

3

Q. B. V. D.
DISPUTATIO HUIUS ARGUMENTI PRIOR
DE

**FICTIONIBUS
JURIS IN CEREBRO JURIS-
CONSULTORUM NATIS ATQUE
E SANA JURISPRUDENTIA
ELIMINANDIS,**

QUAM
PRÆSIDE

DOMINO

DAN. FRIDERICO HOHEISEL

J. U. ET PHILOS. D. AC REG. BEROL. SOCIE-
TAT. SCIENT. SOD.

IN ACADEMIA FRIDERICIANA

D. OCTOBR. MDCCXXVII.

H. L. Q. C.

DEFENDET

AUCTOR

GABRIEL GODOFRED. WEINMARUS

DRESD. LL. C.

HALÆ MAGDEBURGICAE,
TYPIS IOANNIS GRUNERTI, ACADEM. TYPOGR.

Diss. jur. civ.

201, 26.

CICERO *Orat. pro Murena cap. XI. & XII.*

Quæ dum erant occulta, necessario ab eis, qui ea tenebant, petebantur: postea vero pervulgata, atque in manibus jactata & excussa, inanissima prudentiæ reperta sunt: fraudis autem & stultitiæ plenissima. Nam cum permulta præclare legibus essent constituta, ea *Itorum ingenis pleraque corrupta ac depravata sunt.*

In omni denique jure civili *æquitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt:* ut, quia in alicujus libris, exempli causa, id nomen invenerant, putarunt, omnes mulieres, quæ coëmptionem facerent, *Cajas* vocari.

URBIS IN ELECTORALI SAXONIA PRINCIPIS
D R E S D Æ

FAMA FIDEQUE INCLUTÆ

SENATUI SPLENDIDISSIMO

V I R I S

*PRÆNOBILISSIMIS, AMPLIS-
SIMIS, CONSULTISSIMIS AC
PRUDENTISSIMIS*

DNN. CONSULIBUS,

DN. SYNDICO,

DNN. PRÆTORIBUS,

COETERISQUE

DNN. SENATORIBUS,

PATRONIS AC MÆCENATI-
BUS SUIS,

SUBMISSA VENERANDIS MENTE,

SALUTEM AC FELICITATEM!

V I R I
PRÆNOBILISSIMI, CONSULTIS-
SIMI, AMPLISSIMI,

PATRONI AC MÆCENATES, QUA PAR
EST, PIETATE DEVENERANDI,



Vas ingenui omnes san-
ctas censent, grati ani-
mi leges, incitamento
fuerunt mihi, ut qua-
lescunque has studio-
rum academicorum primitias *Splendi-
dissi-*

dissimis Nominibus Vestris inscribere-
rem; quinquennium enim est, &
quod excurrit, ex quo desideratissimo-
rum parentum meorum vices simul-
que curam bonorum supremam susci-
pere, & huc usque benigne gerere di-
gnati estis. Hujus in me collati bene-
ficii memor, primam quoque occasio-
nem amplexus sum, devinctissimum
Vobis animum meum declarandi, gra-
tesque agendi maximas. Exiguum
est, quod *Vobis* offero munusculum, sed
quæ Vestra est benignitas, non quid,
sed qua mente offeratur *Vobis*, confi-
derabitis. Supremum Numen vene-
ror, velit consilia Vestra ac pro salute
publica occupationes concatenatas
exoptatissimis beare successibus, sospi-
tesque Vos ac incolumes unacum gen-
te Vestra Nobilissima servare quam
diutissime, qui, quod reliquum est, ut
con-

constanti gratiæ Vestræ ac benevo-
lentiæ commendatissimum me ha-
habeatis est quod submisse rogo,

**VIRI PRÆNOBILISSIMI, CON-
SULTISSIMI, AMPLISSIMI,**

**PATRONI AC MÆCENATES, QUAE PAR EST,
PIETATE DEVENERANDI,**

**CELEBERRIMORUM NOMI-
NUM VESTRORVM**

Cultorem devotissimum

GABR. GODOFR. WEINMARUM
DRESD. LL. C.



§. I.



*F*ictionum Juris Romani *inconcin-* *Prooemium.*
nitatem speciali disputatione do-
cuit *B. Titius*, de earum usu an-
tiquo non-usu hodierno disputavit
Dn. D. August. Frid. Müller; ostendit etiam *Celeb. Gerardus*
Noodt Probabilium Juris Civ. Lib.
III. cap. XII. earum saltim usum

quendam apud veteres fuisse; quam sententiam quoque
tuetur *B. Georg. Bayerus ad Dig. Tit. de Orig. Jur. §. 74.*
seqq. ubi inter alia: *totam*, inquit, *fictionum materiam*
hodie inutilem esse constat: nihilominus tamen & ipse Baye-
rus tam in *Inst.* quam *Digestis* fingit quam frequentissi-
me, & vix aliquod existat *Juris civilis systema vel com-*
pendium, in quo non quamplurimæ occurrant fictio-
nes, eæque probationum loco obtrudantur, ita profus, ut
ubi forte unus vel alter *Jurisprudenciam hodiernam & pra-*
gmaticam sine fictionibus juris explicet tradatque, non
deficiant, quibus hoc factum tantopere insulfum videat-
ur, ut sola recensione illud abunde refutari existiment,
quæstionem reputantes *Domitianam*; an *iurisprudencia*
hodierna absque fictionibus proponi atque intelligi possit

ac debeat? Prouti autem quæstionem eam affirmandam omnino esse nullus dubito, ita rationes sententiæ meæ ea, qua par est, evidentiâ hisce exponere plagulis in animum induxi. Equidem laudatos antea *B. Titium* ac *Dn. Müllerum* multa jam hujus argumenti perfecisse lubens confiteor, non tamen deficiunt nobis, quæ ipsorum meditationibus possimus adjicere, usui futura. Faxit autem Deus T. O. M. rationis rectæ auctor, qua nihil nobis dedit præstantius, nihil utilius, (nam quicquid felicitatis hoc ævo adipiscimur, rationi debemus, nec aliam ob causam salutis æternæ præ brutis destinati sumus, quam quod nos ratione pollemus, illis negata) ut quæ de rectæ rationis usu in Jurisprudentiâ adhibendo dicturi sumus, cedant feliciter.

§. II.

Incipiendum autem mihi esse in hac materia a definitione fictionum Juris facile intelligo, quam tamen si completam exhiberem, eam definiens per *asylum* aut *inventum ignorantie in cerebro Actorum ortum* &c. multi lectorum meorum confestim e manibus projicerent scripturam meam, hæreseos juridicæ me non accusantes solummodo, sed & sine hæsitatione damnantes crudeliter. Quamobrem retinebo tantisper communem definitionem, aut saltim componam aliquam communi sententiæ, eorum etiam qui fictionum patroni sunt, apprimè conformem, in qua quicquid occurrerit, *verum* quidem erit, sed ad ideam fictionis completam exhibendam *minus sufficiens*, deinde sub finem dissertationis plenior definitionem superaddam. Est igitur fictio iuris *commentum in jurisprudentiâ occurrens, quo in factis, in abstractione considerato, evidenter falsum pro vero supponitur (ita nempe ut id contigisse dicatur quod minime contigit, vel id non contigisse dicatur quod omnino contigit) ut ipsum illud commentum decisioni inserviat, atque equa inde possit deduci conclusio.* Vid. Voëtius *Comment. ad Dig. Tit. de Probat. & Præsumpt. §. 19.* Westenberg in *Compend. π. eod.*

Fictio juris
quid?

π. eod. Tit. §. 28. Celeberr. Dn. D. Müller Diss. de Fictionum Juris Rom. usu antiquo non-usu hodierno §. 6. Add. B. Titius Diss. de Fictionum Roman. natura & inconcinnitate §. 29.

§. III.

Dico *fictiones in jurisprudentia occurrere*, (§. II.) quod enim in ipso jure Rom. quatenus jus complexum verarum legum denotat, haud occurrant, mox ostendam; itaque hoc in passu a communi doctrina parumper recedere necesse habui. Deinde potuissem quidem dicere, quod in Corpore Juris (quo etiam commentationes & glossæ Jctorum Rom. ad edictum Prætoris continentur) *fictiones* existant; sed reperiuntur eadem etiam circa novissimas leges Imperii Romano-Germanici: sic notissimum est, quod occasione *Recessus Imp. noviss. §. 36.* Jcti distinguant inter *litis contestationem veram & fictam* vid. *Voetius ad Dig. Tit. de Judic. §. 145.* quare ut definitio mea omnem *fictionum* ambitum complecteretur, *jurisprudentie in genere* mentio erat facienda, quo ipso simul petitionem principii evitavi, quod si enim vel maxime credas, *fictiones* in ipsis *legibus Romanis* fundatas esse, adhuc tamen definitionis meæ veritatem concedas necesse est, cum leges sint procul dubio objectum jurisprudentiæ, utpote quæ tota quanta circa leges explicandas atque applicandas versatur.

Cur in definitione jurisprudentie in genere mentio sit facta?

§. IV.

Porro in definitione docui *in fictione Juris considerari factum aliquod in abstracto*, (§. II.) veluti si *quis* (quisquis sit) ab hostibus sit captus atque in captivitate moriatur, item si *aliquis pater* (quisquis sit) filium suum sine justa causa ex heredem scribat &c. unde patet *fictionem juris* non concipi in casu aliquo singulari ac specialissimo, nisi quatenus is ex generalibus istis principiis deciditur, quod si enim liceret Jctis ac iudicibus in casibus specialibus circumstantias fingere pro lubitu, tali modo omnem justitiam conculcatum, atque ex *fictione* nihil minus quam æquam decisionem deductum iri, facile patet (contra §. II.

In fictione juris considerantur negotia & facta hominum in genere seu in abstracto.

in fin.) sic si circa hunc vel illum contractum, quem Titius cum Cajo inicit, fingerem, Titium dolo fraudibusque Caji esse deceptum, maxime iniqua inde sequeretur decisio: idem in aliis exemplis dicendum.

§. V.

*Fictio inservit
decisioni, unde
in facti
specie juridica
nulla occurrit
fictio juris.*

Præterea observandum, *in fictione falsum pro vero supponi, ita ut tale commentum decisioni inserviat* (§. II.) Noto enim notius est, quod minima circumstantia variet factum, & consequenter etiam applicationem juris mutet: quales vero sint ejusmodi circumstantiæ, non nisi ex natura singulorum negotiorum judicandum est. Jam autem fictio juris talem circumstantiam fingit, ex qua *ipse depromitur decisio*. Sic v. g. in dato §. præc. exemplo pater fingitur *furiosus*, atque inde concluditur: *ejus testamentum non valere*. Ex hoc igitur patet, in problemate juridico seu specie facti, (uti vulgo vocatur) de qua animi sui sententiam exponere collegia juridica, aut privati etiam Jcti rogantur, nullam occurrere fictionem juris, licet ejusmodi species facti sit repleta fictionibus ac figmentis quamplurimis. Omnes enim istæ circumstantiæ facti aut ad decisionem casus propositi nihil faciunt, aut in eo sunt attendendæ: si illud, nulla aderit *fictio juris*, utpote quæ semper ad decisionem aliquid conferre necessario debet, per ea quæ deduximus: si hoc, ejusmodi fictio ac suggestio falsarum circumstantiarum vel decisionem *inutilem* producet, si nempe altera pars fraudem ejus qui speciem facti formavit, animadverterit, vel decisio sequeretur *iniqua*, non tamen Jctis respondentibus, sed fraudibus interrogantis imputanda, ergo nec eo casu aderit *fictio juris* (per §. II. in fin.) unde in specie facti qualescunque fingantur circumstantiæ nunquam aderit *fictio juris*.

§. VI.

Quod exemplo illustratur.

Juvat hæc, quæ de problematibus juridicis diximus, exemplo illustrare. Sic si collegio juridico proponas mortuum esse Francofurti pictorem, tribus relictis filiis, Carolo

DE FICTIONIBUS E JURISPRUD. ELIMIN. 7

Tolo, Bartholo & Baldo, illum duo millia a patre vivo accepisse in librum rationum a patre non relata, studiisque ac promotioni doctorali impensa; alterum cum uxorem duceret mille & quingenta reportasse, ut oeconomiam inde instrueret; Baldum denique puerum esse, cum nihil præter alimenta, & quæ ad educationem faciunt, patrem præbuisse, nunc autem in patris mortui bonis reperiri adhuc quinque millia, & jam quæri: quomodo familiaræ heriscundæ judicium inter tres filios istos sit finendum? quodsi, inquam, hæc ita proponas, atque in casu isto falsum sit, patrem mortuum *piclorem* fuisse, *Francofurti* habitasse, vocatum fuisse *Javolenum*, licet porro falsa sint *omnium liberorum nomina*, imo licet *duos tantum filios* nati majores, unamque *filiam puellam* reliquerit, hæc tamen non sunt fictiones juris: recensitæ enim circumstantiæ, quotquot sunt, ad decisionem problematis propositi nihil faciunt, eo saltim tendentes, ut incognitum maneat Jctis qui interrogantur, quænam sint personæ litigantes. Sed si in ejusmodi problemate circumstantiæ, ad quas in decisione attendi oportet, fictitiæ sint, veluti si in dato exemplo duo ista millia quæ *studiis* impensa supponuntur, ad *tabernam mercatoriam* instruendam data sint, tunc hæc fictio non eo faciet, ut æqua sequatur decisio, sed ut vel *inutilis* sit, vel *iniqua* (vid. §. præc.)

§. VII.

Adhuc diximus in definitione: *evidenter falsum pro Fictio juris vero supponi, ita nempe, ut id contigisse dicatur, quod non evidenter falsum pro vero contigit & vice versa* (vid. §. II.) quo ipso casus fictitii, qui a Jctis, Philosophis, mathematicis, arithmeti-^{sum pro vero} cis proponuntur, a fictionibus juris liquido discerni possunt, ^{sapponit, hinc} nam eiusmodi casus non pro iis qui *vere contigerunt* ven-^{casus fictitii} ditantur, sed *possibiles* tantum dicuntur, atque ubi possi-^{juridici, mo-} biles non sint, absurditate laborant insigni. *Vid. Dn. Præ. Juris.* ^{rales &c. non} *ses in Tract. de Ideis cap. I. §. 67;* præterea circumstantiæ ^{sunt fictiones} speciales fictitiæ in ejusmodi casibus occurrentes, si ve-

re

re impossibiles sunt, rem ipsam plane non adficiunt, nec decisioni directo inserviunt (vid. *Idem c. l. §. 94. & 95.*) adeoque iterum hic nullæ occurrunt fictiones juris (*per §. V. pr.*) (*)

§. VIII.

E fictione Juris æqua sequi debet conclusio.

Totum autem fictionis commentum eo tendit, ut æqua inde sequatur conclusio (§. II.) Est autem æquitas nihil aliud, quam veritas ex juris naturalis systemate petita, atque officia hominibus debita nobis tradens. Ergo si æqua conclusio in casibus in abstractione conceptis (vid. §. IV.) sine fictione inferri potest, ibi fictio merito omittenda; Et sane cum multa occurrant in jurisprudentia nostra æquitati convenientia, quæ absque fictionibus proponuntur, facile liquet, non ad id, ut conclusio fiat æqua, absolute requiri fictionem.

§. IX.

Fingunt interpretes circa contractus conditionatos.

Supereft ut quæ diximus exemplis illustremus. Ex data autem definitione §. II. quam hucusque explicavimus, sequitur, fictionem juris occurrere 1) in contractibus conditionatis; pacto enim aut contractu sub conditione inito, dicunt Juri, dum in suspenso est conditio, nihil deberi, nullamque nasci obligationem, sed tantum spem esse, debitum iri, §. 4. *F. de Verb. Obl.* nihilominus obligationem nondum quidem natam, conceptam tamen esse, illamque tanquam in utero materno latere; jam vero
si exi-

(*) Distincte nobis ostendendum fuit, fictiones illas, de quibus tribus hisce §§. egimus, ad fictiones juris minime referendas esse, unde lector facile intelliget, nos fictiones juris vere tales absurditatis accusantes, de hujusce generis fictionibus minime intelligendos esse, utpote quibus jurisprudentia aliæque disciplinæ eruditæ carere non possunt. Cumque illi qui de fictionibus juris egerunt, discrimen inter hasce fictiones & fictiones juris non tradiderint, inde forte fictionum patroni occasionem nacti sunt, dicendi, jurisprudentiam absque fictionibus tradi non posse, (vid. supra §. I.) jam autem istam elabendi viam ipsis præclusimus,

si existat conditio, existentiam ejus *retrotrahi* per fictionem *ad tempus conventionis*, ita ut illico intelligatur evenisse, vel ab initio pure conventum esse; si autem deficiat conditio, fingunt, ipsam quoque *deficere conventionem*, seu *nihil prorsus conventum esse*. Vid. Lauterb. Colleg. theoret. pract. Pandect. Tit. de Pactis §. 78--82. ubi ingentem feriem Legum ac Doctorum allegat. Occurrunt hic tres circiter fictiones ut totidem conclusiones æquitati conformes inde deduci queant; nempe ex conceptione obligationis sequitur *non plane inutilem esse conventionem conditionatam*, licet conditionis eventus nondum secutus sit; ex fictione retrotractiva sequitur, *perfectam inde oriri obligationem*, ut jam actio possit institui, denique ex fictione nihil esse conventum, concluditur *nullam esse obligationem*.

§. X.

Juvat bellissimas hasce fictiones exemplo illustrare. Iniit Mevius mercator cum Javoleno contractum asservationis, & promittit Javoleno se tria millia soluturum Mevio, si navis ejus in itinere interierit, reciproca autem promissione Mevius mercator spondet, soluturum se Javoleno sexcenta si navis sarta atque incolumis iter istud absolverit: & hætenus nulla est obligatio, sed illa in *utero materno* tantum latet (procul dubio est filia spuria, licet enim in utero lateat, nihil tamen Doctores de patre monent.) Jam si post sex menses navis iter emensa fuerit feliciter, fingendum est, quod jam *eo ipso momento*, quo Mevius cum Javoleno contraxit, *in portum pervenerit*, unde concluditur, quod mercator Mevius Javoleno debeat solvere sexcenta: si conditio deficiat, h. e. si navis intereat fingendum est, *plane nullum contractum iniisse Mevium cum Javoleno*, ad hunc effectum, ut Mercator Mevius nihil prorsus debeat Javoleno: attamen cum sub hac conditione Javoleno mercatori tria millia promiserit, si navis interierit, *simul fingendum est, navem jam tunc cum contraherent periisse*,

*Applicatio
harum fictio-
num ad con-
tractum asse-
curationis.*

B

ad

ad hunc effectum, ut Javolenus mercatori tria millia debeat solvere. (*)

§. XI.

*Nascitur per
fictionem juris tunc pro natis,
habentur pro
natis.*

Sic quoque 2) fictio juris est, quod nascituri habeantur pro natis, sive fingantur jam nati, quoties de ipsorum commodo agitur L. 231. ff. de V. S. Lauterbach c. l. Tit. de Statu hom. §. 27. ex quo sequitur æqua conclusio, quod is qui in utero est, posthumus debeat institui hæres, quod ad hereditatem sit admittendus, quod tutor ei possit dari. Unde etiam deducunt, quod mater prægnans non possit torturæ imponi, & multo minus ultimo adfici supplicio. Inficiam tamen ire non possum, me ne quidem concipere, quomodo duæ postremæ conclusiones ex fictione præmissa deduci queant, nam si embryo fingeretur iam natus, nihil prorsus impedimento esset, quo minus quæstio de matre haberi, eademque ad capitale trahi supplicium posset.

§. XII.

*Hæreditas
fugitur do-
mina.*

Eodem modo 3) hæreditas nondum adita pro domino habetur L. 61. ff. de A. R. D. vel (quia scilicet hæreditas generis est fœminini) *domina est. L. 31. pr. ff. de Hered. Inst. & defuncti locum obtinet c. l. 31. L. 22. ff. de Fidejuss. §. 2. F. de Hered. Inst.* alibi autem dicitur, quod personam hæredis sustineat hæreditas L. 24. ff. de Novat.; quæ loca suppeditarunt commentatoribus occasionem, quasi de salute Græciæ ageretur, acerrime disceptandi, utrum fingenda sit hæreditas personam hæredis, an defuncti sustinere? Ex ista fictione autem fluunt æquæ conclusiones, quod hæreditati per servos hæreditarios acquiratur, quodque res hæ-

(*) Displicebit forte fictionum architectis hoc a me prolatum exemplum, sed cum illud revera nihil aliud contineat, quam genuinam applicationem doctrinæ §. IX. traditæ ad casum specialem, qui inter mercatores quotidie frequentatur, aut admittant hoc exemplum, aut fateantur necesse est, jurisprudentiam suam applicari non posse.

DE FICTIONIBUS E JURISPRUD. ELIMIN. 11

hæreditariæ non sint habendæ pro rebus nullius, sed eas
surripiciens criminis expilatæ hæreditatis sit reus.

§. XIII.

Colligunt etiam 4) interpretes ex §. 4. *J. de inutil. stipulat.* & *L. 16. ff. de Furt. patrem & filium fingi unam personam*, atque inde concludunt, alteri adversus alterum nullam competere actionem, testimonium alterum pro altero ferre non posse &c.

Pater & filius per fictionem juris habentur pro una persona.

§. XIV.

Ejusdem farinae est 5) fictio, *servos pro nullis haberi, tam in jure civili L. 32. ff. de Reg. Jur. quam apud Præto-*rem *L. 1. ff. de Jure delib.* usque adeo ut servitus fere morti comparetur *L. 209. ff. de R. J.* unde sequitur, quod servus non possit hæres esse, nisi ex persona domini. *cit. L. 1. nec ex contractibus civiliter obligari L. 14. L. 43. ff. de O. & A.* Superfunt adhuc plura alia fictionum exempla, sed quia de iis infra commodior dicendi occasio erit, illas hoc loco præterimus.

Servi per fictionem juris habentur pro nullis.

§. XV.

Illud saltim observamus, fictiones etiam occurrere in materia privilegiorum & legum specialium, quibus certo alicui civium ordini *singularia conceduntur iura.* Sic qui pro republica cecidit, *is in perpetuum per gloriam vivere creditur*, (sive ut alii volunt fingitur) unde fuit conclusio, patrem qui alias ob numerum liberorum in vivis existentium a tutela excusatur, etiam illos liberos computare posse, qui in acie ceciderunt *pr. J. de Excusat. Tut.* Sic quoque *B. Stravchius Dissert. ad Jus Justin. IV. §. 3.* docet, legitimationem liberorum non aliter fieri, quam *per fictionem retrotractivam, qua pater & mater finguntur tempore concubitus legitimo matrimonio juncti*, unde deducuntur æquæ conclusiones: legitimaritantum potuisse apud Romanos liberos naturales, quia cum concubina matrimonium esse potuit, nequaquam vero spurios, adulterinos, incestuosos, quia matrimonium inter patrem & matrem ejusmodi liberorum tempore concubitus subsistere non potuit. Quamvis au-

Jura etiam singularia conceduntur per fictionem. Pro republica mortui finguntur vivere. Legitimatione liberorum fit per fictionem retrotractivam.

tem *Illustr. Dn. Thomafius in not. ad Strauch.* istam fictionem jam exploferit, ea tamen denuo placuit *Celeber. Dn. Heineccio in Element. Jur. Civil. §. 166. seqq.* quod ego quidem vehementer miror, tum quia methodo demonstrativæ, cujus speciem hæc elementa præ se ferunt, e diametro contrariantur fictiones, in libello hoc frequenter deprehendendæ, tum quia conclusiones adductæ nequidem omnes ex fictione fluunt, nulla enim mihi patet diversitatis ratio, cur non æque cum *meretrice*, quam cum *concubina* matrimonium subsistere eo tempore potuisset, quo quis prolem ex ea procreavit.

§. XVI.

Demonstratio, quod ex fictione juris æqua conclusio inferri non possit.

Ut autem omnium fictionum juris ineptia pateat, repeto ex supra dictis, *fictionem iuris ideo adhiberi, ut æqua inde deduci possit conclusio.* (§. VIII.) Ergo qui fingit in jure, is vult ex fictione deducere veritatem. Ast veritas ex propositione aliqua non aliter deduci potest, quam hunc in modum: supponitur aliqua propositio vel *affirmativa* vel *negativa*. *Affirmativa* dicit duas ideas A & B. inter se esse connexas; jam subsumo, atque tertia idea C connexa est itidem cum prima A, ergo tertia idea C est etiam connexa cum altera B v. gr. *omnis contractus bilateralis A requirit proportionem B*; atque *emptio C* est contractus bilateralis A, Ergo & *emptio C* requirit proportionem B. In dato exemplo ex *subjecto* propositionis fundamentalis nova elicitur idea, jam vero ex prædicato etiam assumi potest, ut nempe ita concludatur: connexæ sunt ideae A & B; jam vero idea C connexa est cum idea B, ergo & idea C connexa est cum idea A. Denique *negative* possum concludere hunc in modum: connexa est idea A cum idea B, atque C *excludit* ideam B, Ergo & C *excludit* A. v. gr. *omne jus servitutis A competit in re aliena B*; *res propria C non est res aliena B*, ergo in rem propriam C non competit jus servitutis A. Si propositio fundamentalis sit *negativa*, illa dicit duas ideas A & B inter se pugnare, seu unam alteram excludere, jam vero subsumi.

sumi.

sumimus, atque tertia idea C convenit cum A, Ergo C etiam pugnat cum idea B vel etiam ita: atque tertia idea C pugnat cum B, ergo & pugnat cum A. *Add. Dn. Præf. Tract. de Ideis cap. IV.* ubi hæc omnia fusius deducuntur, exemplisque illustrantur. Cum igitur novæ veritatis inventio supponat propositionem fundamentalem, inque hac dicamus vel duas ideas inter se connexas esse, vel se invicem excludere, facile patet, si hæc fundamentalis propositio falsa sit, nullo modo inde elici posse veritatem, quia ex connexionem vel repugnantiam vera duarum idearum concluditur ad connexionem vel repugnantiam tertiæ ideæ; jam vero fictio juris supponit propositionem evidenter falsam, (§. VII.) ergo ex illa per rerum naturam non vera, adeoque nec æqua conclusio deduci potest, hinc ex fictione concludere veritatem est strenue ineptire. Q. E. D.

§. XVII.

Non me fugit, frequentissime fictionibus ac fabulis nos uti quando cum pueris aut plebe nobis res est, etiam illud adjungo, tali modo sæpe effici, ut vera aliqua iis imprimatur conclusio, attamen tunc non intellectum eorum convincimus, sed *voluntatem* tantum stimulamus, affectum nempe tristitiæ, misericordiæ, timoris, lætitiæ in iis excitantes, ac mediante affectu scopum obtinentes nostrum. At cum in scientia judiciofa, qualis est jurisprudentia, non cum pueris aut plebe, quibus principia divinæ hujus scientiæ proponimus, nobis negotium fit; cum studium jurisprudentiæ non opus affectuum sed intellectus ac judicii sit, *intellectus* autem convictionibus ac solidis argumentationibus sit emendandus, usque adeo, ut *affectus* potius cognitioni veritatis *repugnent*, hinc elucescit a methodo stimulandi voluntatem per affectus ad methodum docendi jurisprudentiam conclusionem nullam procedere.

§. XVIII.

Cum igitur ex fictione nullo modo concludi possit *Qui æquitas veri-*

*Occurritur
objectioni,
quod interdum
fabulis
utamur.*

*gem conclusio-
nis suæ intelli-
git, non opus
habet fictione.*

veritas aut æquitas (§. XVI.) necessarium est consequens, eum qui novit conclusionem suam æquam esse, aliunde jam veritatis illius atque æquitatis debere convictum esse, si autem hoc, iisdem quibus ipse convictus est argumētis, (dummodo convictus sit solide) poterit & alios convincere, unde qui veritatem rite intelligit non opus habet fictione; qui eam non intelligit, is per fictionem nunquam de veritate sententiarum suarum erit securus.

§. XIX.

*Fictionum Ju-
ris futilitas
probatur ex
eo, quod dubi-
um maneat
fingenti u-
trum ineptam
an æquam in-
ferat conclu-
sionem.*

Sed ne forte dubium supersit iis, qui demonstrationibus non satis adsueti, ea quæ §. XVI. proposita sunt, nimis difficilia reputaverint, faciliori quadam methodo ostendam fictiones juris omnes nullius esse momenti. Nimirum repeto: *fictionem juris ponere aliquid quod evidenter est falsum.* (§. VII.) Jam vero ex una aliqua falsa atque erronea propositione possunt infiniti numeri falsæ conclusiones inferri, adeoque qui ex fictione concludit, non potest scire, utrum *veram* an *falsam* inferat conclusionem, & licet dicant Jcti, conclusionem debere æquam fieri (§. VIII.) tamen si in æquitate me non aliter convincere queant, quam per fictionem, licebit & mihi eadem methodo illis meas obtrudere conclusiones falsissimas, sub eadem æquitatis specie, adeoque omnis veritas, omnis convictio tollitur, si fictionibus utamur. Exemplo rem illustrabo: Servus fingitur nullus esse in jure civili; sed pœna est ex Jure Civili, qui nullus est puniri non potest, Ergo servus, quomodocunque deliquerit, puniri non potest: Dicis, iniquam hanc esse conclusionem, sed & ego urgeo, tuam, qua dicis servum non ex contractu obligari, iniquam esse; si instas te illam probare per fictionem; hoc quod tibi licet, mihi non erit iniquum, en vero! & ego meam conclusionem fictione probavi. Itaque nihil aliud superest, quam ut conclusionem tuam alia ratione probes, quod ubi feceris, non indiges fictione. Facillimum mihi foret ejusdem generis conclusiones

nes

nes ex omnibus fictionem exemplis hactenus adductis elicere.

§. XX.

Sed ut evidenter appareat, quam sit res lubrica & anceps ex fictione concludere, & quod ignorent ipsi fictionum patroni ac defensores quousque ex fictione procedat consequentia, elegantissimas ipsorum de fictionibus regulas adducam. *Prima est hæc: Fictio idem operatur in casu ficto, quod veritas in casu vero; altera: Fictio non per omnia adæquatur veritati; tertia: Fictio nonnunquam minus operatur quam veritas; quarta: Fictio interdum plus operatur in casu ficto, quam veritas in casu vero. Vid. Titius cit. Diss. §. 59--62.* Sed quis jam perspicere poterit, quænam ex his quatuor regulis in fictione aliqua sit applicanda? Sic si tu adversus conclusionem §. *preced.* a me formatam, mihi occineres regulam *secundam* & *tertiam*; ego e contrario provocarem ad regulam *primam* & *quartam*, adeoque & mea & tua opinio maneret incerta. Quis vero jam controversiam nostram dirimet?

§. XXI.

Sed dicet forte aliquis, vanam solummodo speculationem esse, quam §. *XIX.* & *XX.* proposui, quod nempe ex fictione etiam in absurdas & iniquas conclusiones queamus incidere, solet enim sensus communis nos docere, quid æquum sit, quid iniquum; Et certe negare non sustineo, memet ipsum mihi hanc objectionem formasse; attamen ut cernant omnes, quorum glandula pinealis fictionibus non penitus infecta & perturbata est, nullum esse tam absonum errorem, in quem homines incidere non possint, si genuinis concludendi regulis posthabitis, fictiones loco probationis adferant, exemplis omni exceptione majoribus ostendam, ridiculas juxta ac iniquissimas conclusiones ex fictionibus profluxisse. Docebant JCti, legem Corneliam fingere, eum qui ab hostibus captus est, licet per longum tempus in captivitate maneret,

Et ipsi fictionum patroni nesciunt, quousque ex fictione liceat concludere.

Ipsi Romani e fictionibus absurdas & iniquas conclusiones intulerunt.

neret,

neret, statim tamen tunc, cum caperetur, mortuum esse (*). Quod si igitur quis una cum uxore sua esset captus, atque in servitute procreasset liberos, dicebant istos liberos (quia pater mortuus fingebatur) *sine patre natos* esse, cumque spurii etiam *quasi sine patre nati* dicerentur, vid. §. 12. *J. de Nupt.* concludebant, liberos in captivitate susceptos spurios esse. *L. 25. in fin. ff. de captiv. & postlim. revers;* jam vero cum spurii patri suo non succedant, inde inferebatur, si patre deinde vere mortuo, mater una cum liberis, in captivitate procreatis, in patriam redisset, miseros hosce atque innocentes *liberos ab hereditate paterna esse excludendos*, & ita Divi Severus & Antoninus (procul dubio suggerente stolidissimo quodam Jcto) rescripserunt. *L. 1. C. de postlim. revers.* Nemo negabit, esse hanc & absurdam & iniquam conclusionem, cur enim miseris liberis debebat infortunium parentum nocere, quod pater pro patria pugnans, & de republica optime meritus, perpessus erat? Sic quoque ex fictione supra §. XV. *princ.* adducta *Ayala Lib. 3. de Jure bell. cap. 7. n. 21.* sequentem deducit absurdissimam conclusionem: Statuta cujusdam loci primogenitis varia jura concesserant, ast si primogenitus filius decessisset, secundo genitus illius filius in juribus primogenituræ erat præferendus ex iisdem statutis. Mortuus autem erat primogenitus in acie, relictis liberis, & respondit *Amaya*, primogeniti liberos adhuc filio secundo genito in juribus primogenituræ præferendos esse, licet statutis aliter esset

Et glossatores.

(*) Æqua conclusio, in cujus gratiam hæc fictio proponebatur erat hæc: Captus ab hostibus redigebatur in servitutem §. 4. *J. de Jure Person.* servus autem testamentum facere non poterat *pr. l. quibus non est permiff. fac. testam.* ut tamen testamentum captivi, antequam in bellum profectus esset, ab ipso confectum, valere posset, fingebant, eum mortuum esse statim cum caperetur, cumque momentum mortis adhuc vitæ annumeraretur, concludebant, illum ut liberum mortuum esse, adeoque ejus testamentum valere.

esset provisum. *Quia qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.* Recenset hæc *Vinnius in Comment. ad pr. J. de Excus. Tut. &*, quod mirum, non refutet.

§. XXII.

Ex hisce igitur patet, nullo modo in Jure Nat. fingendum esse, utpote quod ex sana ratione petendum, atque evidenter ac solide demonstrandum est, in quo siingas, omnem evertis æquitatis certitudinem (per §. XIX) (*) Sed nec in legibus civilibus fingendum, quæ saltim conclusiones Juris Nat. & prudentiæ Politicæ sunt, certæ reipublicæ statui atque indoli attemperatæ; (**) nec denique in privilegiis juribusque singularibus concedendis, si enim privilegia non iniqua sint, ac prudentiæ conformia, non est cur ea concedens Princeps fingat, qui jussibus suis civium negotia atque actiones moderatur; si sint iniqua, fictio saltim erit color iniquitatis, adeoque & tunc respuenda est.

Non fingendum in Jure naturæ; non in legibus civilibus; nec in privilegiis.

§. XXIII.

Prouti autem fingere non debet Imperans Civilis (per modo deducta) ita multo minus fingendum est Jcto, siue is *judex* sit, siue *advocatus*, siue *doctor*. Non *judex*, quia is *leges probe explicatas ad facta civium obvenientia* mediante *sententia ejusque executione applicare* debet;

Nec fingere debet Jurisconsultus, siue sit judex, siue advocatus, siue docens.

(*) Essemus in hoc prolixiores, sed otium nobis fecit *Celeberr. Dn. Müller cit. Diss. §. 43.* Reprehendit ibi *Titium*, existimantem etiam in Jure Nat. *fictiones* adhiberi posse. Ut autem pateat lectori, *Titium* hoc non gratis defendisse, adducam aliquod exemplum *fictionis* ab ipso in medium prolatae in *Observ. 496. n. 3. ad Pufend. de Offic. Hom. & Civ.* Nimirum ut ostenderet incæstum Jure Nat. prohiberi, hunc in modum argumentatus est: inter personas illas prohibitas est aliqua unitas, jam vero naturæ repugnat, ut quis *secum ipso coeat*, ac hac ratione genus humanum propaget.

(**) Hoc argumentum pariter fusius ac curatius proponit sæpius laudatus *Dn. Müller cit. Diss. §. 38.*

debet; sed explicandæ sunt leges secundum mentem Imperantis Civilis, applicatio facienda argumentatione a genere ad speciem, in qua exulat fictio: non advocatus, quia hujus est efficere, ut factum secundum rei veritatem innotescat Judici atque æqua sententia impetretur; nec denique doctor, utpote qui lectores atque auditores suos ad officium legislatoris, judicis, ac denique advocati rite gerendum debet præparare, sed neutrum horum per fictiones impetratur.

§. XXIV.

An fictiones Juris repugnent juri divino positivo? Quamvis autem ad absurditatem fictionum evincendam sufficiat demonstrasse, eas absolute irracionales esse, atque erroribus quamplurimis fenestram aperire (vid. §. XIX. XX. & XXI.) quæri tamen solet, utrum fictiones juris etiam sacræ scripturæ repugnent? quod *Antonium Matthæi* adfirmasse, male habet *Titium cit. Diss. §. 71.* Nihilominus tamen mihi probatu facillimum est, *Antonium Matthæi* bonam causam male defendisse, h. e. ex aliis dictis biblicis, ab ipso non adductis, fictionum juris prohibitionem evinci posse. Apostolus Paulus *Rom. XIV, 5.* scribit: *Quisque (adeoque Legislator, Judex, advocatus, docens) sententiæ suæ sit certo convictus; & in vers. 23. quicquid non provenire certa convictione peccatum est:* jam vero qui e fictione juris concludit, sententiæ suæ non est certus (per §. XVI. XVIII. XIX. &c.) adeoque fingentis lex, sententia, defensio, doctrina peccatum est. Spectat huc quoque locus *Prov. XVIII. 17. Justus homo sententiæ suæ antea certus est, & talem eum deprehendit proximus ad ipsum accedens.* Cumque idem auctor exponere vellet, se boni docentis officium explevisse; *nonne tibi, inquit, iteratis vicibus præscripsi regulas, consilia tibi ac doctrinas proponens, ut ostenderem tibi certum veritatis fundamentum? Prov. XXII. 20. 21.* Prouti autem nunquam a me impetrare potui, ut crederem sacram scripturam eum in finem nobis esse datam, ut philosophiam inde vel jurisprudentiam discamus, sed potius persuasum habeam, de mediis tantum salutis æternæ nos in

ea informari; ita locis (quæ allegavi) biblicis ne quidem futilitatem fictionum evinci necessarium duco, ea quæ e rectæ rationis principiis pro sententia mea in medium protuli, abunde sufficere existimans.

§. XXV.

Quo evidentius autem ex hæcenus deductis elucet, irrationales esse fictiones juris, eo magis operæ pretium videtur dispicere, quomodo factum fuerit, ut Romana jurisprudentia fictionibus tantopere sit repleta, vel (si cum *Alteserra* loqui mavis) cur Corpus juris fictionibus ut cœlum stellulis radiet. Antequam autem hujus rei causam exponam, ante omnia lectorem meum moneo, ne istantam Romanorum sapientiam, justitiam ac prudentiam arbitretur, ut nihil prorsus in ipsorum jurisprudentia inepti aut absurdi deprehendi possit: Verba potius *Ciceronis*, quæ disputationi huic præmissimus, publice in confessu judicum recitata, cum *Tullius M. Catonem*, *Serviumque Sulpitium*, *Jctos peritissimos*, adversarios ac contrariæ parti addictos experiretur, abunde monstrant, nec jurisprudentiam defectibus caruisse, nec illos ocultos cognituque difficiles fuisse, alias enim gravitas consularis non permisisset *Ciceroni* publice in confessu judicum, ringentibus adversariis *Jctis*, scientiam eorum ut stolidam, ut ineptam, ut futilem, ut inanissimam prudentiæ traducere. Quare non cæco quodam impetu iis statim lector album adjiciet calculum, qui omne id quod Romanum est, vel ideo saltim quod originem e *Latio* repetit, quod antiquitatis laude celebratur, quod *Stoicorum* redolet philosophiam, prudens, æquum, aut subtile arbitrantur. Certe vel totus ille formularum apparatus, solida scientia negotiorum moralium ac juridicorum *Jctos Romanos* caruisse, indicio est; stricta stipulationum explicatio, posthabito dolo, metu, errore; ignorantiam juris naturalis arguit. Stoicum illud argumentandi genus, quo ex derivatione vocabulorum ac nominum, imo ex allusione inde petita, demonstrandi principia ubivis

Antequam fictionum causa indagetur, in genere ostenditur, Romana jurisprudentia non tantam esse sapientiam, quanta vulgo creditur.

fere depromuntur, ignorantiam artis cogitandi ac genuinæ, non simulatæ, philosophiæ defectum luculenter ostendit. Sexcenta alia ut transeam.

§. XXVI.

Illi qui fictiones laudant per comparationes ac similia, dimittuntur instantiis ad modum concludendi.

Illorum igitur gerras sine hæsitatione ridemus, refutationem enim non merentur, qui in fictionibus non quod pueri in faba invenisse se putantes, multis eas elogiis ad cœlum usque extollunt, quorum multa (sed cum detestatione) congeffit *B. Titius cit. Disp. §. 72.* Constitunt autem illa in similibus, comparationibus, fucisque oratoriis. Quando enim fictionum patroni dicunt: *per fictiones pervenitur ad justum & equum non dispari arte a nautica, qua, aversi, tendunt ad portum; id fictionum præstantiam non magis evincit, quam illud earum futilitatem ostenderet, si quis eas cum igne fatuo vellet comparare, dicens: prout is qui ignem fatuum sequitur, iter suum feliciter absoluturus, non solum in devia deducitur, sed & paludis squaloribus inquinatur, ita qui per fictiones lucem sibi in inquisitione veritatis accendi existimat, non solum a veritatis tramite deflectit, sed & stultitiæ sordibus operitur;* cum porro iidem ingeminant: *Fictiones sunt eximii colores, quibus veritas fucata non corrumpitur, sed potius illuminatur, posset aliquis, cui oratoria hæc inventa placent, regerere: Imo vero cum veritas nudam alias sese conspiciendam præbeat, fictionum patroni, artes meretricum imitati, fuco & coloribus eam liverunt, non augentes hoc ipso ejus pulchritudinem, sed potius obfuscantes, dum veritas jam larva mendacii circumdata, & vestibus doli fraudisque induta incedit.* Sed transeant hæc comparationes, relinquuntur hæ voces iis artibus, quæ propositum habent placere populo, philosophia (juris) adoretur! *Senec. Epist. 52.*

§. XXVII.

Proponantur argumenta eorum, qui opinantur, fictiones juris, ex

Eorum autem sententia haud exiguam primo intuitu præ se fert probabilitatem, qui putant, magistratus majores, legislatoria potestate destitutos, & novas tamen leges introducturos, fictionibus ideo usos esse, ne plebs muta-

muta-

mutationem antiquarum legum deprehenderet, quam hypothesis tuetur *Vir Celeberr. Dn. August. Frid. Müller in sepius cit. Disputat.* provocans 1) ad inductionem omnium exemplorum, in quibus fictiones occurrunt, 2) ad reliquam œconomiam Juris Prætorii, utpote (α.) bonorum possessionem (β.) restitutionem in integrum (γ.) exceptiones contra jus strictum concessas.

principiis prudentie atq; astutia profuxisse.

§. XXIIIX.

Mihi autem hæc hypothesis multis præmi dubiis videtur, nam 1) exempla fictionum omnia quæ adduximus a §. IX. usque ad §. XV. non ex Jure Prætorio petita, sed in Jctorum ingeniis nata sunt, 2) Imperatores ipsi in rescriptis suis fictiones retinuerunt, uti patet ex *L. 1. C. de postlim. revers.* de qua fusius egi supra §. XXI; ast Imperatores hoc fucō non habebant opus. 3) erant quidem omnino Prætores tantum Magistratus, ast illi jus legum ferendarum tacito populi consensu acquisiverant, id quod in republica irregulari meminī dubium videri potest, imprimis si consideremus, jura majestatica, quorum numero legislatoria etiam potestas est, semper quidem omnia in republica adesse debere, sed non præcise requiri ut penes unum eundemque hominem, ve idem concilium sint, imo illa potius omnino inter plures dividi posse. *Vid. Puf. de Offic. hom. & civ. Lib. II. Cap. 8. §. 12.* Accedit 4) quod Prætores atque Ædiles Curules sæpe sine omni fucō leges vere novas, nemine contradicente, tulerint, quæ potestas prætorum deinde 5) aperte confirmata est per plebiscitum, rogante Cajo Cornelio Tribuno plebis latum. *Vid. Dio Cassius Hist. Rom. Lib. 36.* Imo 6) Edicta prætorii plerumque ita sunt comparata, ut ipsum Jus Nat. atque æquitatem naturalem contineant, quam ob causam Prætoribus suffecisset dicere, se saltem *custodes legum naturalium* sese gerere. Nec 7) tanta stupiditas plebis, & quid dico plebis? populi Romani concipi potest, ut nemo judicum pedaneorum, nemo aliorum Jctorum, nemo denique civium fucum istum statim esset deprehensurus: Quæ omnia efficiunt, ut credere

Moventur septem dubia adversus hanc hypothesis.

non possim, Prætores per astum dominationis fictionibus
ufos esse, easque excogitasse.

§. XXIX.

*Respondetur
ad argumenta
dissentienti-
um, atque
ostenditur 1)
in lege Corne-
lia fictionem
non adfuisse.*

Nec ad argumenta, quæ pro contraria sententia adfe-
feruntur, difficilis est responsio, quod enim ad inductio-
nem exemplorum attinet, urgetur 1) fictio legis Cornelix,
quæ qualis fuerit, cerni potest ex §. XXI. & not. subiecta.
At vero non liquet, a quonam hæc lex lata sit, certe a
Præto latam non esse certissimum est. Itaque aut fuit
Plebiscitum aut lex presse dicta; si lex fuit, cur fictio
fuiisset adhibenda non liquet, cum penes populum Ro-
manum, in comitiis congregatum, esset procul dubio po-
testas legislativa; si Plebiscitum, & hoc vim legis habuit,
nec plebs sibi met ipsi imponere fictione potuisset, multo-
que minus patriciis fucum facere, qui eum facile anim-
advertissent. Imo legem Corneliam ne finxisse quidem
existimo, & optandum saltem foret, ut ipsa hujus legis
verba extarent, quæ procul dubio fuerunt talia: *Circa
res & testamentum domi relictum ejus, qui apud hostes in ca-
ptivitate decessit, idem jus esto, quod obtineret, si statim cum
caperetur decessisset.* Ut autem ea reperire mihi non li-
cuerit, cum quæ de lege Cornelia habemus, e Jctorum
scriptis sint petita, adhuc tamen sententiæ meæ verita-
tem colligo ex L. 18. ff. de Capt. ubi dicitur: *In omnibus
partibus juris, is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc
decessisse videtur, cum captus est,* quæ verba absque omni
fictione explicari possunt imo debent: nimirum circa bo-
na, testamentum ac liberos domi relictos ejus, qui ab ho-
stibus captus est, idem jus servatur, quod locum haberet,
si antequam caperetur fuisset mortuus. Equidem fingit
Tribonianus, fingunt & alii Jcti, fictionem in lege hac
adfuisse, sed id ipsum confirmat hypothesin nostram, in-
fra fusius probandam, fisiones in cerebro Jctorum na-
tas esse.

§. XXX.

*2) Jus postli-
minii & Jctis*

Pergo 2) ad fictionem postliminii. Videtur autem to-
tum

tum

tum postliminii jus interpretatione prudentum seu JCto-^{inventum est,}
 rum introductum esse, atque itidem dubium superest, ^{nec fictionem}
 utrum primi ejus inventores finxerint: saltem *Lex 5. ff. de* ^{continuit.}
Capt. planissima est, ac sine omni fictione potest intelligi,
 verba ejus sunt: *Postliminii jus competit aut in bello, aut*
in pace: In bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex
nostris ceperunt, & inter praesidia sua perduxerunt: nam si
eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, i. e. PER-
INDE ei omnia restituantur jura, AC SI captus non esset ab
hostibus. Sed iterum in hoc jure fictionem Tribonianus
 ac reliqui JCti quaesiverunt, quod novum argumentum
 praebet pro sententia nostra §. *praec. in fin.* proposita.

§. XXXI.

Sequitur 3) fictio traditionis tam per brevem, quam 3) *Traditio*
 per longam manum factae, ubi *Vir Consultiss.* supponit, ^{per brevem}
 res corporales apud Romanos non nisi solemni mancipa- ^{longamque}
 tione alienari potuisse, cum autem de Jure Nat. traditio ^{manum facta}
 ad transferendum jus domini non sit necessaria, sed sal- ^{absque fictio-}
 tim translati domini sit consequens & executio, dicit, ^{ne explicari}
 Praetorem abrogasse solemnem traditionem ac ne quid vi- ^{potest.}
 deretur contra antiquas leges statuisse, Praetorem finxisse,
 quod intervenerit traditio. Varia circa hanc explicatio-
 nem hujus fictionis monenda sunt. Ante omnia obser-
 vandum, res dominio subjectas apud Romanos in duo ge-
 nera abuisse, aliae erant *res Mancipi*, aliae *nec Mancipi*: Mo-
 di autem acquirendi domini varii erat, nempe *mancipa-*
tio, traditio, usucapio, in jure cessio, adjudicatio & lex, seu
 acquisitio immediate ex lege oriunda. Mancipatio quo-
 modo facta sit, fusius exponit *Vir Consult.* Hoc saltem
 monendum, illam non necessariam fuisse, nisi *in rebus man-*
cipi, quae si simplici traditione essent alienatae, usucapio
 accedere debebat, ast in rebus *nec Mancipi* *simplex tradi-*
tio sufficiebat. Rem omnem prolixè atque accurate ex-
 ponit *Ulpian. tot. Tit. XIX.* Cum autem haec ita sint, ve-
 reor ut *Vir Consult.* §. 21. & 22. justè reprehendat Tribo-
 nianum, quod is, sublata licet jam solemni mancipatione,
 adhuc

adhuc tamen antiquorum Jctorum loca Corpori Juris inferuerit, quibus dicebatur: *non nudis pactis, sed demum traditionibus dominia rerum transferri*; cum tamen in iis saltem sermo sit de solemnī mancipatione dudum sublata. Nam sublata licet iam mancipatione, mansit tamen adhuc necessitas traditionis minus solennis, quod apparet ex *L. 20. C. de Pact.* ut adeo hoc in passu nec erraverit Tribonianus, nec ubivis in locum mancipationis vocabulum traditionis substituisse censendus sit. Ut autem propius ad scopum accedam meum, gratis hoc supponi existimo, quod Prætor introduxerit actus vim traditionis habentes, & multo magis quod Prætor finxerit traditionem intervenisse. Potius crediderim hosce, quos dixi actus, eundem cum traditione habentes effectum juridicum, ut nempe iis intervenientibus actio realis deinde posset locum habere, maximam partem Jctos per interpretationem suam introduxisse, & paucissimos hic aliquam fictionem sibi imaginatos esse. Saltem Tribonianus rem omnem sine ulla fictione bene atque accurate exponit in §. 44. *J. de Rer. Div.* & *Lex 3. §. 12. & 13. ff. de Donat. inter V. & U. L. 1. §. 21. L. 18. §. 2. ff. de A. vel A. P.* absque fictionis commento optime intelligi possunt. Idem dicendum foret de *L. 79. ff. de Solut.* nisi hæc verba: *quodammodo longa manu tradita existimanda est*, dubium aliquod moverit, sed & hoc evanescit, si consideres allegorice hæc tantum dici, uti recte observat Godofredus ad istam legem. Non autem omnis allegorica locutio fictionem continet, uti post Titium recte monet ipse *Vir Consultissimus §. 41.*

Explicatur
Lex 43. §. 1. ff.
de Jure dot.

§. XXXII.
Sola *Lex 43. §. 1. ff. de J. dot.* idoneum sensum sine fictione non præbet. Ut hic textus intelligi possit, supponendum est, dotem quidem marito dari, ut usuras pecuniæ aut redditus ex fundo dotali percipiat, sed cum hoc fiat ad sustinenda matrimonii onera, soluto matrimonio competere uxori *vindicationem* si species in dotem datae sint,

sint simpliciter, aut *condictionem*, si genus (potissimum pecuniam) in dotem acceperit maritus. Porro dos ante nuptias solebat promitti, imo & interdum solvi. Evnire autem poterat, ut is, qui mariti creditor esset, dotem eidem daret, quod fieri poterat, si pecuniam, quam maritus debebat, creditor ipsi ut dotem donaret, h. e. ita donaret, ut illa pecunia uteretur frueretur maritus ad ferenda matrimonii onera, hoc autem finito, aut si bona dilapidare inciperet, uxori competeret *condictio*. Cum autem remissio debiti, (inprimis verbis solennibus contracti) *acceptilatione* fieri deberet, hinc maritus interrogare debebat eum, qui dotem constituerebat: *Sæxcentos illos, quos tibi ex stipulatu debeo, habesne acceptos?* regerebat ille: *habeo acceptos.* Vid. L. 41. §. 2. ff. de Fur. dot. Quod si autem nuptiæ secutæ non essent, deficiebat *condictio*, quæ quidem in stipulatione non expressa erat, tacite tamen subintelligebatur, atque ex eo quod inter partes actum erat, antequam ad *acceptationem* progredierentur, liquido apparebat. Vid. L. 21. L. 41. §. 1. ff. eod. & tunc liberatio ex hac *acceptilatione* non sequebatur, sed creditor jus suum exigendi debitum retinebat: Hoc sibi volunt verba nostri textus initialia: *Quoties autem extraneus accepto fert debitori, dotis constituendæ causa; siquidem nuptiæ insecutæ non fuerint; liberatio non sequetur.* Limitat hoc tamen *Jctus*, nisi quis sponsæ debitum istud simpliciter donatum velit, tunc enim si non sequantur nuptiæ, fœminæ ex jure cesso competere *condictionem* debiti istius, quo spectant verba: *Nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum.* Ut autem intelligi possit, quomodo hoc contingat, dicit: *credendum est, brevi manu acceptum a muliere & marito datum;* possent adhuc ista verba sine *fictione* intelligi, nisi subjiceret: *cæterum mulieri per liberam personam condictio acquiri non potest.* Notandum hic est, vocabulum *cæterum* subjecta particula *negandi*, *Jctis* Romanis frequentissimum esse, & idem denotare quod *neque enim*, atque ad eo horum verborum hic est sensus: *fingendum est, brevi*

D

manu

manu acceptum a muliere & marito datum, neque enim mulieri per liberam personam (hoc est per sponsum in præsenti casu) conditio acquiri potest. Notum est quippe axioma Juris Rom. per liberam personam (inprimis ex stipulatu) tertio jus non acquiri posse. §. 5. *F. per quas person. cuique acquir.* §. 4. *F. de inutil. stipul.* Quæ cum ita sint, admitto fictionem traditionis brevi manu factæ in nostro textu occurrere, eam autem non a Prætore ac Magistratu, sed a Jcto & quidem Ulpiano excogitatam esse ipsa lex indicat, qui si ponderasset, axioma hoc mille limitationes secundum principia ipsius juris Quiritium admittere, *vid. Vinn. in Comment. ad cit. §. 4. F. de inutil. stipulat.* si perpendisset, in casu matrimonii consummati uxori conditionem, finito matrimonio instituendam, ex acceptilatione mariti acquiri; si perspexisset secundum Juris Nat. principia nihil impedimento esse, quo minus libera persona alii acquirat, ab hac fictione abstinuisset sane. Supposito enim isto fundamento, quod ipsum Jus Nat. suggerit, tota hæc res, explosa omni fictione, intelligi & potest & debet.

§. XXXIII.

4) *In ritâ vindicationis est quidem fictio, sed non fictio juris: quæ itidem a Jctis inventa est, non a Prætore.*

4) Ad ritum vindicationis quod attinet, concedo illum olim actore, reo & Prætore, in ipso fundo vindicando constitutis, fuisse celebratum, & postmodum propagatis Romanæ reipublicæ finibus, symbolicam quandam manuum confertionem ejus loco obtinuisse, uti eleganter exponit *Vir Consult.* §. 17. & 18. Non tamen hic proprie fictio juris adfuit, eo sensu quo eam definivimus §. II. Quamvis enim actus fuerit symbolicus, utut ficta in eo fuerint pleraque, non tamen fictiones hæc ad merita causæ pertinuerunt, nec æqua inde profluxit conclusio, uti ex fictionibus juris solet (per §. VIII.) nec omnes fictiones, quæ in jurisprudentia occurrunt, statim sunt fictiones juris (per §. VII.) præterea quod ritum istum Prætor introduxerit, & quidem ideo ne populus Rom. animadverteret, ipsum non amplius proficisci in fundum vindi-

vindicandum, id vero non videtur simile. Quis enim crediderit, populum ex hoc ritu persuaderi sibi passum esse, Prætorem revera proficisci, quem domi manere videbant vindicantes, loquentemque audiebant? Itaque aut Prætori licuit vindicationis iudicium in ædibus suis peragere, aut non: si hoc, nihil ipsi profuissent inanium verborum circuitus; si illud, verbis istis non fuit opus. Et licuit ipsi procul omni dubio domi manere, qui totum instruere atque adornare processum poterat, imo qui novum plane procedendi modum in materia possessionum atque interdictorum introducebat. Congruit potius probabilitatis principiis credere, rationem hujus ritus non aliam fuisse, quam quod multi (illi etiam qui jurisprudentiæ nomen dant, atque in primis rabulæ forenses) non alium conceptum actionis judicialis habent, quam quem ex formulis, in tali lite usitatis, sibi formatum, memoriæ mandarunt, usque adeo, ut ubi formula parumper mutetur, nesciant cujusnam generis sit instituta actio. Jurisconsultos Rom. certe raro meliorem actionis conceptum mente tenuisse, apparet ex *toto Tit. 7. de act.* ubi loco definitionum *formulæ* proponuntur; nec minus ex trito illo: *formula cadere*: Ut igitur sciret reus, actorem rei vindicatione experiri, probabile est, eos formulas suas, in vindicatione olim usitatas, retinuisse, & quod reapse non fiebat, symbolicis actibus formulisque repræsentasse. Adhuc major probabilitas opinioni huic meæ ex eo accedit, quod vel hodieque eandem antiquarum formularum solemnitatem apud nos ex antiquo processu criminali inquisitorio retineri, quotide videamus, licet omnes istæ formulæ, mutatis jam moribus, ac processu *inquisitorio* locum habente, eoque longo demum temporis spatio ad finem perducendo, non dimidia hora finiendo, nihil profusus in recessu habeant. Sic cum olim judicia criminalia in Germania sub dio haberentur, & tres sententiæ uno quandoque ferrentur die, hodie adhuc in multis locis a

Scabinis iudicium aliquod imaginarium sub dio formatur, quærit iudex; *Domine collega, jamne istud matutinum tempus venit, quo iudicium criminale capitale instrui possit?* illo annuente, præsto est famulus publicus, cui carmen compositum est: *iudicium capitale criminale habetur prima vice, secunda vice, tertia vice.* Accedit deinde aliquis stricto gladio reum accusans, vel potius formulam suam e scheda prælegens, qui sæpe non intelligit verba, quæ concepit alter, aut ea sine sensu pronunciat. Scriba iudicii ne pulchrum se ac beatum putet, atque ipse etiam personam aliquam in hoc actu tueatur, simulat interim se ex accusatione formare articulos, dudum domi paratos, de quibus interrogatur reus, ubi affirmaverit, iudices movent digitos, labra, deliberantibus similes, tandem ferunt sententiam. Interim famulus publicus advocat spectatores, ut si quis ex corona accusare quenquam velit, accedat. Certe si quis surgeret, dimissus subito, alio loco & tempore litem suam movere juberetur. Quæ omni maximam partem frustranea & parum ab actu vindicationis Rom. aliena esse, nemo nisi lippus non videt. Nihilominus tamen ex antiqua praxi criminali constanter retenta sunt, scil. ut ex formulis verbisque solennibus plebi pateret, iudicium haberi criminale.

§. XXXIV.

Eam fuisse inventum Ictorum probatur alio argumento.

Quisquis adhuc de probabilitate sententiæ meæ (vindicationis ritum a Ictis excogitatum esse) dubitat, is saltem consideret, eos in ejusmodi actibus legitimis simulque fictitiis excogitandis admodum felices dicam, an infelices? fuisse. Lege Romuli, quam Tabulæ IV. inferuerant Decemviri, cautum erat: *Si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto.* Sermonem hic fuisse de vera venditione, nullum plane est dubium, & luculenter id probat

probat *Celeberr. Schultingius ad Ulpian. Tit. X. §. 1 (*)* Scilicet cum jus patriæ potestatis tantum esset, ut liberi in dominio Quiritario existerent, rebusque mancipi annumerarentur, in eo adhuc durior descendendum conditio quam fervorum erat, quod hi semel de potestate dimissi liberti fierent, illis autem ad libertatem non prodesset, venditos a patre, ab emptore postea manumissos esse, sed in potestatem patriam denuo iterumque reciderent, & tertia demum vice venditi, ac de manu dati, sui juris efficerentur. Quamvis autem in ista lege *patriis* tantum & *filiis* facta esset mentio, nullum tamen cerno dubium, cur idem illud non licuisset etiam *patri* in *filiam*, imo *avo* in *nepotem* & *neptem*, modo hæ personæ in patria potestate essent constitutæ, nam omne illud vendendi jus erat *patriæ potestatis effectus*, hæc autem ex principiis Juris Rom. definiri debet, quod sit *dominium Quiritarium competens in descendentes supremo adscendenti lineæ paternæ ejusdem familiæ* vid. §. 3. *J. de Patr. potest. juncto pr. J. quibus mod. jus pat. pot. sol.* Quod autem filii & patris tantum in ista lege mentio facta esset, id procul omni dubio *brevitatis studio* factum & *exempli causa* positum est, nam & ipsa patria potestas a patre nomen habet & tamen avo pariter, imo pro avo competit. Sed captarunt ista verba Jcti, atque ex

D 3 iis

(*) Scilicet sunt qui putant XII. Tabulas de imaginaria venditione locutas esse, neque enim licuisse patri liberos vere vendere; sed eleganter ita fere concludit *Schultingius*. Sancitum erat lege Numæ Pompilii, ne patri, qui filio permisisset uxorem ducere, participem sacrorum & bonorum futuram, jus esset filii vendendi *Dionys. Halicarn. antiquitat. Lib. II. c. 27.* Jam vero in hac lege Numæ aut sermo fuit de vera, aut de imaginaria venditione: si de vera, fuisset lex superuacanea, posito eo quod nulli patri licuerit filium vendere; si de ficta, non potuisset filius, qui uxorem duxerat, unquam ad libertatem adspirare, cum alius emancipandi modus, quam per emancipationem & imaginariam venditionem non esset receptus: ergo id relinquitur, ut dicamus, patri licuisse filium vere vendere, hæc autem licentiam a Numa fuisse limitatam.

iis intulerunt, patrem (qui tamen filium perditissimum e domo *expellere* absque ambagibus & *venditionis* strepitu poterat) non posse bona gratia *filium* suum e potestate sua dimittere, quam triplici imaginaria venditione. Quod si vero *filia* esset emancipanda, si *nepos*, *neptis* & *ceteri*, unam sufficere venditionem putarunt, atque hunc emancipandi ritum ex XII. Tab. descendere dixerunt. Vid. *Ulpian. c. l.* Ex his intelligi possunt verba Cicero. Disputatiōni huic præmissa, quæ crucem fixerunt interpretibus: *in omni denique Jure civili æquitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt, ut, (**)* quia in alicujus libris exempli causa id nomen invenerant, putarunt, omnes mulieres, quæ coëmptionem facerent *Cajas* vocari. Nobis autem novum inde præbetur argumentum, originem fictionum, & in specie earum, quæ in formulis actionum judicialium actuumque legitimorum deprehenduntur, a Jctis repetendi.

§. XXXVI.

5) In querela inofficiosi testamenti occurrat quidem fictio, sed a Jctis introducta.

Sequitur 5.) querela inofficiosi testamenti, in XII. Tabulis, per fictionem, quasi non sanæ mentis fuerit testator, introducta. *cit. Disp. §. 23.* Sed non introduxerunt Prætores hanc querelam; probabile potius est, illam interpretatione prudentum moribusque obtinuisse, uti luculenter probat *a Costa ad pr. J. de inoffic. testam.* cujus argumentis si illud jungas, quod adduxit *Vinn. in Comment. ad cit.*

(**) Observandum est, voculam *ut* cum indicativo constructam hoc loco idem quod *utpote* denotare, ita enim *Tullius* frequenter loquitur, veluti in eadem oratione pro *Murena*: *ille ut fuit semper apertissimus non purgavit, sed indicavit, & Orat. I. in Verrem: illi quidem, ut est hominum genus nimis acutum & suspiciosum, arbitrabantur.* Hoc autem *ὕπερβολικῶς* dicit, eos putare, non alias mulieres coëmptionem facere posse, nisi nomen *Cajæ* habeant, quia id nomen forte in libro quodam, ubi de coëmptione uxorum agebatur, exempli causa positum invenerant. Interim tamen ex iis quæ diximus liquet, putasse eos, omnes illos, qui liberos possent ter vendere, *patres*, & liberos ter vendendos, præcise *filios* esse debere, quia in XII. Tabulis exempli causa posita hæc nomina invenerant.

cit. tit. nempe ab initio ne quidem certo constituisse, quibusnam personis querela hæc competeret, uti videre est ex *L. 1. ff. h. t. de quo* dubium nullum esse potuisset, si hæc querela vel certa lege, vel edicto Prætoris fuisset introducta, summa inde nascitur probabilitas sententiæ nostræ: quæ non evertitur ex rubro *Legis 4. ff. h. t.* ubi legitur: *Cajus libro singulari ad legem Gliciam*, unde concludit *Cujacius Lib. 14. Observ. cap. 14.* lege Glicia querelam hanc introductam esse; potuit enim Cajus incidenter in suo Commentario hujus querelæ mentionem aliquam injicere, uti recte monet *Vinnius cit. l.* Obiter observamus, hodie hanc fictionem sine ratione adhiberi, & judicet sanus lector de sententia *Vinnii in Comment. ad pr. cit. tit. n. 8.* hodie fingendum saltem esse, testatorem furiosum fuisse cum hæredem institueret, sana autem mente polluisse cum legata relinqueret: quia nempe de Jure Novell. in iis testamentis, quibus legitima sine justa causa adempta est, hæredis institutio corrumpitur; salvis reliquis testamenti capitibus.

§. XXXVI.

Provocat 6.) Vir Consult. ad actionem Publicianam, in qua Prætor finxit, rem ab actore usucaptam esse, §. 4. *J. de Action.* ne novam legem videretur introduxisse. Quamvis autem Tribonianus aliique interpretes juris hac fictione usi sint, ex ipsis tamen edicti Prætorii verbis liquet, nec finxisse Prætozem, nec ullo modo fingere potuisse, quippe qui aperte dicit, actionem se largiri, licet res non sit usucapta. Ait enim Prætor: *Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino, & nondum usucaptum petet, judicium dabo. l. 1. ff. de Publ. in rem act.*

6) In actione Publiciana nulla est fictio.

§. XXXVII.

Nec 7.) in actione rescissoria Prætor fingit rem usucaptam non esse, uti putat Vir Consult. §. 26. sed cum sciat rem de stricto jure usucaptam esse, restituit in integrum. *Vid. L. 1. §. 1. ff. ex quibus caus. maj.* nec nobis obest Triboniani auctoritas, qui in §. 5. *J. de Action.* fundamentum

Nec 7) in actione rescissoria, nec 8) in Pauliana occurrit fictio.

tum

tum hujus actionis in fictione collocat, nam in eodem §. adhuc alium committit errorem, quando dicit, Præto-rem hanc actionem dare adversus reum, ob cujus *necessariam* absentiam actori copia non fuit experiundi, ac rem suam, quam talis detinuit, vindicandi, cum tamen certum sit, actionem hanc locum habere adversus eum, qui *quacun- que* ex causa, dolose etiam absens, (dummodo nullus ejus defensor esset) conveniri non potuit. *Vide L. 1. §. 1. L. 21. §. 1. ff. Quibus ex caus. maj.* Frustra quoque Vir Con- sult. cod. §. 26. adducit 8) actionem Paulianam, qua nihil minus quam fictio continetur, uti iterum liquet ex evi- dentissimis edicti Prætorii verbis. *Vid. L. 1. pr. ff. Quæ in fraud. credit.*

§. XXXVIII.

*Prætorum fu-
cus, potestatem
suam, celandi
nec ex aliis eo-
rum inventis
probari potest.*

Supereſt ut diſpiciamus (vide ſupra §. XXVII.) an ex reliqua Juris Prætorii œconomia colligi poſſit, eos no- vum jus aperte introducere auſos non eſſe, ſed variis co- loribus id feciſſe, ne plebs novum in edicto Prætorio jus aut abrogationem antiquarum Legum deprehenderet, id- que factum eſſe ob turbidum reipubl. Rom. ſtatum, dum patricii aſtu ariſtocratiam introducere laborarent, plebs democratiam vi & armis tueretur. At quamvis iſtam inter patricios & plebem æmulationem tot hitoricorum ſcripta loquantur, non tamen reperio, Prætoribus jus edi- cta proponendi unquam in dubium vocatum, idque eo minus, quod cum primus Prætor anno ab U. C. CCCLXXXVIII. eſſet creatus, *Liv. Lib. 7. cap. 1.* paulo poſt anno nempe ab u. c. CCCCXVIII. plebs obtinuerit, ut Prætor etiam ex plebe crearetur, & is fuit Q. Publicius Philo *Liv. lib. 8. cap. 15.* Sed quænam tandem fuerunt il- læ Prætorum artes legiſlatoriam potestatem ſuam celandi? Provocat *Vir Conſult. in §. 28. 29. & 30.* ad bonorum poſ- ſeſſionem a Prætoſe datam, ad remedium reſtitutionis in integrum, denique ad exceptionem reis datam contra actionem ſtricto jure validam. De ſingulis ſeparatim vi- deamus.

§. XXXIX.

§. XXXIX.

Nimirum cum Prætor hæredem facere non posset, ipsum saltim bonorum possessionem quibusdam personis dedisse, relicto hæredi civili inani hæredis nomine, *Vir Consultiss.* asserit. Non autem reperio in legibus, ei nomen hæredis tributum ac relictum esse, adversus quem bonorum possessio, alii competens, locum habere poterat. Dicebatur forsan ille *pro hærede possidere*, sed & pro hærede possidet is, adversus quem hæreditatis petitio *civilis* instituitur, nempe omnis is pro hærede possidet, qui in universum patrimonium defuncti se successisse adserit, jam vero si hoc injuste dicat, bonorum possessio aut hæreditatis petitio adversus eum datur, prouti adversus illum, qui titulum singularem allegat, rei vindicatio locum habet. Non autem ignorabant J.Cti, Prætorem dando bonorum possessionem, non *factum* aliquod sed *jus*, & quidem in *universa defuncti bona*, adeoque revera hæreditatem conferre, uti luculenter patet ex *L. 3. §. 1. & 2. ff. de bon. poss.* Quod vero Prætor a nomine hæredis abstinuerit, ejus ratio facillime potest reperiri. Nimirum mutavit edicto suo successorio in *nonnullis tantum capitibus* ordinem succedendi, adeoque multæ adhuc supererant personæ, quæ ex jure civili poterant succedere; jam vero successio Prætoriana prædita est multis qualitatibus aliter se habentibus, quam qualitates hæreditatis civilis, unde si successionem suam pariter vocasset hæreditatem, summa imis fuissent mixta: sic (ut unicum tantum brevitatis studio adducam) hæreditatis petitio intra 30. annos potest institui, bonorum possessionem autem parentes & liberi intra annum, alii intra centum dies utiles petere debent. *L. 1. §. 12. seqq. de success. edict. §. 4. in fin. ff. de bonor. poss.* Quodsi igitur successio a Prætoe introducta itidem hæreditas vocaretur, non posset determinari, intra quod tempus hæreditas peti debeat.

Nullus occurrit Prætorum fucus in bonorum possessione.

§. XL.

In restitutione in integrum usque adeo nullas ambages *Minime omnium color adest*

E

*in restitutione
in integrum.*

bage nulloque colore deprehendere possum, ut potius crediderim, Prætorem, qui hoc in passu commode potuisset dissimulare, disertis verbis indicasse, se a rigore juris deflectere, & jus illud, quod hactenus ex interpretatione prudentum receptum erat, abrogare. Ostendam id aliquo restitutionis exemplo, quod §. XXVII. adductum est. In XII. Tabulis cautum erat: *usus, auctoritas fundi biennium, annus usus esto*, quorum verborum hic est sensus, quod res immobiles intra biennium, mobiles intra annum usucapi possint. Evenire autem poterat, ut qui rem alicujus mobilem possideret, in usucapiendi conditione constitutus, absens esset, atque ita si ipse nec mandatarium, nec defensorem domi haberet, domino rem suam ab absente vindicandi per integrum annum (aut per illud tempus quod deesset usucapioni) occasio deficeret. Jam vero quia nec negligentiae dominus poterat accusari, nec absentia rei actori debebat nocere, cum alias quilibet se quibuscunque actionibus liberare, aliorumque res ac jura ad se rapere potuisset; quoniam præterea certum est, legislatorem de omnibus casibus in re publica occurrentibus, singulisque eorum circumstantiis specialibus in antecessum cogitare, easdemque prævidere non posse; juste atque æquitati conformiter putavit Prætor, *interpretationi restrictivæ ob singularem æquitatem locum esse*, adeoque si ob rei absentiam *quamcunque*, sibi competentem actionem instituere quis impeditus esset, Prætor eum tuebatur, atque adhuc vindicationem aliamve actionem, quæ ob lapsum temporis evanuisse secundum rigorem legis pressius acceptæ dici deberet, movere concedebat. Cumque eadem esset ratio *actoris*, qui ob *necessariam* absentiam suam agere non potuit, (qui enim sponte sua facit iter, potest mandatum ad agendum alii dare) hoc etiam casu idem obtinere voluit. Quilibet ex dictis intelligit, Prætorem dicere potuisse, esse hanc interpretationem restrictivam ob singularem æquitatem, & talis etiam revera & sine omni dubio in hoc casu occurrit:

rit:

rit: At vero cum Jcti e' legum claris verbis concluderent, cumque in omni jure civili æquitatem relinquerent, verba ipsa tenerent, atque ejusmodi conclusiones eorum in praxi etiam essent receptæ, Prætor dixit: se adversus hoc asperum jus eum qui læsus est, restitutum in integrum. Quis jam crederet, in restitutionibus Prætorum dissimulationem latere?

§. XLI.

Denique nec in concedendis contra jus strictum (h. e. contra leges, insulsis & futilibus Jctorum explanationibus corruptas ac depravatas) exceptionibus Prætor aliquid commisit, ex quo concludi posset, velle ipsum absurdissimas illas Jctorum sententias per quandam dissimulationem abrogare. Cum enim in Tab. VI. XII Tabb. cautum esset: *quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto*, h. e. si dominus rem suam obligaverit cuiquam aut mancipaverit, secundum verba contractus initi pronuncianum est; Jcti inde occasionem nacti sunt, in omnibus negotiis, quæ certa formula constabant, unice ad verba ista respiciendi, quam tamen non fuisse mentem XII. Tabb. quilibet facile intelligit. His igitur suppositis, nihil morabantur, quod dolo alterius contrahentium alter ad contractum esset incitatus; nihil quod error intervenisset talis, qui plane omnem contrahentium in idem placitum consensum excluderet; nihil quod quis metu injustissimo ad sese obligandum esset adactus, fac enim prædonem nudato gladio, mucrone pectori tuo imminentem, ex te quæsisisse: *Promittisne te mihi daturum sexcenta?* ac te metu percitum respondisse: *promitto*, dicebant te Jcti obligatum, quia lingua nuncupaveras te soluturum. Jam vero nihil apertius dici potuisset, quam quod dixit Prætor: *Quod metus causa gestum fuerit, ratum non habebit.* L. 1. pr. ff. *Quod metus causa.* Novi quidem, Tribonianum toto Tit. 7. de *Except.* ubi vis dicere, competere omnino actionem, & justum esse, reum condemnari, sed tamen comparatam

Nec concessa a pratoribus contra jus strictum exceptiones aliquem astum eorum indicant.

ei esse exceptionem metus &c. Idem autem illud etiam de iis exceptionibus dicit, quæ ipso jure civili compe-
tebant: Et dubito, an intellexerit Tribonianus vim cu-
juscunque exceptionis: saltem eum amabo, qui ex doctri-
na Triboniani genuinum exceptionis conceptum sibi for-
maverit. Passim etiam in legibus distinguitur inter acti-
onem ipso iure non competentem, & quæ per exceptio-
nem eliditur; sed cur ita distinguant Jcti, non liquet,
nisi forte ne a præceptore suo frustra didicisse crederen-
tur: nihil prorsus obstare quo minus ex stipulatione ob-
ligatio & actio oriatur, hanc enim doctrinam ut cum edi-
cto prætorio conciliarent, dixere: actionem quidem ad-
esse & stricto jure (h. e. stulto jure) non subtili, (ut qui-
dam putant) valere, ast eam per exceptionem elidi. Et
sane Paulus, subtilitatum tantarum architectus, quas in-
terdum vix ipse intellexit, fatetur tamen ingenue: *nihil
interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptio-
nem infirmetur.* Itaque nec exceptionibus a Prætoribus
introducitis calliditas magistratuum, juris a se promul-
gati novitatem dissimulandi, evinci potest.

§. XLII.

*Fictiones juris
a Jctis exco-
gitatas esse,
multis argu-
mentis proba-
tur.*

Quæ hætenus fusius disputavimus eo tendunt o-
mnia, ut pateat, ex edictis Prætorum fictiones juris ne-
quaquam descendere, quare existimamus potius, earum
plurimas a Jctis jurisque interpretibus Romanis origi-
nem repetere suam, quibus deinde glossatores sequio-
rum temporum plures alias adjecerunt. Posterius hoc
nulla indiget probatione, quisquis enim vel solum Alte-
ferram de fictionibus (ut de aliis nihil dicam) perlustrat,
textusque illos, ex quibus, invita sæpe jurisprudentia, fi-
ctiones effinguntur perlegit, is si adhuc dubitaret, in sole
meridiano cœcutire dicendus foret. Prius ad immedia-
tam sensationem redit ex inductione omnium Exemplo-
rum, quæ §. IX. -- XV. deinde §. XXIX. usque XXXVII. in
medium protulimus; partim etiam evinci potest hoc
argumento: *Quicquid in Jure Rom. reperitur, illud
vel*

vel

vel ex legibus a populo latis, vel plebiscitis, vel SCtis, vel edictis Prætorum ac Magistratum, vel Principum placitis, vel denique responsis Prudentum & (quæ ab his non diversa est) consuetudine repeti debet. Sed cum reliqua omnia hic locum habere non possint, id superest ut postremum dicamus: Partim denique probabile reddi potest 1) ex testimonio Ciceronis jam adducto, cui addi potest testimonium Imperatoris Justiniani in *Constit. de Confirm. Digest.* Hoc autem -- tempestivum nobis videtur & in præsentem sancire, ut nemo neque eorum, qui in præsentem juris peritiam habent, neque qui postea fierent, audeat commentarios his legibus adnectere -- ne verbositas eorum aliquod legibus nostris adferat ex confusione dedecus, quod & in antiquis edicti perpetui commentariis factum est, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias producentes, in infinitum detraxerunt, ut pene omnis Romana sanæio esset confusa. 2) ex ratione inventarum fictionum mox a nobis explicanda. 3) ex isto ingenti numero quasi-entium juridicorum, puta quasi-contractibus, quasi-delictis, quasi-possessioibus, quasi-dominis, quasi-traditionibus, quæ omnia proxime ad fictiones accedere suo loco ostendemus, & ea vero (si solum quasi-usumfructum exceperis) a juris interpretibus sunt extogitata. Videamus igitur de introductarum fictionum juris ratione.

§. XLIII.

Hanc ut exponam, altius res repetenda est. Ea est indoles veritatum moralium (quarum in numero & juridicæ sunt) ut licet illas demonstrare nequeamus, earum tamen simus convicti. Sic quævis vetula novit, pacta esse servanda, utut hujus veritatis tam difficilis sit demonstratio, ut ingenuè fatear, mihi non notam esse veritatem moralem demonstratu difficiliorem. Ratio hujus convictionis non alia est, quam quod videamus incommoda nostræque felicitati adversa consuetaria, quæ ex contrario principio: fides data non obligat, essent secutura;

*Philosophia
moralis ac Ju-
ris Nat. con-
clusiones ma-
gnam partem
ad sensum
communem
redeunt.*

jam cum in sensus incidat, alios homines æque homines esse ac nosmet ipsos, concludimus, illis æque grave ac molestum esse, si quis eos promissis frivolis deceperit, unde facile colligimus, fidei datæ expletionem hominibus omnibus reciproca obligatione e rectæ rationis dictamine injungi. Ex his intelligi potest, cur omnes Juris Nat. scriptores quodcunque Juris Nat. principium elegerint sibi, in conclusionibus tamen magnam partem invicem conspirent, & cur ante ex cultum etiam Jus Nat, omnium scholarum ethnicarum Philosophi varias doctrinas morales verissimas libris suis inseruerint, omni licet genuino Juris Nat. fundamento destituti, cujus loco sæpe fucum aliquem oratorium, aut propositionem aliquam, vagis vocabulis (non autem certis generalibus ideis) constantem, imò plane axioma aliquod ambitiosum, sed sano sensu destitutum penitus (cujusce generis erat illud Pythagoreum principium: homini *adscendendum esse in Deum*, cum tamen statueret Pythagoras, animam *portionem Dei esse*) substituerent.

§. XLIV.

Ista tamen cognitio non sufficit, sed demonstrationibus opus est.

Ut autem cognitio talis veritatum moralium facillima videatur, probe tamen probeque observandum, illam admodum mutilam atque inutilem esse. Nam præcepta Juris Nat. tali modo cogitata, nimis generalia sunt, specialia autem ex natura singulorum negotiorum in societate humana & civili obvenientium, peti debent. Imò ipsa illa generalia principia frequenter limitationes suas admittunt, quas si quis non intelligat, generales regulæ usum nullum præbent; sed e sensu communi limitationes hæ non distincte atque evidenter discuntur. Sic (ut in dato exemplo §. præced. adducto maneam) quamvis verum sit, fidem datam esse servandam, nihilominus tamen socius invito altero a societate licite recedit, etiamsi nondum elapsum sit id temporis spatium, in quod societatem ab initio contraxerat; integrum etiam est a sponsalibus recedere, si circa alterius paciscentium personam
aut

ut bona gravis aliqua mutatio contigerit; & tamen si quis certam pecuniæ summam alteri ex contractu debeat, licet debitoris bona incendio delata sint omnia, adhuc tamen ille manet obligatus atque ad solvendum adigitur, si postmodum alia acquisiverit bona &c. Hic autem non sufficit dixisse: memoriæ imprimendam esse regulam, deinde exceptiones discendas. Tali enim ratione non constat, cur istæ tantum fundatæ sint exceptiones, cur non plures aut pauciores adferantur? imo in casibus obvenientibus (quæ cum suis specialibus circumstantiis nunquam prævideri possunt omnes) an regula adplicanda sit, num exceptio, non liquet.

§. XLV.

Quisquis igitur solidam aliquam veritatum mora-
 lium ac juridicarum scientiam sibi vult comparare, is eas
 ex principiis suis demonstret necesse est, si enim a prio-
 ri intelligat, cur hoc vel illud axioma verum sit, h. e. si
 adæquatum mente teneat fundamentum, ex quo ejus-
 modi axioma fluit, facile etiam ex eodem fundamento
 limitationes omnes poterit elicere, nam apparebit ipsi,
 istud fundamentum ob alias circumstantias applicari ad
 varios casus non posse. At vero demonstratio talis requi-
 rit completas atque accuratas negotiorum moralium de-
 finitiones, ac disciplinæ systematicam cognitionem. *Vid.*
Dn. Præs. Tract. de Ideis Cap. II. §. 1. §. 85. & 86. Talis
 autem tractatio cum & mentis sagacitatem & impro-
 bum laborem requirat, paucissimi ad eam nati sunt, adeo-
 que philosophiæ moralis scriptores varia p pseudo-princi-
 pia & pseudo-methodos in locum genuinæ demonstra-
 tionis substituerunt, cumque & Juri dicerent, *omnem*
definitionem in jure esse periculosam, L. 202. ff. de R. J. &
 difficultatem hanc probarent ipso facto, (laudabo enim
 eum, qui ex toto corpore juris decem definitiones ac-
 curatas in medium proferre poterit) mirum non est, ipsos
 pariter varii generis fucum fecisse lectoribus, ac qualem-
 cunque probationis umbram & speciem, solidarum de-
 mon-

*Demonstrati-
 onis usus, diffi-
 cultas, defe-
 ctus apud Icos
 Romanos, hinc
 fictiones.*

monstrationum loco amplexos esse, ut saltim aliquid dixisse, ac rationem sententiæ suæ qualemcunque reddidisse viderentur.

§. XLVI.

Fictiones juris ad tria principia reducuntur.

Ex hoc fonte omnes propullularunt fictiones juris, quæ ad hæc tria principia specialia videntur reduci posse. Nimirum 1) si Jctos experientia doceret, certum aliquem effectum a quadam causa produci, atque eam plerumque adesse, quoties effectus ille occurreret, exinde formarunt aliquod axioma universale: deinde cernentes, istum effectum etiam alio produci modo, modum istum ad causam suam, quam supposuerant, universalem, reducebant, & licet causa ad effectum producendum non occurreret, putabant saltem ejus existentiam fingendam esse. Sic v. gr. cum in alienationibus inter vivos traditio plerumque interveniret ad transferendum dominium (sive potius ad producendam actionem realem) formarunt axioma universale: *non nudis pactis, sed demum traditionibus dominia rerum transferri*: Jam si sensus communis ipsos doceret, traditionem ubivis adhiberi supervacaneum atque inutile esse, veluti si novo domino jam ex alia præcedente causa res tradita esset, dicebant, fingendum saltim esse, quod traditio intervenerit. Eodem modo cum Prætor actionem Publicianam introduxisset, ejusque fundamentum ignorarent Jcti, & tamen illi didicissent axioma: *qui dominus non est, is usucapiendo dominium & rei vindicationem potest acquirere*, confestim dixerunt, Prætorem fingere, rem usucaptam esse. Porro 2) si generale aliquod principium supposuissent, & sensus communis ipsos doceret, nonnulla consuetaria ex eo fluentia absurda esse, ac iniqua; dicebant in iis consuetariis contrarium principium statuendum esse, utque id fieri posset, in facto aliquid fingebant. Imo existimabant, Prætorem pariter fingere, ut eodem modo consuetaria in quibusdam casibus mutare posset. E. g. axioma juris antiqui erat, *rem mobilem anno, immobilem biennio usucapi*, quod cum

cum

cum limitasset Prætor, æquitate motus (vid. supr. §. XL.) neque tamen Jcti æquitatis rationem intelligerent, ut salvum esset axioma ipsorum, dicebant, Prætorem fingere *rem usucaptam non esse*. Eodem modo, in actione Pauliana dicebant Prætorem fingere, *rem traditam non esse*, ut scilicet subsisteret axioma: *traditionibus dominia rerum transferri*, & tamen exceptio hæc utcunque intelligi posset. Denique 3) si lex aliqua, aut edictum, aut interpretatio prudentum innueret, in certis casibus *in effectu* ita decidendum esse, *acsi* in facto se res hoc vel illo modo haberet, id quod ideo tantum monebatur, *ut compendiosior esset oratio*: Jcti, æquitatem harum conclusionum ignorantes, verbisque claris inepte inhærentes, dixerunt, legem, edictum, aut interpretationem id etiam reapse fingere. Sic cum libero ventri juste ac prudenter ita prospiceret antiquitas, ut omnia ei jura integra servaret in tempus nascendi, *L. 3. pr. ff. si pars heredit. pet.* atque adeo & tutorem ventri dandum & hæreditatis portionem assignandam, & in possessionem mittendum existimaret &c. quæ omnia forte aliquis, per compendium locutus, ita expresserat: *nascituris ita prospicitur in jure, acsi jam essent nati*: alii inde intulerunt: *nascituros fingi natos*. Ex eodem fundamento provenit fictio legis Cornelix, fictio juris postliminii, quid? quod plurimas fictionum supra recensitarum in hanc classem referendas esse, facile lectori mediocriter attento patet, & a nobis haud obscure jam indicatum est §. XXIX. XXX. & XXXI.

§. XLVII.

Quodsi igitur perpendas omnes, quotquot in toto jure civili occurrunt, fictiones ad tria fundamenta §. *preced.* adducta reduci posse; si consideres, in omnibus illis casibus, ubi fingeant veteres, difficillimam esse demonstrationem; si observes, a recentioribus

Concluditur
denuo ex di-
ctis, Jctos esse
fictionum au-
ctores, & defi-
nitio plenior

F

glof.

*fictionum Ju-
ris datur.*

glossatoribus eandem ludi fabulam quotidie; (*) si cogites, in tota quasi-contractuum materia accurate eandem concludendi methodum a Jctis servatam esse, quam §. præced. num. i. adduximus, (**) tunc sane videbis, si quid

(*) Sic cum in *Recess. Imper. noviss.* constitutum sit, ut ubi reus litem contestari per contumaciam nolit, hoc ipso omnes exceptiones dilatorias amittere, actor vero ad probationem fundamenti actionis suæ admitti debeat, & id forte compendiosius expressum reperirent interpretes: *litem reus per contumaciam censetur* (nempe in effectu juris) *negative contestatus*, inde occasionem nacti sunt, *litis contestationem* dividendi in *veram & fictam*, eamque fictionem *Recessui Imperii* imputandi. vid. §. III.

(**) Audiamus hac de re *Tribonianum*: Post genera contractuum enumerata, *discipiamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie ex contractu nascuntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contracta nasci videntur. pr. J. de obl. quæ quasi ex contr. nasc. Adde §. 1. §. 3. & 6. J. eod.* Certe eadem hic methodus ratiocinandi, vel potius ratione abutendi servatur, quæ in fictionibus occurrit. Nimirum sensus communis docuit Jctos, ut si quis me ignorante curam in res meas gerendas impendens, sumptus fecit, æquum esse, ut hosce saltem ipsi restituam: item si quis mihi aliquid solvisset, quod se mihi debere per errorem existimavit, comperito errore, ipsi repetitio concedatur; sed cum æquitatem hanc demonstrare Jcti non possent, viderent tamen in effectu obligatum aliquem esse *æque ac si contraxisset* & præterea tale negotium licitum esset æque ac contractus, adeoque multa cum contractu communia haberet, inde occasionem nacti sunt, quasi-contractus excogitandi. Quamvis igitur concedam, Philosophos Stoicos pariter *quasi-entia* statuisse, non tamen crediderim Jctos ab his præcise edoctos fuisse quasi-contractus & quasi-delieta in Jurisprudencia adstruere, uti existimat *Excell. Dn. Heinecc. in Element. Jur. §. 303. not. subj.* Existimarem potius, hanc methodum ipsis cum omnibus, quorum scientia superficialis est, communem fuisse, dum homines similitudinem diversarum rerum immediata sensu observantes, eas facile pro *iisdem* aut *maxime affinibus* habent, atque idem illis nomen tribuunt, eadem ratione, uti de rebus immediate sensibilibus cogitare a pueris adfueti sunt; & (si recte percipio mentem *Dn. Præfatis*) hunc ipsum vulgarem in disciplinis eruditis errorem notavit ille in *Tractatu de Ideis Cap. II. §. 91.*

quid videre potes, summa niti probabilitate sententiam nostram, fictiones juris in cerebro Jctorum Rom. natas, & postmodum a Glossatoribus sequiorum temporum auctas esse. Prouti autem fictiones ex ignorantia Juris Nat. ortæ sunt, hæc vero divina scientia post magnum illum *Hugonem Grotium & Pufendorffium* magis magisque exculta & aucta est, ita & obex quidam positus est fictionibus, non quidem ut penitus rejicerentur, sed saltem ne earum multitudo augetur nimium. Jam autem nihil amplius oberit, quo minus fictionem juris (promissi nostri memores vid. §. II.) definiamus, quod sit *inventum ignorantia, ab interpretibus & glossatoribus juris adhibitum, quo in conclusionibus demonstratu difficilibus, quarum tamen æquitas ex sensu communi utcunque patebat, in facto in genere considerato, falsum pro vero supposuerunt, ut istud commentum conclusioni æque inde deducendæ inserviret, atque interpretum ignorantia quodammodo occultaretur.*

§. XLVIII.

Ostendimus, ni fallor, uberrime, fictiones juris ex ignorantia interpretum provenisse (§. præc.) easque insufficientes esse ad id, ut lector æquitatis conclusionis aliqujus convincatur (§. XVI. & XX.) e contrario autem necessarium esse, ut veritates morales & juridicæ demonstrantur: (§. XLIV.) unde non sufficit cum *Titio* dixisse, fictionibus nos *posse supersedere*, sed *neceesse est*, ut cordati & periti Jurium doctores in scriptis suis scholisque, explora omni fictione, conclusiones æquas easdemque difficiles *demonstrent*, ac tali modo ostendant, quomodo leges illæ civiles ex principiis Juris Nat. & Politicæ inventæ sint, & quomodo (si ne quidem exstarent) inveniri possent ac deberent. Compendiosam ejusmodi demonstrationem jam attulimus supra §. XL; post aliquot ab hinc septidua ostensuri luculenter, in reliquis etiam jurisprudentiæ materiis, ubi fictionibus utuntur Jcti, demonstrationes cum fructu adhibendas esse: Fiet hoc in *disputatione posteriori, de solidis demonstrationibus in locum fictionum juris substituendis.*

S. D. G.

Quomodo fictiones Juris sint emendanda.

In occasione
Della stessa solenne Disputa sostenuta
con tanto Decoro.

SONETTO.

CHi può spiegare i vanni per il chiaro,
Sentier che calca l'alta gloria vostra,
Che vanne intorno alla virtuosa giostra
Col gran padre del giorno à paro à paro.

Ingegno vanta sourumano e raro,
Ma chi del pari mai col vostro giostra
Generoso Weinmar ch' insegna e mostra
Di far ingiuria al tempo ingrato e avaro

L' Augel solo di Giove affissa il sole
Ne abbassa gli occhi lagrimosi in terra
Ogn' altro del suo ardir si lagna e duole

O! d' ogni piú gran Duce forte in guerra
Chi in quell' età ch' huom vanneggiar piú suole
Col brando di virtude i vitii atterra!

In segno d' humilissima tri-
verenza

GERONIMO GHERSI
suo devotissimo Maestro della Lingue
Italiana nella sud detta università.

F I N I S.

