



Disputatio juridica exhibens periculum observationum apologeticarum pro fictionibus juris civilis Romani

<https://hdl.handle.net/1874/295249>

10.

DISPUTATIO JURIDICA,
EXHIBENS
PERICULUM
OBSERVATIONUM APOLOGETICARUM
PRO
FICTIONIBUS
JURIS CIVILIS ROMANI,

QUAM,
ANNUENTE DEO O. M.

Ex Auctoritate RECTORIS MAGNIFICI

ALEXANDRI PETRI NAHUYS,

A. L. M. Phil. & Med. Doct. Medic. Botanices,
Chemiae atque Physiologiae Professoris Ordinarii,

NEC NON

Amplissimi SENATUS ACADEMICI *consensu*, et
Nobilissimae FACULTATIS JURIDICAE *decreto*,
PRO GRADU DOCTORATUS
Summisque in UTROQUE JURE Honoribus &
Privilegiis rite ac legitime consequendis,

Publico examini submittit

JAN HINLÓPEN,
RHENO-TRAJECTINUS.

Ad diem XXI. Junii MDCCLXXX. H. L. Q. S.

TRAECTI AD RHENUM,
Ex officina ABRAHAMI VAN PADDENBURG,
ACADEMIAE TYPOGRAPHI, MDCCLXXX.

DISPUTATIO JURIDICA

EXAMEN

PETRICULUM

OBSERVATIONUM APOLOGICARUM

FICTIO NIBUS
JURIS CIVILIS ROMANI

QUAE

ANNUNTIATA DEO Q. M.

EX Auctoritate Rectoris Magistri

ALEXANDRI PETRI WANDYS

A. J. M. Phil. & Med. Doct. Medic. Borovicensis

Chirurgiae sine Privilegio & Publicis Ordinibus

habens

Amplissimi SENATUS ACADEMICI consilij

Nobilissimi FACULTATIS JURIDICAE auctoris

PROGRADU DOCTORATUS

Summi in UTROQUE JURE Honoris

Tituli in hoc legitimo consensu

habente auctoritate

JAN HINLOFF

RECTOR TRALICENSIS

Ad hunc actum Jani mense Martii M. DC. C. LXXII

TRACTATI AD HONORAM

EX OFFICIO ABRAHAM VAN RABENBURG

ACADEMIAE TYPOGRAPHI KENIGSE

BENEVOLO LECTORI
V I R O
SPECTATISSIMO
FLURIMUM. VENERANDO
J A C O B O . H I N L Ó P E N
PURIORUM. SACRORUM
ANTISTITI
RHENO - TRAJECTINO
P A T R I O P T I M O
NUMQUAM. NON. COLENDO. SUSPICIENDO
HOC
PERICULUM
OBSERVATIONUM. APOLOGETICARUM
PRO
FICTIONIBUS
JURIS. CIVILIS. ROMANI
ACADEMICAS. SUAS. PRIMITIAS
OBSEQUII. GRATIQUE. ANIMI
CAUSA
D. D. D.
J A N H I N L Ó P E N

V I R O
S P E C T A T I S S I M O
P I U R I M U M V E N E R A N D O
J A C O B O W I N I L O P E N
P U R I O R U M S A E C U L O R U M
A N T I Q U I T A T I
R H E N O - T R A J E C T I N O
P A T R I O P T I M O
N U M Q U A M N O N C O L E N D O S U S P I C I A N D O
H O C
P E R I C U L U M
O B S E R V A T I O N U M A P O L O G E T I C A R U M
P E O
F I C T I O N I B U S
I U R I S C I V I L I S R O M A N I
A C A D E M I C A S S U A S P R I M I T I A S
O R D I N E G R A T I O R U M A N I M I
C A S S A
D. D. D.
J A N N I N I L O P E N

BENEVOLO LECTORI

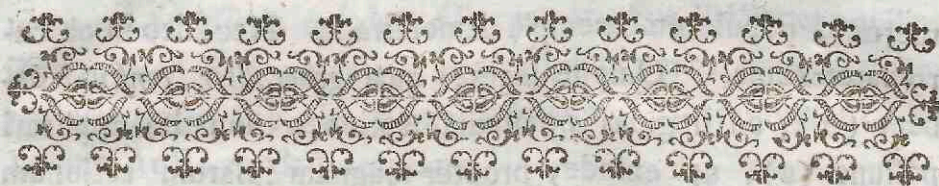
S.



b eo tempore, quo animum ad Civilem
Jurisprudentiam appuli, Juris Romani
æquitatem quammaxime miratus fui; ne-
que leve hujus æquitatis argumentum mihi
præbere semper visa sunt illa *sequestra* qui-
bus summum jus corrigi voluerunt Romani. Cum igitur de con-
scribendo specimine academico serio cogitare coepissem, hæc
materies, & utilis & parum tractata, se mihi maxime commen-
dabat; quam ut apte pertractarem agere constitueram — De
origine, causis, natura, utilitate, concinnitate & æquitate Fictio-
num Juris Civilis Romani. — De Fictionibus a Lege consti-
tutis. — De Fictionibus a Præatore introductis. — De Fictio-
nibus a Jctis inventis. — De nonnullis Juris Constitutioni-
bus, quæ male inter Fictiones vulgo referuntur. — Primum
Caput Typographo jam excudendum dederam, ut ante ferias
æstivas tirocinium in hac Academia ponerem. Brevi tamen
animadverti rem mihi ex voto non cessuram, propter operarum
labo-

laborem in Commilitonum Diatribis occupatissimum, & meae Disputationis, licet jam saepius refecta, nimiam molem. Pro-
 tinus itaque consilium mutavi, meum opusculum a Typographo repetii, tuæque benevolentiae paucas hasce Observationes Apo-
 logeticas, satis festinanti manu collectas, submittere malui, quam meam disputationem longius differre. Si autem hoc pe-
 riculum æquis harum rerum aestimatoribus (Juris enim Romani contemptores nihil moror) non prorsus displicuerit, totam illam Commentationem, cujus jam pleraque apud me perscripta sunt, iisdem offerre ausim.

Atque sic, Benevole Lector, vale, mihi que, inexercitato juveni, fave!



PERICULUM
OBSERVATIONUM APOLOGETICARUM
PRO
FICTIONIBUS
JURIS CIVILIS ROMANI.



Illa sane communis humanarum rerum solet esse conditio, ut nullum institutum sit absolutum, perfectum aut ab omni parte beatum. Quæ enim ab hominibus proficiuntur, illud humanæ imbecillitatis vitium continuo produnt. Ipsæ leges, ad communem salutem ab hominibus inventæ, quamplurimis suis vitiis & defectibus laborant, cum solæ leges naturales, a Deo Optimo Maximo sancitæ, perfectæ & immutabiles sint (1). Illud omnium, quotquot æquitatis laude flo-

(1) Ait enim Imp., §. XI. *Inst. de F. N. G. & C.*: Sed naturalia quidem sunt, quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina quadam providentia

2 PERICULUM OBSERV. APOLOGETICARUM

ruerunt, populorum exempla demonstrant. Nec adeo in obscuro latet causa. Quippe leges, quæ generaliter constitui debent (1), ad singulas hominum actiones non ita applicari possunt (2), ut exinde, propter magnam ipsarum actionum diversitatem, sæpe non oriatur iniquitas (3), quando ipsa rerum conditio, aut vi sua, aut propter rigorem Juris, adversaretur æquitati. Huic Juris vitio, ex imperfecta legum natura oriundo, medetur Æquitas, quam ideo *Aristoteles*, *L. V. Eth. c. 10.*, convenienter *επανορθωσις νεμερις δίκαια* vocat (4). Ad eum finem
nimi-

constituta semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero, quæ ipsa sibi quæque Civitas constituit, sæpe mutari solent.

(1) *V. L. 8. π. de L. L.*

(2) Optime ait *Plato in Polit.* prope finem: *Αδυνατον ειναι προς τα μηδεποτε απλα τα δια παντος γιγνομενοι απλα*, fieri non potest, ut, quod omnino simplex est, recte se habeat ad ea, quæ nullo modo sunt simplicia.

(3) Vere enim jam olim *Syrus servus*: *Fus Summum, sæpe summa malitia est*, apud *Terentium, Heautontim. A. IV. S. V. vs. 49.*

(4) Propterea Veteres eleganter *Astræam* & *Themidem* quasi Jctorum Deas Tutelares effinxerunt. *Astræam* (*Fus Strictum* scilicet) *Virginem* quidem exprimebant, sed morosæ & contractæ ad tristitiam frontis. *Themidem* vero (per quam *Æquitatem* intelligebant) blandam ac venustam mulierem repræsentabant, quæ, *Cæli* & *Telluris* filia, postquam *Jovi*, secundæ instar uxoris, matrimonio juncta fuisset, tres pulcherrimas filias enixa fuerat, *Eunomiam*, *Dicen* & *Irenen*, quas, a Græcis *horas* vocatas, cum ipsis *Gratiis choreas* ducere credebant. Illas matris suæ statuæ, junctis manibus, circumstantes v. apud *S. Pighium in Them. Dea sive Lege Div.*, *Gronovii Thes. Ant. Gr. V. IX. p. 1139.* inserta; De hac *Themide* *Carmen- ta* *Libro sing. de Themide seu de ortu Legis æternæ*, *Marb. Cat.*, anno 1735^o

edito.

nimirum necessaria quædam Commenta, sive Fisiones, quibus illud, quod fieri poterat, contra ipsam veritatem existentem *repræsentaretur* (1), in commune bonum, excogitaverunt æqui Legum Auctores & Interpretes.

Cujuslibet igitur humani Juris Fisiones, quibus Juris summi necessarius rigor lenitur, Æquitati originem debent, adeoque etiam Fisiones Juris Romani: cum tamen semper pro ratione populi differant causæ, quæ effecerint, ut illa Juris *εἰρηματα* magis in hoc jure obtinuerint, quam in alio, non incongruum mihi visum fuit hic etiam breviter illas causas indagare, quæ Fisiones in Jure Civili Romano frequentiores reddiderint, quam in quoquam alio Jure. Causas scilicet voco eas rationes, quæ apud Romanos effecerunt, ut commentis Jus summum corrigerent. Quarum quidem quatuor recensere apud animum constitui. In harum autem utraque priori indaganda causa multum otii mihi facient *Joannis Luzac, Joan. Fil., Viri Consultissimi, Observationes Apologeticae pro Jureconsultis Romanis, ad locum Ciceronis in Or. pro Mur.*
 Cap.

edito, omnium optime egit *J. F. Hombergk zu Vach. v.* etiam de illa *Nettelblatt, Init. Hist. Jur. Univ. (Halæ Magd. 1764.) P. I. T. VII. §. 63. p. 47.* & *L. C. Schroeder Cl. Antec. Gron. Oml. in Or. de Præst. opt. in legibus intérpret. Jur. Civ. custodibus (Gron. 1765.) p. 2, 3 & 4.* De alia *Εὐνομίᾳ* sive Æquitatis statua meminit *Codinus*, scriptor recentioris Græcæ Constantinopolitanus, *περὶ παρειῶν Κωνσταντινουπόλεως*, p. 48., de qua tribus Orationibus egregie, ut solet, disputavit, *Ulr. Huber, in Ausp. Domest.*, a p. 225. ad 290.

(1) Sit venia verbo hoc sensu minus Latino, quo tamen sæpius uti debemus. in Jurisprudentiâ enim non pauca vere barbara verba Interpretum usu adeo sunt comprobata, ut, si illis abstineas, nulli intelligaris.

4 PERICULUM OBSERV. APOLOGETICARUM

Capp. XI-XIII. princ. (Lugd. 1768.), acri judicio & consummata doctrina, uno omnium ore, egregiæ; quas ut tandem, jam dudum impleta conditione, absolvat Vir Doct. vehementer desiderant omnes, qui elegantiozem colunt Jurisprudentiam.

Uti plurimarum rerum, quæ in Jure Civili Romano obtinuerunt, sic etiam ipsam nonnullarum Fictionum causam Religio constituit.

Jam enim ab antiquissimo tempore apud Romanos indissolubili nexu cohæserunt jus Sacrum & Civile, quorum duplici freno hunc populum, utpote ferocis ingenii & libertatis amantem, coërcendum esse sapientissime judicarunt Romulus & illum secuti Reges, viri consultissimi omnis Divini atque Humani Juris, quibus non minimam suæ felicitatis partem Romana Respublica debuit (1.) Nulla autem umquam civitas fuit, quæ Deos tam religiose coluerit, quam Romani (2), usque eo apud illos *superstitio exaggerata, & cum in privatam hominum vitam, tum in publica consilia* (fuit) *inducta, ut non queat magis* (3). Illorum Religio permultas suas habebat Formulas & Solennitates, quippe quæ ab

He-

(1) Aliam sententiam tuentur *Mr. de St. Evremond, Oeuvres, Tom. II., p. m. 122.*, nec non *Mr. le Baron de Holberg, Conjectures sur les causes de la grandeur des Romains, Leipzig, 1753.*, qui omnem Romanorum magnitudinem soli ipsorum *Entbuscasmo* tribuit, p. 4, 5 & 6.; dubitem, num vere; hic saltem *Ill. de Montesquieu, Virum omni laude majorem, sequi malui*, v. ejus *Considerations sur les causes de la grandeur des Romains &c. Chap. I. p. 4.*, Ed. 1770.

(2) v. *Dionys. Halic., L. II. Ant. Rom.*, p. 124., Ed. Sylburg.

(3) v. *Polyb. Hist. L. VI. C. 54.*

Hetruscis, earum amantissimis (1), maximam partem petita esset. Quum autem illæ Formulæ & Solennitates, ob mutata tempora, in tantum numerum excrescerent, ut omnes simul celebrari non possent, nec tamen Romanæ Politicæ ratio illa inventa, quibus Plebs in officio contineretur (2), diminui aut tolli vellet, necessario quædam Commenta excogitari debebant, quibus illæ jam peractæ fingebantur, quamvis peractæ non essent. Illa autem e Jure Sacro in Jus Civile facillime translate fuerunt, propter arctum illud vinculum, quo ambo illa Jura copulabantur.

Præterea, sive Romanos sub Regibus sive florente Republica respiciamus, semper eosdem & religionibus Deorum immortalium & summae Reipublicæ præesse voluerunt (3). Quanta conjunctio inter utrumque Jus exinde orta sit cuicumque patebit, qui tres Juris Sacri partes attenta mente contempletur.

Pontificum enim illa erat interpretatio, ut iidem potestatem habeant judicium (4). Neque exigua cum auctoritate Jus Augurum in Republica fuit conjunctum (5). Ipsi vero Fetiales, foederum, pacis, belli, induciarum oratores (6), de plerisque Juris partibus judicabant (7). Quæ

(1) v. Livius, Hist. L. V. C. 1. & Festus, voce Rituales.

(2) v. Heineccii Oratio de Jurispr. formularia Vett. Rom. §. XII. paulo post init., Opusc. var. Syll. p. 443.

(3) v. Cic. pro Dom. C. 1.

(4) v. Cic. de Har. resp. C. 7.

(5) v. Cic. de Leg. L. II. C. 12.

(6) v. Cic. de Leg. L. II. C. 9.

(7) v. Livius L. XXXI. C. 8. L. XXXV. C. 3. Omnem autem patris

Quæ scripsimus confirmare videtur comparatio illius Jurisconsultorum Fictionis, qua gleba, in jus allata, totus fundus esse creditur, de quo lis vindiciarum agitur, cum notissima illa Fictione Fetalium, qua gleba, ante ædem Bellonæ, columnæ imposita, in quam bellum indicturi hastam jaciebant, fingebatur hostilis (1). Atque ipsos Fetales de causa Postliminii judicasse apparet ex *Cicerone, de Oratore L. I. C. 40.*, pro *Cæc. C. 43.*, aliisque veterum scriptorum locis adductis a *Retes, Opusc. L. VI. C. 1. §. 7.*, *Thef. Mecrm. T. II. p. 276.*, & *Majans. Disp. XIII. §. 7—11.*

Maxime, secundo loco, Fictiones in foro Romano multiplicasse videtur studium extollendi Juris Civitatis Romanæ.

Nimirum, Romulus, incomparabilis ille Romani Imperii conditor, varia hominum multitudine congregata, non solum armis illud confirmavit & auxit, sed præcipue id egit, ut partem imperium tueri posset. Ad hunc finem in devictas Regiones Colonie deducebantur (2). Quo evenit, ut Romanis victoria

patrati operam usumque solummodo fuisse in Jurejurando patrando & foederis legibus recitandis, minime autem in denuntiando bello, opinatus fuit *Jac. Gronovius, in ann. ad Liv. L. I. c. 32.*, quem egregie refutavit *Barbeirac in Ann. Gallo-Franc. (9) ad Grotium, de J. B. ac. P., L. III. C. III §. 7. n. 5.*

(1) Animadvertendum tamen est etiam aliquod discrimen inter has obtinuisse. Gleba enim in Fetalium fictione non erat ex terra hostili, sed, aræ imposita, fingebatur hostilis. In lite autem vindiciarum gleba erat ex agro controverso; Ut hac fictione Jctis non opus esset, qua indigebant Fetales. In ambabus tamen pars agri fingebatur totus ager.

(2) *V. Otto, de Ed. Colon., C. 1. p. 6.*

cum maxime prodesset (1), qua tamen semper debilitabantur Spartani & Athenienses (2). Præterea, Jus Civitatis, initio tam facile concessum, postea, regno magis confirmato, non nisi admodum parce distributum fuit bene merentibus Sociis & Coloniis, indignis autem illud ablatum legimus; immo Latinum nec non Sociale bellum de hoc Jure gesta sunt. Varii etiam illius Juris excogitati fuerunt gradus. Inde discrimen inter Colonias Romanas, Latinas & Italici Juris. Hæc Jura Civilia, quæ fontes totius Juris Quiritium constituunt, in quatuor Capita dividi solent. In Jura Commercii, Testamenti faciendi, Connubii & Patriæ potestatis. Inde illa differentia inter res Mancipi & res nec Mancipi, inter dominium Bonitarium & Quiritarium enata fuit. Omnia autem illa Jura, quæ, a Jure Naturæ diversa, Romanis solis prava essent, multas Fisiones progenuisse hic late probare non aggrediar, cum ea ipsa sint, quorum rigorem Fisionibus leniri voluerunt postea Romani. Recordemur solummodo Fisionem, qua Querela inofficiosi testamenti nitebatur; Fisionem, qua pater & filius pro una persona habentur. Recordemur trinas Mancipationes. Illas autem, cum initio veræ omnino fuerint venditiones, ad tertiam causam magis pertinere animadverto.

Hæc

(1) De justitia & utilitate illarum non convenit inter Veteres. Quas enim damnat *Vell. Paterc. L. II. C. 15.*, maxime laudant *Dionys. Halic., L. III. p. 89.* & *Claudius Imp. apud Tacitum, Ann. L. XI. C. 24.*

(2) v. III. *Holberg d. l. p. 39—42.*

Hæc autem tertia causa fuisse videtur ille tenerrimus amor, quo Romani, populus maxime φιλαυτος, Leges & Instituta, a majoribus sibi tradita, conservabat, licet status publicus & mores mutati essent.

Prisci enim Romani antiquitatem proxime ad Deos accessisse (1) credebant, illamque, quo propius aberat ab ortu & divina progenie, hoc melius ea fortasse, quæ erant vera, cernere (2). Hinc omnia illa, quæ ab antiquitate acceperant, tamquam ab ipsis Diis profecta, quam religiosissime custodiebant, Larumque instar colebant, probe scientes cum ipsis Imperii fundamentis etiam suæ magnitudinis fundamenta fuisse jacta (3). Huc respicit notissimum Ennianum illud (4):

Mori-

(1) v. Cic. L. II. de Leg. Cap. 11.

(2) v. Cic. Tuscul. Disp. L. I. C. 12.

(3) Veteres antiquitatem plerumque religiosissime veneratos fuisse docet notissimum illud Periandri monitum: Τοῖς μὲν νόμοις παλαιῶν χρῶν, τοῖς δὲ ὄψοις (al. ἔργοις) πρόσφατοις, Legibus quidem antiquis, sed obsoniis recentibus utere, nec non ultima verba Orationis illius pulcherrimæ, quam pro Atheniensibus habuit Alcibiades, apud Thucydidem, Bel. Pelop. L. VI. C. 18. Novimus etiam Platonem Scito cavisse: ne priscae leges immutentur. Sic apud Terentium, Adelph. III. 3. 88., laudatur antiqua virtus ac fides. v. Westerb. ad h. l. Cf. quoque Cic. V. de Rep. mox laud., qui majorum instituta sacris ceremoniisque retinendis tueri sapientis esse (L. II. de Divin. C. ult.) semper putabat, ut docet Schulting., de Jurispr. M. T. Cic. p. 266 & 267. Illud non minus indicant loca apud Vell. Patere. II. 116. 3. & Tacitum Ann. III. 55. Omnino de hacre etiam consuli merentur Juret. ad Symmach. I. 23. & Rollin, Hist. Rom. T. I. pref. p. 65. sqq.

(4) Fragm. p. 127. ed. Hessel.

Moribus antiquis res stat Romana, vireisque.

Quem quidem ille versum vel brevitate, vel veritate, tanquam ex oraculo quodam effatus esse videbatur Ciceroni (2), addenti, Nam neque viri, nisi ita morata civitas fuisset, neque mores, nisi hi viri præfuissent, aut fundare, aut tamdiu tenere potuissent tantam & tam juste lateque imperantem Rempublicam. Huic sententiæ convenienter monent Paulus, in L. 23. π. de L. L.: Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, & Ulpianus, in L. 2. π. de Const. Princ.: In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo Jure, quod diu æquum visum est. Idem hoc multa nec inconcinna illarum Fictionum exempla docent, quibus antiqua Jura, quæ, cum omnia mutata essent, amplius obtinere non poterant, *dicis causa* (1), repræsentabant quasi jam obtinuissent. Sic enim, licet rigor patriæ potestatis jam dudum temperatus esset, & veræ illæ venditiones, ex Romuli

(1) L. V. de Rep. quem locum, prorsus egregium, servavit Augustin. de Civ. Dei L. II. C. 21.

(2) Græci dicunt *προφασιας ειναι*, pretextus gratia, aut *νομος ειναι*, Legis causa; Modestinus loquitur *οσιας χαιρι* in l. 2. §. 1. π. qui pet. tut. quod perperam vulgo vertunt *puritatis causa*, vel, uti in aliis libris est, *pietatis vel pravitatis causa*. A. Augustinus, Budæum secutus, L. Sing. ad Modest. p. 186., id vertit *defunctorie*; Melius omnino H. Brenckman., *religionis solemnitateque satisfacienda causa*, v. Diatr. de Eudem. C. XII. §. 18. n. 5. Eandem formulam Modestinus, l. 13. §. 6. π. de excusat. tut., expressit *προφασιας χαιρι*. v. omnino de his formulis Wieling, Lect. Jur. Civ. L. I. C. 4.

muli Lege, non amplius adessent (1), illas tamen venditiones, a primo imperii conditore institutas, illisque a majoribus traditas, potius *dicis causa* in usu reservare maluerunt, quam negligere. In indicanda tertia hac causa brevior esse volui, cum pertineat ad *pensum*, quod *Luzac*, Vir Consult., *semet absoluturum esse promissit ac recepit*, d. Obs. C. VI. §. 16.

Atque hæc sane Fictionum Juris Civilis Romani causæ non improbabiles traduntur.

Mihi adhuc quartam addere liceat, scilicet præcepta Philosophiæ Stoicæ, quibus plurimi Romani Jcti erant imbuti.

Quum enim omnium artium, quæ ad rectam vivendi viam pertinerent, ratio & disciplina studio sapientiæ, quæ Philosophia dicitur, contineretur (2), Juris disciplinam (non solum) a Prætoris Edicto — neque a duodecim tabulis — sed penitus ex intima Philosophia hauriendam esse (3) existimaverunt Jcti Romani, veram, non simulatam affectantes Philosophiam (4). Ex omnibus autem Sectis, quæ Philosophiam cum maxime discescebant, Stoïcorum formulam plerumque secuti fuerunt, non autem ideo, quoniam hæc homines magis turbidos effecit & negotiorum adpetentes (5). Absit illa Taciti calumnia a veteribus Jctis, quibus nihil

huma-

(1) v. Schult. ad Ulp. T. X. §. I. ann. 5.

(2) v. Cic. Tusc. L. I. C. I.

(3) v. Cic. L. I. de Leg. Cap. 5.

(4) v. L. I. π. de Just. & Jure.

(5) Ann. L. XIV. C. 57. hanc rationem Tacitus, partium studio ductus, prodidisse videtur: legas modo quæ scribit L. XVI. C. 22.

humanius, nihil benignius sol ille aspexit umquam (1)! Vero magis similes causas indagavit E. Otto, in Or. I. de Stoicorum Philos, *Diss. Jur. Pub. & Priv.*, p. 584. & seqq., J. G. Schaumburg de *Jurispr. vett. Jct. Rom. Stoicâ*, fere toto Cap. 2, & J. Terpstra *Specim. Phil. Jur. de Phil. Vett. Jct.* p. 19. & 20. Quorum observationes hic repetere intempestivæ foret diligentia, cum plura opuscula, hanc rem spectantia, a Slevogtio collecta & Jenæ, a. 1724., edita, in omnium manibus esse putem. Quamvis autem hujus Sectæ vestigia usquam in Jure Romano reperiri, aperto errore neget Paganinus Gaudentius, de ortu & progr. *Phil. apud Rom.* C. 43., quem Cl. Otto, singulari Oratione, (*Diss. laud.* p. 562) pulcherrime refutavit, non magis tamen illorum Juris interpretum laudanda videtur sententia, qui, post Cujacium, *Obs. L. XXVI. C. 40.*, sine discrimine, omnes Jctos e Porticu provenisse asserunt, & ubivis in Jure Romano illius disciplinæ formulæ indicia inveniunt, vel potius anxie quaerunt, v. J. A. Bachius, in *Hist. Jurispr. Rom.* L. II S. 2. C. 2. §. 14. (2) & Putmannus, *Interpp. C. II.* p. 9. Ex Cicero, *Ep. ad divers.* L. VII. Ep. 12., saltem patet Trebatium Epicuro addictum fuisse, neque falso idem concludi posse videtur de Alfeno Varo, si ejus L. 76. π. de *Judic.* cum Gothofredo, ad d. 1., & Briffonio, de *V. S.*, L. XIX., voce particula, explices (2). Plurimos tamen

(1) Bynkershoekii verba sunt in *præf. Opusc. de Jur. occ. vend.* & *exp. lib.* p. 2.

(2) Quæ quidem explicatio placuit Ottoni, in *vita Alfeni* C. VII. Tom. V. *Thes. Juris*, & Terpstra, l. l. p. 18. in *ann.* (b) Stoicis tamen hanc vindicare voluit Cujacius, *Obs. L. XXVI. C. 40.*, cujus summi viri sen-

tamen Jctos Romanos fuisse Stoicos, negari non potest. Ambo ipsi Sectarum auctores, & *Labeo* & *Capito*, cum quisque Stoicum (1) habuerit præceptorem, hic *Ofilium*, ille *Trebatium* (2), Stoicæ formulæ fuerunt addicti (3), qua in re illorum affectæ præceptores suos plerique secuti fuerunt (4). Magis tamen *Labeo* huic sectæ adhæsisse videtur, quam *Capito* (5), & *Proculejani* quam *Sabiniani*, secundum sententiam *Merillii Obs. L. I. C. 20. 29.* (6). Stoicismum præcipue amplexi fuerunt illi Jcti, qui me-

diam

tentiam eleganter et docte tuitus fuit *J. G. Schaumburg*, in *specim. Phil. Jct. Stoica*, ex *L. 76. π. de Just. post. laud. Libellum de Jurispr. Vett. Rom. Stoica*; Et sane ex utriusque formulæ philosophia explicari potest hoc dogma de particulis ex nostro corpore exeuntibus, quod tamen non uni vel alteri veterum Sectarum, sed fere omnibus commune fuisse videtur. v. *Pütmann. Interpp. C. II. p. 9.* Plures de h. lege *V. V. D. D.* allegaverunt *Tydemann.*, *V. C.*, Præceptor non uno nomine mihi venerandus, in *Ulp. Marc. S. I. C. I. §. II. p. 22.* & *Arntzenius*, vir Consult., in *Masurio Sabino*, *C. IV. §. III. p. 33.*

(1) v. *Mascou*, de *Sectis Jctorum C. 6. §. 2. & 3.*

(2) v. *L. 2. §. 47. π. de O. I.*, quam male intellexit *Merill. Obs. L. I. C. 20. v. Terpstra d. L. p. 22. in ann. (i).*

(3) v. *Schaumburg d. l. C. 5. & 6.*

(4) v. *Idem*, eodem *Cap. §. 7. & 8.*

(5) v. *C. O. a Boeckelen*, de *div. fam. Jct. C. 2. §. 4.*, *Opusc. Slevogt. p. 23. 24. & 41.*

(6) *Proculejanos Sabinianis* hic loci male opponere videtur *Merillius*, his *Pegafiani*, illi *Cassianis* fuerant opponendi, v. *Terpstra d. L. p. 22. in adn. (i).*

diam inter utramque Sectam ingrediebantur (1), quos *Herciscundos Cujacius* (2), *Eclecticis* recentiores vocant interpretes, quos tamen alii, *Festo* auctore, melius *Miscelliones* appellare videntur (3). Hinc non raro Stoicæ Philosophiæ indicia occurrunt in Jure Romano, quæ omnia sedulo collegerunt scriptores jam all. (4). Unicum hujus rei exemplum proferre lubet, cum omnino ad nostram materiem pertinere videatur. Quando Stoïci Philosophi rei cuidam definitionem nominis non vere, sed tantum κατ' αναλογiam competere intelligebant τῷ ΩΣΑΝΕΙ, *Quasi*, semper uti solebant; sic apud *Plutarchum*, de solertia animalium, *Opp. Ed. Xylandri T. II. p. 961.* (5), *Eutobulus* illos spernit, quia dicebant animalia μητε θυμωσθαι, μητε φοβεισθαι, neque irasci, neque metuere, ἀλλ' ὡσανει θυμωσθαι, καὶ ὡσανει φοβεισθαι, sed quasi irasci & quasi metuere, additque, se nescire quid responsuri sint iis, qui animalia etiam non videre, non audire, non vocem emittere, immo non vivere dicerent, sed ὡσανει βλέπειν, ὡσανει ακουειν, ὡσανει φωνειν, ὡσανει ζην, quasi audire, quasi vocem

(1) v. *Schaumburg*, d. l. C. 5. §. 3.

(2) Ad §. 5. *f. de rer. divis.* ad exemplum Stoïcorum propter *Servium*, ad *Virg. Æn. III. 68.*, si modo sic ibi legendum sit.

(3) v. *Bachium*, *Hist. Jurispr. Rom. L. III. C. II. Sect. V. §. 3.* (am. b.)

(4) Præter hos v. *H. van Hoogwerff*, *disp. inaug. de var. Juris Rom. partibus Stoam redolentibus*, *Traj. ad Rh. 1760.*

(5) Aliter hunc locum intellexisse videtur *Heineccius*, ad *L. Juliam L. II. C. I. §. 4. p. 113.*, cum omnia illa Stoïcis ab *Eutobulo* tributa fuisse scribat. Num recte, dubitarem.

vocem emittere, quasi vivere. Quas & respexisse Ciceronem, sunt, qui putant, quando, de Diis locutus, ait (de Nat. Deor. L. I. c. 18.): nec tamen ea species corpus est, sed quasi corpus: neque sanguinem habet, sed quasi sanguinem; huc saltem spectat illud Senecæ, L. I. C. 2. de Ira, ubi dicit: Quidquid est, certe non est ira, sed quasi ira. Hanc locutionem e Stoïcismo in Jurisprudentiam transtulerunt Jcti; Illud docent *Obligaciones quasi ex Contractu* & *quasi ex Delicto*, *quasi Possessio*, *quasi Ususfructus*, *actio quasi Serviana*, *res quasi consecrata*; Præcipuus tamen hujus locutionis usus erat in Fictionibus, sic, in l. 8. §. 8. π. de poenis, Ulpianus *fæminæ quasi servæ poenæ* meminit, nec aliter in l. 2. §. 10. π. de inoff. test. Marcianus & Paulus parentes qui liberos exhæredaverant *quasi furiosos* appellant; v. etiam pr. Inst. de inoff. test. Hinc illa locutio a Vett. Interpp. inter notas characteristicas Fictionum est relata, V. Leg. Acad. diff. A. Fritschi diff. 7. §. 3. p. 219. Non tamen Jcti Rom. Stoïcorum præceptis ita addicti erant, ut omne humanum a Zenone aut Chrysippo alienum existimarent, & coeco quodam obsequio in illorum dicta jurarent. Neque hoc Stoïcis in more positum erat, quippe quibus familiare fuisse illud *μεσιν ὁδον τελευτῆν νομιμὸν*. Unde *herciscundi* a Servio, ad Virg. *Æn.* L. III. v. 68., appellati fuisse videntur, nisi cum optimis quibusdam Edd. & Codd. legendum sit, *quam Stoïci terris condi, id est.* & rel. v. Mascov., de Sectis. C. VIII. §. & in præf. p. 6. §. 7., Bachius, Hist. Jurispr. Rom. L. III. C. II. S. V. §. 3. ann., & Tydemann. V. C. in Ulp. Marcel. S. I. C. V. §. 1. ann. Auctoritatis præjudicium, gravi supercilio, semper contemnebant, *Senecam*, Philo.

Philosophum vere Stoïcum, audias, *Ep. 45. & Lib. I. C. 1. de beata vita.* Neque Zeno & Cleanthes, ipsi sectæ conditores, aliud voluerunt, v. *Senecæ Ep. 33. (1).* Ideoque etiam illam sectam, quam, *usui rei publicæ accommodatiorem*, elegerant Jcti, deserebant in his, quæ communi salutis, quæ ipsi rationi adversabantur. Hæc est illa *vera & non simulata Jctorum Philosophia*, quam jure suo prædicat *Ulpianus, l. 1. π. de Just. & jure*, de qua elegantissima Oratione egit *Otto, Differt. p. 661.*, quam autem Philosophiam immerito rident *Turnebus, Advers. L. VIII. C. 20. & Heineccius, Ant. Rom. Synt. ad T. Inst. de Just. & Jure §. 1.* Non omnes affectus contemnebant illi benignioris animi viri; Incestum, communes uxores, infandam *παιδεγασίαν* horrebant, licet nonnulli inter Stoïcos fuerint, qui illa approbarent, *secundum Ottonem, de vera Jct. Phil. Diff. 7. P. & P. p. 686. & seqq.* Quid autem, si ex Physica Stoïcæ Philosophiæ parte aliquid elici posset, quod cum ipsa æquitate pugnaret? Illa, quæ leges Naturæ bona fide credebant Jcti, nec mutare poterant, nec tollere. Hic itaque quasdam Fisiones inveniebant, quarum opem suam Philosophiam cum æquitate conciliarent. Nimirum, Stoïci, cum timerent argumentum illud, quo colligitur, *necessè esse, ut occidant animæ cum corporibus, quia cum corporibus nascuntur, sec. Lactant., de falsa sap., C. 18.*, dicebant, foetum in utero ali ac crescere, ut plantam; partu autem editum ab aëre refrigerari ac durari & mutato spiritu fieri animal; v. *Plutarch., de repugn. Stoïc.*

Opp.

(1) Idem indicat utrumque exemplum ex *Cic. de Or. L. 1. & de Off. L. II.* depromptum a *Schaumburg l. 1. C. 5. §. 3. inf.*

Opp. Ed. Xyl. tom. II. p. 1052., illumque partem ventris esse, non animal, utque fructus, qui stirpium partes sunt, ubi maturuerunt, defluere. v. Plutarch. de Plac. Phil. L. V. C. 15. T. II. Opp. p. 907. & Sen. Ep. 124. Hanc sententiam, ex Physica Stoicæ Philosophiæ parte desumptam, probabant Jcti, qui Stoicos sequebantur, propterea Papinianus, in l. 9. §. 1. π. ad. Falc, negat illum, qui in utero est, esse hominem, & tantum mulieris portionem esse asserit Ulpianus, in l. 1. §. 1. π. de insp. ven. ne. Sic tamen in rebus hæreditariis aliisque Juris Capitibus miserrima embryonum erat conditio, neque parva exinde oriebatur iniquitas. Quæ autem omnia incommoda Jctis naturaliter ipsi rerum conditioni causam debere videbantur, cum reapse animam post partum demum insinuari (1) crederent; dum foetus itaque homo non esset, ea quæ hominis sunt, illi competere non poterant. Unicum igitur remedium, quod superesse videbatur, invenerunt Jcti. Partum, scilicet, quamvis adhuc in utero latentem, repræsentabant, quasi jam natus esset, addita conditione, cum de ejus commodo quæreretur. v. præter alias l. 7. π. de statu hom. & l. 281. de V. S. Hac autem Fictione ipsa Philosophiæ præcepta cum æquitate conciliabant, & nihilominus illa custodiebant in his, quæ æquitati contraria non erant. Hisce satis demonstrasse mihi videor, Præcepta Philosophiæ Stoicæ, a Jctis excultæ, apud Romanos Fictionibus etiam causam dedisse. Cæterum, ab ejusdem Philosophiæ præceptis profiscitur,

(1) v. Lactant. de falsa sap. C. 18. & de opificio Dei C. 17.

ciscitur, quod in querela inofficiosi furor, insania, dementia arguatur, non vero quædam imbecillitas ingenii, decepti patris iracundia aut testatoris error. Stoïcorum enim axioma erat, ὅτι πᾶς ἀφρον μαίνεται, omnem stultum insanire; illud Cicero Paradox. IV. C. I. exponit; sic L. IV. Tusc. Disp. C. 24. ait: Quid? Stoïci qui omnes insipientes insanos esse dicunt — omnes stultos insanire, ut male olere omne cosnum, & rel., nec non Seneca, L. II. de Benef. c. 35. omnes stultos insanire, dicimus, nec tamen omnes curamus elleboro. Iram, dicebant esse, brevem insaniam, v. Seneca de Ira L. I. C. I. Plura exempla vide apud F. Richejum, Vind. Præt. Rom. & Jur. Hon. §. 15. ann. 5.

Enumeratis quatuor illis causis forsitan adhuc una & altera, neque hæc improbabilis, addi poterit, ex assidua Romanæ Reipublicæ contemplatione petita, sed vereor, ne meo Lectori jam nimis diu hisce immoratus fuisse videar.

Ex iis autem, quæ hactenus disputavimus, satis patet, Fictiones illas, quæ Juris summi rigorem leniunt, æquitati originem debere, illasque causas, quæ Fictiones in Jure Civili Romano reddiderint frequentiores, totidem veræ & genuinæ Politicæ, ipsi æquitati innixæ, effata esse; id saltem sperare ausim. Felicem, si mea spes me non fallat, mi lector, si tua benevolentia juvenili meæ ignoscat audaciæ! Atque sic enim erranti *Tittio* omnem fidem negaveris. Nimirum Virum illum clarissimum, cujus in elegantiore Jurisprudentiam merita, grata mente, suspicio, Præceptoris sui *Thomasi*, Juri Romano plerumque non leviter infensi, auctoritati nimium obsecutum, cum de Fictio num Romanarum origine & causis agat, non sine animi perturbatione hæc scribere video:

si tamen acrius instes & omnino causam aliquam impellentem postules; majori forte jure imperitia, aut leges antiquas, licet iniquas aut inutilis, custodiendi pervicacia allegabitur (1).

Quod ad primam, criminationem dicam, an causam. Quæ erit illa imperitia? ubi illius indicia? — Quod Juris Gentium naturam non intellexerint, respondet *Titius*, illamque *Postliminii* & *Legis Cornelie* exemplo probari vult. Plura sane Juris loca afferri possent, quæ, Romanos *Jctos* Juris Gentium non imperitos fuisse, satis clare demonstrant. Neque tamen contendere velim, illos eodem modo de *Jure Naturæ* & *Gentium* cogitasse, quo nos de eo cogitare solemus. Illud etiam plura alia Juris loca docent. Quis autem illud a Romanis exiget, qui seculi, morum & religionis diversitatem æquo animo contempletur? Neque aliquid huc faciunt allata exempla. Ponamus, illum, qui apud hostes captivus detinetur, suo jure in Civitatem redire & sua sibi vindicare posse, illumque, si apud hostes moriatur, servum tamen non mori, neque adeo ejus dispositionem antea factam esse irritam.

Illam omnia sint Juris gentium, ita dicti. Quia tamen hic Fictionem adhibuerunt, num ideo Jus Gentium non intellexerunt Romani? Minime. Hic proprii mores & priscae leges efficiebant, ut aliqua parte illius præceptis obsequi non possent. Servum enim hostium Jure Romanæ Civitatis uti, Romani pati non poterant. Illud horrebat populus ille *φιλαυτος* & *φιλαρχαιος*. Cum itaque summum jus propter captivitatem æquitati adversabatur, Fictionem ad

(1) *γ. Titius disp. de Vict. Rom. not. & inconc. §. 40.*

adhibebant, qua illum, qui ex captivitate redierat, fingeant non fuisse captum.

Num itaque probabilior Fictionum Juris Civilis Romani causa erit *pervicacia leges antiquas, licet iniquas aut inutiles, custodiendi*? Hanc alteram causam suspicatur *Titius*; Antiquas bonasque Leges custodiendi *pervicacia sapientis ac prudentis est populi*. Et hac parte Romanis profecto omnis laus cedit. Iniquas autem vel inutiles Leges propter antiquitatem Romanos numquam tueri, videmus. Neque hoc docet exemplum *Querelæ inofficiosi* propter fictum testatoris furorem instituendæ: liberrima enim testandi facultas XII. Tabulis patri familias indulta Romanorum ingenio erat accommodata, nec illo ævo, quo illæ latæ fuerunt, speciem imprudentiæ aut iniquitatis habuit (1). Postea tamen furor atque insania quorundam parentum, *novercabilibus delinimentis instigationibusve corruptorum*, (2) effecerunt ut Prudentes quoddam *εὐρησά* cogitare coeperint, quo illam licentiam, qua malevoli abutebantur, optime coërcerent. Neque hæc Fictio dementiæ Romanis absurda videri poterat, qui nihil fere magis horrebant, quam parentes, qui *naturam vincerent* & *amorem illum penitus insitum ejicerent ex animo*, & exhæredare liberos cogitare auderent; v. *Cicero, pro Rosc. C. 19., Justin. l. ult. pr. C. de Curat. furios, Paulus, l. 7. pr. π. de bonis damn.*, neque *sanum aliquem*, credebant, filium facile exhæredare posse, v.

(1) v. *Jac. Voorda Or. I. de Rom. prud. in cond. L. XII. Tab. El. p. 309. seqq.*

(2) *L. 4. π. de inoff. test.*

v. *Sen.*, L. I. de *Clem. C.* 14.; summum contra honorem ad eum pervenire, putabant, ad quem hæreditas veniebat, v. *Cic.*, pro *Quint. C.* 4. & plura apud *Val. Max.*, L. V. C. 9. n. 2., summam vero ignominiam, si hac privarentur, v. *Cic.* pro *Domo C.* 29., ideo tale testamentum *notam* vocat l. 20. pr. π . de *Bon. poss. contra tabb.* & injuriam L. 8. π . de *inoff. test.*; propterea illos detestari videmus *furentem* L. *Syllam*, v. *Lepidi Or. contra Syll.* n. 6., *Sall. I. Histor. Fragm.* De ægrotis autem & senibus, qui maxime testamenta faciebant, sæpe non benigniorem, quam de *dementibus*, ferebant sententiam; quæ omnia late probavit *Richei.*, *Vind. Jur. Præt.*, a p. 97 — 100. Quantum vero per præcepta Philosophiæ Stoicæ etiam hac in re effectum sit, obiter supra jam vidimus. Antiquas autem Leges potius lenire, quam mutare volebant Romani, & quidem propter justissimas causas, quarum unam & alteram summatim indicavimus, cum de tenerrimo antiqua servandi instituta Romanorum amore agebamus. Cæterum, plurimi Viri Clarissimi errores, quos non paucos offendet, qui attentamente hunc libellum perlegit, ex impuro illo fonte promanare videntur, quem nobis indicat *Ill. de Montesquieu*, de *l'Esprit des Lois*, L. XXX. C. 14. *inf.*, cujus verba hic adscribam: *Transporter dans des siècles reculés toutes les idées du siècle, ou l'on vit, c'est des sources de l'erreur, celle qui est la plus féconde. A ces gens, qui veulent rendre modernes tous les siècles anciens, je dirai, ce que les Prêtres d'Egypte dirent à Solon: O Athéniens, vous n'êtes que des enfans.* Omnes autem illas criminationes, in Jus Romanum satis inconsiderate prolatas, quodammodo tamen limitari voluit *Titius*, scribit enim, *hæc suas causas majori FORTE Jure allegari*; num vere, nunc videat lector.

Totum

PRO FICTIONIBUS JURIS CIVILIS ROMANI. 21

Totum vero dignissimum Romanorum Juris interpretum ordinem, quibus antiquitas, quibus ipsa hæc ætas debet optimos illos Juris libros, sine probabili argumento, addita lubrica illa cautione, *imperitiæ*, atque ipsos illarum Legum latores stultæ cujusdam *pervicaciæ* accusare, in turpem levitatis & arrogantiae notam incurrere videtur.

Atat, quo me inscium abripit Veritatis amor? —
Tullianum monitum (1) recordatus, festinanti manu, ad definitionem Fictionum Juris Civ. Rom. propero. Nullam nobis reliquerunt ipsi Juris Conditores. Hinc plerique Interpretes, imo qui hanc materiem modo leviter attigerunt, suam sibi fabricati sunt, pro varia, quam de Fictionibus fovebant, sententia, hi magis favorabilem, illi satis odiosam; singuli tamen suam, utpote genuinam, lectori obtrudere conantur. Quam vere igitur jam olim Favolenus J. C. tus, L. 202. de R. J., scripsit: *omnis definitio in Jure periculosa est, parum est enim, ut non subverti possit.*

Maximi autem erit momenti, *antequam de illis suscipiatur disputatio*, veram ac genuinam indagare, *ut intelligatur, quid sit id, de quo disputetur*, cum omnes D. D. Virorum errores & dissidia ex male intellecta definitione, tamquam ex impuro fonte, promanarint.

Antiquorum Doctorum (2), Cyni, Angeli, Baldi, Florentis &

(1) v. L. I. de off. C. 2. in f.

(2) Illas exhibet B. C. Zahn, de Mendaciis L. I. C. 16., adhuc alias recenset Jason, ad l. 15. de usucap. n. 168.

& *Salyceti* definitiones posterioris ætatis Interpretibus merito displicuisse videntur.

Non omnino autem contemnenda esse videtur illa, quam protulit *Bartolus*, ille *Juris Monarcha* & *Auriga*, quo eleganti elogio hunc virum, honoris causa, insignivit illius temporis barbaries, ad l. 15. π. de usucap. n. 21., quam secuti sunt *Mascard.*, *Quæst.* 16. n. 14., *Menochius*, de *Præsumt.* L. I. Q. 8. n. 4. aliique; in illa tamen præcipua deest nota, qua Fictiones a captionibus & fraudibus distinguantur.

Hac tamen multo inferior est *Alciati* definitio, in tr. de *præsumt.* n. 3. in pr., qua *Fictionem* ait esse: *Legis adversus veritatem ex justa causa tamquam rei veræ in repossibili dispositionem*, quam amplexi fuerunt *Wesembecius*, ad T. π. de *Probatt.* n. 15. in f., *Wissenbach.*, disp. 43. ad π. §. 14., *Van Eck*, Pr. *Juris d. t.* π. §. 21. in secunda *Fictionis* definitione, & *Westenberg*, cod. t. §. 28. Qui omnes soli legi adscribunt Fictiones, cum paucissimæ Fictiones a lege, pleræque autem a consuetudine introducuntur, quæ quidem pro lege esse dicitur, sed nunquam ipsa lex vocatur, L. 32. §. 1. π. de *L. L.*, & L. 33. eodem, quo vitio, præter alia, etiam laborat prima definitio, quam tradidit *Eckius*, l. cit.

Hotomannus, qui primus materiem *Fictionum* specialiter tractavit, *Quæst.* Ill. C. 38., eumque secutus *Hilliger*, ad *Donellum*, L. XIV. C. 19. lit. a, *Van der Muelen*, *For. consc.* p. 722, aliique eas definiunt: *Commenta Juris Civilis ad usum vitæ communis contra naturam rerum contraque veritatem accommodata*; attamen contra naturam rerum nihil comminiscitur *Fictio*, quum ad *advata* extendi non possit; verba *ad usum vitæ communis*, prouti superflua, melius abesent.

Quem

Quem plerunque ducem sequitur *Hottomannum*, hic merito deserit *Alteserra*, qui tamen *Fictionem* a *Præsumptione* non satis fecernit, *Tr. de Fictt. L. I. C. 1.*, postea autem, *d. l. C. 4.*, eam magis apte definiuit: *Juris dispositionem super re certa contra veritatem, quæ est possibilis, & pro veritate habetur.*

Nimis, me judice, peccat *Bachovius*, de *Actt. disp. III. §. 16.*, cum ex *Corasio* scribat: *Fictio est falsi pro vero assumptio*; non enim opus est, ut moneam, illam rectæ definitionis requisitis non satisfacere, sive, ut *Logici* dicere amant, adæquatam non esse, cum omnibus *Cautiõibus & Eurenatibus*, immo ipsi mendacio, errori & fraudi, conveniat.

H. Habnius ad *Wesembecium* aliam hanc tradidit definitionem: *Fictio est juris Constitutio, qua fingitur id contigisse, quod minime contigit, vel id non evenisse, quod evenit, de qua Sibrandus, Disp. Class. 6. merito ait, sine suffragiis aliorum & nostro hic frustra est in emendando Wesembecio Habnius.*

Naturam autem *Fictionum Voetiana* definitio, ad *tit. 7. de prob. §. 19.* tradita, haudquaquam demonstrat, sed ipsam potius illarum causam.

Magis autem a vero aliena est illa, quam excogitavit *G. G. Titius*, *Dispp. Jur. disp. IV. 56. p. 146.*, qua ait *fictionem* esse: *Assumptionem falsi pro vero scienter & aperte factam, mediante qua, ultro dispositio aliqua legis proponitur.* Cum ipsas *Fictiones Juris Rom. inutiles & inconcinnae* esse ostendere vellet *Titius*, ingeniose satis quamdam verborum $\sigma\epsilon\sigma\phi\eta\upsilon$ invenit, ex qua omnia postea evolvit, quæ si vera esset definitio, ut eam vocare maluit, *Fictiones sane & inutiles & inconcinnae* essent. Præcipua definitionis vis in voce *ultro* est po-

fit. Ante omnia enim id egit Vir. Cl., ut ostenderet, nullam necessitatem Fictiones postulasse, ideoque illas prorsus inutiles esse. Hujus autem sententiæ falsitatem, quæ, indicatis Fictio- num origine & causis, jam patebit, postea clarius ostendendi magis apta dabitur occasio, cum de Fictio- num Juris Civ. Rom. utili- tate agendum erit. Quid autem? Fere semper de Imperante & Legislatore loquitur Titius; plerasque tamen Fictiones introduxit tacita consuetudo & fori usus, quod ipse animadvertit §. 5. in f. p. 146., ideoque etiam hic aptius de *Juris*, quam de *Legis* dispo- sitione locutus fuisset. Quod autem legis dispositio *assumit*, sem- per *scienter & aperte assumere* debet, quare igitur hæc huic defini- tioni addenda fuerint, non video.

Aliam, & pulcherrimam sane, definitionem dedit *Schulting*, *Thef. Dec. 27. Tb. 10.*: *Fictio Juris est, qua jus constituit, ut id, quod revera falsum est, sed per naturam verum esse potuit, quasi verum habeatur.*

Neque huic dissimilis est illa, quam *Luzac*, *Obs. Apol. p. 1. C. 4. §. 5.*, tradidit, *Fictio est veritatis, quæ existere potest & stricto jure existere deberet, contra certam veritatem existentem, repræsentatio, lege aliqua aut consuetudine legitima introducta.* Si vero huic defini- tioni post *re præsentatio* quis inseri velit hæc verba, *stricti juris corrigendi causa*, equidem nullus refragabor, cum hæc nota ad *maxime* Fictio- num Juris Civ. Rom. characteres quammaxime pertineat, nec tamen, nisi fallar, illam per se satis clare ex- primere videantur illa verba *& stricto jure existere deberet*, quæ magis aliam, eamque optimam, Fictio- num Juris Civ. Rom. characteristicam notam respiciunt.

Priscis Romanis auribus magis grata fuisset *Commenti*, quam *Fictionis* appellatio (1), quum autem *Paulus Jctus*, in *l. 1. §. 1. & l. 18. π. ad L. Falc.*, nec non in *l. 15. π. de usurp.*, hac uti maluerit, omnesque, qui jura interpretati sunt, illum secuti fuerint, hic tutius tritæ viæ insistam.

Fictionem a *figendo* descendere, non opus est, ut moneam; *Fingere* apud Romanos erat *ingeniose aliquid excogitare & formare*, non vero *mentiri* (2), si *A. Schorūm*, de *Phras. L. L. G.*, *Scioppium*, *Obs. L. L. & O. Gifanium*, *Obs. L. L.*, *Thes. Verweijano*

p.

(1) Sic apud *Terent. And. 1. III. 20. Atque ipsis quidem commentum placet.* & *Cic., L. II. de Nat. Deor. c. 8.*, *Opinionum commenta delet dies. Figmentum* vero non est optimæ Latinitatis. *Stephanus* tamen ex *Cic., L. II. de Orat. C. 45.* illud defendit. Licet autem *Lyttletoni*, aliæque Editiones ibi *figmentum* legant, antiquas tamen Edd. *Ascensii*, *Aldi*, *Sturmii*, *Godofredi* & accuratissima *Gruteriana*, omnes habent *pigmentum*. *Asconii* autem locus, in *pr. Comm. in III. Or. Cic. contra Verr., Scioppio, Infam. Fam. p. 89. & de Stil. Hist. 143.*, aliisque suspectus est, dum constat, posteriores *Asconio* multa de suo allevisse. *Calepinus* quidem provocat ad *Plinium*, *X. 54.*, ibi tamen *Frobeniana* aliæque antiquæ Editiones habent *Fimetum*, *v. Cell. Antib. b. v. Antiquiores*, qui hoc verbo usi fuerunt, non sunt, quam *Gellius* & *Apulejus* *sec. Cell., d. 1. & Noltben., Lex. Antib. Ind. Etym. post. b. v. Aenei* autem, quod vocant, sæculi scriptores hac voce sæpius utebantur pro *Commento*, *Macr., L. I. 3. de somn. Scip., Min. Fel., C. II., Lact., L. VII. C. 22., Tertull., Res. corn. C. XXX. & Spart., in Sev. C. XXI.*

(2) Illam significationem cum maxime probare videtur locus apud *Justinum*, *L. XXV. C. III. n. 3.* ubi male aliam vocem reponit *Schefferus*, *v. adn. Græviana ad illum locum.*

D

p. 141., 29 § 130. audias (1), si vero C. F. Scaligero, de causis L. L. C. 87., fidem non negaveris, est: imitatione exprimere rem veram (2); Notatio autem, quæ Vossio, in Etym., vel a πηγω seu πηγυω, vel a φεγγω placebat, Scaligero etiam placuit a φεγγος, detracta aspiratione. Scaligeranam significationem sequitur Sanctius, in Min. f. de caus. L. L. L. I. C. 3. hac parte dissentit tamen egregius Sanctii Commentator J. Perizonius ibid. ann. 2. Tres ejus significationes in jure indagavit Briffonius, de V. S., L. VI., quartam, ex l. 8. § 19. π. de Leg. Corn. de fals., eruit Bynkersb., Obs. J. R. L. IV. C. 21. Ex iis saltem quæ de hoc verbo annotavit J. Richei, Vind. §. 14. p. 79. § seqq., patet, plerumque Romanos hanc vocem usurpasse, ubi nihil falsi cogitare licet.

Fictionum notæ vulgo Vett. Juris Interpretibus audiunt hæc: videtur, creditur, censetur, intelligitur, habetur, pene, perrinde, quodammodo, quasi & alia; Fictionum Synonyma autem Commentum, Imago, Color. v. Fritschii Diff. Leg. Acad. Diff. 7. §. 3. § 5. Hæc tamen omnia caute sunt accipienda, cum Juris ocellus Bartolus § subtilissimus Jason, quos fundamenta fictionum probe jecisse gloriatur Sybrandus, in præf. disp., hac arte non raro macilentas quasdam Fisiones extorqueant, ubi nihil minus cogitaverunt Jcti aut Impp., v. Titium, V. C., §. 1. de nat. § inconc. fict. Plerumque vero fingere & credere synonyma fuisse, Richei, Vind. §. 14. p. 80., probabiliter indicavit.

Nunc.

(1) Hos sequuntur Noltben., Lex. Antib. Ind. Etym. b. v. & Ker Sel. de L. L. Obs. L. I. b. v.

(2) Fingere est formare manu, aut ingenio excogitare rem novam, v. A. Pagano, de differ. verb. L. II. b. v.

Nunc autem animam, omni præjudicata opinione liberum, ad Naturam & Indolem Fictionum Juris Civ. Rom. advortamus!

Multa, ab antiquis *Doctoribus* compacta, inveniuntur *Brocardica*, quibus naturam & indolem Fictionum juris Civilis Rom. explicare solebant, quorum plurima præter alios, collegerunt *Zahn, de Mend. L. I. C. 16. & Titius, in d. disp.* Attamen sæpius illa *Brocardica*, e peculiari quadam materie desumpta, universalem illam applicationem non patiuntur, & sic illa sibi invicem non raro sunt contraria. Hinc multis inanibus subtilitatibus, multis distinctionibus, limitationibus & quæstionibus causam dederunt. Quapropter ista ommittenda putavi. Licet enim hisce *Brocardicis* illius sæculi homines delectarentur, nostris tamen hominibus, delicatioris quippe palati, non valde placerent, quibus nimirum *turpe est, difficiles habere nugas & stultus labor est ineptiarum.*

Illorum loco elegantem *Aelii Donati* locum, qui ad hanc rem omnino pertinere videtur, hic subjecisse, lectori non ingratum fore putavi. *FALSUM* est, quod tegitur id, quod factum est; *VANUM*, quod fieri non potest; *FICTUM* quod non est factum, & fieri potuit. Vel: *FALSUM* est fictum mendacium simile veritati; *VANUM*, nec possibile, nec verisimile. *FICTUM*, totum sine vero, sed verisimile. *FALSUM* loqui, mendacis est, *FICTUM*, callidi, *VANUM*, stulti. *FALSUM* loqui, culpæ est, *FICTUM*, virtutis, *VANUM*, recordiæ. *FALSIS* decipimur, *FICTIS* delectamur, *VANA* contemnimus. Quæ verba leguntur in *Æl. Donati Comm. ad Terent. Eun. I. II. 24.*

Itaque potius, secundum traditam definitionem, naturam &

indolem Fictionum Juris Civ. Rom. indagemus.

Statim quidem nobis semet offert illa Characteristica nota, quod Fictio Juris C. R. *aliquid repræsentet*, quandam nobis sistat imaginem, sive sola mentis cogitatione, sive per symbola actusve externos. Hoc V. C. locum habet in imaginariis illis venditionibus, ubi æs appensum veri pretii loco est; illud autem in querela inofficiosi, ubi insania testatoris fingitur effecisse ut inofficiosum conderet testamentum. Hac ratione Fictiones optime discerni possunt a comparationibus & rebus similibus.

Fictio autem repræsentat veritatem (id est rem, vel factum), *quæ existere potest & stricto Jure existere deberet.* Res enim & factum debent *potuisse esse & evenire.* De hac Fictionum nota nec veteres, nec recentiores juris Interpretes inter se conveniunt. Aliter Bartolus, aliter Jason. Uterque suos habet defensores. Hinc sane valde ridiculæ subtilitates & distinctiones fuerunt exortæ; de quibus v. Titium, d. l. §. 49. & 50. Ipse Vir. Cl. autem contendit, *Fictionem super impossibili locum habere.* Putat enim, *perinde esse sive hoc quæras, num Fictio sit Fictio; cum omnis Fictio sit contra veritatem & fingat aliquid esse, quod non est, aut non esse, quod est: Ergo Fictio cadit super impossibili. Nam impossibile est idem esse, & non esse, v. Tit., d. l. §. 41.* Ad hoc argumentum mihi breviter hæc respondere liceat. Non recte Vir Clarissimus indolem Fictionum hac parte intellexisse videtur. Si eodem tempore & loco idem esse & non esse fingeretur, sane fingeretur aliquid, quod fieri non posset; si, V. C., in querela inoff. pater eodem illo momento, quo filium impie exheredabat, fingeretur & sapiens & despiens fuisse, quoddam
aper.

aperte *αδυνατον* fingeretur. Verumtamen in Fictionibus longe aliter hæc obtinent. Fictiones enim illud, quod illo momento extiterat, repræsentabant, quasi non extitisset, & illud, quod non extiterat, quasi extitisset. Nam utraque illa Veritas, illa scilicet, quam repræsentat Fictio, & illa, contra quam introducta est Fictio, eodem tempore & loco non *creduntur* existere. Prior illa veritas removet alteram. Illa hujus locum occupat. Eodem exemplo utamur! Pater, qui testamento suo, sana mente, condito, sine justa aliqua causa, filium suum exhæredaverat, postea fingitur toto illo temporis intervallo, quod impenderit ad solennem illum testandi actum celebrandum, insanivisse. Quo titulo, quidquid egerit, tamquam ab insano actum, rescindendum est; non enim sola inofficiosa Institutio, propter hanc fictionem rescindebatur, sed ipsa Legata & Fideicommissa corruebant; totum illud testamentum propterea rescindebatur. Neque illo intervallo in Jure haberi poterit sanæ mentis fuisse, quomodo enim testamentum totum rescindi potuisset? Sed illo temporis intervallo pater non sanæ mentis fuisse fingitur, quippe qui vere dementis hominis instar egisse videretur. Neque illud erat *αδυνατον*. Nihil enim in rerum natura obstabat, quo minus pater insanæ mentis esse potuerit; cum eadem ratione insanire potuisset, qua suæ mentis compos erat. Hæc quæstio igitur non erit *Domitiana quæstio*. Si enim hac parte omnes Juris Civ. Fictiones contemplemur, semper animadvertemus illud, quod quæque repræsentat, vere existere potuisse. Numquam enim aut Lex, aut Legitima Consuetudo aliquid fingebat, quod Naturæ vires superaret; Hæ nimirum non solebant *των αδυνατων εσσαν*.

Quam maxime igitur hac parte peccat *Hotomannus*, *Quæst. Ill. Q. 38.*, quando Fictiones esse, dicat, *contra naturam rerum*, quod jam obiter annotavi, cum illius definitionem recenserem; totam hanc rem pulcherrimo exemplo ex comparatione *L. 26. de Cond. Instit. & §. 9. Inst. de hered. inst.* porro illustratam vide apud *Huberum*, *Præl. ad Tit. π. de præsumt. §. 22.*

Non autem sufficit, Veritatem, quæ fingitur, locum habere potuisse, sed præterea ex omnium genuinarum Fictionum consideratione mihi patere videtur, Fictiones nullas ab jure Romano fuisse admittas, nisi ita comparatas, ut, si illud, quod fingeretur, vere extitisset, secundum juris analogiam id ipsum obtinere *debuisset*, quod nunc per Fictiorem efficiebatur; Nec mirum. Absurdum enim fuisset ea inventa, quæ æquitatem ubicunque in Jure Civili restituerent, ipsius Juris Civilis analogiæ adversari.

Præterea, in Fictionibus observamus, imaginem semper esse contrariam rei; Illud enim, quod existere potest & ipso Jure existere deberet, repræsentant *contra ipsam veritatem existentem*. *V. C.* qui Jure *Postliminii* in patriam redibat, fingebatur illam numquam deseruisse, nec in hostium servitutem redactus fuisse, quamvis contrarium satis liquido constaret. Hac ratione Fictiones optime distinguuntur a Symbolis. His enim illud, quod reapse non existit, repræsentari non solet, sed Veritas, quæ existit, occulto quodam modo denotatur, *v. Otto, Jurispr. symb. Exerc. I. C. 2.*

Illam autem *Veritas*, contra quam introducta est Fictio, debet esse *certa*; Hoc luculento exemplo demonstrat illa *Jctorum* Fictio, qua nondum editus pro jam nato habetur, cum de ejus

com.

commodo quærat; illum enim, qui in hac Fictione fingitur jam natus fuisse, constat nondum natum fuisse eo tempore, quo fingebatur, cum adhuc in matris utero latuerit. Hac ratione etiam Fictiones differunt a Præsumtionibus, quæ plerumque probationem in contrarium admittunt. Dissentit tamen hac parte *Richei*, egregius ille Prætoris Romani vindex. Etenim in §. 14. *Vind. Præt. Rom.* hæc scribit: *Præterea antiquæ illæ Fictiones, si recte æstimes, sunt meræ veritates, ut hodie vocamus, probabiles. & in adm. 2. ad b. §., patet etiam, frustra Doctores litigare de differentia inter Fictionem & præsumtionem, quum utraque spectet ad id quod est verosimile, pessime autem de iisdem pronunciaffe Jac. Cujacium, in Comm. ad l. ult. π. quod metus causa gestum est, quocam tamen plerique omnes faciunt. Verba Cujacii hæc sunt d. l., T. II. Opp. q. e. v. p. 148: Præsumptio verosimilis est, probatio necessaria. Fictio aliud quiddam, quam præsumptio, Fictio postliminii, Fictio Legis Corn. Fingimus ea, quæ non esse scimus. Præsumimus ea, quæ vera esse arbitramur, ducti probabilibus argumentis. Et quidem vere Cujacius, quem plerique omnes recte omnino sequi videntur. Fictiones enim & Præsumptiones quam maxime inter se differunt (1). In Præsumtionibus, probabilibus rerum notis colligimus, aliquid factum fuisse, quod verosimile est, factum fuisse. In omnibus autem Fictionibus, certissime scimus, illud, quod fingitur extitisse, non extitisse. Quomodo itaque Fictiones probabiles Veritates audient? Num ille probabiliter dici poterit vivere, quem certo scimus, nondum natum fuisse, sed adhuc in matris sinu abscondi? Num probabiliter credemus, aliquem fuisse*

mor-

(1) Quam differentiam non satis feliciter indagasse videtur *Titius*, d. h. §. 68. & seq.

mortuum illo momento, cui scimus, ipsum per longam annorum seriem superstitem fuisse? Illa tamen est Fictio Jctorum. Hanc vero aperte Legis Corneliæ Fictionem in Jure appellari, novimus. Hæcne igitur dicemus verosimilia, quæ, scimus, ipsi Veritati esse contraria? Nec tamen etiam hac ratione sibi satis constare videtur *Richejus*, cum enim hoc loco, omnem differentiam inter Fictiones & Præsumptiones sublatam, velle videtur, in §. seq. tamen aperte inter utramque distinguit; ibi enim de Querela Inoff. scribit: *Attamen hæc, non ut Fictio, sed tamquam probabilis præsumptio æquissime inducta est.* Vellem, apte secundum suam sententiam Fictiones J. C. R. definivisset, nec dubito, quin suum errorem protinus intellexisset egregius Juvenis. Nimio tamen suo vindicandi ardore deceptus fuisse videtur. Omnis enim, quod suspicor, erroris causa a perversa, quam de Fictionibus fovebat, opinione profecta fuit; verebatur nimirum, ut Fictiones Juri Prætorio, cujus vindicias agere coeperat, non levem maculam adspergerent; ideoque illas, quæ Prætoriæ arguerentur, omni opera evellere conatur. Male omnino, cum ipsius Juris Prætorii æquitatem cum maxime vindicent. Nimis tamen acerbe in hunc Juvenem invehit *Heineccius*, *Vir. Cl., Hist. Jur. R. L. I. C. III. §. LXX. ann. 1. prope finem*, quem ideo acriter merito reprehendit *Ritterus*, *Jct. & Antec. Witeb.* Hac tamen parte *Richejum*, cujus vindicias ubicumque agit, tueri noluit *Ritterus*, quam his verbis suam finiat defensionem: *a veritate autem probabili si abstinuisset, forte nulla literatissimo auctori (Hein.) data esset ridendi materia. ibidem.* Cæterum, illud saltem juveni indulgeamus, quod ipsi *Justiniano* evenisse novimus; v. *Noode de pactis & transact. p. 487.* Neque etiam

etiam in *l. un. §. 13. C. de rei. ux. act.* Fictionis & Præsumtionis fines bene rexisse videtur Imperator.

Semper autem Fictiones *Jus sumum corrigere solent*. Ad eum finem nimirum sunt introductæ. Illa Characteristica omnium Fictionum nota quam clarissime apparet in Fictiōibus Juris Civilis Rom.; Cum enim Jus illud priscum Quiritium, ferocis populi animo accommodatum, multum rigoris olim haberet, & plurimis subinde subtilitatibus refertum esset, Fictiōum ope sæpius pulcherrime justitiam & æquitatem conciliari videmus. Sic enim antiqua Civitatis, Testandi, Usucapionum, Dominii Jura, prudentibus Legislatoris & juris Interpretum Fictiōibus lenita videmus. Et hac parte quammaxime differunt a Mendaciis, quod egregie ostendit *Huber., ad tit. π. de inoff. test. n. 4.*

Ad genuinas Fictiōum Juris C. R. notas etiam omnino hoc pertinet, quod *a publica Lege aut legitima Consuetudine* sint introductæ, neque, fraudum & captionum instar, bonas leges recte aut subdole eludant. Ita enim Lege publica constituta est Fictio Cornelia. Ita Publicianam Fictiōem Prætor introduxit. Ita denique colorem insanie invenerunt Juris periti.

Quum autem *rem ipsam, definiendo, jam explicaverimus*, maximi erit momenti, *eam universam tribuere in partes, ut ambigua distinguantur ac regula habeatur, qua vera & falsa, consequentia & repugnantia judicentur* (1).

Scholasticorum more, *Fictiones Juris C. R. ad decem prædicamenta revocavit Azo*, Glossatorum propemodum Princeps, quæ

(1) v. Cic., in Bruto C. 41., in Or. C. 4.

quæ tamen inelegans & fastidiosa methodus merito plerisque postea displicuisse videtur.

Hotomannus, qui ait, hanc materiem a nemine adhuc specialiter tractatam fuisse, primus invenisse videtur illam distinctionem qua Fictiones in quinque genera dispescit; scilicet eas versari aut in personis, aut in rebus, aut in tempore, aut in loco, aut in actibus, *Quæst. Ill. Q. XXXVIII.*, quam *Alteserra*, *Tr. I. de Fictiionibus C. 7.*, aliique fere omnes Interpretes sequuntur, nisi quod postea Fictiones prius divisas reperiamus: I^o. in *Affirmativas*, *Positivas* seu *Inductivas*. II^o. in *Negativas* seu *privativas*. III^o. in *Translativas*, illasque posteriores demum in quinque memorata illa genera subdivisas. Utraque autem illa divisio, nec etiam satis elegans, cum maxime repugnat notissimo illi Logicorum præcepto: *Recensitorum unum nullatenus contineatur in altero*; quod egregie ostendit *Titius*, *d. l. §. 32. & 33.*

Quid igitur, num Fictiionum divisionem, tamquam rem frustraneam, rejiciam cum *Titio*, *d. d. §. 31.*? Minime gentium! Hic magis apud me valet *Ciceronis* auctoritas (1) & optimorum Interpretum exempla, quam levis illa *Titii* argumentatio.

Apologiæ pro Jctis Rom. dignissimus Scriptor prius Fictiiones Juris Civ. Rom. dispartitur I^o. in illas, quæ, solenni aliquo actu accedente, celebrantur & in quibus corporalis alicujus rei præsentia requiritur. II^o. in eas, quæ sola mentis cogitatione consistunt & ad quas perficiendas nullo externo facto opus est; tum demum I^o. in illas, quæ certa aliqua Lege sunt stabilitæ II^o. in eas,

quæ

(1) v. Cic., locis mox laud.

quæ a *Judice*, publica auctoritate constituto, receptæ sunt. IIIo. in illas, quæ a privatis hominibus, legum peritis, excogitatæ, & longa consuetudine vim *Juris* nactæ sunt.

Cum autem pleræque *Fictiones* sola cogitatione consistant; illam alteram divisionem hic sequi mallet, quamvis optimam illam priorem nullus improbare ausim.

Pulcerrime hanc divisionem illustrant *Schultingii*, at quanti *Viri!* verba in ann. ad *Ulp. T. X. §. 1. n. 5*, quæ, nescio, utrum insigni sua magis præstantia, an vero perspicua brevitate semet nobis commendent. Hæc sunt. *Adde, quod leges non soleant inducere Fictiones contra subtilitatem Juris Civilis, sed id potius tollant, quod facillime possunt. Tunc demum leges inducunt Fictiones, quando æquitati obstat veritas & ordo naturalis rerum: — Sed Jurisconsulti & Prætores, cum Jus Civile non possint tollere, Fictionibus egent ad declinandas earum subtilitates.*

Quod igitur ad illas *Fictiones* attinet, quæ a *Lege* sunt inductæ, Cum *Schultingio* & plerisque aliis non dubitarem, quin *Lex* possit fingere. Fuerunt tamen qui hanc sententiam, plurimorum doctorum *Virorum* consensu approbatam, amplecti noluerunt, sed omnes *Fictiones Jur. Civ. Rom.* ab usu fori derivarunt, tamquam *Hobeizel*, in *Diss. de Fictionibus in cerebro Jætorum natis*, & *Richei*, *Vind. Jur. Præt. §. 14.* Etenim, cum ipsa *Lege*, quæ rem aperte definit, bonis civibus nihil esse possit neque utilius, neque optabilius (1), & *judicis arbitrium* ad salutem civitatis e foro
judi-

(1) v. *J. Voorda*, *Interp. L. II. C. 16.*

judiciisque semper, quantum fieri possit, eliminari debeat (1), patet, quam maxime necessarium esse, ut ipsa Lex sua vitia corrigat; si tamen ipsa veritas & ordo naturalis rerum æquitati obstet, neque aliquid tolli potest, neque aliquid mutari.

Μοῦνον γὰρ αὐτὸ καὶ Θεὸς σεβίζεται

Ἀγένητα ποιεῖν ὅσα' αὖν ἢ πεπραγμένα.

Re namque sola hac ipse privatur Deus,

Ut facta non infecta possit reddere.

v. *Agathon, apud Aristot. Eth. VI. 2.*

Quid igitur? Hoc casu facta fingit infecta, & sic unicum, quod superesse videbatur, adhibet remedium. Neve aliquis objiciat locum *Modestini, l. 7. π. de Leg.*, ubi, *legis virtutem*, ait, esse hanc: *imperare, vetare, permittere, punire*. In Fictione enim legis *Corn. & Postliminii* lex *imperat*, ut jura civis, per captivitatem absentis, pendeant, *vetat*, ne alii in illius bonis, tamquam derelictis, vi sibi jus quærant; redeunti *permittit*, ut ita suo jure utatur, quasi semper in civitate mansisset; *punit* autem illos, qui interim illius bona aut jura diminuerint.

Immo difertis verbis in Jure Romano appellatur *Fictio Legis Corneliæ*, l. 1. §. 1. l. 18. π. ad *L. Falc.*, l. 15. π. de *usurpat.* In Jure quidem Romano Legibus vindicantur, quæ Principum Orationibus revera debentur, v. *Noodt, ad π. p. 62. & d'Arnaud, Conj. II. 20.*
illud

(1) Quod omnium optime demonstrasse videtur *Putman.* in eleganter & docte conscripto programme de *orb. jud. e foro jud. elim.* Lipsiæ, 1771.

illud autem, quod Consuetudini debetur, nusquam in Jure, quantum recordor, *Legis* nomine insignitur; aperte hic JCTi distinguunt, illamque *pro Lege* esse dicunt v. l. 32. §. 1. & l. 33. π. *de Leg.*, quod supra jam monuimus.

Ne autem illa, quæ probare debueram, consulto subintallexisse videar, hoc unum hic annotare mallet.

Nimirum, præter alios Interpretes, observavit *Majansius*, *Disp. de Postlim.* §. 33., *Tom. I. p. 255.*, multa ad *Postliminium* pertinentia, & singulariter confirmationem hujus *Fictionis Legi Corneliæ de Test. Capt. deberi*, egregio multorum Juris locorum testimonio. Arctissimam profecto quamdam necessitudinem inter has *Fictiones* obtinere videmus. Sibi adeo connexæ sunt, ut Romani neutra diu carere potuerint, & hæc sine illa iis non multum profecerit. Ambæ ab atrocibus & diuturnis Romanorum bellis originem suam trahunt. Ambæ captivis Civibus Romanis opitulantur. Neque quidquam, quod sciam, hanc verosimilem conjecturam evertit. In l. 19. pr. π. *de capt. & postl. rer.* *Paulus* ait *postliminium moribus & legibus* introductum fuisse. In l. 9. C. *de postlim. rer.* *Imp. Diocletianus* *Postliminium* aperte vocat *Legem Corneliam*. Scio equidem *Hotomannum*, ad l. 12. π. *qui test. fac. poss.*, hic ἀπαρτηται πρὸς τὸν νόμον & *Vinnium*, in *Comm. ad §. quib. non est perm. fac. test.* §. 5., illud inconsiderate factum fuisse, suspicari. Sed illa hujus legis conciliandæ via jam olim merito displicuit summo *Cujacio*, ad *Pauli sent. L. III. T. IV. §. 8.*; qui putat in h. l. *Legem Corn.* non ad reversum filium sed ad patrem referendam esse, qui decessit apud hostes, ut in l. ult. C. *quibus ex caus. maj.* Et sane utramque expli-

cationem facile admittit hæc lex. Pater & in civitate & in captivitate mortuus fuisse intelligi potest. Si prius eligamus, in hac lege de solo Postliminio loquitur Imp. sed quid? si uterque in captivitate sit mortuus. Siccine sola legis Corn. de captivorum testamentis agitur causa? Non putem, mi Lector! Neque hæc explicatio fundamentum traditæ conjecturæ subvertit. *Diocletianus ait: Lex Cornelia reversum suum facit heredem.* Sic quidem filius patri suus hæres succedit, quia pater ex lege Cornelia mortuus fingitur, dum capiebatur: filius vero reversus, ex Jure Postliminii, mansisse in civitate fingitur. Ideoque & hac parte Fictio Postliminii tribuitur Legi Corneliæ, quod etiam quodammodo indicare videtur illa *l. ult. C. quib. ex caus. maj.*, a *Cujacio* adducta. Donec itaque contrarium hujus conjecturæ probabilibus argumentis ostendatur, liceat Fictionem Postliminii ipsi Legi Corneliæ tribuere.

Quod ad causam introducendæ utriusque hujus Fictionis spectat, hic mire consentire video plerosque Interpretes, qui hæc latius exsecuti fuerunt, v. omnino *Ill. de Cocceji, Comm. ad Grot. de I. B. ac. P. L. III. C. IX. §. 1.*

De illius auctore tamen inter illos non adeo convenit. Præter *Augustinum & Manutium, Hotomannus*, ad *l. 12. π. qui test. fac. poss. Vinnius*, in *Comm. ad §. 5. F. quib. non est perm. fac. test.*, de *Cocceji d. l. §. 10. Comm.* aliique illius auctorem fuisse, putant, *L. Cornelium Syllam*, neque raro eam ex lege Corn. de falso testamentaria numaria derivant. v. *Hein. ad Vinn. d. l.*

Attamen quamvis Sylla, cum Dictatura ornaretur, Lege *Vale.*

leria latam illam potestatem (1) accepisset, & multis legibus Corneliiis Rempublicam ita constituerit, ut his solutis stare ipsa non posset (2), non tamen omnia saluberrima instituta, quæ a Cornelio nomen acceperunt, soli Syllæ sunt vindicanda. Gens enim Cornelia plurimos Romanæ Reipublicæ dedit viros optimos, præter unum Syllam, quorum tamen omnium nomina nobis non servavit antiquitas. Jam enim diu ante Syllam Romanorum bella hanc Legem efflagitaverunt.

Neque video, quomodo hæc Fictio Legis Corn. de test. capr. esse poterit ex Lege Corn. testamentaria, numaria de falso. Quæ enim hujus Legis capita aut additamenta (3) extant in Jure, omnia falsitatem, dolum, fraudem coërcent, neque ullam cum nostra Lege Corn. habent necessitudinem, *V. Bach. Hist. Jur. L. II. C. 11. S. I. §. 74.* Ab his maxime alienam sententiam tuetur *Viglius Zuichemus*, Frisicæ suæ nobile decus, qui, in *Comm. ad T. Inst. quibus non est permixtum facere test. ann. ult.*, illam, utut antiquissimam, a Scipione aliquo promulgatam esse, putat, cum 3^o Scipionum gens Cornelia appellata fuerit, & Marium quemdam *Salomonium* secutus legem Corneliam jam primo bello Punico latam fuisse, suspicatur; *Viglium* sequitur *Wissenbach*, ad *l. ult. C. ex quibus caus. maj.*

Hanc

(1) *V. Cic. Agr. III. 2. & pro Rose. Am. C. 43.*

(2) *V. Bachium, Hist. Jur. L. II. C. II. S. I. §. 73. ann. (m).*

(3) Licet etiam pleraque Legibus hisce Syllanis sensim paulatimque addita sint L. L., SCtis, Const. Princ. & Interpretatione Prudentum, de quibus ipsæ nihil cavebant, adhuc tamen Leges Cornelie nihilominus audiunt, *V. Bach. d. l. §. 74.*

Hanc autem *Viglii* sententiam rejecerunt *J. F. de Retex*, *Opusc. VI XIV. n. 1.*, *Thes. Meerm. T. VI.*, & *Heineccius*, *d. l.*, sed nulla satis idonea ratione usi.

Neque tamen *Viglianæ* sententiæ subscribere mallet, cum de ejus manifesta falsitate satis forsitan constabit propter *Livii* verba, quæ, *L. XXVII. C. 21. in f.*, legimus: *Servilium, negabant, jure aut Tribunum Plebis fuisse, aut Aedilem esse; quod patrem ejus, quem triumvirum agrarium occisum a Bojis circa Mutinam (1) esse, opinio per decem annos fuerat, vivere, atque in hostium potestate esse, satis constabat. & L. XXX. C. 19.; latum ad populum est, ne C. Servilio fraudi esset, quod, patre, qui sella curuli sedisset, vivo, quum id ignoraret, tribunus plebis atque ædilis plebis fuisset, contra quam sanctum legibus erat.* Si enim, primi belli Punici tempore, *Lege Cornelia de testamentis & postliminio captivorum* jam cautum fuisset, nunc, secundo bello Punico ad finem vergente, negare potuisse non videntur, illam jure tribunum plebis, aut ædilem fuisse. Jura enim paterna fuissent suspensa; nec in servitutem hostium redactus fuisse videri potuisset ille *C. Servilii* pater; neque ulla lege opus fuisset, qua ferretur ad populum, ne id filio fraudi esset, contra quam tamen legibus adhuc sanctum erat. Videtur itaque, etiam *Viglii* sententia esse rejicienda; forte tamen hic ipse *Livii* locus nobis viam monstrabit.

Quid autem indicent illa *Livii* verba: *contra quam sanctum legibus erat*, definiri vix potest. *Dukerus*, *Vir. Cl.*, ad hunc

lo-

(1) Illud narrat *Livius*, *L. XXI. C. 25.*

locum, postquam Manutii, Hotomanni, Grachii, Pighii & Docti Anonymi sententias recensuerat, tandem ingenue profiteretur, *se plane illud ignorare*; hac tamen addita memorabili clausula: *Quærant doctiores, & simul videant Ficti, an hic aliquid sit, quod ad jus postliminii pertinere possit.* Et sane, uti videmus, hic locus quam maxime ad illam Fictionem pertinet. Dum itaque probabilior adhuc videtur Manutii sententia, quam ipse Dukerus non absurdam esse judicat; quid de origine legis Cornelie sentiam, breviter enarrabo.

Cum causa testamentorum & postliminii Captivorum ad Fetiales, quos de jure belli ac pacis aliisque Juris partibus judicasse, neque a Fictionibus alienos fuisse, novimus, maxime pertinere videatur, putarem ipsos de illis judicare solitos fuisse, antequam Lege Cornelia de his cautum fuerat; atque sic optime explicari possunt Ulpiani verba *l. 19. pr. π. de Capt. & postl. rev.*, ubi ait, *postliminium moribus & legibus constitutum esse.* Postea tamen rerum conditio apud Romanos expressam legem efflagitavit: Ex historia enim docemur, Regulam Romanorum ducem, primo bello Punico, post felicem victoriam adversa belli fortuna usam, in hostium manus vivum pervenisse cum multis suorum, illum tamen postea Romam fuisse missum, ut de permutandis captivis ageret, Romæ autem in senatu gravissimis argumentis permutationem dissuasisset, Carthaginem jurisjurandi servandi causa reversum fuisse, & sævam mortem oppetiisse(1). Sic au-

(1) Vid. Polyb., L. I. C. 35., Cic., de Off. L. III. C. 6. & 27. Horat., L. III. Carm. Od. 5., Liv., Ep. L. XVIII., Val. Max., L. II. C. IX. §. 8. Flor., L. II. C. II. §. 24., Gell., L. VI. C. 4., Aur. Vict., de Vir. III. C. 40., & Eutrop., L. II. C. 21.

tem miserrima erat omnium illorum captivorum conditio, qui pro patriæ & suorum libertate pugnantes suam amiserant, sive redirent, sive apud hostes morerentur. Neque hæc calamitas solos manebat captivos. Etiam ipsorum liberi, uxores & omnia, quæ sua in patria reliquerant, horum malorum necessario fiebant participes. Illud ipsum Servilii exemplum, apud *Livium*, nos docere videtur. Cum autem tot Romani & inter illos non pauci ex nobili & antiqua prosapia oriundi, in captivitatem essent redacti, de ferenda lege cogitasse videntur, quæ de reditu & testamentis captivorum sanciret. Forte ipsius Servilii infortunio hoc effectum fuit. Non raro enim singularem aliquem casum legibus Romanis causam dedisse invenimus: ita nullas rei uxoriæ actiones Romæ adfuisse ante Carvillianum divortium, docet *Gellius*, *N. A. L. IV. C. 3.* Saltem legimus, ad populum latum fuisse, ne patris sui calamitas Servilio fraudi esset. Vero igitur dissimile mihi non videtur, hoc tempore Legem Corneliam de postliminio & testamentis captivorum fuisse latam, atque tum e gente Cornelia splendidis in Republica muneribus ornatos fuisse nonnullos, passim ex *Livio* apparet. Lubenter hæc omnia hic loci latius exsequi & probare vellem, sed instituti ratio id vetat. Hæc itaque sufficiant de Fictione Cornelia, quam in exemplum Fictionum Legis adduxeram.

Hoc loco animadvertisse liceat, Legislatorem Romanum semper subtilitates sustulisse, nisi illis populus ita adsuevisset, ut illi magis naturæ effatum quam Juris subtilitas videretur, aut alia Politica ratio id vetaret; tum enim illam Juris interpretibus per sua *evaporata* leniendam relinquebat, vera usus prudentia.

Quum

Quum autem illis Cautionibus omnes, quotquot umquam conditæ fuerunt, leges humanæ, propter humanæ imbecillitatis vitium, semper indiguerint, facillime patet, optimas habendas esse illas leges, in quibus paucissimæ reperiuntur. Hæc autem laus Romanis legibus merito cedit, quippe quarum saltem Fictiones rariores admodum in Jure occurrunt.

Plurimas autem inveniunt ipsi Legum Interpretes, Prætores & Juriscti, qui, cum leges mutare non possent, Fictio- nibus utebantur, ad declinandas, & eludendas earum subtilitates. v. *Schulting: adn. ad Ulp. T. X. §. 1.*

Ideo enim Prætores in Edictis suis, quæ *adjuvandi, supplendi, corrigendi veteris Juris gratia* sunt comparata, l. 7. n. de *Just. & Jure*, itidem Fictiones adhibent, uti *Brenckman.* pulchre dis- ferit, de *Eurem. Diatr. C. I. §. 13. n. 2.* & latius probat *Tre- kell, de orig. testament. C. III. §. 40.* Maximopere enim hic er- rare videntur qui cum *Richejo* & paucis aliis negent Prætores in suis Edictis umquam commentos fuisse. Licet enim Prætores in Edictis sibi parum permittere potuerint, quod eleganter & docte demonstravit, *Vind. §. VI. in ann.*, sæpissime tamen suis *Eure-* matibus prisca Jura adjuvisse, supplevisse & correxisse novimus. Si autem in illis, solam interpretationem extensivam & restricti- vam (v. *Vind. §. 16. ann. 3.*) agnoscere velimus, nulla pro- fecto in toto Jure Romano erit Fictio, ne quidem ipsa illa, quam Lex *Cornelia* constituit, hoc nomine appellari poterit.

Ut unum & alterum ex luculento æquitatis Fictionum Præto- riarum argumento præbeamus exemplum, agedum, breviter videamus, actionem *Publicianam* & *Rescissoriam*, quibus an-

tiquarum L. L. de Vindicatione & Usucapione rigorem lenivit
Jus Prætorium.

Etenim cum Jus Civile rei vindicationem soli vero rei domino permittebat, L. 23. ff. de rei vind., illi, qui ex justa causa & bona fide rem alienam a non domino acceperat, ejusque possessionem, priusquam usucepit, amiserat, nulla actio Jure Civ. erat prodita, qua illam rem sibi repetere posset. Quod merito durum & iniquum, sec. §. 4. J. de Act., videbatur Prætori, egregio apud Romanos æquitatis statori & vindici. Sic etenim injustus quilibet possessor illi, qui possessionem rei, quam bona fide & justo titulo nactus erat, casu amississet, prævalebat. Itaque hunc defectum Juris Civilis, secundum suum officium l. 7. §. 1. π. de J. J., supplevit Prætor, introducta Fictione quadam æquissima. Nimirum eum qui rem, antequam usucepisset, amiserat, illam jam usucepisse fingebat; ut sic agere posset contra possessorem, qui deteriori jure possidet, ad rem quasi usucaptam restituendam, v. all. §. 4. §. l. 1. pr. π. de Publician.

Hæc actio Publiciana appellatur quoniam primum a Publicio Præторе in Edicto proposita est, v. §. 4. l. de act. At quisnam fuit ille Publicius Prætor, cui debetur hæc actio? Sigonius, de Judic. Lib. I. Cap. 17., illam sub Imperatoribus, rerum potitis, constitutam esse arbitratur; Joan. Bertrandus, de vitis J.ctorum L. II. C. 16. §. 2., illam refert ad Q. Publicium, apud quem & M. Junium Prætores Cicero se quemdam Maerium defendisse narrat, vide ejus Orationem pro Cluentio Avito Cap. 45., de quo Præторе Publicio v. S. V. Pighius, Ann. T. III. p. 291. Bertrandi sententiam satis confidenter secuti sunt

Disp.

*Disp. 18. ad π. Tb. 22., Schilterus, Exerc. 16. ad π. §. 65., Beyerus, in Posit. Juris ad tit. Dig. de Publician., & J. O. Westenberg, Pr. Juris sec. Ord. Inst. L. IV. T. 6. §. 32. & Pr. Jur. Sec. Ord. π. L. VI. T. 2. §. 11. & multi Interpp., qui illam actionem sine dubitatione illi adscripserunt. Attamen verosimilius est hanc actionem temporibus Ciceronis anteriorem esse, saltem, quod Sigonius putavit, Imperatorum tempora longo intervallo præcessisse. Haud enim facile crediderim eo usque hunc Juris rigorem intemperatum mansisse; non illud consueverunt Prætores. Has actiones sane jam ante Ciceronem natum Romæ corrupti mores efflagitabant, si Sallustio credas, *Fugurth. C. 41. populus (ait ibi) militia atque inopia urgebatur; — Interea parentes aut parvi liberi militum, ut quisque potentiori confinis erat, sedibus pellebantur.* Quare igitur id demum ævo Ciceroniano adscribemus? Cum nusquam aut vola aut vestigium in Jure aut Historia reperiamus, ex quo subsidium pro hac suspicione peti possit. Præstantissimus & de Jure Literisque egregie meritus Heineccius (ut Magni Wesselingii verbis utar) illud responso Cratini, apud Ter., *Pborm. II. 4. vs. 9. & seqq.**

————— Quod te absente hic filius

Egit, restitui in integrum, æquom est ac bonum:

Et id impetrabis. —————

probari voluit; Ibi enim illum Cratinum de actione Rescissoria, quam eundem auctorem cum Publiciana agnoscere mox videbimus, vere loqui putat, v. Hein., in *Ant. Rom.*

ad L. V. I. T. 6. Inst. §. 38. in ann. Licet autem cum Bacovio, ad T. I. de Act. §. 12., aut Hubero, ad T. I. de pœna tem. lit. n. 5., Comicorum auctoritatem non plane rejicerem, vehementer tamen dubitarem (pace Summi viri dictum fiet!) num illa Cratini mens fuerit. Ex Cicerone, pro Flacco, C. 34., & Gellio, N. A. L. III. C. 2., satis patet Romanas uxores potuisse usucapi; verum ad id anni tam anxie impleti usum requiri, ut ne trinoctium ab uxore abfuerit maritus, iidem docent; cum ex Phormione quam clarissime pateat, Antiphonis nuptias modo unum diem ante Demiphonis adventum fuisse contractas. Præterea res sua non erat usucapta. Sed illa omnia sciens prætereo, cum Hein., d. l. ad Vinn., respondeat actionem Rescisoriam male, tamquam rabulam, applicare Cratinum. Præcipua enim dubitandi ratio mihi hæc est. Phormio ludis Romanis quidem acta est, sed fabulam Atticam Athenis repræsentat. A Demiphone in consilium adhibiti illi triumviri sunt Athenienses ἐξήγηται, v. Petitus in f. præf. ante LL. Att. Jus Atticum hac in re Juri Romano plane contrarium Judices dicunt & Periti interpretantur. Immo, quam hujus fabulæ virtutem mirari non desino, tota Phormio quiddam plane Atticum semper adeo spirat, ut plurimum pulcri, si non omne, illi detrahas, cum Atheniensi huic Caussidico Romanam Jurisprudentiam interpretandam dederis. Ideoque illa responsa ad Jus Atticum referenda esse putem; quod ipsa ratio jubere mihi videtur. Hanc igitur Terentii sententiam fuisse crediderim. Doctrina & ingenio superior Hegio primus a Demiphone rogatur: quid agendum sibi? Hegio non vult Cratino præcedere, qui ætate sibi præcederet. Respon-

pondet Cratinus, sed secundum æquitatem, quod cum maxime patet ex verbis *æquum & bonum*, sibi persuadet Judices in casu Demiphonis secundum æquitatem judicaturos, & sic seni sententiam, quam sperabat, impetraturum esse pollicetur. Hanc æquissimam sententiam rejicere non audet Hegio. Dissentit tamen, & sua responsione accurate Leges Atticas observat (1). Inter Æquitatem & Justitiam, quas ambo tuentur, optionem difficillimam effertur Crito, rem in medio relinquit; Atque ita multo incertiore reddunt Demiphonem. Pessimum causfidicorum vitium exemplo horum triumvirorum sic eleganter perstringit *Terentius*. Sed jam satis diu huic loco explicando immoratus sui. Licet autem non lubenter hunc locum *Terentii* asserrem, tamen non dubitarem *Terentii* tempore hanc actionem jam fuisse introductam, si non longa ante *Terentium* annorum serie. Quid, si cum *J. Richejo*, *Vind. §. 16.*, diceremus Q. Publilium Philonem, primum ex plebe Prætorem, cujus *Livius, VIII. 15.*, meminit, ejus auctorem esse & Publicianam pro Publiliana esse nominatam? Si verum fatear, hæc pulcherrima *Richeji* sententia mihi semper maxime arrisit. Quum etenim ex supra jam all. *Sallustii* loco (*Jug. C. 41.*) pateat, ditiores Romanos sæpe infana possessiones augendi libidine adeo agitados fuisse, ut pauperes, prout quisque diviti confinis erat, sive præsentis sive absentes, vi aut clam, etiam ipso usucapionis abusu, agris aut possessionibus suis pellerent, vel possessionum nondum imple-

tam

(1) v. *Leg. Att. L. IV. §. 8.* & *Petitus, in comen. ad illum locum.*

tam usucapionem usurpationis deteriori jure interrumpere, & sic potissimum plebem offenderent (1); vero sane simillimum videtur ad talem Prætozem hoc beneficium esse referendum, qui popularis esset. Quidni primum ex plebe prætozem, Q. Publilius Philonem, ambarum harum actionum auctorem fuisse non improbabili conjectura concludi posse videtur? Romani saltem hac Fictioe jam olim quam maxime indignisse videntur.

Eundem certe auctorem habet Fictio, quæ obtinet in actione *Rescissoria*. Licet hic quodammodo hæsitare videatur *Schulting.*, *Thef. Dec. 19. Th. 1.*; Illud tamen vulgo asserunt Interpretes. Tradit hoc vetus Glossarium apud *Briffon.*, de *V. S. L. XIV.*, voce *Publiciana.*, nec non *l. 35.*, *versu sed cum*, *π. de O. & A.*, ubi *Gothofredus* pro *sed cum* legit *sed quæ*, quam tamen lectionem reprobat *Schulting. d. l.* — *Heineccius*, *Ant. Rom. Synt. ad T. Inst. de actionibus §. 28.*, adnotat eam ab eodem Publicio Prætoze esse satis etiam intelligi ex *l. 57. π. mand.* Neque tamen id affirmare auderem. Aliter hanc legem vexatissimam explicat idem *Schulting.* qui putat in illa intelligendam esse eandem Publicianam actionem, quæ passim hoc nomine venit, v. eundem illum aureolum libellum *d. l.* Eodem fere modo hanc legem olim interpretatus fuit *Gothofredus*, *Anim. C. XI.* Licet *Cujacius* alique vulgo dissentiant (2).

Fictio

(1) Hos mores, tamquam vulgatissimos, apud scriptores perstringi, Senecæ, Petronii, Salviani, Zenonis Veronenfis & Apuleji auctoritate probavit *Richei*, *vind. d. l.*

(2) v. *De h. l. 57. π. mand.* etiam *J. a Costa*, ad *§. 3. J. de Alt.*, *Eck.*
Pr.

Fictio autem actionis Rescissoriae, licet ab eodem auctore profecta, quodammodo tamen actionis Publicianae Fictioni est contraria. In Publiciana enim usucapio nondum facta fingitur jam facta fuisse. In Rescissoria autem usucapio, quæ jam facta erat, fingitur non facta fuisse, v. §. 5. *F. de act.* Hujus enim Fictiois fundamento, Iº præsens, cujus res est usucapta per illum, qui ex quacunque causa abest, v. l. 21. §. 1. *π. ex quibus causis maj.* IIº. vero ille, qui abest propter justam causam, l. 1. §. 1. *§. l. 3. π. eod.*, cujus res per præsentem est usucapta, agunt contra eum, qui usucepit, ut illa usucapio rescindatur & res usucapta restituatur, v. §. 5. *F. de actionibus.* Et sane optime hic Prætor secundum Legis mentem Jus summum correxit; valde enim iniquum fuisset, si alterius absentia præsentem, aut justa & necessaria absentia, *casus unice fortuitus*, ipsi absentem nocuisset; *V. Schroeder, Or. de Præt. Opt. in leg. interp. F. C. cust. p. 32.*

Brevitatis causa hic actionem Paulianam, pulcerrimæ Fictioni innixam, I fictionem cujus l. 65. §. 1. *π. de bon. poss.* meminit, aliasque mitto Fictiones Prætorias, cum ex allatis exemplis jam satis mihi constare videatur de pulchra illarum æquitate.

Ubivis enim in Jure semet *Juris Civilis Custodes*, quo elogio a Cicerone, *L. III. de Leg. c. 8.*, laudantur, præstitisse Prætores Romanos animadvertimus, ut illos vere omnino *vivam Juris*

Pr. π. ad b. t. §. 36., Jenz., Strictur p. 125., Sammet, Opusc. p. 137., Reinold., Opusc. p. 253., Putman., Prob. lib. sing. C. 1. & Consultif. T. F. A. Pagenstecher, Spec. Acad. de violentis Emendat. in Jure Civ. non admitt. (Harderv. 1776.) C. II. S. II. p. 58—72.

ris Civilis vocem fuisse dicat Marcianus Jētus in l. 8. π. de just. & Jure; Neque hic omnes illas moror calumnias, quas in Prætores & Jus Honorarium hac parte effuderunt Thomafius (1), V. C., & Heineccius, (2) quem, ut sæpe alias, præceptoris sui auctoritas in foedissimi hujus erroris societatem abripuit (3). Illas enim jam dudum optime repulit Cl. Schroeder, Antec. Gron. Oml., in Oratione de Prætoribus optimis in Legibus interpretandis Juris Civilis Custodibus, a p. 29—32.

Quæ autem in optimas Legum Romanarum constitutiones, quæ in æquissima Prætorum commenta, eadem omnes in Jētorum *evgenwara* criminationes olim jactatæ fuerunt acerbissimæ & hoc ævo sæpius repetitæ; Quæ enim duo tresve scriptores, Juri Romano infestiores, oscitantes hallucinati sunt, illa hodie tamquam dictata repetuntur. Præcipue etiam Jētus hac parte adnotatur Thomafius, *Vir doctus sed volubilis ingenii*, in *navis Jur. Rom.* p. 20., in cujus verba confidenter jurare solent plerique præstantissimi viri, qui ex ejus schola prodierunt.

In eo tamen mirifice sibi placent omnes quod Ciceronis auctoritate se tueri posse videantur. Ad hunc enim finem abuti solent loco illo vulgatissimo, ex *Or. pro Mur.*, a medio C. XI. usque ad pr. XIII. C. decerpto, ubi in tota illa vitiorum serie, quam Jētus exprobat Cicero, minimum locum non obtinent *res fictæ & commentitiæ*; quæ omnia mascule amolitus est Luzac, in *Obs. Apolog.*

(1) In *navis Jurispr. Antef.* L. 1. C. 7.

(2) In *Hist. Juris* L. 1. §. 68, 69.

(3) v. *Præf. ante nov. Ed. Rich. Vind.*

Apolog. pro Jctis Rom. contra Cic. pro Mur. Satis enim ex ipsis Ciceronis disertis verbis (1) constat nihil illorum omnium serio animo locutum fuisse. Quam inconsulte igitur Thomafius e- jusque affeclæ hoc telum vibrare gestiunt, ut uno ic̄tu suos ad- versarios profligent!

Cautiones autem maxime ad Jctorum munus pertinuisse op- time docet *Branckmannus*, Themidi carum illud caput, *Diatr. de Eurem. C. I. §. VI.*, in qua totam hanc Eurematum ma- teriem scite, accurate & eleganter pertractavit; & post illum *Heineccius*, Vir Clar., in *Jurispr. Cavente, Opusc. Min. p. 316. & sqq.*

Neque, quantum scio, quisquam est, qui neget a fori usu plurimas Fictiones profectas fuisse, præter unum *Calvinum*, qui in *Lex. Jur. voce Fictio n. 3.* nullas in Jure Romano agnoscit Fictiones præter *Legis Corn. & Postlim.* Fictionem, quam suam sententiam non male ipse hæresia vocasse videtur. Multa Fi- ctionum exempla collegerunt *Hotomannus, Quæst. Ill. 38., Alteser- ra, in Tr. de Fictt., Noodt Prob. L. III. c. 12., Otto, Dissert. p. 534. & sqq.* aliique. Uterque tamen prior, præcipue *Alteser- ra*, magis rudem & indigestam molem plurimarum Juris Con- stitutionum, quarum plerasque male *Fictiones* appellare volue- runt, multo labore coacervarunt.]

Ex omnibus autem illarum exemplis, modo sint genuinarum Fictionum exempla, patere poterit Romanos Jctos numquam Fictiones admisisse, nisi illas quæ ipsi æquitati suam debent origi- nem

(1) v. *Cic., de Fin. L. IV. C. 27.*

sem, v. *Luzac, d. Obs. P. I. C. IV. §. 17. & sqq.*; Et sane, quod miror, non video illós vitio creatos censores, qui Jus Romanum ubivis calumniantur, adhuc iniquam aliquam Fictionem adferre potuisse. Neque enim umquam hac parte suum officium transgressi fuisse videntur JurisCti Romani, quod egregie probavit Clarissimus *Schroeder, Antec. Gron. Oml., in Oratione inaug. de JCtis Rom. suum in legibus interpretandis officium non transgressis p. 50. & sqq.* Recordemur solummodo illa quæ passim de Fictione insanix in *Quer. inoff.* annotavimus. Querelam enim inoff. non ex Constitutionibus Principum, cum *Duareno, ad T. π. de inoff. test. C. 2. & Viglio, ad h. t.*, neque ex Prætoris Edicto, cum *Pithoëo, ad coll. Ll. Mos. T. XVI. 53.*, derivandam esse putarem, neque etiam ex Lege Glicia, quod *Cujacius, II. Obs. 21., XIV., 14. & in prælect. Papin. l. 15. §. 1. π. de inoff. test.* suspicatus fuit, propter inscriptionem *L. 4. π. de inoff. test.*, ubi tamen cum quibusdam antiquis Editionibus legere mallet: *Maximus L. sing. ad L. Falc. I.* (ex quo desumpta est *l. 125. π. de leg. & fide. c. 1.*) cum *Bynkersh., II. Obs. 12., Wieling, Jurispr. Rest. p. LXXVI. & Bœchio L. II. C. 11. §. 79.* Sed illam ab usu fori profectam esse putem; quod egregiis argumentis præter alios imprimis probavit *Noodt. ad T. π. de inoff. test.*

Licet plerique Juris Interpretes hunc Querelæ Inoff. colorem Fictionum Catalogo inscribere non dubitent, dissentit tamen unus & alter. Si enim *Galvanum*, Virum eruditum, audias, illa Fictione Legi XII. Tabb. non opus erat, v. ejus *diff. de Usufr. C. VIII. n. 13. & sqq.* Hanc autem laudati viri sententiam eleganter refutavit *J. van de Water*, urbis nostræ olim insigni

gne

gnè illud ornamentum, *Obs. Jur. Rom. L. I. C. 11.* Hoc tamen loco, quod ad unum *Galvani* argumentum, animadvertisse liceat, Decemviros multas leges & consuetudines patrias ante oculos habuisse, neque adeo Legem XII. Tabb. soli Juri Athen. originem debere, quod tamen multi Interpretes tueri velle videntur, v. de h. re *Hein.*, in *disp. de orig. test. fact.* §. 23. & *Trekell*, in pulcherrima *Hist. testamentifact.* C. II. §. 6. in *adm. & C. III.* §. 3. Alia tamen de causa *Richei* contendit in *Quer. inoff.* nullam Fictionem sed solam probabilem veritatem locum habuisse; omnibus autem illis argumentis, quibus *Richejus* fuit usus, mihi multo magis admirandam suam eruditionem quam rei probabilitatem demonstrasse videtur. Neque hic repetere vellem, quæ jam attuli, cum de Fictionum natura egerim. Ipsius *Sophoclis* exemplum, quod *Richei*, p. 95., adducit, optime hanc sententiam refutare poterit, v. illud apud *Cic. de Sen. c. 7.*

Num autem illa Fictio insanie a *Justiniano*, in *Nov. CXV. c. 3.* & in *auth. ex caus. de lib. præst.*, male sub eo titulo posita (1), sit abolita non inter se conveniunt *Interp.* Illud negant *Viglius*, *Marcilius*, *Mynfingerus* & *Vinnius*, in *Comm. ad T. F. de inoff. test.* — Verius autem id affirmare videntur *Bartolus*, ad l. 13. π. de *inoff. test.* *Huber*, ad T. π. de *inoff. test.* n. 4., *Schulting*, ad *Val. Max.* p. 552., *Bynkersb.*, *Obs. II. C. 12.*, *Heinec.*, ad d. l. *Vinnii* & *Le Pla*, ad d. l. *Huberi*. Et sane illa inutilis videtur, cum ipsa Lex rei formam det. Ita enim aliquid in Jure

Roma-

(1) v. *Noordt*, in *Comm. ad T. π. de inoff. test.*, versu hoc fere

Romano insolitum, si non plane absurdum, locum haberet. Nimirum sic lex nova Justiniani patrem revera sanum, sed qui per Fictionem Jctorum *credebatur insanus*, rursus fingeret sanum. Et sic nihil fingeretur, nisi quod erat; Hoc autem ipsi Fictionum Naturæ quam maxime repugnare supra jam vidimus. Pulcherrime hanc sententiam illustrare posset exemplum notissimi coloris a Labeone inventi, quem postea constitutiones (verosimiliter Divi Pii) aboleverunt. v. *Noodt, de Foen. L. III. C. 6., & Heinec., in Jurispr. Cav. Opusc. Min. p. 316.*

Ad Fisiones Jurisctorum etiam pertinet notissima illa Fictio, qua pater & filius pro una persona habentur, quam male Fictionem Legis appellavit *Altes.*, *Tr. de Fict. I. C. 10.* Hujus Fisionis fundamento Clarissimus *Noodt*, egregius ille Juris Rom. interpres, facultatem testamentariæ tutelæ patri a Lege XII. Tabb. concessam fuisse suspicatur, v. *Obs. L. II. C. 19.* Hoc tamen inventum ab illis Tabulis magis alienum esse videtur, v. *Brenckman. de Eurem. Diatr. C. 1. §. 15.* Plurima autem, quæ ex hac Fisione elicit *Alteserra d. l.*, ab aliis Juris Constitutionibus potius proficiscuntur. Hæc sufficiant de æquissimis Jctorum inventis.

Hac autem occasione mihi quoddam exemplum proferre liceat quo constare possit, quam inconsulto omnes illas criminationes in Jctos plerumque proferre soleant Viri Docti, sive nimium festinantes, sive quodam odio in transversa rapti.

Novimus inter illas criminationes minimum locum vulgo non obtinere antiquorum Jctorum subtilitatem, disensum & exinde ortam verbositate. Hæc satis atro colore *Heineccius* ubivis depinxit.

pinxit; Sic in *Ant. Rom. Synt. Prooem.* §. 25., & ut solet (1), passim alibi scribit, *Eunapii* auctoritate usus, *J*Ctorum librorum fuisse *ὡς ἂν ἀχθος καμηλων πολλων*, *onus multorum camelorum*. Non parva tamen animi perturbatione commovebar, cum ex ipso *Eunapio* intelligerem totum hoc esse fictitium. *Eunapius*, enim in *Vita Æd.*, *Ed. Genev. a. 1616.*, p. 61., indicat, Antonini Scholæ discipulos a vera Philosophia defecisse non jam ut ante, virtuti sed pecuniæ litasse, ut simularent Philosophiam. Erat illis Philosophia *τρεβωνιον και το μεμνησθαι Σωσιπατρως. Και τον Ευραδιον δια σωματος φερειν τα δε εν τοις δερωμενοις σακκια τε αδρα και υπομετες βιβλαιων και ταυτα ὡς ἂν ἀχθος ειναι πολλων καμηλων*. Hi autem Libri erant *διαθήκαι τε και αντιγραφα τετων και συμβολαια και περι πρῶσεων*, non autem hoc loco, *Responsorum aliorumve Librorum Veterum J*Ctorum meminit. Neque aliquid mirum est, exempla testamentorum contractuum & omnium illorum, quæ ad venditiones pertinent multorum camelorum onus esse. An hæc autem ad vitia *J*Ctorum Romanorum pertineant, nunc videat Lector.

Quamvis ex iis, quæ de Fictionum Juris Civ. Rom. origine, causis & indole hætenus disputavimus, jam satis pateat, optima illa *ἐνρηματα* non satis laudanda esse, tamen hic breviter nonnulla de Fictionum Juris Civ. Rom. Utilitate, Concinnitate & Æquitate subjiciam, ut eo facilius omnes illas calumniatorum accusationes complecti possim.

Quum supra *Titii* definitionem explorarem, vidimus, illum V. Cl. sibi quamdam definitionem Fictionum illarum fabricatum fuisse, cui, tanquam fundamento, tota ipsius disputatio innit-

(1) Sibi tamen prævisse *J. Gothofred. Prot. Cod. Theod. C. 1, p. 213* indicavit po *Hea Hein., H. J. L. I. §. 376, Schol.*

innititur; Præcipue enim contendere laborat, Fictiones apud Romanos *ultra* introductas fuisse, nullam utilitatem, nullam adeo necessitatem eas postulasse, cum in omnibus constitutionibus, ubi Fictiones obtinent, melius abessent; ubi vero non obtinent, etiam facillime adesse possent. Hinc illarum *indifferentiam* manifesto sequi putavit (1). Ex hac, postea in fine *Dist.* earum inconcinnitatem derivare voluit. Vid. §. 73.

Verum enimvero omnes Fictiones, quibus Juris necessarius rigor semper leniri debet, soli æquitati, uti vidimus, suam debent originem. Propriæ autem illæ causæ, quæ Fictiones apud Romanos cum maxime progenuerunt, a veræ Politices ratione proficiscebantur. Ipsum enim populi ingenium & mores, ipsa Juris & regiminis conditio easdem illas esflagitabant, quas introductas fuisse novimus. Num igitur illa *evaporata*, quibus omnes moratæ gentes usæ fuerunt, ut rigida legum præcepta lenirentur & æquitas ubivis restitueretur, apud solos Romanos, æquitatis laude celeberrimos, erunt inutilia? Non facile crediderim. Neque hic quidquam probare videntur allata exempla. Sic enim, ut eodem utar exemplo, ante Postliminium & Legem Corneliam, quod ad civium Romanorum captivitatem, omnia erant incerta. Hoc solum certum esse videbatur, illi, qui in hostium servitutem esset redactus, Jus Rom. Civitatis concedi non posse. Quam misera fuisset embryonum conditio, si Fictiones, utpote inutili-

(1) Cujus etiam erroris participem fuisse *Ortonem*, doleo. vid. *Ort. Diff. Jur. Pub. & Priv.* p. 536.

les, apud Romanos non fuissent admittendæ; Naturæ leges enim mutare ne ipsis quidem Diis fuit datum. Fictiones igitur legislatoriae prudentiæ non adversantur, quod male contendit *Titius* §. 73. Ubi tamen Fictio- num ope, videmus, Romanos non indiguisse, profecto illarum auxilium merito non imploraverunt. Cum enim leges nihil iniqui habeant, quapropter hoc commento uterentur Legum latores aut Interpretes? Illud Legislatoriæ prudentiæ adversaretur. Non *indifferens* itaque erit, num Fictio- nes adhibeantur, nec ne. Si enim rerum conditio non obstet æquitati, nec sua vi nec propter subtilitatem juris, Fictiones erunt inutiles & inconcinnae; si autem illa æquitati ita obstet, illæ erunt utiles, neque inconcinnae. Sic enim ipsi legi, quæ propter suam applicationem communi saluti, quam promovere debebat, ipsa noceret, suam animam, ut ita dicam, Fictiones reddunt, ani- mam enim legis Cicero vocat æquitatem. Nescio, quid utilius hominum societati hac ratione excogitarent illi vitio cre- ati censes; neque tamen diffiteor, eas Fictiones, quæ Ro- mano Juri appime conveniebant, in nostrum jus non facile posse transferri; hoc tamen illarum utilitatem suspectam non red- dit, cum necesse sit, ut omnia illa *εὐρηματα*, pro ratione cujus- que populi differant; quippe quæ propter causas cuique popu- lo magis proprias introducta fuerunt. Omnium quidem populo- rum leges hisce cautionibus necessario indigent, non tamen om- nes eodem modo; dummodo illis summum jus leniatur sine detri- mento publicæ salutis, singulæ ab æquitate proficiscuntur, nec adeo inutiles esse possunt.

Cum igitur Fictiones Juris Civ. Rom. inutiles dici non pos-
H
sint,

fint, etiam corruet omnis argumentatio de earum *Inconcinnitate*. Id ipsa *Titii* verba, §. 73., qua brevi § totam inconcinnitatis demonstrationem absolvit *Vir. Cl.*, aperte indicant; Scribit enim: *Id, quod plane nullam habet utilitatem, rem vero planam ac cognitu necessariam involvere ac ineptiis ansam præbere potest, id prudentiæ legislatoricæ adversum ac ideo inconcinnum censerî debet.* Atqui vidimus, *Fictiones* esse utilissima inventa, ergo etiam sunt concinna. Non nego, varias valde inconcinneas *Fictiones* adinventas esse a *Glossatoribus* aliisque; Non nego, valde inconcinna esse *Brocardica*, quibus *Fictionum* naturam explicant haud pauci *Doctores*, inconcinneas esse illorum difficultates & dissidia. De veris autem & genuinis *Fictionibus*, quarum indolem indagare conati fuimus, quam maxime illud negarem; Sive enim infelices captivos, sive deceptos creditores, sive denique partus in utero materno absconditos respiciamus, quam pulchre, quam concinne iis opitulari videmus optima illa *ἐπινοια*; Hæc multis exemplis probare possem; *V. C.* quod in *Fictione* postliminii ea, quæ facti sunt, non revocentur, quod *Publiciana Fictio* detur solum contra deteriori *Jure* possidentes, quod partus solummodo editus fingatur, cum de ejus commodo quæritur. Sed quid multa? Hæc omnia in oculos satis incurrunt, nisi cæcutire malimus.

Quod vero *Æquitatem Fictionum Juris Civ. Rom.* spectat: supra jam demonstravimus illi ipsi suam originem debere. Quomodo igitur erunt iniquæ? Num ex limpido fonte impurus erit haustus? Sane *Fictiones* ipsæ *Æquitatis Rom. Jurisprudentiæ* non leve præbent argumentum. Attamen contendunt *Gunzerus*, in
diss.

diff. de Fict. §. 3., & *Stützingius, diff. de eodem arg. C. III. §. 3.*, *Bartolum* aliosque *Vett.* secuti, *Fictiones Juri Naturæ* repugnare, sed aperto errore. Quæ enim æquitatem in legibus restituunt, quæ nullum rationis præceptum violant, quomodo illa *Juri Naturæ* adversari possunt dici? Num vero *Jure Natur.* obtinuerint vehementer dubitarem (1). Illud tamen *Fictionum* præstantiam non minuit. Simul atque enim *Civitas* coaluit, *Legesque scriptæ* sunt, ipsæ *Fictiones* etiam obtinuerunt. Ut adeo dicere possimus, *Jure Naturæ* hypothetico, quod vocant, illas demum obtinuisse. Nec misus errat *A. Matthæus, disp. Fund. VII. Th. 23.*, qui *Fictiones Juri* divino contrarias esse contendit, atque in illum finem sacri *Codicis* auctoritate abutitur, v. *Otto, diff. mem. p. 536.* Hæc enim *Matthæus* judicio non satis firmato scripsisse jure videtur *Titio, d. l. §. 71.* Maxima enim inter *Fictionem* & *Mendacium* intercedit differentia. *D. F. Hobeisel, virum doct., in Diff. de Fict. Jur. in cerebro Fict. natis atque e sana Jurisprud. eliminandis* melioribus argumentis usum fuisse scribit *Clar. Eisenhart,* in præf. ante novam *Alteserræ* editionem: cum tamen omni opera hunc librum mihi compare non potuerim, his supersedere mallem, præsertim cum *Tob. Jac. Reinhardtium* etiam hujus obtreptionibus satisfecisse, ex eodem *Eisenbartio* (ibid.) intellexerim.

(1) Illi qui cum *Wolfo, Heineccio* & aliis consensum præsumtum adeo facile in quamplurimis statuunt, reapse consensum fingunt, ubi nullus est. In doctrina *Juris Nat.* *Fictiones* adhibuit *Pufendorff, L. II. de I. N. & G. C. 2. §. 2.*, & *de off. b. & c. L. II. C. 1. §. 6.* & defendit in *Eridæ Scandicæ* p. 26. & 284.

Q U Æ S T I O N E S .

- I. *Quamvis non putem Fictiones a Jure Naturæ proficisci, illi tamen non adversantur.*
- II. *Fictiones Juris Civilis Romani æquitati suam debent originem.*
- III. *Dantur Fictiones Legis, dantur etiam Prætoricæ.*
- IV. *Color insanici in Querela inofficiosi vera est Fictio, non autem Præsumptio.*
- V. *Illam tamen Justinianus per Novellam CXV. C. 3. abolevisse videtur.*
- VI. *In L. 6. §. ult. π. ad Leg. Jul. pecul. nihil immutandum esse putarem.*
- VII. *Consobrinorum nuptiæ Jure Justinianæo sunt licitæ.*
- VIII. *Mulieres, quæ partum sibi abegerant, ante tempora Severi & Antonini nulla poena coercitæ fuisse videntur.*
- IX. *Post illa autem temporali tantum exilio punitæ fuerunt.*
- X. *Præsides non habuerunt jus deportandi, nisi illis specialiter concessum sit.*
- XI. *Conditio furtiva datur adversus furis hæredes in solidum, quamvis nihil ex re furtiva ad eos pervenerit.*
- XII. *Status naturalis hominum oppositus statui civili non est fictio duntaxat, sed & existit ante civitates constitutas, & existit, ubi nulla civitas est, & inter gentes diversas.*
- XIII. *Nec tam misera necessario vita vivitur in statu naturali, quam visa fuit Hobbesio ac Pufendorfio.*
- XIV. *Neque in illo brutis omnino similes homines ac feræ statuendi sunt, quales olim finxerunt Lucretius & Horatius, & nostra ætate, Rousseau.*