe, należy przedstawić skutki prawne akcesji, co do których w nauce dzisiejszej prawa rzymskiego spotykamy pewne niejasności, wywołane licznymi, niezawsze konsekwentnie przeprowadzonymi interpolacjami justynjańskimi. W najdawniejszych czasach (apud veteres) przyjęty był pogląd, że w razie połączenia dwóch rzeczy w jedną całość właściciel każdej z nich pozostaje nadal właścicielem złączonej z drugą materji; z tego powodu — jak to już poprzednio zaznaczyłem — w razie *inaedificationis* ustawa XII tablic zabraniała właścicielowi *tigni iuncti* windykacji *tigni* oraz oddzielania tegoż *tignum* w drodze samopomocy przy dochodzeniu prawa własności¹. Jeszcze Sabinus podziela ten pogląd (D 41, 1 fr. 28); natomiast Labeo w tej mierze rozróżnia, czy należy kłaść nacisk na »*propria qualitas rei*«, czy też nie (D 41, 1 fr. 26 pr.); w pierwszym wypadku przyjmuje, że przez połączenie rzecz połączona z drugą ulega niejako specyfikacji, przestaje istnieć jako taka, a materja jej staje się częścią składową rzeczy drugiej t. j. tej, do której włączona została, i tem samem przypada na własność właścicielowi tej ostatniej rzeczy (D 41, 1 fr. 28, fr. 26 pr.), a obojętnem jest przytem, czy rzecz w ten sposób zwiększona będzie rzeczą pojedynczą (*res, quae uno spiritu continetur*), czy też rzeczą złożoną (*corpus, quod ex contingentibus*), np. okręt, bu-

¹ Należy pamiętać, że postanowienia, przypisywane ustawie XII tablic, są wcześniejsze od wprowadzonej przez pretora ochrony posiadania, która dopiero uczyniła niemożliwą samopomoc tego rodzaju (ob. wyżej Rozdz. II 1).

dynek (D 41, 1 fr. 26 pr., por. D 41, 3 fr. 30 pr.). W innych wypadkach rzeczy połączone z drugimi zachowują, zdaniem Labeona, swoją indywidualność i pozostają własnością dotychczasowego właściciela (D 41, 1 fr. 26 pr., D 41, 1 fr. 28, D 41, 3 fr. 30 § 1)¹.

Na drodze, wytkniętej przez Labeona, postępuje dalej Proculus, sądząc, że budynek, wzniesiony na cudzym gruncie, należy zawsze do właściciela nieruchomości bez względu na to, czyją własnością był materiał budowlany (D 41, 1 fr. 28, por. D 41, 3 fr. 30 § 1). Nerwa sądzi, że drzewo, które zostało przesadzone na cudzy grunt i z nim się zrosło, stanowi własność domini fundi (D 6, 1 fr. 5 § 3). Co do połączenia rzeczy ruchomych z ruchomymi Proculus podziela wyżej przedstawione stanowisko Labeona. Różnica między poglądami Labeona a Proculusem co do *inaedificatio* pochodzi stąd, że Proculus przyjmuje tu nową instytucję prawną, mianowicie *akcesję*, której jeszcze Labeo nie zna i której brak w dotychczasowym prawie rzymskim stara się zrównoważyć przez liberalną interpretację pojęcia specyfikacji. Za poglądem dawnego prawa rzymskiego oraz Sabinusa idą przeważnie sabinianie, za poglądem Proculus idą prokulejanie; niebawem jednak i u sabinianów spostrzegamy dążność do zajęcia stanowiska kompromisowego. Już Cassius, którego opinia znana nam jest z dzieł Paulusa (D 6, 1 fr. 23 § 5) i Pomponiusa (D 41, 1 fr. 27 § 2), sądzi, że gdy z połączenia dwóch odrębnych rzeczy *ferruminatione* powstanie rzecz pojedyncza (D 41, 3 fr. 30 pr., D 6, 1 fr. 23 § 5) i gdy jedna rzecz przez połączenie stanie się częścią drugiej t. j. *rei praevalentis* (połączenie *cum accessione*), np. gdy do posągu dołączone zostanie w ten sposób brakujące ramię, wówczas właściciel posągu stanie się i właścicielem dołączonego ramienia; jeźliby nawet takie ramię zostało później odłączone, to Cassius konsekwentnie twierdzi, że dawny jego właściciel nie odzyskuje swego prawa własności; jeżeli połączenie nastąpiło bez *akcesji*, wówczas zdaniem Cassiusa albo każda z połączonych rzeczy pozostaje przy swym dotychczasowym właścicielu, albo też obydwie połączone rzeczy nabywa na własność ten, kto dokonał połączenia lub dokonać rozkazał (pierwiastek specyfikacji). Połączenie natomiast, które nastąpiło *adplumbatione*, zdaniem Cassiusa nie pociąga za sobą zmiany własności połączonych rzeczy. Przyczyną tego rozróżnienia, przeprowadzonego przez Cassiusa, jest ta okoliczność, że w razie połączenia

¹ Według świadectwa Pomponiusa (D 41, 1 fr. 28) Sabinus i Labeo sądzą zgodnie, że ściana, wzniesiona przez jednego sąsiada na murze drugiego sąsiada, stanowi własność pierwszego sąsiada. Pogląd Labeona tłumaczy się tą okolicznością, że w niniejszym wypadku *propria qualitas rei non spectatur*; Sabinus zaś stoi na stanowisku dawnego prawa i uważa, że połączenie wogóle nie wpływa na zmianę właściciela rzeczy.

ferruminatione t. j. per eandem materiam niemożliwe jest oddzielenie złączonych z sobą części materji, należących poprzednio do różnych właścicieli, natomiast przy połączeniu adplumbatione trudność taka nie zachodzi Pomponius, późniejszy od Cassiusa, chociaż sam sabinjanin, uważa za rzecz obojętną, czy połączenie nastąpiło przez ferruminationem, czy przez adplumbatio, byleby tylko połączenie nastąpiło na zasadzie akcesji, t. zn. aby jedna z połączonych rzeczy była główna, a druga podrzędna (D 41, 1 fr. 27 pr.); Pomponius również przyjmuje, że w rzeczach pojedynczych (quae uno spiritu continentur) poszczególne części nie mogą należeć do różnych właścicieli (por. D 41, 3 fr. 30 pr.). Tembardziej stosuje Pomponius powyższą zasadę w razie sporządzenia wonności, lekarstw lub maści z rzeczy, należących do różnych właścicieli; zdaniem jego lekarstwo czy maść staje się własnością tego, kto je sporządził lub sporządzić kazał (cuius nomine id factum est D 41, 1 fr. 27 pr. § 1, D 6, 1 fr. 5 § 1); logiczną przesłanką powyższego poglądu jest zasada, że decydująca jest w tych wypadkach indywidualność rzeczy, która zanika przez sporządzenie lekarstwa, maści i t. d. Jeżeli dwie rzeczy, sporządzone z jednakowego materiału, w ten sposób zostały zmieszane lub złączone w jedną całość, iż rozłączenie jest niemożliwe, wówczas zdaniem Pomponiusa rzecz w ten sposób powstała staje się wspólną własnością osób, które były właścicielami rzeczy, poddanych połączeniu, jeżeli tylko rzecz, powstała z połączenia, jest rzeczą pojedynczą (D 6, 1 fr. 3 § 2 D 41, 1 fr. 27). O ile chodzi o pozostałe rzeczy ruchome, to Pomponius hołduje dawnemu pogładowi sabinjanów, a więc o ile chodzi o rzecz złożoną (corpus, quod ex contingentibus constat), np. o pierścień z kamieniem, to zdaniem Pomponiusa każda część składowa może pozostać własnością dotychczasowego właściciela (jeżeli oczywiście nie nastąpi specificatio) i dlatego może być odrębnie nabyta na własność w drodze zasiedzenia (D 41, 3 fr. 30 § 1, por. D 6, 1 fr. 3 § 2 fr. 5 pr.). Jeżeli natomiast zostanie połączona rzecz ruchoma z nieruchomością, to Pomponius zajmuje kompromisowe stanowisko, mianowicie jeżeli do domu zostały wstawione cudze kolumny, to Pomponius, idąc za zdaniem Labeona, sądzi, iż właściciel ich dotychczasowy nie traci swej własności i w konsekwencji przyjmuje, że rzeczy takie pomimo połączenia mogą być odrębnie nabyte na własność w drodze zasiedzenia (D 42, 1 fr. 30 § 1). Gaius, sam sabinjanin, idzie jednak częściowo za poglądem prokulejanów i uważa, że staje się własnością domini fundi wszystko, co zostało wybudowane, zasadzone (o ile tylko zapuściło korzenie) lub posiane (II 73—76, D 41, 1 fr. 7 § 12, 13, fr. 9 pr.). Jeżeli jednak właściciel gruntu wznosił budynek na swym gruncie z cudzego materiału, to ze względu na postanowienia ustawy XII tablic o tignum iunctum Gaius

sądzi, iż właściciel materiałów budowlanych nie traci swego prawa własności, lecz że tylko windykacja tigni iuncti jest zakazana przez ustawę XII tablic (D 41, 1 fr. 7 § 10, § 11¹). Jeżeli na cudzym materiale piśmiennym zostało cośkolwiek napisane, to pismo zdaniem Gaiusa (II 77, 78, D 41, 1 fr. 9 § 1) w myśl zasady akcesji należeć będzie do właściciela materiału. Widać stąd, że Gaius, jakkolwiek sam sabinjanin, przechyla się raczej w tej kwestji na stronę prokulejanów.

Iulianus wreszcie, jakkolwiek sam sabinjanin, przechyla się również na stronę prokulejanów.

D 6, 1 fr. 6 1. Iulianus libro sexto ex Minicio Pal. 878. Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilominus eiusdem navis maneret, respondit manere, sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse. Iulianus notat: nam proprietates totius navis carinae causam sequitur (por. D 10, 4 fr. 3 § 14).

Iulianus zatem o tyle bardziej od innych sabinjanów zbliża się do poglądów szkoły prokulejańskiej, iż przyjmuje nabycie własności na podstawie akcesji nawet wówczas, gdy rozchodzi się o rzecz złożoną (corpus, quod ex contingentibus constat). Natomiast co do tignum iunctum, to sądzi, że jak długo ono jest połączone, winno być traktowane jako część składowa domu (eorundem aedificiorum esse), ale po oddzieleniu może być przedmiotem windykacji bez względu na to, przez kogo zostało do budynku włączone (D 6, 1 fr. 59). Julian przyjmuje tutaj tę samą konstrukcję dominii dormientis, jak Gaius (ob. wyżej uw. 40; co do różnic w szczegółach między Julianem a Gaiusem ob. D 6, 1 fr. 59; D 41, 1 fr. 7 § 10—12).

¹ Konstrukcja, przyjęta przez Gaiusa w D 41, 1 fr. 7 § 10, § 11, może nasuwać pewne wątpliwości, mianowicie Gaius przyjmuje, iż omne quod inaedificatur solo cedit, ale że właściciel tigni iuncti, użytego do budowy przez właściciela nieruchomości, pozostaje mimo to właścicielem, ulegając tylko ograniczeniom własności, wypływającym z zakazu windykacji. Wynikałoby stąd, że tignum iunctum ma równocześnie dwóch właścicieli, mianowicie jako część składowa budynku stanowi własność domini fundi, a jako materiał, pomimo użycia go do budowy, nie przestaje należeć do dotychczasowego właściciela; konsekwencja ta zaś pozostawałaby w jaskrawej sprzeczności z kardynalną zasadą prawa rzymskiego, iż dominium duorum in solidum esse non potest. Sprzeczności tej jednak nie ma, gdyż Gaius hołduje teorii t. zw. dominium dormiens na tignum iunctum, a to dominium według Gaiusa odżyскуje życie z chwilą oddzielenia tigni iuncti. Dlatego między innemi zdaniem Gaiusa tignum iunctum nie może być nabyte w drodze zasiedzenia przez posiadacza budynku, gdyż w takim wypadku po oddzieleniu od budynku nie mogłoby odżyć wspomniane dominium dormiens (D 41, 1 fr. 7 § 11). Jakkolwiek cała ta konstrukcja jest sztuczna i skomplikowana, to jednak stanowi dowód, że Gaius w czasie trwania połączenia tignum iunctum uważa za część składową nieruchomości, nie mogącą stanowić przedmiotu odrębnej własności, a tem samem w porównaniu z Pomponiusem jeszcze bardziej się zbliża do prokulejanów.

Po Julianie i Celsusie zanikły różnice między szkołami sabinjanów i prokulejanów; aby móc odgadnąć, czyje zapatrywanie się utrzymało, należy zbadać, jakie są w tej mierze poglądy Paulusa i Ulpjana.

D 6, 1 fr. 23. Paulus libro vicensimo primo ad edictum Paling. 328. Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae bracchium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum totius rei effici vereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt § 3. Sed et id, quod in charta mea scribitur¹, aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam aliter senserint propter pretium picturae, sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest § 4. In omnibus igitur istis, in quibus res mea per praevalentiam alienam trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare § 5. Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea, [quamdiu cohaerent] prior dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, [ut separentur et tunc vindicentur scilicet exempto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit, dicit enim, si statuae suae ferruminatione bracchium iunctum sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse, non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminationis per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit, ideoque in omnibus casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet in factum actio necessaria est] at in his corporibus, quae ex distantibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse, quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse, [quia tota statua uno spiritu continetur] § 6. Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi [nisi adversus eum, qui sciens alienum iunxit aedibus]: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quae [in duplum] ex lege duodecim tabularum descendit.

D 6, 1 fr. 23 § 7.

Autentyczny tekst Paulusa.

Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit [dominum quidem vindicare poterit] ce-

Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, <statim cementorum dominus fiet neque>

¹ Tego samego zdania są Ulpjan i Iuljan D 10, 4 fr. 3 § 14, por. pogląd Gaiusa w D 41, 1 fr. 9 § 1.

menta [autem] resoluta prior dominus vindicabit [etiamsi post tempus usucapionis dirutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat].

cementa resoluta prior dominus vindicabit. <Si vero is, qui bona fide solum possidet ex alienis cementis aedificaverit, cementa statim domini soli fient atque una cum solo a bonae fidei possessore usucapi poterunt>.

Por. D 41, 1 fr. 26 pr. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum Pal. 1868. Sed si ex meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret. Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas expectaretur, si quid additum erit, toto cedit, ut statue pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: [tota enim eius sunt, cuius ante fuerant], por. nadto D 41, 1 fr. 28.

Paulus w D 6, 1 fr. 23 § 2, 3, 4 ogólnie zajmuje się akcesją. Gdy jeszcze Pomponius czynił różnicę między rzeczami pojedynczymi (res, quae uno spiritu continentur) a rzeczami złożonymi (corpora, quae ex contigentibus constant), to zdaniem Paula różnica ta jest dla naszej kwestji najzupełniej obojętna, gdyż zawsze w razie akcesji właściciel rzeczy głównej stanie się właścicielem rzeczy przyłączonej (arg. D 6, 1 fr. 23 § 2 słowa »dominum totius rei effici«, § 5 słowa »quod non idem in coherentibus corporibus eveniret, nam si statuariae meae brachium alienae statuariae addideris, non posse dici brachium tuum esse«)¹ 2. Zda-

¹ Prawdziwy pogląd Paulusa występuje bardzo wyraźnie w D 41, 1 fr. 26 pr., gdzie wymienia jako przykłady nabycia własności przez akcesję nie tylko nabycie przez przyłączenie do rzeczy pojedynczych jak statua i scyphus, lecz także przyłączenie do rzeczy złożonych (aedificium, navis), słowa zaś »tota enim eius sunt, cuius ante fuerant« pozostają w tak jaskrawej sprzeczności z bezpośrednio przedtem wypowiedzianą zasadą, że interpolacja ich jest niewątpliwa co do zaliczenia domu i okrętu do rzeczy złożonych (ob. D 41, 3 fr. 30 pr.).

Widocznem także jest, że również w D 6, 1 fr. 23 Paulus przychylił się do tego samego poglądu, gdyż robi różnicę między rzeczami zbiorowemi a wszystkimi innemi (do których należą tak pojedyncze jak złożone) i do tych wszystkich innych stosuje zasadę nabycia własności przez akcesję. Kompilatorowie jednak i tutaj drogą interpolacji wsunęli pogląd Cassiusa, pozostający z tą zasadą w oczywistej sprzeczności, a uczynili to widocznie z tego powodu, że do kodyfikacji chcieli przyjąć pogląd Cassiusa, nie Paulusa. Tak samo słowa »quia tota statua uno spiritu continetur«, w D 6, 1 fr. 23 § 5 in fine nie mogą zatem pochodzić od Paula. Interpolacji D 6, 1 fr. 23 § 5 przez wstawienie ustępu, przedstawiającego pogląd Cassiusa na akcesję, dowodzi ta jeszcze okoliczność, że Paulus przedstawił w D 6, 1 fr. 23 § 2 swój pogląd na dołączenie nogi czy ramienia do posagu, a zatem nie miał powodu wracać do tej sprawy w D 6, 1 fr. 23 § 5.

² Ob. nadto Dernburg Sokołowski Tand. I wyd. 8, § 6, 172, uw. 2 (str. 355).

nie to podziela i Ulpjan, pisząc w D 10, 4 fr. 7 § 1, iż właściciel wozu nie jest posiadaczem koła, do tego wozu włączonego, albowiem koło wówczas nie jest odrębną rzeczą, lecz częścią składową wozu. Niewątpliwą rzeczą jest następnie, że materiał, który skutkiem akcesji stał się częścią składową innej rzeczy, nie zostaje odzyskany przez pośredniego właściciela nawet w razie późniejszego oddzielenia, albowiem tak oddzielony materiał należy uważać nie za kontynuację dawnej rzeczy, pochłoniętej poprzednio przez akcesję, lecz za rzecz zupełnie nową, o której nabyciu na własność decydować będą ogólne postanowienia o nabyciu własności. Zapatrywaniu temu hołdują Varus, Nerva, Ulpianus (D 6, 1 fr. 5 § 3), Gaius (D 41, 1 fr. 7 § 13) i Paulus (D 41, 1 fr. 26 § 1), o ile chodzi o drzewo, które zostało zasadzone na cudzym gruncie i tam zapuściło korzenie. Zasada ta tłumaczy nam cały szereg postanowień, mianowicie przyznanie posiadaczowi rzeczy, pozwanemu przez rei vindicatio, exceptionis doli propter impensas między innymi także w tym wypadku, gdy nakłady poczynione polegają na złączeniu innych rzeczy z rzeczą sporną na zasadzie akcesji (ob. Paulus D 6, 1 fr. 23 § 4); ekscepcja ta bowiem byłaby całkiem zbyt uczynna, gdyby rzecz, połączona z drugą na zasadzie akcesji, po odłączeniu wracała do swego poprzedniego właściciela. Actio ad exhibendum o rzecz, która została do drugiej włączona na zasadzie akcesji, nie może mieć na celu oddzielenia tej rzeczy celem przyszłej windykacji, jeżeli ta rzecz przez oddzielenie wraca do poprzedniego właściciela; actio ad exhibendum może mieć zatem w tym wypadku jedynie uzyskanie odszkodowania (ob. D 6, 1 fr. 4)¹.

Nasuują się nam jednak wątpliwości, czy Paulus stosuje tę samą zasadę również i do tignum iunctum. Podnieść otóż należy, że w myśl, D 6, 1 fr. 23 § 2—4 właściciel rzeczy głównej zawsze staje się właścicielem

¹ D 6, 1 fr. 4. Paulus libro vicensimo primo ad edictum. Quo quidem casu (t. j. w razie połączenia dwóch rzeczy) etiam communi dividundo agi poterit; sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat, in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat.

Fragment ten zawiera prawidło, mające zastosowanie przy każdym połączeniu dwóch dotychczas odrębnych rzeczy w jedną całość, bez względu na to, czy połączenie nastąpiło z akcesją, czy bez akcesji. Z powyższego fragmentu wynika, że w myśl prawa klasycznego, w razie złączenia dwóch rzeczy w jedną całość, powód za pośrednictwem actionis ad exhibendum nie mógł domagać się wydzielenia rzeczy, która stanowiła poprzednio jego własność, lecz jedynie kondemnacji pieniężnej z powodu zaniechania ekshibicji.

Odmienny pogląd w D 6, 1 fr. 23 tłumaczy się interpolacją, która ma na celu actioni ad exhibendum nadać charakter przygotowawczy w stosunku do rei vindicatio.

cicielem rzeczy przyłączonej do niej na zasadzie akcesji, np. w razie przyłączenia ramienia do posągu, podstawy do pucharu i t. d.; ponieważ zaś D 41, 1 fr. 26 nie czyni żadnej różnicy między temi rzeczami a materiałem budowlanym, włączonym do budynku, zatem widocznem jest, że Paulus tignum iunctum traktuje według tych samych zasad, t. zn. zdaniem Paulusa tignum iunctum z chwilą połączenia staje się własnością właściciela nieruchomości i nie wraca do swego poprzedniego właściciela pomimo oddzielenia. (Paulus zatem przechyla się jeszcze bardziej na stronę Prokulejanów od Gaiusa i Juljana). Skutkiem tego stanowiska Paulus w D 6, 1 fr. 23 § 7 mówi o poprzednim właścicielu użytego do budowy materiału. (Inaczej Pomponius w D 41, 3 fr. 30)¹. Powyższy pogląd Paulusa podziela i Ulpjan, który w D 6, 1 fr. 39 twierdzi, że materiał budowlany użyty do budowy przez przedsiębiorcę budowlanego (redemptor operis) z chwilą użycia go do budowy staje się własnością właściciela nieruchomości i uważa przytem za obojętne, czy materiał ten jest res furtiva, czy nie, czy właściciel wie o tem, że materiał ten nie stanowi własności przedsiębiorcy i t. d.; wreszcie u Ulpjana nigdzie nie spotykamy twierdzenia, jakoby własność tigni iuncti po rozebraniu budowli wracała do dawnego właściciela².

Jak z powyższego przedstawienia rzeczy wynika, Paulus i Ulpjan przechyliłi się całkowicie w tej sprawie na stronę Prokulejanów. Kompilatorowie justynjańscy, pozostając jednak pod wpływem nauki chrześcijańskiej, dążą do tego, aby nikt nie wzbogacił się kosztem drugiego bez słusznej przyczyny³. Z tej przyczyny przyznają oni ius tollendarum impensarum posiadaczowi rzeczy, pozwanemu przez rei vindictio⁴, a tem samem wprowadzają oni wyjątek od zasady, że rzecz, złączona z drugą na zasadzie akcesji, po odłączeniu nie wraca do poprzedniego właściciela; ponadto w kwestji skutków połączenia dwóch rzeczy w jedną stają oni na stanowisku szkoły Sabinjanów; w szcze-

¹ Jak D 6, 1 fr. 23 § 5 został zmieniony przez kompilatorów skutkiem wsunięcia ustępu, zawierającego opinię Cassiusa, wręcz sprzeczną z opinią reprezentowaną przez Paulusa; tak samo D 6, 1 fr. 23 § 7 został znowu w tym duchu przez kompilatorów zmieniony, aby przedstawiał poglądy Gaiusa i Juljana co do tignum iunctum. Interpolacje te udowodnię poniżej.

² Jeżeli dwie rzeczy bez akcesji zostaną w ten sposób zmieszane, iż niemożliwem jest ich oddzielenie, i jeżeli połączenie to nie nastąpiło z woli właścicieli, ani też gdy w masie powstałej przez zmieszanie nie odgrywa żadnej roli indywidualność rzeczy (propria qualitas rei spectatur), wówczas każdy z właścicieli pozostawał nadal właścicielem swej rzeczy zdaniem Pomponiusa, Ulpjana (D 6, 1 fr. 5 pr. por. tamże fr. 3 § 2) oraz Callistrata (D 41, 1 fr. 12 fr. 25).

³ Ob. Riccobono, Influenza del cristianesimo.

⁴ Tamże.

gólności kompilatorowie justynjańscy stoją na tem stanowisku, że tylko przy rzeczach pojedynczych¹ połączenie na zasadzie akcesji w sposób, nie pozwalający na ścisłe odróżnienie połączonych z sobą rzeczy, pociąga za sobą nabycie prawa własności na rzeczy przyłączonej i z tej przyczyny wstawiają w drodze interpolacji do D 6, 1 fr. 23 § 5 ustęp, przedstawiający pogląd Cassiusa w tej mierze. Również w sprawie tigni iuncti kompilatorowie cofają się do poglądów Gaia oraz Juliana i z tej przyczyny interpolują D 6, 1 fr. 23 § 7. Ponieważ własność rzeczy, przyłączonej do drugiej na zasadzie akcesji, po jej oddzieleniu zdaniem kompilatorów wraca do poprzedniego właściciela, więc kompilatorowie pozwalają poprzedniemu właścicielowi za pośrednictwem *actionis ad exhibendum* domagać się od właściciela rzeczy głównej oddzielenia rzeczy przyłączonej, aby w ten sposób wspomniana rzecz mogła być przedmiotem windykacji ze strony poprzedniego właściciela. W ten sposób i tutaj *actio ad exhibendum* uzyskuje charakter powództwa przygotowawczego w stosunku do *rei vindicationis*. Jedynie przy *tignum iunctum* jest to wykluczone ze względu na postanowienia XII tablic.

Na tej podstawie dopiero będzie zrozumiałym D 10, 4 fr. 6. We fragmencie tym słowa »ut excludatur« zostały dodane w tym celu, aby *actioni ad exhibendum* nadać charakter przygotowawczy do *rei vindicationis*. Obok tego kompilatorowie interpolują cały szereg fragmentów, aby je doprowadzić do zgodności z powyżej przedstawionem stanowiskiem; tak np. w D 41, fr. 27 § 2 interpolowane są słowa »sed et Proculus et Pegasus existimant [suam cuiusque rem manere]«, (co jest sprzecznem z przedstawionymi powyżej poglądami Proculus'a i Prokulejanów) i t. d.

Z kwestją nabycia prawa własności przez akcesję dość blisko łączy się sprawa nabycia prawa własności na podstawie przeistoczenia (specyfikacji). Prokulejanie byli tego zdania, że nowa rzecz, wytworzona przez przeistoczenie, przypada na własność temu, kto dokonał przeistoczenia. Sabinjanie byli tego zdania, że pozostaje ona własnością tego, kto był właścicielem materiału (Gaius II 79)². Później jednakże Sabinjanie poczynają się zbliżać do poglądów Prokulejanów; już Cassius jest tego zdania, że w razie ustanowienia prawa zastawu na lesie, okręt, zrobiony z drzewa, które pochodzi z tego lasu, nie będzie

¹ Nie zaś przy rzeczach złożonych; aby zastosowanie zasady wspomnianej ograniczyć do rzeczy pojedynczych, dodane zostają w D 6, 1 fr. 23 § 5 słowa »quia tota statua uno spiritu continetur«, co pozostaje w sprzeczności z bezpośrednio poprzedzającymi słowami »quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret«, stwierdzających, że zasada ta ma zastosowanie i do rzeczy złożonych.

² Te różne poglądy prawników rzymskich były jedynie odbłaskiem i konsekwencją różnic, istniejących między poszczególnymi szkołami filozofów; ob. Dernburg-Sokołowski, Pand. wyd. 8 t. 1 § 172 uw. 2 str. 355 oraz § 167 str. 344—347.

obciążony prawem zastawu (D 13, 7 fr. 18 § 3). Cassius sądzi, że skutkiem przeistoczenia nie gaśnie prawo własności i inne prawa rzeczowe, oparte na *ius civile*, a gasną jedynie prawa, istniejące *tuitione praetoris*. Dalej od Cassiusa idzie w tym kierunku Julian; w razie kradzieży i zabicia skradzionego wołu przyjmuje on, że skóra i mięso stają się własnością złodzieja (D 13, 1 fr. 14, § 2, § 3)¹, w razie zrobienia moszczu winnego ze skradzionych jagód winnych uważa moszcz za własność wytwórcy, podobnie okręt sporządzony z cudzego materiału uważa za własność wytwórcy (D 6, 1 fr. 61); widać stąd, że głowa szkoły Sabinjanów przyjęła poglądy Prokulejanów. Paulus podziela również poglądy Proculus (D 41, 1 fr. 26 pr.). Kompilatorowie justynjańscy i w tej sprawie uznali za właściwy »złoty środek« (*mediam sententiam*), przedstawiony w I 2, 1 § 25, a do zasady tam wypowiedzianej ponaginali oni w drodze interpolacji cały szereg fragmentów; tak np. w D 41, 1 fr. 7 § 7 wstawili słowa [»est tamen etiam media sententia recte existimantium... reverti possint«] (Pernice); z tej samej przyczyny do D 41, 1 fr. 24 (Paulus libro quarto decimo ad Sabinum Pal. 1868) wstawiają oni słowa [»in omnibus, quae ad eandem speciem reverti non possunt«] a ponadto, jak się zdaje, w miejsce autentycznych słów »te eorum dominum fieri« umieszczają słowa [»me eorum dominum manere«], kiedy tymczasem prawdziwy pogląd Paulusa utrzymuje się szczęśliwie w D 13, 1 fr. 13.

Tak samo został interpolowany D 10, 4 fr. 12 § 3 (Paulus libro vicensimo sexto ad edictum Paling. 414). Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, [utriusque] <materiae> nomine ad exhibendum actione tenebitur, [quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est].

Jak już poprzednio zaznaczyłem, Paulus uważał rzecz wytworzoną przez przeistoczenie za własność *specificantis* i dlatego w razie przeistoczenia rzeczy skradzionej okradziony miał *actionem ad exhibendum* przeciwko złodziejowi, jako temu, qui dolo fecit, quominus possideret; ponieważ zaś okradziony według Paulusa nie jest właścicielem nowej rzeczy, wytworzonej przez przeistoczenie, więc nie może ad *exhibendam novam speciem* agere.

¹ *Condictio ex causa furtiva* w prawie klasycznym miała tylko wówczas zastosowanie, gdy okradziony utracił prawo własności; gdy okradziony nie utracił prawa własności, wówczas miał *actionem ad exhibendam rem furtivam* i *rei vindicationem* (ob. moją pracę *De conditione ex causa furtiva* oraz D 12, 1 fr. 11 § 2, D 13, 7 fr. 22 § 2 i t. p.); dopiero kompilatorowie justynjańscy w miejsce *actionis ad exhibendam rem furtivam* interpolowali *condictionem furtivam*. Przyznanie okradzonemu właścicielowi *condictionis ex causa furtiva* przez Juliana dowodzi zatem, że zdaniem Juliana okradziony właściciel utracił prawo własności przez specyfikację.

3. Czy dopuszczalną jest *actio ad exhibendum fundum*?¹

Mojem zdaniem na to pytanie należy dać odpowiedź twierdzącą na podstawie D 10, 4 fr. 8 Iulianus libro nono digestorum Pal. 142. Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat quo minus possideret, deinde eo defuncto heres eius possidet rem <nihilominus absolvendus est, sed denuo conventus>, exhibere eam cogendus erit. [nam] si fundum vel hominem petiero et <adversarius absolutus erit, postea autem> heres <meus mancipio rem acceperit> [ex eadem causa possidere coeperit] <exceptio rei iudicatae reo non proderit; itaque> restituere cogitur.

Beseler (Beiträge I str. 36) podnosi cały szereg zarzutów przeciwko autentyczności niniejszego tekstu, dopatrując się w nim licznych zmian, wprowadzonych przez kompilatorów. Istotnie tekst ten uległ znacznym zmianom, ale sądzę, że próby rekonstrukcji jego muszą pójść w nieco innym kierunku, niż to wydaje się Beselerowi. Bardzo być może, że tekst ten odnosi się do *cognitio extraordinaria*², a wówczas nie widzę powodu do kwestjonowania autentyczności takich wyrażen jak »restituere cogitur« etc. Nieautentycznym może być dodatek »ex eadem causa«, gdyż *causa possessionis* po stronie pozwanego przy *actio ad exhibendum* jest według prawa rzymskiego obojętną; dlatego skłonny byłbym tu widzieć wpływ greckiej *διαδικασία*, przy której i powód i pozwany powoływali się na tytuły do posiadania rzeczy, a sąd rozstrzygał, kto ma lepszy tytuł. (Ob. Mitteis Reichsrecht und Volksrecht str. 70, 499)³.

O ile chodzi o rekonstrukcję pierwotnego tekstu, to należy zwrócić uwagę, że Julian (jak to widzimy ze streszczenia jego wywodów u Paula D 10, 4 fr. 12 § 2 Iulian. Pal. 141) zajmował się w tej księdze kwestją *exceptionis rei iudicatae* w razie powtórnego wniesienia *actionis ad exhibendum* przez tę samą osobę o tę samą rzecz. Omawiany przez nas fragment D 10, 4 fr. 8 Iulian. Pal. 142 wydaje

¹ Co do dopuszczalności *actionis ad exhibendum fundum* ob. Demelius, Die Exhibitionspflicht 1872 str. 62 i n. oraz Windscheid Kipp. t. II wyd. 9 § 474 tekst i uw. 19. Obydwaj jednak nie uwzględniają różnicy między *actio ad exhibendum* prawa klasycznego a justynjańskiego.

² Jak się zdaje, już od Augusta *cognitio extraordinaria* miała zastosowanie w prowincjach rządzonych przez prokuratorów (ob. Sohm, Inst. wyd. 17 str. 731) a prowincje te wyliczone są u Küblera, Geschichte des römischen Rechtes str. 222.

³ Wpływ greckiej *διαδικασία* jest tu dlatego bardzo prawdopodobny, gdyż grecka *δική εις τὸν ἐμφανὸν κατάστασιν* pozostawała w ścisłym związku z *διαδικασία*, a justynjańska *actio ad exhibendum* jest identyczna z grecką *δική εις τὸν ἐμφανὸν κατάστασιν* (ob. niżej R. V).

się częścią obszerniejszych wywodów, poświęconych temu tematowi, a streszczonych przez Paula w D 10, 4 fr. 12 § 2. Jeżeli przyjmiemy, że zdanie pierwsze D 10, 4 fr. 8 zajmowało się kwestią *exceptionis rei iudicatae* i odpowiednio je uzupełnimy, to niewątpliwie jest, że Julian zastosował tu tę samą zasadę, którą spotykamy w D 44, 2 fr. 17 (Gaius) fr. 18 (Ulpianus); odrębność wypadku, omawianego tutaj przez Juliana polega na tem, że posiadanie uzasadniające zasądzenie pozwanego, nabyte przezeń zostało dopiero po *litis constatio*, a tem samem ta nowa *causa* w pierwszym procesie uwzględniona już być nie mogła. (Jeżeli Julian miał tutaj na myśli *cognitionem extraordinariam*, to skutki *litis contestationis* łączyły się z *libellus principii datus ob. Sohm Inst. 17 str. 730 uw. 2*). Wobec wyżej przytoczonych okoliczności niewątpliwie i w zdaniu drugim D 10, 4 fr. 8 była omawiana *exceptio rei iudicatae* w razie powtórnego wniesienia *actionis ad exhibendum*; wzmianka o »*fundus lub homo*« wskazuje, że Julian traktował tu o *res Mancipi*; zdaje się zatem, że wypadek tu omówiony jest identyczny z wypadkiem, omówionym przez Juliana Paling. 141 (D 10, 4 fr. 12 § 2). Według trafnej uwagi Lenela Julian w tem ostatnim miejscu wypowiedział pogląd: *novam autem causam intervenire, si is qui vindicandi gratia egisset <de re Mancipi exhibenda>, post acceptum iudicium eam ab [aliquo] <alio quo Mancipio> accepit et ideo exceptionem et non officere*. Dokonana przeze mnie rekonstrukcja drugiego zdania D 10, 4 fr. 8 zawiera tylko parafrazę powyższej zasady prawnej, a w takim razie Julian w tem miejscu wspomina między innemi o *actio ad exhibendum fundum*; pogląd zaś ten znajduje jeszcze poparcie w użyciu słowa »*si fundum vel hominem petiero*« gdyż *actio ad exhibendum* — podobnie jak *rei vindicatio* — zaliczana jest przez prawników klasycznych do *rei petitiones* (Gaius IV, 51 por. D 44, 2 fr. 17)¹.

Potwierdzenie naszego poglądu t. j., że prawo rzymskie znało *actionem ad exhibendum fundum*, znajdujemy również w D 10, 4 fr. 5 § 1. Jest tam mowa o użytkowcy pozwanym przez *actio ad exhibendum*. Poprzednio w R. II. 2 przedstawiłem *actionem ad exhibendum ex causa ususfructus*. Jak wiadomo, przedmiotem użytkowania mogły być

¹ Kompilatorowie justynjańscy skreślili wzmiankę o powtórnym procesie, (a tem samem i rozważania Juliana o zakresie zastosowania *rei iudicatae*), gdyż w tym wypadku (wyjątkowo) w procesie cesarskim dla wydania wyroku miarodajnym był stan prawny, istniejący w chwili wydania wyroku; (por. Cornil, *Droit romain* str. 472, 473). Zatem w razie nabycia własności w toku procesu po *litis contestatio* według tego pravidła powód wygrywa proces i skutkiem tego ponowny proces jest zbytecznym. Zdaje się, że z tych samych przyczyn i w podobny sposób zmieniony został przez kompilatorów D 10, 4 fr. 7 § 6.

tak rzeczy ruchome jak nieruchome; ale gdyby *actio ad exhibendum ex causa ususfructus* oraz *actio ad exhibendum* przeciwko użytkowcy miały zastosowanie tylko przy rzeczach ruchomych, to nie miałyby one wielkiego praktycznego znaczenia i prawdopodobnie wzmianka o nich nie byłaby się do nas dostała.

Ponadto w D 6, 1 fr. 52 (Iulianus) znajdujemy wzmiankę o powództwie przeciwko temu, *qui ante litem contestatam dolo fundum possidere desiit* i o odpowiedzialności jego dziedziców. Dziś fragment ten umieszczony jest w tit. D 6, 1, a tem samem kompilatorowie odnoszą go do *rei vindicatio*; sens zaś jego jest ten, że *is, qui ante litem contestatam fundum dolo possidere desiit*, może być pozwany przez *rei vindicatio*, dziedzice zaś jego przez *actio in factum* o wydanie wzbogacenia. W prawie klasycznem jednak ten, kto *dolo possidere desiit*, nie mógł być zniewolonym do wdania się w spór windykacyjny, ale zato właśnie miała w tym wypadku zastosowanie *actio ad exhibendum*. Z powyższych wywodów wynika zatem, że Julian także tutaj (podobnie jak w D 10, 4 fr. 8) wspominał o *actio ad exhibendum fundum* przeciwko temu, kto *dolo possidere desiit*.

Wreszcie Lenel (Edictum wyd. 3 str. 475) sądzi, że interdykt »*quem fundum*« zwracał się przeciwko posiadaczowi nieruchomości, lub temu, *qui fundum dolo possidere desiit*. Przypuszczenie Lenela co do tego, *qui fundum dolo possidere desiit*, nie jest, mojem zdaniem, dostatecznie poparte materiałem źródłowym, a ponadto jest wielce nieprawdopodobnem; ochronę natomiast, której potrzebował właściciel nieruchomości przeciwko temu, *qui dolo possidere desiit*, dawała mu *actio ad exhibendum*.

Z omówionego dotychczas materiału źródłowego wynika, że *actio ad exhibendum fundum* miała często zastosowanie, gdy pozwany *dolo possidere desiit*. Nie jest to jednak jej wyłączny zakres zastosowania. Pamiętać należy, że do dochodzenia dominii *ex iure gentium* służyła *actio ad exhibendum*, nie zaś *rei vindicatio* (ob. wyżej Rozdz. II. 1), a skutkiem tego powód w sporze o własność rzeczy nieruchomej *ex iure gentium* (np. grunty prowincjonalne) musiał się zawsze posługiwać *actione ad exhibendum*. Ponieważ jednak rozróżnienie między *dominium ex iure Quiritium* a *dominium ex iure gentium* nie przeszło do prawa justynjańskiego, więc nie dziwnego, że o tem zastosowaniu *actionis ad exhibendum* niema wzmianki w kodyfikacji justynjańskiej¹.

¹ Zwolennicy poglądu, że *actio ad exhibendum* może mieć zastosowanie tylko do rzeczy ruchomych, powołują się na D 43, 16 fr. 1 § 6, § 32 (Ulpianus *Paling.* 1523, 1527), mianowicie na tę okoliczność, że we wspomnianych fragmentach Ulpjan przewiduje zastosowanie *actionis ad exhibendum* tylko do rzeczy ruchomych. Argument ten nie jest przekonującym, albowiem we wspomnianych frag-

W prawie justynjańskim *actio ad exhibendum* różni się zasadniczo od *actionis ad exhibendum* prawa klasycznego i jest tylko kopją greckiej *δίκη εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν*, (ob. wyżej Rozdz. I, oraz niżej Rozdz. V): ta ostatnia zaś ma zastosowanie wyłącznie do rzeczy ruchomych. Skutkiem tego kilka fragmentów zostało w ten sposób interpolowanych, aby *actio ad exhibendum* miała zastosowanie tylko do ruchomości.

W C. 9, 32 c. 4 § 1 cesarza Gordjana (z r. 242) mieści się ustęp »*Et ideo res, quas per eandem abesse quaeris, competenti in rem actione vel si dolo malo fecerit, quo minus res [mobiles] possideret, ad exhibendum persequere*«.

Słowo *mobiles* jest tu niewątpliwie nieautentyczne, gdyż tenże Gordianus w C. 3, 42 c. 5 udziela następującego pouczenia »*Ad exhibendum actione non tantum eum qui possidet, sed etiam eum teneri, qui dolo fecit, quo minus exhiberet, merito tibi a non contemnendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est*« (r. 239), a zatem nie robi najmniejszego zastrzeżenia, iżby *actio ad exhibendum* można wnosić tylko o rzeczy ruchome. Przypomnieć nadto należy że Iulianus według autentycznego brzmienia D 6, 1 fr. 52 wyraźnie wspominał o *actio ad exhibendum* przeciwko temu, qui *fundum dolo possidere desiit* (ob. wyżej), a ta sprzeczność jest również dowodem interpolacji.

D 3, 3 fr. 56. Ulpianus libro sexagensimo sexto ad edictum Pal. 1457. Ad rem [mobilem] petendam datus [procurator] <cognitor> ad exhibendum recte aget.

Fragment ten wypowiada zasadę znaną nam już z Gaiusa IV 51, mianowicie, że nazwą rei petitionis objętą jest tak *vindicatio* jak *actio ad exhibendum*, a zatem *cognitor* ustanowiony ad rem petendam, może wnosić nietylko rei vindicationem, lecz *actionem ad exhibendum*. Zaznaczenie przy tej sposobności, że *actio ad exhibendum* może służyć tylko przy dochodzeniu praw do ruchomości, z powyższą kwestją zupełnie się nie łączy i ta okoliczność zwiększa podejrzenie interpolacji, bo robi wrażenie, że słowo »mobilem« jest tu późniejszą przyczepką, dodaną poto, aby wykluczyć *actionem ad exhibendum fundum*, a przypuszczenie to zostaje poparte przez Cyrylla, który (Bas. t. I str. 392 przy Bas. VIII, 2, 55) parafrazuje ten fragment w sposób następujący: »*Qui procurator datus est, ut in rem agat, recte etiam agit ad exhi-*

mentach Ulpjan zaznacza, że *interdictum unde vi* ma zastosowanie jedynie do rzeczy nieruchomych, a skutkiem tego zastanawia się, jakimi środkami można odzyskać posiadanie rzeczy ruchomych, z którego wyzutyk się zostało przy sposobności wyrzucenia siłą z nieruchomości; wobec takiego postawienia kwestji nie da się pomyśleć, aby Ulpjan poruszał przy tej sposobności zupełnie odrębną kwestję, mianowicie, czy *actio ad exhibendum fundum* jest dopuszczalną.

bendum», a wiadomo, że bizantyńscy prawnicy korzystali z autentycznych dzieł prawników rzymskich, zwłaszcza Ulpjana.

D 5, 1, fr. 38. Licinnius Rufinus libro quarto regularum Pal. 8. Quod <per damnationem> legatur [si quidem per personalem actionem exigetur]¹ ibi dari debet ubi est, nisi si dolo malo heredis subductum fuerit: tunc enim ibi dari debet ubi petitur. praeterea quod pondere aut numero aut mensura continetur, ibi dari debet ubi petitur, nisi si adiectum fuerit »centum modios ex illo horreo« aut »vini amphoras ex illo dolio«. si autem per [in rem actionem]¹ <vindicationem> legatum petetur, [etiam ibi peti debet, ubi res est, et si mobilis sit res] ad exhibendum agi cum herede poterit, [ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit].

Cały ten fragment — jak to już zauważył Lenel — został bardzo zepsuty przez interpolację, mianowicie Licinnius Rufinus czynił różnicę między legatum per damnationem, a legatum per vindicationem; natomiast kompilatorowie dostosowali go do prawa justynjańskiego, w którym nawet przy legacie per vindicationem ma legatarjusz obok tego powództwo względne przeciwko dziedzicowi. Z interpolacyj, na które dotychczas nie zwrócono uwagi, należy podnieść dodatek, mający na celu nadać actioni ad exhibendum charakter powództwa przygotowawczego w stosunku do rei vindicationis; dodatek ten jest napewno nieautentyczny, a ma na celu doprowadzić ten ustęp do zgodności z prawem justynjańskim (ob. wyżej Rozdz. III). Jeżeli przyjrzymy się dokładnie konstrukcji tego fragmentu, to zobaczymy, że Licinnius Rufinus zastanawiał się nad pytaniem, gdzie ma być świadczona rzecz zapisana w drodze legatu per damnationem. O ile chodzi o rzeczy zapisane w drodze legatu per vindicationem, to Licinnius Rufinus tej kwestji nie porusza, gdyż postanowienia dotyczące rei vindicationis określały, gdzie ma nastąpić restytucja rzeczy; słowa zatem [etiam ubi peti debet, ubi res est] są niewątpliwie nieautentyczne. Wobec tego zdania głównego do słów »si autem per vindicationem legatum petetur«, należy szukać w słowach »ad exhibendum agi cum herede poterit, a za łącznością taką przemawia doskonała consecutio temporum si »petetur... ad exhibendum agi poterit«. Sens tego zdania byłby taki, że przy legatum per vindicationem legatarjusz swego prawa własności może dochodzić nietylko za pośrednictwem rei vindicationis, (na co sama nazwa legatu już wskazuje), ale także w drodze actionis ad exhibendum. Wobec takiej rekonstrukcji słowa »et si mobilis sit res« okażą się interpolacją kompilatorską, a za

¹ Interpolację tę wykazał Lenel Palingenesia, lecz pod względem stylistycznym nieco odmiennie tekst rekonstruuje.

ich nieautentycznością przemawia jeszcze ta okoliczność, że w dzisiejszym tekście jest rażąco wadliwa *consecutio temporum*. (>si mobilis sit res, ad exhibendum agi... poterit<). Zatem i w tym fragmencie wzmianka ograniczająca zastosowanie *actionis ad exhibendum* do rzeczy ruchomych jest interpolacją justynjańską.

4. Rekonstrukcja D 19, 5 fr. 17 § 2.

D 19, 5 fr. 17 § 2.

Papinianus libro octavo quaestionum scripsit: [si] rem [tibi] inspiciendam [dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum vel condicere vel] ad exhibendum agere. secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum Pauling. 806.

Papinianus libro octavo quaestionum scripsit: rem inspiciendam <quis dedit: si neque mandatum neque depositum neque alius contractus intervenit, qui inspiciendum dedit, quasi ob causam datum condicere non potest, sed> ad exhibendum agere <potest: si res inspiciendum data subrepta est, et cum eo, qui subripuit, furti agere potest. si tamen periculum spectet ad eum qui accepit, ipse furti agere potest>. secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

Powyższa rekonstrukcja znajduje potwierdzenie w C. 4, 34, 1. Imp. Alexander A. Maestrio militi. Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit, qui dolum solum [et latam culpam], si non aliud specialiter convenit, praestare debuit, non pertinet. quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed etiam in rem vindicatio competit (r. 234).

Papinjan w księdze 8 quaestionum zajmuje się ogólnie rzeczą

quae inspiciendum data est, t. j. nietylko rzeczą oddaną na skład (depositum), lub rzeczą oddaną pod nadzór ze względu na zawarty kontrakt zlecenia, lecz wogóle rzeczą oddaną osobie drugiej pod nadzór nawet bez zawarcia żadnego kontraktu np. wówczas, gdy jedna rzecz zostaje osobie drugiej oddaną w użytkowanie, lub używanie w tym celu, aby za to ta ostatnia osoba czuwała nad inną rzeczą. W prawie justynjańskim, a za jego przykładem w nowoczesnym języku prawniczym umowy takie noszą nazwę kontraktów realnych bezmiennych. W prawie klasycznym ważność takich umów nie była jednak uznana; stąd nasuwa się pytanie, za pomocą jakiego powództwa miał oddający rzecz pod nadzór drugiego domagać się zwrotu tej rzeczy. *Condictio* nie mogła tu mieć zastosowania, gdyż we formula *condictionis* powód twierdzi *rem sibi dari oportere* (Gaius IV, 18—20), t. j. domaga się oddania sobie danej rzeczy na własność, co w niniejszym wypadku jest niemożliwem; natomiast może tu mieć zastosowanie *actio ad exhibendum*. (Gradenwitz sądzi, że cały początek niniejszego ustępu pochodzi z ręki kompilatorów; z poglądem jego zgodzić się nie mogę, gdyż niewątpliwie autentyczną jest wzmianka o *actio ad exhibendum*, żądającej wydania rzeczy, nie zaś tylko okazania dla przyszłego procesu, a za autentycznością powyższej wzmianki o *actio ad exhibendum* przemawia także C 4, 34 c 1., przyznająca w takim samym wypadku również *actionem ad exhibendum* o wydanie rzeczy). W dalszym ciągu autentycznego dzieła Papinjana mieścił się ustęp dziś znajdujący się jako D 47, 2 fr. 79, jak to słusznie podnosi Gradenwitz: kompilatorowie jednak tutaj go skreślili, gdyż zawierał on wzmiankę o ponoszeniu niebezpieczeństwa (nietylko odpowiedzialności za winę) przez tego, kto bierze rzecz pod swój nadzór; kompilatorowie zaś usuwali wszelkie wzmianki o odpowiedzialności za *custodia* lub o *aestimatio periculi praestandi causa* (ob. D 13, 6 fr. 5 § 2—6), umieszczając zamiast »*custodia*« wzmiankę o »*diligentia diligentissimi patris familias*« (ob. Schulz w *Grünhuts Ztschrft* t. 38).

Również usunęli kompilatorowie z naszego fragmentu zachowaną jeszcze w D 47, 2 fr. 79 wzmiankę o tem, że *actio furti* przysługuje dzierżycielowi, o ile on odpowiada wobec posiadacza za przypadek, gdyż wówczas *eius intersit, furtum factum non fuisse*, a uczynili to ze względu na konstytucję Justynjana C 6, 2 c. 22 § 1 a—d; w myśl bowiem tej konstytucji *kommodans*, w razie skradzenia rzeczy *kommodatarjuszowi*, ma albo *actionem commodati directam* przeciwko *kommodantowi*, albo *actionem furti*¹ przeciwko złodziejowi. Jeżeli jednak

¹ Justynjan wyraźnie mówi w tem miejscu o *actio furti*, nie zaś *condictio furtiva*,

nie wie, kto jest złodziejem, wówczas przysługuje mu jedynie *actio commodati directa* (C. 6, 2 c. 22 § 1 e. § 2), albowiem nie wie, kogo należy pozywać przez *actio furti*. Jeszcze trudniejszą jest sytuacja tego, który na podstawie kontraktu realnego bezmiennego oddał rzecz pod nadzór osobie drugiej, gdy od tej ostatniej osoby dana rzecz zostanie skradzioną przez niewiadomego sprawcę; wówczas bowiem ani *actio furti*, ani *actio ad exhibendum*, ani *condictio datorum ob causam* nie mogą mieć zastosowania. Z tego względu kompilatorowie dają *actionem praescriptis verbis* osobie, która oddała swą rzecz pod nadzór, przeciwko osobie, której ten nadzór powierzony został.

V. Prawo poklasyczne.

1. Przemiany klasycznej *actio ad exhibendum* w tym okresie.

W prawie poklasycznym, począwszy od Dioklecjana, dokonywują się, jak wiadomo, bardzo doniosłe zmiany w dziedzinie prawa prywatnego skutkiem nowego procesu cywilnego, oraz skutkiem przeobrażeń ustroju politycznego. Zanika różnica między prawem cywilnym a prawem pretorskim; w praktyce sądów cesarskich zarówno jedno jak drugie prawo jest uważane jako prawo bezpośrednio obowiązujące z woli monarchy, do czego przyczynia się jeszcze ta okoliczność, że w związku ze zmianą procesu uchylone zostają *formulae procesowe* (C 2, 57 [58] c. 1, 2). Prawo obywatelstwa rzymskiego zostaje pozbawione wszelkiego znaczenia politycznego, ale zato koło obywateli zostaje znacznie rozszerzone; za Justynjana wszyscy wolni poddani państwa rzymskiego są obywatelami rzymskimi, o ile nie zachodzi szczególna okoliczność, wykluczająca ich od tego prawa np. nieprawidłowe wyzwolenie, kara pociągająca utratę obywatelstwa i t. d. Wszystkie te momenty musiały oddziaływać na losy *actionis ad exhibendum*, której odgraniczenie od *rei vindicatio*, uzasadnione historycznie, musiało się wydawać w zmienionych stosunkach rzeczą przeżyłą; tak np. gdy pozwany nie zaprzeczał posiadania rzeczy, a sporne było *dominium ex iure Quiritium*, wówczas mógł być przez właściciela pozwanym o wydanie rzeczy za pośrednictwem *rei vindicationis*; gdy przy *dominium ex iure Quiritium* pozwany zaprzeczał posiadania rzeczy, gdy pozwany *dolo possidere desiit* lub gdy spór toczył się o *dominium ex iure gentium*, wówczas właściwą była tylko *actio ad exhibendum* (ob. wyżej Rozdz. II) i t. d. Wobec zmienionego procesu cywilnego staje się bezprzedmiotową różnica między środkami, za pomocą których pretor zmuszał pozwanego do wdania się w spór (*interdictum quem fundum i duci vel ferri iubere* przy *rei vindicatio*, *missio in possessionem* przy *actio ad exhibendum*), gdyż w procesie cywilnym cesarskim pozwany ma obowiązek

stawić się przed wzywającą go władzą sądową pod rygorem zaoczności (ob. Jörs-Wenger, *Röm. Recht* str. 276). *Rei vindicatio* opartą była na prawie cywilnem, *actio ad exhibendum* wprowadzoną przez pretora; ta różnica staje się również bezprzedmiotową. To samo należy powiedzieć o różnicy między *dominium ex iure Quiritium* a *dominium ex iure gentium* wobec rozszerzenia obywatelstwa rzymskiego i wobec zrównania gruntów prowincjonalnych z italskimi. Skutkiem tego gdy w procesie cesarskim cywilnym, który od Dioklecjana jest wyłącznie w użyciu, odpada formula¹, to i różnica między *rei vindicatio* a *actio ad exhibendum* zaciera się w świadomości społeczeństwa; wymownym dowodem tego jest okoliczność, że wszystkie konstytucje cesarskie, przytoczone w Kodeksie, wspominają o *actio ad exhibendum*, domagającej się wydania rzeczy, ale najpóźniejsze z nich pochodzą od Dioklecjana². *Actio ad exhibendum* i *rei vindicatio* zlewają się w jedno powództwo, za pośrednictwem którego właściciel może się domagać wydania rzeczy; powództwo w ten sposób powstałe nosi w prawie justynjańskim nazwę *rei vindicationis* i przysługuje właścicielowi zarówno wtedy, gdy pozwany kwestjonuje jego prawo własności, jak wówczas, gdy pozwany ukrywa posiadanie rzeczy spornej, albo też gdy dolo *possidere desiit*³. Ponadto w bardzo wielu wypadkach w miejsce *actio-*

¹ Cesarz Konstantyn w konstytucji z r. 342 (C 2, 57 [58], 1) poucza ludność o zniesieniu formulae w procesie cywilnym; konstytucja ta jednak stwierdza tylko zmianę już poprzednio dokonaną.

² Jedynie dwie konstytucje w C 3, 42, mianowicie c. 1 i 2 używają słowa *exhibendi* w znaczeniu prawa justynjańskiego, ale obydwie są interpolowane. Co do C 3, 42 c. 1, to interpolowane są słowa »ut apud iudicem de veritate rei quaeratur«, aby *actioni ad exhibendum* nadać charakter przygotowawczy w stosunku do *rei vindicatio* por. D 3, 5 fr. 32, D 23, 3 fr. 9 § 3 in fine oraz wyżej Rozdz. III; co do C 3, 42 c. 2 ob. Beseler *Beiträge I* str. 3 i n.

Ponadto interpolowaną jest również C 3, 32 c. 13. *Imperatores Diocletianus et Maximianus A.A. Eutychio. Ordinarii iuris est, ut mancipiorum orta quaestione prius [exhibitis mancipiis] de possessione iudicetur ac tunc demum proprietatis causa [ab eodem iudice] decidatur* (a. 293).

Konstytucja ta powtarza zasadę prawa klasycznego (D 6, 1 fr. 24, Gaius IV 148); natomiast ekshibicja rzeczy spornej jako przygotowanie sporu o posiadanie jest powtórzeniem zasady zawartej w D 10, 4 fr. 3 § 4, a zatem wzmianka tego rodzaju, nadająca *actioni ad exhibendum* charakter przygotowawczy, nie może pochodzić od Dioklecjana, który w następnym roku (294) w konstytucji C 3, 42 c. 9 używa słowa *exhibere* w klasycznym znaczeniu t. j. wydania rzeczy. (Jeżeli zamiast *condemnatio* jest w tej ostatniej konstytucji mowa o *iussus exhibendi*, to znajduje ona wytłumaczenie we właściwościach procesu cesarskiego). Interpolację słów »ab eodem iudice« w C 3, 32 c. 13 wykazał Biondo-Biondi, *Compensazione* str. 56.

³ Ze względu na tę zmianę kompilatorowie interpolowali w D 6, 1 fr. 9 słowa »*Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat...* (ob. Siber, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio*),

nis ad exhibendam rem furtivam kompilatorowie interpolowali *condictionem furtivam*¹.

Skutkiem zmienionej struktury procesu cywilnego *rei vindicatio* prawa justynjańskiego uzasadnioną się staje już wówczas, gdy pozwany narusza prawo własności, choćby nawet nie kwestjonował własności powoda. (W prawie dawniejszem i klasycznym nie przychodziło wtedy do *litis contestatio*, lecz powód mógł objąć rzecz nieruchomą w posiadanie na podstawie *interdictum quem fundum*, rzecz ruchomą na podstawie pretorskiego *duci vel ferri iubere*). Zmieniona struktura procesu cywilnego sprawia, że miejsce kondemnacji pieniężnej zajmuje egzekucja *manu militari* (ob. intp. w D 6, 1 fr. 68).

Zupełnie podobnym przeobrażeniem ulegają i inne odmiany *actionis ad exhibendum*, przedstawione powyżej w R. II 2—7. *Actio ad exhibendum* przysługująca użytkowcy zlewa się w jedno powództwo z *ususfructus vindicatio*, które w prawie bizantyńskim nosi nazwę *actionis confessoriae*².

Actio ad exhibendum, z której korzystała osoba chroniona przez *actio in rem Publiciana* zlewa się podobnie w jedno z tem ostatniem powództwem. (Nie można jednak zapominać, że *actio in rem Publiciana* w prawie justynjańskim ma ciaśniejszy zakres zastosowania, niż w prawie klasycznym skutkiem zniesienia różnicy między własnością *ex iure Quiritium* a t. zw. *in bonis esse* i że skutkiem tego służy tylko do ochrony tego, który nabył rzecz *ex iusta causa* w dobrej wierze od niewłaściciela). Podobnie *actio ad exhibendum* przysługująca wierzycielowi zastawniczemu zlewa się w jedno z *actio pignoratitia in rem*, a to nowe powództwo nosi nazwę *actionis pignoratitiae in rem* lub *hypothecariae* (arg. interpolacja w D 20, 1 fr. 16 § 3, ob. wyżej Rozdz. II, 4).

Specjalna *actio ad exhibendum servum*, *cuius optio relicta est* stała się już w prawie klasycznym zbyt skuteczną fikcją spełnienia się warunku na korzyść legatarjusza, zawartej w D 50, 17 fr. 161 i D 36, 2 fr. 5 § 5; to też zanika ona całkowicie w prawie poklasycznym.

Actio ad exhibendum ex causa noxali (ob. wyżej Rozdz. II 7) zlewa się w jedną całość z *actio noxalis*; gdy jednak osoba, mająca obwinionego pod swą władzą, albo wypiera się tego albo *dolo fecit*, *quominus in sua potestate esset*, wówczas powodowi przysługuje *actio noxalis detracta noxae deditio* (ob. D 9, 4 fr. 21 § 2 intp. i inne w tit. D 9, 4). Skutkiem zmienionej struktury procesu cywilnego, a mianowicie skutkiem tego, że kondemnacja pieniężna w procesie cesarskim nie jest już koniecznością, zmienia się żądanie pozwu przy

¹ Ustępy te są zebrane w mej pracy »De conditione ex causa furtiva«.

² Segrè w *Mélanges Girard* wykazuje, że nazwa »*actio confessoria*« jest pochodzenia bizantyńskiego.

actiones noxales, mianowicie według prawa poklasycznego powód domaga się albo noxae dationis, albo zapłacenia kary względnie odszkodowania za obwinionego. Wreszcie w prawie justynjańskim zniesioną zostaje noxae datio filii familias tak, iż actiones noxales mają zastosowanie tylko ex delicto servi.

2. Pierwiastki, z których wytworzy się actio ad exhibendum prawa justynjańskiego.

A) Rzymska instytucja poszukiwania rzeczy skradzionej lance et licio lub testibus praesentibus (Gai IV 183—194) wychodzi stopniowo z użycia (I 4, 1 § 4 in fine) w miarę jak władza państwowa poczyną okradzionemu przychodzić z pomocą i przeprowadzać rewizję u podejrzanego (Mommsen Römisches Strafrecht str. 748, 749 tekst i uw. 3—5). Później jeszcze — jak wiadomo — wiele instytucyj prawa rzymskiego zanika skutkiem tego, że we wschodniej połowie państwa wśród szerokich warstw ludności, pomimo narzucenia prawa rzymskiego wraz z obywatelstwem rzymskiem na mocy constitutionis Antoninae, utrzymuje się prawo greckie lub hellenistyczne. Według prawa greckiego, jeżeli właścicielowi zginęły jego rzeczy ruchome, wówczas od osoby, u której — według jego przypuszczeń — te rzeczy się znajdowały, mógł domagać się ich okazania za pośrednictwem t. zw. *δίην εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν*, oraz wskazania tego, od którego wspomniane rzeczy zostały nabyte przez ich obecnego dzierżyciela. *Δίην εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν* albo doprowadzała do zwrotu rzeczy powodowi, albo też wywiązywał się z niej proces o lepsze prawo do spornej rzeczy (ob. Rabel w ZSS. t. 36 str. 381 i n.). Całe to postępowanie było dość podobne do germańskiego Anefangu i do powoływania się na gwaranta (Gewährsmann), a logiczną jego przesłanką była — podobnie jak przy analogicznych instytucjach prawa germańskiego — względna ochrona prawa własności, zasadniczo odmienna od rzymskiej bezwzględnej ochrony, wyrażającej się w zasadzie »ubi meam rem invenio, ibi vindico«¹.

Kodyfikacja justynjańska stanęła na stanowisku rzymskiem, t. j. za podstawę przyjęła rzymską rei vindicationem i rzymską zasadę bezwzględnej ochrony prawa własności. Gdyby się trzymać zasad ścisłej logiki, należałoby całą grecką *δίην εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν* uznać tem samem za uchyloną, jako niezgodną z rzymską rei vindicatio, podobnie jak później w Niemczech skutkiem recepcji prawa rzymskiego i rzymskiej rei vindicatio zanikły germańskie środki ochrony

¹ Co do prawa germańskiego ob. Hübner Grundzüge des deutschen Privatrechtes (1908) § 58 oraz Holtzendorffs Enz. der Rechtswissenschaft t. I wyd. 7 str. 128 (Brunner) str. 264, 265 (v. Gierke).

własności rzeczy ruchomych (Anefang itp.). Kompilatorowie jednak obrali kompromisowy, połowiczny sposób rozwiązania tej kwestji, mianowicie postanowili utrzymać *δίχην εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν* jako stadium wstępne do windykcji rzeczy ruchomych. Ponieważ *δίχην εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν* mogła w niektórych wypadkach doprowadzić bezpośrednio do odzyskania rzeczy przez powoda, a w innych wywiązywał się z niej proces o lepsze prawo do spornej rzeczy, więc kompilatorowie zidentyfikowali *δίχην εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν* z rzymską *actio ad exhibendum* i w tym celu przez wyżej przedstawione, niezmiernie śmiałe interpolacje dostosowali teksty prawników rzymskich, poświęcone rzymskiej *actioni ad exhibendum*, do utrzymanej przez się w mocy greckiej *δίχην εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν*. Zmiany te, przedstawione powyżej (ob. Rozdz. III i IV), dają się sprowadzić do następujących punktów zasadniczych:

a) za pośrednictwem tej *δίχην εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν* nazwanej po łacinie *actio ad exhibendum*, powód może się domagać okazania rzeczy celem informacji do ewentualnego sporu (D 10, 4 fr. 2 intp.) nie zaś wydania rzeczy. Skutkiem tego w razie zaniechanego okazania rzeczy pozwany nie będzie obowiązany do wynagrodzenia wartości rzeczy, lecz do wynagrodzenia szkody, wyrządzonej powodowi przez utrudnienie wywołane zaniechaniem okazaniem dotyczącej rzeczy (ob. D 10, 4 fr. 9 § 8 intp.);

b) pozwany może być nie tylko posiadacz, lecz każdy dzierżyciel (C 3, 42 c. 8 pr. D 10, 4 fr. 3 § 15 fr. 5 pr.), skutkiem tego także i ten, kto *dolo tenere desit*;

c) powództwo to przysługuje każdemu, który ma słuszny interes prawny w tem, aby żądać okazania rzeczy (D 10, 4 fr. 3 § 9 intp.), najczęściej celem wystąpienia z *rei vindicatio* (D 10, 4 fr. 1, D 10, 4 fr. 3 § 3—10 § 14). Przy *actiones noxales* omawiane powództwo służy do tego, aby poszkodowany czynem bezprawnym niewolnika przez okazanie sobie wszystkich podejrzanych niewolników mógł odszukać winnego (D 10, 4 fr. 3 § 7). Legat polegający na *optio servi relicta* stracił właściwy swój charakter w prawie justynjańskim i została zatarta różnica między nim a zwykłym legatem z pozostawieniem legatarjuszowi prawa wyboru (ob. Dernburg-Sokołowski, Pand. wyd. 8 t. II str. 986, 987); skutkiem tego w prawie justynjańskim omawiane obecnie powództwo przysługuje legatarjuszowi celem zniewolenia dziecka do okazania rzeczy, objętych prawem wyboru (D 10, 4 fr. 3 § 6, § 10). Ze względu na charakter przygotowawczy tej *δίχην εἰς τῶν ἐμφανῶν κατάστασιν*, zwanej po łacinie *actio ad exhibendum*, do dochodzenia jej służy przyspieszony proces sumaryczny (D 10, 4 fr. 3 § 9 Jörs-Wenger, Römische Recht str. 278, 279).

W ten sposób *actio ad exhibendum* prawa justynjańskiego przedstawia się jako środek do wyjednania od władzy państwowej zezwolenia do jednorazowego przemijającego wkroczenia w sferę prawną pozwanego ze względu na słuszny interes powoda.

B) Tą zasadniczą konstrukcją *actionis ad exhibendum* prawa justynjańskiego tłumaczy się zastosowanie jej w innych jeszcze wypadkach.

W prawie klasycznem właścicielowi rzeczy ruchomych, które znalazły się na cudzej nieruchomości, przysługiwały różne interdykty w tym celu, aby mu uczynić możliwem zabranie swych rzeczy wbrew woli właściciela nieruchomości, np. interdykt wprowadzony przez pretora dla ochrony tych, których rzeczy zostały przez powódź zaniezione na cudzy grunt (D 39, 2 fr. 9 § 1), *interdictum de glande legenda* (D 43, 28 fr. 1), interdykt »*ne vim facias mihi, quominus eum thesaurum effodiam, tollam exportem*« (D 10, 4 fr. 15), a w wypadku, nieobjętym żadnym z powyższych interdyktów *actio iniuriarum* (D 19, 1 fr. 25) (ob. wyżej Rozdz. III). W kodyfikacji justynjańskiej interdykty te nie zostają formalnie skreślone przez kompilatorów, ale obok dotychczasowych środków dają oni właścicielowi rzeczy ruchomych *actionem ad exhibendum* przeciwko właścicielowi nieruchomości (D 10, 4 fr. 5 § 2—5 intp. D 19, 5 fr. 16 pr. intp.) (ob. wyżej Rozdz. III).

C) Rzeczy, które skutkiem akcesji stawały się częściami składowymi innej rzeczy, nie mogły być oczywiście przedmiotem windykacji ze strony dotychczasowego właściciela; ten ostatni mógł mieć jednak *actionem ad exhibendum* przeciwko właścicielowi rzeczy głównej, jeżeli tenże daną rzecz złączył ze swoją w jedną całość (np. z materiału dom na swym gruncie wybudował), wiedząc że przyłącza do swojej rzeczy rzecz cudzą; wówczas bowiem *dolo facit, quominus possideat* (D 10, 4 fr. 7 § 1, 2, oraz D 47, 3 fr. 1 § 2 in fine ob. wyżej Rozdz. IV). W kodyfikacji justynjańskiej pod wpływem chrześcijaństwa występuje dążność, aby prawo nie dopuszczało do niesłusznego wzbogacenia się cudzym kosztem; pod tym wpływem zostaje wprowadzone *ius tollendarum impensarum* na rzecz posiadacza, pozwanego przez *rei vindicatio* (ob. Riccobono, *Influenza del cristianesimo*). Pod wpływem tych samych tendencji kompilatorowie justynjańscy dają *actionem ad exhibendum* właścicielowi rzeczy, która skutkiem akcesji stała się częścią składową rzeczy drugiej, przeciwko właścicielowi tej ostatniej; za pośrednictwem *actionis ad exhibendum* może się powód domagać, »*ut res separentur et tunc vindicentur*« (D 6, 1 fr. 23 § 5 intp.), gdyż poza wypadkami wymienionymi przez Cassiusa w D 6, 1 fr. 23 § 5 (wedle prawa justynjańskiego) rzecz przyłączona do drugiej nie

zmienia przez to właściciela. Właściciel rzeczy, do której została wcielona rzecz cudza, według prawa justynjańskiego może być pozwany przez *actio ad exhibendum* bez względu na to, czy *dolo fecit, quominus possideat*, czy też nie.

D) Jeszcze w epoce klasycznej, w razie podejrzenia niewolnika o przestępstwo zagrożone karą publiczną (*crimen*)¹, sąd może panu nakazać dostawienie niewolnika, jak to wynika z C 3, 42 c. 2 Imp. Alexander A. Syro. Si criminis alicuius reus servus postulatur, [per ad exhibendum actionem] produci a domino, non celari debet (r. 222).

Wobec konstrukcji *actionis ad exhibendum* prawa justynjańskiego jako wniosku o udzielenie przez władzę państwową upoważnienia do przemijającego wkroczenia w sferę prawną pozwanego, żądanie dostawienia do sądu podejrzanego niewolnika przez jego pana kompilatorowie pojmują jako *actio ad exhibendum* i odpowiednio do tego interpolują powyższą konstytucję², a przyczynia się do tego ta jeszcze okoliczność, że już poprzednio dostawienie do sądu oznaczane bywało jako *exhibere*³.

Kompilatorowie justynjańscy rozszerzają jeszcze bardziej w tym kierunku zastosowanie *actionis ad exhibendum*, mianowicie przyznają *actionem ad exhibendum* nie tylko w razie popełnienia *criminis* przez niewolnika, ale wogóle w tych wszystkich wypadkach, gdzie pewna osoba ma słuszny interes w tem, aby dotyczący niewolnik został do sądu dostawiony przez osobę, pod której władzą pozostaje, celem przeprowadzenia dowodu przez przesłuchanie (ewentualnie pod torturą) tegoż niewolnika. Zmiany tego rodzaju występują wyraźnie w D 10, 4 fr. 20 (Ulpianus libro secundo regularum). [Quaestionis habendae causa] *ad exhibendum agitur ex delictis servorum* [ad indicandos conscios suos].

Już Beseler (Beitr. I str. 3, 4) zwrócił uwagę na usterki stylistyczne, będące wskazówką interpolacji. Słowa »*ad exhibendum agitur ex delictis servorum*« są stylistycznie i językowo zupełnie poprawne, a zawierają zasadę zgodną z prawem klasycznym; tok myśli psują dopiero

¹ Ob. Costa Crimini e pene str. 23, 32, 97.

² Interpolacja tej konstytucji udowodniona została przez Beselera (Beitr. I 3, 4). Za interpolacją słów »per ad exhibendum actionem« przemawia ponadto tit. D 48, 3 a zwłaszcza D 48, 3 fr. 2 (Papinianus) dotyczący obowiązku dostawienia niewolnika, obwinionego o *crimen*, a nieużywający ani słowa »*exhibere*« na oznaczenie dostawienia niewolnika, ani też nie wspominający o zastosowaniu w tym wypadku *actionis ad exhibendum*.

³ Ob. C 9, 3, c. 3 z r. 340. Imp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius A.A.A. Drepanio proconsuli Africae. Neminem iudicio exhibendum esse praecipimus, nisi de cuius exhibitione iudex pronuntiaverit.

słowa »*Quaestionis habendae causa*«, oraz »*ad indicandos conscios suos*« i one wydają mi się dodatkiem kompilatorów, a ich dodanie nadaje omawianemu fragmentowi ten sens, że poszkodowany za pośrednictwem *actionis ad exhibendum* może domagać się od osoby, mającej niewolnika pod swą władzą, aby ta osoba dostawiła niewolnika do sądu i aby tam niewolnik torturą zmuszony został do wyjawienia współwinnych.

Również pojawia się *actio ad exhibendum servum*, który popełnił *delictum privatum* np. *iniuriam*, celem ukarania go przez władzę państwową (ob. interpolacje wykazane w D 47, 10 fr. 17 § 4 przez Biondo Biondi, *Actiones noxales* str. 163 i n.).

Podobne zastosowanie *actionis ad exhibendum* spotykamy w interpolowanej konstytucji C 3, 42 c. 1 (ob. wyżej str. 76 uw. 2). W myśl interpolacji właściciel, występujący z *rei vindicatio*, może za pośrednictwem *actionis ad exhibendum* domagać się, aby osoba, posiadająca spornego niewolnika, dostawiła go do sądu dla przesłuchania go w celach dowodowych.

Ze względu na powyższą funkcję *actionis ad exhibendum* interpolowany został również D 2, 7 fr. 3. *Ulpianus libro quinto ad edictum pr. Quod si servum quis exemit in ius vocatum, Pedius putat cessare edictum, quoniam non fuit persona, quae in ius vocari potuit, [quid ergo? ad exhibendum erit agendum]*.

Jak z tego przedstawienia widać, *actio ad exhibendum* prawa justynjańskiego opiera się na tej myśli przewodniej, że ze względu na słuszny interes może władza państwowa upoważnić powoda do przemijającego wkroczenia w cudzą sferę prawną, a pomimo zasadniczo zmienionych stosunków ta idea prawna nie jest pozbawiona aktualności.

Wilno 15 lutego 1926.

Treść:

| | Str. |
|---|------|
| Stan dotychczasowych badań | 3 |
| I. Pojęcie exhibendi | 3 |
| 1. Exhibere rem | 4 |
| 2. »Exhibere liberum hominem« tudzież »exhibere liberos« | 10 |
| II. Formuła actionis ad exhibendum | 11 |
| 1. Formuła actionis ad exhibendum, która przysługiwała właścicielowi rzeczy | 12 |
| A) Rekonstrukcja formuły | 12 |
| B) Stosunek actionis ad exhibendum do rei vindicatio | 15 |
| C) Interpretacja tej formuły | 16 |
| 2. Actio ad exhibendum, która przysługuje użytkowcy | 18 |
| 3. Actio ad exhibendum, z której korzystała osoba, chroniona przez actio Publiciana in rem | 19 |
| 4. Actio ad exhibendum, przysługująca wierzycielowi zastawniczemu | 20 |
| 5. Actio ad exhibendum, przysługująca legatarjuszowi, cui servi optio relicta est | 21 |
| 6. Actio ad exhibendum, przysługująca legatarjuszowi wówczas, gdy zapisany mu jest niewolnik, »quem Titius optasset« | 22 |
| 7. Actio ad exhibendum noxium hominem | 23 |
| III. Rekonstrukcja tit. D 10, 4 de actione ad exhibendum | 28 |
| IV. Kwestje szczegółowe przy actio ad exhibendum | 54 |
| 1. Kiedy wprowadzona zostaje actio ad exhibendum? | 54 |
| 2. Kwestja sukcesji i actio ad exhibendas res, quae aliis adiectae accessio- nis loco cedunt wedle prawa klasycznego | 56 |
| 3. Czy dopuszczalną jest actio ad exhibendum fundum? | 68 |
| 4. Rekonstrukcja D 19, 5 fr. 17 § 2 | 73 |
| V. Prawo poklasyczne | 75 |
| 1. Przemiany klasycznej actio ad exhibendum w tym okresie | 75 |
| 2. Pierwiastki, z których wytworzy się actio ad exhibendum prawa justyn- jańskiego | 78 |



Publikacje Wydziału historyczno-filozoficznego.

Archiwum Komisji prawniczej. (Collectanea ex Archivo Collegii iuridici).
Tom VI. Kraków 1897—1926, 8-o, str. 239. 6—

Treść: Ulanowski Bolesław. Acta Ecclesiae Collegiatae Varsoviensis, str. 1. — Kutrzeba Stanisław. De oclusionē viae in Slesiam (z tek śp. Bolesława Ulanowskiego), str. 91. — Ulanowski Bolesław. Jana Sierakowskiego Układ systematyczny prawa polskiego z r. 1554, str. 99. — Ulanowski Bolesław. Projekt unji polsko-litewskiej z r. 1446, str. 235.

Monumenta medii aevi historica res gestas Poloniae illustrantia.
Tomus XIX. Kraków 1927, 8-o, str. XIV i 622. 24—

Treść: Acta Alexandri Regis Poloniae, Magni Ducis Lithuaniae etc. (1501—1506). — Akta Aleksandra Króla polskiego, Wielkiego Księcia litewskiego (1501—1506) — wydał Fryderyk Papée.

Rozprawy Wydziału historyczno-filozoficznego. Serja II. Tom XXXIX. (Ogólnego zbioru t. 64).

Nr 1. — Kozubski Włodzimierz. Opieka nad kobietami w prawie rzymskim. Kraków 1922, 8-o, str. 48. 1—

Nr 2. — Rafacz Józef. Zastępcy stron w dawnym procesie polskim. Kraków 1924, 8-o, str. 91. 2—

Nr 3. — Arnold Stanisław. Stosunek Longobardów do Rzymian we Włoszech półn. w okresie inwazji na tle uposażenia klasztoru św. Kolumbana w Bobbio w w. VII—X. Kraków 1924, 8-o, str. 52. 1:50

Nr 4. — Schmidt Stefan. Własność folwarczna zachodniej Małopolski w chwili wskrzeszenia Państwa Polskiego. Kraków 1924, 8-o, str. 88. 2:40

Nr 5. — Bossowski Franciszek. Znalezienie skarbu wedle prawa rzymskiego. Kraków 1925, 8-o, str. 70. 2—

Rozprawy Wydziału historyczno-filozoficznego. Serja II. Tom XL. (Ogólnego zbioru t. 65).

Nr 1. — Heydel Adam. Podstawowe zagadnienia metodologiczne ekonomji. Kraków 1925, 8-o, str. 88. 1:50

Nr 2. — Zweig Ferdynand. System ekonomji i skarbowości Juliana Dunajewskiego. Kraków 1925, 8-o, str. 33. 1—

Nr 3. — Vetulani Adam. Pozew sądowy w średniowiecznym procesie polskim. Kraków 1925, 8-o, str. 115. 2:40

Nr 4. — Koschenbahr-Łyskowski Ignacy. Conventiones contra bonos mores w prawie rzymskim. Kraków 1925, 8-o, str. 17. —60

Nr 5. — Feldman Józef. Polska a sprawa wschodnia 1709—1714. Kraków 1926, 8-o, str. 163. 6—

Rozprawy Wydziału historyczno-filozoficznego. Serja II. Tom XLI. (Ogólnego zbioru t. 66).

Nr 1. — Abraham Władysław. Pontificale biskupów krakowskich z XIII wieku. Kraków 1927, 8-o, str. 30 i 5 tabl. 2:40