



11  
1  
2  
2.  
3  
4  
1  
1  
2.  
3.





DE  
FICTIONIBUS  
JURIS ROMANI  
COMMENTATIO

1787 2 1/2

AUCTORE  
CHRISTIANO JACOBO ZAHNIO  
WÜRTEMBERGA - CALWENSIS

15.

P. 16



TUBINGÆ  
TYPIS SCHRAMMIANIS  
MDCCLXXXVII.





PHOTODUPLICATIONS

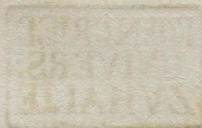
LIBRARY OF THE

UNIVERSITY OF

CHRISTIAN LUDWIG

UNIVERSITY OF

LIBRARY OF THE  
UNIVERSITY OF  
MAGDEBURG





---

**PRÆNOBILISSIMO DOMINO AUCTORI**

S. P. D.

**PRÆSES.**

---

*Quod conscribendae Dissertationis inauguralis IPSE elegisti argumentum, ita per totum jurisscientiae Romanae campum diffunditur, ut absolutae illius pertractationi pauculae pagellae vix ac ne vix quidem sufficere videantur. Et effecisti profecto, quod TUARUM partium esse periti aequique arbitri facile aestimabunt, qui, tam arctis cancellis circumscriptus, fictionis notionem distincte exponeres, originem et causam ejusdem instituti introducendi solerter indagares, illius criteria, quibus ab aliis Legumlatorum JCtorumque subsidiis discernitur, in apricum proferres, et denique varia fictionum genera*



---

genera et species potiores ex vasto juris Romani ambitu ante oculos  
poneres. In ea autem re persequenda, cujus IPSE solus, quod  
ad laudes TUAS publice referre malim, auctor es, ita TE  
versatum esse constat, ut spem in TE dulcissimam jure meritoque  
collorem, fore, ut ad ornandam augendamque jurisprudentiam  
omnem aliquando operam TUAM collaturus sis. Vale, neque in  
posterum amare perge.

---







## CONSPECTUS DISSERTATIONIS.

### **P**rologus.

#### I.) Pars Generalis

- A.) Notio §. 1.
  - a.) etymologice derivata
  - b.) e Legibus eruta.
- B.) Objectum fictum. §. 2.
- C.) Subjectum fingens. §. 3.
- D.) Finis fictionum. §. 4.
- E.) Discrimina quibus fictio sejungitur
  - a.) a praesumptione Juris
  - b.) - - - et de Jure
  - c.) Simulatione
  - d.) Interpretatione. §. 5.
- F.) Varia divisionum genera
  - a.) in fisiones rei possibilis aut impossibilis
  - b.) in simplices et mixtas
  - c.) in Affirmativas Negativas et Translativas
  - d.) in personales, reales, et eas quae versantur circa tempus locumve. §. 6.
- G.) Criteria fictionum. §. 7.
- H.) Necessitas earum
  - a.) apud Romanos
  - b.) apud alias gentes. §. 8.

#### II.) Pars



## II.) Pars Specialis. Fingitur

A.) circa personas<sup>1</sup> et

## 1.) earum existentiam et quidem

## a.) existentia

a.) Hereditas ut persona ficta

b.) partus nasciturus pro nato

c.) pater in filiis existere creditur in repraesentatione.

β.) Non - Existentia f. Mors civilis

## 2.) qualitatem. Haec fingitur

## a.) adesse

a.) ingenuitas ficta

b.) cognatio ficta

c.) affinitas ficta

d.) filiusfamilias pro patrefamilias habitus.

## β.) abesse

a.) voluntas

aa.) in prodigo

bb.) in fero

cc.) in filiofamilias

b.) scientia in pupillo

c.) Mens sana in eo, qui inofficiose testatus est.

3.) factum. Hoc fingitur<sup>1</sup>

## a.) adesse

a.) circa possessionem ejusque

aa.) acquisitionem. Traditio

a.) longa

b.) brevi manu

c.) symbolo facta.

bb.) retentionem

a.) quasi possessio rerum incorporalium

b.) possessio longa manu facta

c.) infantis possessio.

d.) possessio ejus, qui dolo possidere desit.

b.) circa



- b.) circa domini acquisitionem
- aa.) dominium fictum in act. Publiciana
  - bb.) in transmissione hereditatis extraordinaria.
- c.) circa obligationis
- aa.) constitutionem
    - a.) ex conventionem ficta
    - β.) quasi contractus communiter sic adpellari soliti. v. g. Tutelae, curae, negotiorum gestio etc.
    - β.) pignus legale, tacitum alias etiam dictum.
  - γ.) Fundamentum actionis institutoriae et restitutoriae, quae datur a SCto Vellejano, post intercessionem mulieris, exceptionis ope infirmatam, contra debitorem, cujus obligatio aut ab initio aut ex post a muliere privative erat suscepta.
  - δ.) Consensus fictus in eo, qui rem suam usufructuarii passus est.
  - ε.) Donatio ficta in eo, qui indebite solvit.
- b.) ex quasi delicto.
- bb.) Solutionem.
- a.) compensatio
  - b.) oblatio ac depositio pecuniae obsignatae.
- β.) abesse factum fingitur
- a.) usucapio in act. Publ. rescissoria
  - b.) alienatio in act. Pauliana.
  - c.) conditio impossibilis testamento adjecta
  - d.) dies certus heredis institutioni adpositus
- B.) circa res
- 1.) res fungibiles habentur pro incorporalibus
  - 2.) res difficulter mobiles habentur immobiles
  - 3.) quasi usufructus
  - 4.) peculium quasi castrense



C.) circa circumstantias

1.) temporis

α.) fictio legis Corneliae

β.) tempus aditionis hereditatis retrahitur

γ.) tempus existentis conditionis

a.) in heredis institutione sub conditione facta

b.) in conventionne retrahitur existentia conditionis potestativae.

δ.) Dies coeptus habetur pro completo in computatione temporis civili

2.) loci. Fictio postliminii.

III.) Usus modernus.

Epilogus.



PRO-





## PROLOGUS.

---

**F**ieri admodum difficulter, immo nunquam forsan, ut hodie, post tot tantosque summorum virorum labores, novi aliquid super Legibus Romanis proferatur, nemo, opinor, erit, qui neget. Eo enim, quod vel illi, qui vix limina Jurisprudentiae attigit, notum, excrevit librorum libellorumque multitudo, ut jam nec legendis illis cunctis vita, immo nec titulis tenendis memoria ulla sufficere videatur, et dolendum sit, re, in adjumentum studii legitimi coepta, deterri magis juvenes, quam allici. Et effectum sane est, ut, quum nova non amplius supersint atque intacta, minus tritis, methodo nova, pertractandis, contenti esse debeamus. Haecce taliave cogitanti, dum simul de thematis optione essem sollicitus, obrulit sese de fictionibus Juris Romani doctrina, illaque ab Interpretibus non quidem omnino neglecta, ita tamen habita, ut eandem thematis loco elegisse non sit erubescendum. Praeterea cum res ipsa singularis plane sit, atque a nostra, qua hodie utimur, cogitandi



tandi ratione, mirum, quantum, recedat (ita tamen, ut, retentis effectibus, a nomine magis abhorreamus quam re) haud absurdum videbatur, in causas finemque, aliaque, quae circa eandem occurrunt, diligentius paulo inquirere. Qua in re quidem ita sumus versaturi, ut, quemadmodum ait Ill. MEISTERUS a) „nullo auctoritatis praejudicio corrupti scribamus, fin-  
 „gamus neminem hac de re ante nos egisse, totamque rem  
 „non ex aliorum commentationibus, sed ipsis legum argumentis  
 „depromamus.“ Ordo autem tractationis nostrae, qualis sit futurus, satis, credo, conspectu monstratur in fronte operis posito, ut adeo dicta heic iterum dicere opus minime esse videatur.

\* \* \*

PARS GENERALIS.

§. I.

**P**rimum omnium in notionem inquiremus fictionis, quae dupliciter poterit inveniri. Primum ita, si attendamus, quemadmodum vox fictionis ab auctoribus, quos classici vocant, latinis, soleat accipi; deinde, si, quomodo Leges eadem utantur, ostendamus. Nos methodo utraque utemur. Vox fictionis a fingo descendit, quod idem est, ac: „*comparare, formare, et proprie de his dicitur, qui formant aliquid ex luto, cera aliave molli materia: inde etiam statuaris tribuitur. Mox generale fit vocabulum, ad cetera, quae ingenio, manuque hominis artificiose*  
 „for-

---

a) In SYLLOGE opuscul. Inta p. 131.



„formantur, aut simulantur“ a). Mittimus significationem propriam, retinentes impropriam, quae magis hujus loci est, secundum quam fictio tantundem erit ac simulatio, sive suppositio falsi, s. ejus quod non est, pro vero b). Venio ad legitimam vocis notionem, in qua quaerenda, quod facile cuivis patet, ad Leges, et exempla in iisdem obvia erit recurrendum, ita tamen, ut notio communis fundamentum quasi maneat legitimae, et illa ex Legibus augeatur tantum et emendetur. Et rarum quidem in Legum voluminibus fictionis nomen, quamvis re ipsa nil sit frequentius, sed tamen adest c). Notionem vero plane non habemus, et hanc itaque abstractionis ope invenire volentes, tutissimam, opinor, viam eligemus, si exemplis ad hanc rem utamur iis, quibus nominatim in Legibus fictionis nomen est inditum. Ejusmodi est fictio Legis CORNELIE d). Jam notissimum, ab hac Lege civem Romanum in iusto bello captum, et mortuum in captivitate, fingi decessisse in ipso momento, antequam caperetur, ne capitis deminutionem maximam passus esse videatur e). Quatuor in hoc exemplo habemus: rem

a) V. GESNERI thesaur. linguae Latinae sub hac voce.

b) Ita voce nostra utitur QUINTILIANUS lib. 5. c. 10. 8. lib. 6. c. 9. 3. Protopopoeian personae fictionem dicens. Similiter dicitur a CICERONE lib. de amicitia 79. in amicitia nil fiction esse, nil simularum, et a TIBULLO lib. 3. carm. 4. v. 68. Fabula ficta in vanum jocum.

c) Veluti in §. 6. l. quib. mod. p. p. solvitur et in L. 15. D. de usurp. et usuc. L. 1. §. 1. L. 18. D. ad L. Falcidiam.

d) V. L. cit. 15. pr. D. de usurp. et usucap. L. 1. §. 1. D. ad L. Falcidiam.

e) Cit. L. 1. §. 1. D. ad L. Falcidiam.



1.) rem facti falsam (nempe mortem civis Romani in momento captivitatem proxime antecedente) 2.) pro vera 3.) effectus alicujus aequitatem spirantis (nimirum, ne capite minutus existat captivus) causa, qui ex veritate, i. e. morte in captivitatis tempore, non oriretur, 4.) a Lege habitam, et ex quatuor hisce notionem fictionis juridicam tuto confici posse credo. Et erit itaque fictio Legis f. Juris f): *Suppositio rei facti falsae pro vera, a Lege facta, ut effectus inde legitimi iudemque aequitati convenientes oriuntur.* Concordat haec definitio quoad maximam partem cum illa, quam habent WESTENBERGIUS g) LAUTERBACHIUS h) ALTESERRA i) nisi quod plurimi fere adicere definitioni non dubitent, quod locum non habeat fictio super re impossibili. Quod quam recte dicant isti, intra a nobis monstrabitur.

§. 2.

Objectum fictionis f. res, quae fingitur, semper res facti est eaque falsa, possibilis aequae ac impossibilis. Probabo singula. Et quidem, quod objectum fictionis semper res facti debeat esse, duplici modo ostendi posse videtur; primum a posteriori  
sive

f) Juris fictionem nusquam in Legibus adpellatam invenimus, ut adeo palam sit, voculam; JURIS a DD adjectam, quod simili modo in praesumptionibus accidisse videmus.

g) In princip. Juris sec. ordinem Digestorum tit. de Prob. et praesumpt. §. 28.

h) In Coll. th. pr. T. D. de probat. et praef. §. 49.

i) In tr. de fiction. juris. Paris. 1659. pag. 2.



sive per inductionem i. e. plenam omnium fictionum allegationem earumque analysin. Sed ardua haec res est, utpote quae non tam dissertationis academicae quam libri potius sat vasti materiam praebet. At alia patet probationis methodus, quam a priori vocant Philosophi, qua, notione saltem inspecta, atque neglectis exemplis aliquid affirmamus aut negamus; et hanc tentare placet. Supra ostensum est et exemplo illustratum, fictionem semper fieri effectus alicujus legalis gratia, qui veritati applicari nequit. Jam vero, cum jus non adplicetur, nisi rei facti, palam est, non nisi talem fingi posse a). Porro et inde, credo, patet, fictionem non nisi in res facti cadere recte posse, quod falsa semper debeat esse res ficta. Jus enim, quod cuivis notum, qua tale, falsum esse nequit, quum veri falsive notio fere adplicari non soleat, nisi rebus historicis sive facti, et generatim iis, quae cognoscuntur, non iis, quae praecipuntur. Rectum est, quod praecipitur; verum quod fit aut est. Deinde et illud notandum, quod dictum fuit, rem facti fictam falsam esse debere (falsum autem intelligimus, tum id, quod omnino non est, tum illud, quod non eo modo est, quo dicitur esse). Quodsi enim vera esset, fictio foret inutilis. Fingimus enim, non id quod est, sed id quod non est. Denique in omni fictione certum est, rem fictam non existere, cum in fingendo non id agat Lex, ut

a) Negat ALTESERRA, qui in tractatu de fictionibus lib. I. C. III. disertè ait: res facti fictionem non recipere sed res juris tantum. Sed vide Theaurum locorum communium Jurisprudentiae, sub voce fictio §. II.



decipiantur homines, sed ut effectus legitimi oriantur; unde etiam sequitur, contrarii probationem fictioni non nocere, quum illa ob id ipsum, quod ficta sit, pro probata habeatur. Restat, ut edoceam, fictionem in res impossibiles aequae cadere ac eas, quae esse possunt. Negant id, quod iam dictum est, viri gravissimi b) legesque proferunt, quibus thesin suam comprobari posse opinantur c); sed male. Quod enim in L. 16. D. de adopt. dicitur: adoptionem in his tantum personis locum habere, in quibus etiam natura habeat, ita intelligendum, quod natura adoptionis sit regula, nec, quod de hac dictum, ad cunctas Fisiones recte protenditur. Deinde L. 2. §. 1. D. de usufr. earum rer. ita interpretanda, quod factum per fictionem non *vere* sed *ficte* tantum queat immutari. Sed quid multa? Exempla habemus non pauca fictionum super re impossibili, quorum vel unicum adnotasse satis erit. Quis v. g. negabit, fieri non posse, ut duo sint unus? et tamen fingitur patris cum filio unitas. Quae omnia, si in unum colligantur, objectum fictionis erit: *res facti, de qua certo scimus, falsum eam esse, possibilis aequae ac impossibilis.*

## §. 3.

Procedo ad subjectum fingens. Et hic ante omnia satis constat, quod fingi a privato pro lubitu nequeat a). Cujus qui-

b) V. §. anteced. not. g. h. i.

c) Veluti L. 16. D. de adopt. L. 2. §. 1. D. de usufr. earum rerum quae usu minuuntur.

a) L. 8. D. de castr. pec.



quidem rei ratio palam est, quia alias quis in suum ipsum commodum veritatem posset immutare. Ne itaque id fieret, fingendi potestas iis solis reservata est, quorum in jure constituendo aliqua fuit auctoritas. (quamvis enim fictio non sit jus, pertinet tamen illa ad regendum usum juris) Jus autem, quum descendat ex Legibus, SCTis, Jctorum responsis, praetoris edicto; similiter fictiones ab his proficisci debere palam est. Et ita est. Quodsi enim fictionum species vel leviter percurramus, inveniemus, earundem alias a Lege <sup>b)</sup>, a praetore alias <sup>c)</sup> complures denique per mores et consuetudinem inductas esse <sup>d)</sup>. Nec desunt denique fictiones ex SCTis ortae, veluti fundamentum actionis institutoriae et restitutoriae a SCTo VELLEJANO creditoribus, apud quos mulieres intercesserant, datae <sup>e)</sup>. Sed generatim notandum, fictiones longe plurimas ex Jctorum responsis ortas, quorum in media praecipue Jurisprudencia summa fuit auctoritas <sup>f)</sup>; et adeo quidem, ut quamlibet fictionem, de cujus autore haud satis constat, JCTis adscribere non dubitem. Nimirum id semper egere, ne Legum

com-

b) Veluti mortem fictam in L. CORNELIA sec. L. 15 D. de usurp. et usuc. L. 1. §. 1. D. ad L. Falcidiam.

c) Veluti dominium fictum, b. f. possessori a praetore Publicio tributum L. 1. D. de publ. in rem act. §. 4. 1. de action.

d) Sic mens insana, in eo, qui inoff. testatus est, fingi coepit L. 2. L. 5. in f. D. de inoff. test. pr. 1. eodem.

e) L. 8. §. 7. 14. L. 10. D. ad SCTum Vell.

f) Teste GALVANO in D. de usuf. p. 50. Ed. Genev.



compages opus esset male cohaerens, inconstans, ansam praebens iniquitatibus. Ubi ad hanc rem tribus potissimum rebus; Aequitate, Interpretatione et Fikione. Et priori quidem ita, ut leges restringerent, effectuum iniquorum, ex nimia Legum extensione oriundorum, evitandorum causa. Altera ita, ut casus, verbis Legis non comprehensos, rationi ejus subjacere monstrarent. Tertia vero ita, ut casum mutarent, Legis adplicandae causa.

§. 4.

Finis in fikionibus proponendis is erat, ut effectus inde legitimi i. e. legis autoritate subnixi, aequi, orirentur, qui veritati adplicari non poterant. Hinc etiam regula tradi solita: Fikio tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in casu vero a). Sic v. g., ubi praetor fingeret, b. f. possessorem ufucapisse rem nondum ufucaptam, finis in fikie hac proponenda nullus erat alius, nisi ut actio realis, ei, qui dominus non esset, non competens, dari possessori ut domino fikto posset. Nimirum, cum viderent praetor, Jcti, summum Jus saepissime summam esse injuriam, aequitate adacti mederi huic rei statuerunt. Ubiunque vero interpretatio, ut primarium aequitatis instrumentum videretur deficere, ibi non nisi duplex supererat medendi methodus. Aut enim jus, quod summum vocant, erat immutandum, aut factum. Illud, quo minus fieret, compluribus ex causis effectum est. Obfuere enim tum infitus veterum Legum amor, tum ipsarum in plurimis causis utilitas, tum novae Legum lationis diffi-

a) Ira intelligenda E. I. pr. D. de adopt.



difficultas. Posterior autem, nempe facti mutatio, quum vere fieri nequiret b), fide tandem facta est, et facto ita mutato jus adplicatum. Sic in actione, quam jam attigimus, Publiciana aut tempus, usucapioni praefinitum, erat minuendum immo plane tollendum, ita ut quivis possessionem rei b. f. nactus statim dominus fieret ejusdem; aut usucapio vix coepta haberi pro absoluta debuit, et actio realis concedi b. f. possessori, cum iniquissimum esset rem b. f. justoque titulo et quaesitam et possessam auferri cui a quovis posse. Posterius elegere Romani, nempe fictum b. f. possess. dominium, quaesitum per usucapionem fide absolutam. Effectus hujus fictionis idem, qui veritatis, actio nimirum realis. Sed satis de fini,

Jam vero, priusquam ulterius procedamus, haud abs re, credo, erit, discrimina, quibus ab aliis institutis similibus sejunguntur fictiones, paucis indicasse; praesertim cum, quod vulgo dici solet, opposita juxta se posita magis soleant elucescere. Non multa quidem sunt affinia, ut Doctores loquuntur, fictionum, quorum cum his confundendorum periculum esse posset, sed tamen sunt. Inter haec certe eminent *Juris praesumptio*, cujus jam cum fictione comparationem instituemus. Fingitur factum, quod, falsum esse, certo scimus; praesumitur contra tum incertum, tum id, quod verisimiliter existere potest. Contrarii probatio contra fictionem non admittitur, cum causa ejusdem sit certitudo

b) L. 2. §. 1. D. de usuf. earum rerum, quae usu minuantur.



contrarii; sed veritati contrariae cedit praesumptio a), ut adeo recte dici queat, pure sublittui veritati fictionem, praesumptionem contra eventualiter. Fictio non tollitur per aliam fictionem; praesumptio contra debilior vincitur a fortiori. A *praesumptione Juris et de Jure* differt in eo, quod in hac factum praesumptum ex argumentis veri simillimis; immo veritatem ipsam prope aequantibus, *credatur*; in fictione contra falsitudo facti certa esse debeat. A *fictione hominis sive simulatione* differt Juris fictio tum in subjecto fingente, quod in illa homo est, in hac lex, aut quod vim legis sustinet, veluti auctoritas Jurisconsultorum, Senatusconsultum etc.: tum in eo, quod simulatio semper cum fraude sit conjuncta; fictio non item, cum Lex non decipiat. Deinde et in hac re a simulatione differt fictio, quod ex hac effectus oriantur legitimi, ex illa autem non item, cum id, quod simulatum est, pro non facto habeatur b). Denique in simulatione abscondi solet veritas contraria; in fictione etiam palam habetur. Ab *interpretatione* differt fictio, quod illa casui cuidam adplicet legem ex ea ratione, quod revera subsit legi, quamvis verbis non contineatur; haec vero casum mutet, ut Lex adplicari eidem queat. Porro ex fictionibus descendunt actiones, quas fictitias adpellant ULPIANUS c), GALVANUS d), ex Interpretatione contra utiles, quae ambae actionum species confundi haud raro solent, ideoque probe discernendae.

§. 6.

- a) Si excipias praesumptionem, ut DD. loquuntur Juris et de Jure, cui quod notissimum, non nocet probatio contrarii.  
 b) L. 6. C. si certum petatur.  
 c) Lib. reg. tit. 28. §. 12.  
 d) Diff. de usufr. C. XXV. II. p. 316. edit. Genev.



## §. 6.

Non in omnibus omnes conveniunt fictiones; sed in multis minus essentialibus varie a se invicem differunt. Attamen quum diversitas quoque ista regulas quasdam videretur sequi, occasionem inde cepi, divisionis fictionum tentandae. Et primum quidem divido fictiones in eas, quibus supponitur aliquid absolute impossibile, et eas, quae supponunt aliquid hypothetice impossibile. Sunt enim, quae supponant saltim id, quod non est, aliae id, quod esse nequit, id quod supra jam monstratum fuit et exemplo comprobatum contra LAUTERBACHIUM et ALTESERRAM. Et hoc loco rem exemplis confirmasse juvabit. Sic v. g. non video, quid obstat, quo minus res, fecte, brevi manu, tradita, vere tradi potuisset; adeo supponitur in hac fictione res facti non existens, sed quae existere tamen possit, quam hypothetice impossibilem appellant Philosophi. Verum longe aliter sese res habet in quasi - possessione rerum incorporalium veluti servitutum, cui vera possessio substitui nunquam potest, cum res incorporalis in corporalem mutari semper nequeat. Idem accidit in ficta patris cum filio unitate, quae itidem in veritatem transire nequit, cum duo non fieri possint unus. Porro alia sese nobis divisio offert fictionum in simplices et duplices sive mixtas, cujus rationem brevibus reddam. Sunt enim, quae factum simpliciter aut tollant, aut supponant; aliae contra, quae factum tollant, inque ejus locum novum substituant. In illis non nisi unicum factum aut existere fingitur aut non existere; in his duo facta occurrunt, quorum unum aboletur, alterum fingitur. En habes utriusque generis exempla! In postliminii

fictione



fictione v. g. et tollitur captivitas, et fingitur vita in civitate acta; in compensatione contra solum factum solutionis fingitur. Deinde in ficta nativitate nascituri supponitur tantum factum nondum existens; in captivo contra mortuo intra tempus captivitatis per Legem CORNELIAM et tollitur mors intra captivitatis tempus et fingitur accidisse intra tempus libertatis.

Tandem a DD. tertium divisionis genus solet proferri, qua fictiones dispeſcuntur in Affirmativas, Negativas, ſ. privativas et Translativas a). Et affirmativas quidem dicunt, quae affirmant existentiam facti; negativas quae negant; translativas, quae factum quidem non mutant, ſed transferunt a tempore in tempus, perſona in perſonam, loco in locum. Exempla ſunt in promptu. Et quidem affirmatarum ſpecimen exhibet nobis uſucapio ficta in b. ſ. poſſeſſore, cui a praetore Publicio illa eſt tributa. Negativam habemus in conditione impoſſibili, quae in teſtamento habetur pro non adjecta. Transferitur factum in conditione caſuali, conventioni adpoſita, cujus existentia ad tempus initae conventionis retrotrahitur, et generatim in omni fictione temporis retrotractiva.

Reſtat aliud adhuc divisionis genus, diſtribuens fictiones in perſonales, reales, et eas quae ſunt circa circumſtantias temporis locive. Et hujus quidem divisionis exempla hoc loco proferre non videtur neceſſe, cum in parte ſpeciali ſingulas fictiones ſecundum hunc ordinem diſponere ſit animus.

§. 7.

a) LAUTERBACH, Coll. ch. pr. in D. tit. de praesumpt. et prob. §. 50.



## §. 7.

Fictionis nomen, quum, quod supra dictum fuit, in Legibus rarissime occurrat, fictiones autem ipsae adeo sint frequentes ut de plena earum enumeratione omnino sit desperandum, satis, credo, patet, nomen solum ad dignoscendas eas vix ac ne vix quidem posse sufficere. Quae cum ita sint, duplici in hoc negotio possumus auxilio uti. Primum enim habemus characteres, ut Philosophi loquuntur, reales s. internos, quique supra in §° de notione f. a me sunt exhibiti, et ex quibus notionem confici debere ibidem a nobis demonstratum est. Hinc regula nascitur:

*Ubique habemus characteres fictionis internos, ibi adest fictio.*

Deinde quoque haud parum adjumenti nobis afferunt characteres externi sive nominales in synonymis fictionis latentes. Nimirum cum, quod supra dictum fuit, ipsum fictionis nomen rarissime in Legibus inveniatur, res ipsa autem saepissime, Leges verbis utuntur et loquendi formulis, synonymis, saepe brevitate respicientibus et, quod fieri, tecnico, quem vocant, termino deficiente, affolet, mirum in modum diffusis. Nosse itaque synonyma ista nos oportet. Sunt vero ejusmodi synonyma v. g. verba: quasi a), intelligitur, intellectu juris habetur, censetur, credi-

1) MEISTER in sylloge opusc. I. Diss. de fide ejusque jure in usucap. et praeser. §. 3. „ Quid enim in jure sibi vult vox quasi? Nil sane aliud, quam cum fingitur aliquid esse, quod non est. Hinc illi „quasi contractus, ille quasi consensus, hinc quasi delicta, et nescio „quid amplius quasi.“



*creditor, color*, quae cuncta heic recensere et inutile foret et difficile. Satis habebimus, paucas de iisdem regulas tradidisse, quas haud absque utilitate ipsi in fictionibus indagandis sumus fecuti.

- 1.) *Ubicunque cum characteribus fictionum internis simul adsint externi s. nominales, ibi fictio adest.*
- 2.) *Criteria fictionum externa absque internis fictionem adesse nequamquam indicant, cum synonyma ista non sint termini, quos dicunt, technici, sed verba potius adiafora modo hoc, modo illud, significantia. Exemplum huius rei erit vox: quasi, quam supra inter criteria fictionum externa referre minime dubitavimus. Quamvis enim satis constet, fictionem per eandem indigitari v. g. in voce: quasi contractus, tamen non ubivis, ubi occurrit vox: quasi, fictio adest, veluti in actione QUASI Serviana ubi haec vox utilem magis quam fictitiam actionem indicat.*
- 3.) *Ubi criterium fictionis externum abest, ibi non recte statim concluditur fictionem non adesse.*
- 4.) *Iuncta haec criteria externa semper rei facti esse debent, cum fictio non nisi in tali consistat.*
- 5.) *Res facti ista talis esse debet, qualem supra descripsimus, nempe cuius contrarium certum est.*

§. 8.

Restant quaestiones duae solvendae, quae necessario cuiusque sefe obtrudunt, Jurisprudentiam Romanam, magnam sane partem  
ficti-



fictitiam curatius consideranti. Unde, quaeso, quaeret, tanta  
 fictionum copia in systemate Legum Romanarum, quaeve ne-  
 cessitas ad illas proponendas adegit? Post hanc quaestionem alia  
 sua sponte oritur, huic maxime affinis, ita sonans: An in  
 quovis Legum systemate necessariae fictiones? Et ambae qui-  
 dem quaestiones ita inter se sunt connexae, ut solutio primae  
 praeparet solutionem secundae, immo absolvat. Age itaque aggre-  
 diamur primam. Jus summum, cujus applicatio generalissima,  
 quod supra jamjam observatum fuit, haud raro iniquitatibus  
 multis causam praebere solebat, tamen et verum nimis et  
 aequum plurimis in casibus visum, quam ut illud immutare  
 auderent Romani. Deterriti praeterea ab illo immutando sunt  
 tum novae Legum lationis difficultate, tum infito systematis le-  
 galis amore, de quibus singulis paulo curatius dicere animus  
 est. Et de illa quidem primum. Notissima est XII. Tabularum  
 historia. Decemviralis potestas, quin libertati damnosa fieret,  
 parum absuit. Sed necessaria illa ad Legum novarum lationem,  
 ne innumeris ac nunquam non exituris, populi, (animalis  
 illius centipitis) contradictionibus, impugnaretur et impediretur  
 opus. Satius itaque visum, quovis alio modo malo mederi.  
 Factum id a Praetore, a Jurisconsultis tum remediis aliis veluti  
 interpretatione et aequitate s. interpretatione restrictiva, tum  
 fictionibus. Sed annon, quaeret quispiam, melius actum fuisset,  
 si Leges non tam universae novae latae, quam veteres, abro-  
 gando alias, inque locum earum novas ferendo, denique dero-  
 gando aliis, fuissent emendatae? Hoc, quo minus fieri posset,  
 effectum potissimum est infito systematis legalis amore. Nimi-



rum priscais illis temporibus, fictionum foecundissimis, Leges Romanae non aggregatum fuere quoddam male cohaerens, sed systema, XII. Tabb. quasi fundamento innitens, in quod contextendum operam plurimam contulerant Jurisconsulti, cujusque ne laederetur unitas, summo annitebantur negotio. Perraro itaque abrogatae Leges civiles, sed emendatae saepissime ex aequitate, Interpretatione — fictione.

Quae cum ita sint, facile poterit perspicere, fictiones ibi semper fore necessarias, ubi circumstantiae inveniuntur, quibus Romani ad fictiones proponendas sunt adacti. Non habebimus itaque easdem, primum, ubicunque Leges populi cujusdam non systemate continentur, cujus unitatem exceptionibus a regula laedere nefas, et ubi Leges ferri consuevere, prout tempore loco, casu singulo necessariae factae fuerint. Deinde ibi quoque, ubi, quod nunquam forsitan continget in tertis, Leges perfectae plane fuerint, ubi summa juris principia iusto nec sunt latiora nec angustiora ac proinde applicatio earum iniquitatibus locum non fecerit. Tandem et ibi non habebimus fictiones, ubi aequitatis, Interpretationis remedia latioribus, quam apud Romanas, includuntur finibus, ut adeo fictionis medelam, violentiorem aliquanto ideoque subsidiariam adhiberi non sit opus. Ibi contra, ubi cuncta haec deficiunt, locus fit fictionibus. Hinc non mirum quod Angli habeant fictiones, tum, quod Leges ibi, uti fere ubivis alias, sint imperfectae, tum quod interpretationis aequitatisque remedia ibi plane sint vetita et ad verbum omnia fumantur. Ne vero, quod minime decet Jurisconsultum, absque pro-



probatione loqui videamur, necesse visum, exemplum Jurisprudentiae fictitiae Britannicae in medium proferre. Sic v. g. summi apud Britannos juris est, Legum Britannicarum extra Angliam vim nullam esse, et secundum hanc regulam immunis a poena foret quisvis Britannus extra fines patriae delinquens. Quod ne fiat, is qui delictum commisit, fingitur in Anglia deliquisse. Testatur id vir, inter populares aequae ac exteros, summe clarus, philosophus sat acutus, politicus minime contemnendus, HOME a). Nec in Jure Canonico desunt fictiones. Sic v. c. duo sacri ordines non possunt eidem conferri uno die vel duobus diebus continuato jejunio, propter fictionem, qua duo dies ob continuatum jejunium pro uno habentur b). Porro, quod fit a majore parte capituli, perinde est, atque si ab omnibus factum esset c).

\* \* \*

P A R S S P E C I A L I S.

**A**bsoluta jam parte Dissertationis generali ad specialem venio, in qua quidem ita sum versaturus, ut non omnes et singulas sed plurimas tantum fictionum species easque potissimas enumerare sit animus. Omnes enim, quo minus promittere audeam, facit

a) *Geschichte der Menschheit, II, Theil p. 42.*

b) Cap. 13. X. de temp. ordinat.

c) Cap. 1. X. de his quae fiunt a majore parte capituli.



facit ingens earum multitudo, quae tanta est, ut consuetus dissertationis modulus, paucis fere paginis circumscriptus, eandem vix capere possit, cui quidem rei accedit, quod per Leges universas dispersae illae sint atque occultatae. Deinde et illud impedit, quod de plena fictionum enumeratione (cum numerus eandem sit res facti atque a posteriori dignoscendus) certi a priori esse nequeamus. Sufficiat itaque nobis specimen dedisse systematis fictitii. Hunc in finem divisionem adhiberi placuit fictionum, supra jamjam memoratam, ab objecti diversitate desumptam. Deinde singulis fictionibus hoc ordine dispositis pauca adjiciam, quae de notione, causa, effectu forte dicenda videbuntur. Hisce positis, classes indicabo, easdemque contr. impugnationem quandam facile praevidendam defendam. Cum, quod supra dictum fuit, finis fictionum sit is, ut effectus legitimus, aequitati conveniens, iisdem applicetur, quumque jus applicari nisi rei facti non possit, facile, credo, patet, fisiones versari circa res facti s. objecta juris debere. Objecta juris autem sunt: persona, res, circumstantiae temporis, loci, actio. Et quidem, multum in Jure nostro fingi circa tria priora, notissimum, neque probatione eget. Restat ut de actionibus dispiciamus, an et quatenus illae fictionem recipiant. In omni actione duo sunt probe discernenda; nimirum jus agendi et res facti ut conditio, quemadmodum in scholis loquuntur, *sine qua non* juris agendi. Quodsi itaque certum sit atque indubitatum, jus non fingi, sed factum, palam est, etiam in actionibus non fingi jus agendi, sed rem facti ut conditionem juris illius. Et hic apparet, quid de actionibus sentiendum fictitiis, et quem-



quemadmodum ULPIANUS sit intelligendus a), sequentem in modum verba de iisdem faciens: *Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.* Quodsi autem porro in actionibus fictitiis non fingitur nisi res facti, cui quasi fundamento omnis actio debet inniti, opus non erit novam pro ipsis classem constituere, cum omne actionis fundamentum aut in re sit aut in persona, aut in circumstantia temporis locive. Et sane, credo, res ipsa satis docebit cunctas actiones fictitias his classibus commode contineri.

Fingitur aut circa personas aut res, aut circumstantias temporis locive. Personae fingitur existentia aut non existentia, qualitas aut defectus qualitatis, factum aut ommissio facti. Et quidem de existentia personae ficta primum dicam. Sic

a.) *Hereditas locum defuncti obtinere creditur L. 31. in fine D. de heredib. instit.* Ratio hujus fictionis haec est, ne bona defuncti fiant vacantia, quamdiu fieri adhuc potest, ut heres vel ex testamento vel ab intestato vocatus adeat hereditatem. Non poterant autem non absque hac fictione vacare videri, cum extincto defuncti dominio, neque hereditate adhucdum adita, adeoque herede domino nondum facto, plane nullius essent adeoque occupationem recipere. Jam vero per fictionem id efficitur, ut praeter eum,

a) ULP. libro regularum tit. 28. §. 12.



eum, qui ad hereditatem vel ex testamento v. a Lege est vocatus, nemini pateat bonorum occupatio.

- b.) Partus nasciturus, sive venter potius (qui tamen, si veritatem respicias, sec. L. 9. §. 1. D. ad L. Falcidiam, homo non recte dicitur): comparatur jam natis L. 2. §. 6. D. de excusat; quoties de ejus commodo agitur L. 7. D. de statu hom. Nimirum, si, qui natus nondum est, pro non nato habeatur, nil in detrimentum illius agi posse, palam est, cum ejus, qui non est, nec damnum esse intelligatur. Sed quum similiter commodi nil acquirere possit, idque iniquum videretur esse, cum nasci vivus et vitalis aliquando possit foetus, pro nato habetur, ne lucro captando fraudetur. Inde effectus, qui in L. 26. D. de statu hom. huic fictioni adscribuntur, aliique.
- c.) Existere in filiis aliquando creditur pater praemortuus, id quod accidit in repraesentatione quae filiis locum tribuit succedendi ex gradu patris. Quam ut fictionibus annumerare non dubitem, faciunt tum Legum verba, tum res. His autem verbis in repraesentatione describenda Leges utuntur, ut dicant: repraesentantes in patris sui locum succedere §. 6. I. de heredit. quae ab Intest. def. Quid hoc aliud est, nisi: habentur liberi omnes simul sumti pro parente ratione successione legitima? Jam cum plures naturaliter non possint esse unus, per fictionem illud fit. Effectus hujus repraesentationis est successio in stirpes. §. cit. Intest. Sed age, curatius paulo rem secundum criteria inter-



interna fictionis examinabimus. Liberi in locum parentum succedunt, eorumque personam sustinent. Res facti falsa est, pro vera habita. Hinc succedunt in stirpes, cum alias, si ex propria persona succederent, in capita fieri deberet successio. En effectum fictioni applicatum, quem veritas oriri non patitur.

Non existere creditur servus L. 209. D. de R. I. a. deportatus §. 1. I. quib. m. p. p. solvitur. Uno verbo, qui capitis deminutionem maximam passus est. Ficta haec mors, civilis alias etiam dici solita, patriam potestatem solvit cit. §. 1. I. matrimonium dirimit L. 1. D. de divortiiis L. 56. D. soluto matrim.

Transeo ad fisiones circa qualitates personarum. Fingitur autem qualitas

- a.) ingenuitatis. Ingenuus enim creditur fec. L. 25. D. de statu hom. qui talis pronunciatus a iudice est, quia res iudicata pro veritate habetur. Ratio ejus rei est, tum ut aliquando lites esse desinerent, tum libertatis favor, in qua ingenuitas potior gradu est libertinitate, utpote quem patronorum jura premunt. Effectus fictionis hujus consistit in interitu juris patroni in libertum.
- b.) Cognatio ficta per adoptionem. Et hanc quidem jure suo accenseri fisionibus ex multis patet. Opponitur *veritati* L. 23. pr. D. de lib. et posthum., *naturae* in L. 16. D. h. t. *commentum* dicitur in L. 76. D. de condit. et demon. Verum in omnibus *naturam imitatur* adoptio, veluti in eo,

D

quod



quod major natu debeat esse pater adoptans, immo plena pubertate adoptivum praecedere §. 4. I. de adopt. L. 40. §. 1. D. cod. Effectus duplex, prout plene naturam imitatur adoptio aut non. Hinc adoptio plena vel minus plena, quarum illa quidem patriam potestatem adoptanti tribuit, haec non item. Causa permiffae adoptionis est, ut Lex consolaretur homines spe sobolis futurae frustratos. Inde, quamdiu naturaliter procreare quis liberos potest, aut jamjam procreatos habet, adoptare ei de regula non licet L. 17. §. 23. D. h. t.

6.) Quemadmodum in adoptione fictam habemus cognationem, sic in Jure Romano ficta quoque prostat affinitas. Constat nimirum ipsis tandem nuptiis veram affinitatem contrahi, L. 4. §. 3. D. de grad. et aff.; ficta vero jamjam per sponsalia videtur contrahi. L. 6. §. 1. L. 8. D. eod. tit. ut recte dicamus quasi nurum, quasi novercam a). Et haec quidem de ficta affinitate, veram antecedente; sed habemus aliam, quae sequitur veram dudum sublatam v. g. in filio uxoris per divortium dimiffae ex alio procreato. Obstare quidem videtur §. 9. I. de nuptiis, sed ego rem ita componi posse puto, si dicamus JUSTINIANUM in §. 9. I. loqui de veritate, LABEONEM contra et MARCIANUM in Legibus 6. §. 1. et 8. D. de grad. et aff. de fictione. Causam hujus fictionis indicare videtur ipse JUSTINIANUS in cit. §. 9. I. ubi ait: *rectius tamen atque jure facturos eos, qui ab hujusmodi nuptiis abstinerint.*

d.) Fi-

a) Perill. HOFACKER in Comp. Inst. §. 128.



d.) Filius familias *pro patrefamilias habetur* ratione peculii castrensis L. 2. D. ad SCTum Maced. L. 6. §. 13. D. de injusto, rupto et irr. Quod autem in L. 4. D. de divers. R. I. a. dicitur: velle non credi filium familias, de filio familias non milite intelligendum. Nimirum cum adversari regula ista favori videretur, qui in Legibus pro militibus summus est, emendata illa per fictionem fuit, eum in modum, ut ratione peculii castrensis *patrefamilias vice fungatur miles*, ita tamen ut maneat filiusfamilias, id quod vel inde cognosci poterit, quod peculium habeat, quod in nullo alio nisi in filiofamilias locum habere dicit L. 182. D. de V. S. Ceterum respectu peculii castrensis valide contrahit cum patre L. 15. §. 1. 2. D. de castrensi pec. L. 2. pr. D. de contrah. E. V. litigat, L. 4. D. de judiciis. testatur super peculio, pr. I. quibus non est perm. fac. test. donat, L. 7. §. 6. D. de donat: quae cuncta fieri a filiofamilias nequeunt.

Sufficiant haecce qualitatis in persona fictae exempla. Venio ad fictum qualitatis defectum. Sic

a.) Voluntas deficere fingitur

aa.) in prodigo L. 40. D. de R. I. Hinc curator ipsi datur *exemplo furiosi* L. 1. pr. D. de curat. furios. dand.

bb.) In servo, L. 4. D. de R. I. Sequela quasi quaedam haec fictio est illius, quae servum pro nullo habet, L. 32. D. de R. I. cum tamen, uti in L. eadem videre est, secundum veritatem Juris naturalis omnes homines



sint aequales. Ratio ficti hujus defectus voluntatis indicari sat aperte videtur in L. 4. D. de R. I. quod scilicet servus pareat imperio domini. Effectus fictionis permulti, sique notissimi.

cc.) In filiofamilias. Hic itidem velle non creditur, cum pareat imperio patris, cit. L. 4. D. de R. I. et unus esse cum patre existimetur L. f. C. de impub. et al. subst. Ceterum filiusfamilias voluntate non caret nisi qua talis, h. e. si ad patrem referatur, et quatenus hujus imperio obsequitur. Hinc cum patre non contrahit, pater filio non mandat negotium, sed jubet peragi. L. 1. §. 3. D. quod iussu. Lis nulla censetur esse inter patrem et filiumfamilias L. 4. D. de judiciis. L. 11. D. eod. Verum eum extraneis valide contrahit filiusfamilias §. 6. I. de inut. Stip. excepto mutuo, non quidem ipso jure nullo, sed per exceptionem SCti Macedoniani infirmando.

dd.) In pupillo. L. 189. D. de R. I. Vult quidem pupillus naturaliter, verum cum voluntas ejus intellectum non sequi communiter solet sat perspicacem, effectu illa destituitur, nisi accedat tutoris auctoritas L. cit. 189. D. de R. I.

b.) Scientia videtur deficere in pupillo L. ult. D. de j. et f. ignor. Cum, qui sciat, et velle posse necessario debeat, pupillus, qui velle nequit, nec scire poterit, ut adeo haec fictio fundamentum quasi videatur esse ficti defectus voluntatis in pupillo.

c.) Mens



c.) Mens sana deficere olim credebatur in eo, qui inofficose testatus esset. *Hoc colore*, inquit JCTUS MARCIANUS in L. 2. D. de inoff., *agitur, quasi non sanæ mentis fuerint, ut testamentum ordinarent* et in L. 5. §. 1. sub fin. dicitur: *quasi non sanæ mentis fuisset*. Singulare in hac fictione, quod non integrum veritatis habeat effectum. Nempe, si furiosus vere sit testator demensve, testamentum nullum est, secundum cit. L. 2. D. de inoff.; ubi vero inofficose testatus tantum fuerit, testamentum impugnandum non ut nullum sed ut iniquum. Quae res tamen nullas olim gignebat quoad effectum differentias, ita ut in testamento per querelam infirmato aequè cuncta ejus capita corruerent, ac in nullo. Hodie vero longe aliter se res habet, quum sit notissimum, cum testamento nullo cuncta ejus capita nulla esse, quod fecus in testamento per querelam infirmato, excepto unico casu, in querela a fratribus instituta. De cetero autem notandum, hodie hac fictione opus amplius non esse ad querelam inofficiosi testamenti instituendam, quum per constitutiones Imperatorum directe illa sit data, et causae illius fati sint determinatae.

Venio ad *fictiones*, quae circa factum hominis a Legibus sunt propositae, fat numerosas. Inter has eas primo loco contemplerur, quae fingunt commissionem facti. Sic fingitur

a.) circa possessionem ejusque

aa.) acquisitionem. Occurrunt heic traditiones longa, brevè manu, symbolo factae, communiter traditiones fictae appel-

D 3

lari



lari solitae. De singulis pauca. Longa manu traditur res, si in conspectu ponatur et adprehendenda demonstratur L. 79. D. de solut. Fictionem heic adesse et re demonstratur et verbo: *quodammodo*, quo Jctus JAVOLENUS utitur in d. L. 79. Brevi manu traditur res, si eum, qui rem possidet ex titulo ad domini translationem non habili, jubeam alteri tradere. Descriptionem hujus traditionis habemus in L. 3. §. pen. D. de donat. inter virum et uxorem, ubi dicitur, quod per eandem, celeritate conjungendarum inter se actionum, una occultetur. Nomen hujus traditionis extat in L. 43. §. 1. D. de jure dotium. Symbolice traditur res, si symbolum f. signum rei, rem synecdochice sive metonymice representans, tradatur, veluti si claves domus aut cellae tradantur. Effectus autem traditionis ejusmodi fictae, sive longa, sive brevi manu, sive simbolo illa sit facta, is est, ut res ipsa aut possessio saltem rei fiat ejus cui, res traditur, prout tradens voluit aut dominium transferre aut solam possessionem. L. 20. pr. D. de acquirendo rer. dom. Uno verbo, idem efficitur per traditionem fictam, quod per veram, et quidem quoad fictionem longae manus probatur illud per L. 79. D. de solut. brevis manus per L. 9. §. 1. D. de publ. in rem act. L. 3. §. fin. D. de donat. int. vir. et ux. §. 44. I. de rer. div. traditionem symbolicam per §. 45. I. de rer. div. Res incorporales quasi traduntur per cessionem, vel traditionem veram corporis illius, cui jus aliquod inhaeret, vel denique per patientiam alte-



alterius, usum juris cuiusdam non turbantis L. 11. §. 1. D. de publ. in rem act. Et haec de acquisitione possessionis. Sequitur, ut de

bb.) retentione dicamus, s. de possessione ficta, quasi possessionis nomine a DD. insigniri solita. Jam cum tria sint, ex quibus vera possessionis notio conficitur, 1.) detentio corporalis 2.) rei corporalis 3.) animo eandem detinendi facta, L. 3. pr. D. de acq. v. am. possess. nec, nisi ubi tria haec simul invenimus, veri nominis possessio adesse dicitur. Quae cum ita sint, et tamen haud raro in Jure inveniantur possessionis (a Legibus ita dictae) species, in quibus una alterave pars notionis deficiat, verae possessioni easdem minime accersendas, sed inter fictiones potius referendas palam est. Sic v. g. res incorporales vere possideri ideo nequeunt, quod corpus possessum desit L. 32. §. 1. D. de servit. praed. urb. et hinc in d. L. 32. possessionem rerum incorporalium dari negatur, cum, ait JULIANUS, *NATURA servitutum ea sit, ut possideri non possint.* Vid. quoque L. 4. §. 27. D. de usurp. et usuc. Veruntamen, quum opus esset, ut signa haberemus, ex quibus cognosci posset, rei incorporalis penes hunc potius esse dominium, quam penes alium, fictae possessionis inde enata notio est, et hinc dicitur in cit. Lege 32. §. 1. D. de serv. praed. urb. *Sed INTELLIGITUR possessionem earum (servitutum ut rerum incorporalium) habere, qui aedes possidet.* Maxime autem  
utili-



utilitatis haec notio est. Nempe ea deficiente, rerum incorporalium possessiones in incerto semper forent. Quasi itaque possidentur servitutes, pignoris jus, aliaque. Et haec de casu, ubi corpus possessum deficiens locum facit fictioni. Ubi vero res corporalis quidem possidenda adest, sed corpore eadem non detinetur, itidem vere non possidetur. Ideo, quum fieri nequeat, ut v. g. fundo quis suo semper insistat L. 31. D. de acq. v. am. poss. §. 5. I. de Interdict. quumque iniquum foret, eum, qui non animo rei derelinquendae, sed retinendae a possessione vera recessit, fraudari possessionis commodo, recepta per fictionem possessio longae manus est. L. 1. §. 21. L. 18. §. 2. sqq. D. de acq. v. am. poss. cit. §. 5. I. de Interdict. Itidem si rem apud alium habeam, dominio apud me remanente, per illum possideo L. 30. §. 5. D. de acq. v. am. poss. Denique, si animus possidendi desit, interdum possessio nihilominus fingitur, velut in iis, qui commodum rei alicujus non noscunt, neque adeo ejusdem aut adipisci aut retinere possessionem possunt. Accidit id in infantibus, pro quibus tutor possessionem adipiscitur et retinet. L. 32. §. 2. D. de acq. v. am. poss. ubi disertè ait Iustus PAULUS: *nullum sensum esse infantis accipiendi possessionem, sed utilitatis causa hoc receptum esse*, (ut possidere intelligatur infans). Veri autem nominis fictionem habere nos in quasi possessionum speciebus modo recensitis, ut credamus, adducimur tum Legum verbis, quae, ubi de iis loquuntur, vocibus utuntur fictionum synonymis, quae  
criteria



crīteria externa supra a me sunt adpellata, tum ideo, quod quasi possessioni effectus tribuantur, verae tantum possessioni proprii, qui absque fictione in quasi possessionem transferri nequeunt.

Restat alia adhuc fictae possessionis species, ejus nimium, quae creditur esse in eo, qui dolo possidere desit. Nempe, cum iniquum esset, actorem rem suam vindicantem fraudari reo suo, et ab alio ad alium transmitti, qua quidem re lites perpetuari necesse erat; creditum est, eum nunquam desisse possidere, qui dolo id facere cessavit. L. 150. L. 157. §. 1. D. de R. I. ne dolus cuiquam proficit.

b.) Circa dominium fingitur ejusdem acquisitio, sive usucapio potius, cujus sequela demum est dominii acquisitio. Fingitur autem usucapio, qui iusto titulo et bona fide possidet, quamvis non elapso tempore longo, verae usucapioni alias praefixo §. 4. J. de act. eum in modum, ut rem amissam vindicare eidem liceat. Et patet aequitas fictionis. Cum enim iniquissimum foret, eum, qui b. f. et iusto titulo possederit per tempus aliquod, a quovis, etiam infirmiori jure nitente, possessione posse fraudari; actio b. f. possessori concedenda ad rem vindicandam, quae, ut concedi posset, fundamento facti fictitio erat opus. Jam vero, quum non nisi b. f. et iusto titulo niteretur actor, neque haec duo sufficere ad Rei Vindicationem concedendam viderentur, fictione suppletum est, quod veritati deesset;

E

adeo-



adeoque ufucapta res, et in dominium actoris translata creditur. Ne autem damni inde aliquid posset vero domino emergere, statutum, neminem in dominio hocce ficto fundare sese posse, nisi contra eum, qui infirmiori jure possideret. arg. L. 16. 17. D. de publ. in rem act. Ceterum publicianam a Praetore Publicio appellari actionem, ex fictione nostra sponte sua profluentem, notissimum.

Transmissionem hereditatis extraordinariam, cur fictionibus annumerare dubitare debeam, equidem non video. Notissimum enim est, hereditatem alicui delatam huic non statim acquiri, sed opus esse declaratione voluntatis eandem delatam acquirendi, veluti: agnitione, aditione, pro herede gestione. Hinc quoque hereditatem delatam quidem, sed nondum acquisitam in heredes heredis transmitti summo jure non posse, patet, quum is, qui ad hereditatem vocatus est, dominus ejusdem nondum sit factus. Suadere aequitas visa, ut in quibusdam casibus, neglecta veritate, acquisitio facta a defuncto crederetur. Hinc ait L. un. C. de his, qui ante ap. tabb. test. *liberos POSSE hereditatem TANQUAM debitam VINDICARE* et in L. 18. C. de jure delib. dicitur: posse patrem omnia, *quasi* non infanti quaesita *capere*.

c.) Circa obligationes

- aa.) constitutio fingitur; et quidem primum ex conventionione. Accidit hoc generatim in quasi contractibus, ubi, fictionem adesse, nomine jamjam fati indicatur. Notissimum est, accenferi his negotiorum gestionem, rerum communio-



munionem ex hereditate, finium confusione vel aliunde, tutelae denique aut curae administrationem, indebiti solutionem, hereditatis aditionem. Nolo diffusus esse in aequitate earum et ratione enucleanda, cum fat eleganter id sit a JUSTINIANO factum in Inst. tit. de obligat. q. q. ex contr. Sufficiat nobis rationem indicasse, cur fictionibus illos accenseamus. Faciunt huc tum nomen quasi-contractuum, quo in Legibus ipsis solent insigniri, tum consensus in cunctis aperte per fictionem suppletus. Exemplum sit indebiti solutio. Heic accipiens indebitum fingitur consensisse in redditionem ejus, quod solutum est. Fingi autem hic consensum, non praesumi, ex eo patet, quod nil juvetur accipiens, si probet, se animo non amplius reddendi accepisse indebitum. Similiter in Negotiorum gestione non liberatur is, cujus negotia gesta sunt, si probet, se nunquam consensisse: dummodo negotia utiliter sint gesta. Et haec quidem de iis quasi-contractibus, qui vulgo tales solent haberi. Restant alii, quos pauci ad hunc diem Interpretes in ordinem quasi-contractuum referre sunt ausi. Inter hos primo loco proferam oppignorationem legalem, tacitam quoque alias dictam. Tacitum enim pignus, quod vocant, duplex est; unum, quod a privato constituitur tacite, veluti instrumento oppignorationis subscribendo etc. alterum, quod a lege, legale inde, (tacitum abusive) solitum vocari. Posterius per contractum fictum constitutum censeo. Ratio, cur hoc credam, haec est. Adducor maxime Legum



de hoc pignoris genere loquendi ratione, cum v. g. in L. 4. D. in quib. caus. pig. v. hyp. dicatur: *invecta et illata pignori esse CREDUNTUR quasi tacite convenerit*. Ex verbis hisce palam est, pignus legale fundari 1.) non in immediata Legis dispositione, quum alias opus non fuisset verbis *credantur, quasi*. 2.) Neque in contractu vero, ubi consensus tacite fuerit interpositus, quum discrete dicatur: *QUASI tacite* 3.) neque in consensu praesumpto, cum probatio contrarii non noceat hypothecae legali, sed 4.) qui unice superest, in contractu ficto. Et hujus quidem fictionis ratio patet, crediti major securitas. Noti effectus, nota pignorum legalium in concursu creditorum locatio.

Porro liceat fictionibus adhuc annumerare fundamentum facti actionum restitutoriae et institutoriae creditori a Praetore datarum, post infirmatam auxilio Senatusconfulti VELLEJANI mulieris intercessionem. Notissimum est, opposita Senatusconfulti illius exceptione, positis terminis habilibus, collabi intercessionem, mulieremque obligatione liberari. Jam obligatio aliena aut plane ab initio aut ex post a muliere privative erat suscepta. In priori casu creditori contra verum debitorem actio erat danda; in posteriori tantum restituenda. Utrunque factum a Praetore est. Prioris actionis mentio fit in L. 8. §. 14. D. ad SCt. VELL., posterioris in L. 14. D. eodem. Fundamentum utriusque, quatenus res facti, fictum aperte est, quod patet ex  
verbis



verbis LL. cit. In priori nimirum deletur intercessio quasi nunquam facta, et contractum esse fingitur cum eo, qui nunquam contraxit. Hinc ait Lex 8. §. 14. cit. „*et tu quasi ex stipulatu convenieris*“ ut diserte adeo praesupponat Lex, stipulationem non initam cum eo, contra quem actio instituitur. Idem fere accidit in restitutoria actione, in qua fec. L. 14. restituitur *integra causa pristina*, quae certe integra non nisi ficte dici potest.

Consensisse videtur in usucapionem, qui intra longum tempus non interrupt possessionem alterius, rem quandam usucipientis. *Vix enim*, ait Lex, *est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.* L. 28. pr. D. de V. S. Non praesumi heic consensum, sed fingi, inde patet, quod regulariter usucapio rescindi non soleat, licet dissensus probetur, ab eo, cujus res usucapta est.

Qui sciens indebitum solvit, *donasse intelligendus* L. 7. §. 2. D. pro emtore. L. 53. D. de R. I. Ratio hujus fictionis nusquam in Legibus diserte tradita reperitur. Videtur autem haec fuisse, ne liberum esset cuivis, litibus damnosis alterum implicare. Quod, ut eo magis credam, facit L. 50. D. de cond. indeb.

Obligationum porro fingitur constitutio ex quasi delicto, quod optime describitur verbis JUSTINIANI in tit. I. de obl., quae quasi ex delicto. Ait Imperator: *ubicunque quis non PROPRIE ex maleficio obligetur, peccasse tamen aliquid intelligatur, ibi videri eum quasi ex maleficio teneri.*



Nil addam, cum verba Imperatoris et fatis probent, fictionibus accensenda esse quasi - maleficia, et rationem reddant fictionis. Nec species quasi maleficiorum enumerare animus est, quum nimis longum id foret. Et haec sufficiant de constitutione obligationum. Sequitur

bb.) Solutio. Solvitur autem obligatio fidei primum compensatione, quae habetur pro solutione sec. L. 4. D. qui pot. in pign. L. 19. D. de liberali causa, ubi ait JCTus Paulus: *nam et is dedisse INTELLIGENDUS est*. Rationem fictionis habemus in L. 3. D. de compens. ubi ait JCTus POMONIUS: *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.*

Oblatio pecuniae ejusdemque obfignatae depositio similiter habetur pro solutione L. 9. C. de solut. Effectus utriusque solutionis fictae iidem sunt, qui verae: nimirum liberatio. Hinc usurae cessant, pignora, fidejussores liberantur.

Non — Existentia s. omiffio facti fingitur in actione Publiciana rescissoria, qua petimus rem, ufucaptam quidem secundum veritatem, sed de qua Praetor fingit eam non esse ufucaptam. §. 5. I. de act.

Porro fundamentum actionis PAULIANÆ (sive realis illa sit sive personalis, de quo hoc loco non dicimus) fictionibus erit adnumerandum. Testantur id verba §. 6. I. de action: „dicere, „eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.“ Ratio fictionis odium fraudis et creditorum favor.

Con-



Conditio impossibilis, quae talis aut natura aut Lege est, ultimae voluntati inserta *pro non adjecta* HABETUR §. 10. I. de hered. inst. L. 14. D. de cond. inst. Qua quidem re efficitur, ut, perinde ac si conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capiatur hereditas legatumve. cit. L. 14. D. de cond. inst. Plane singulare hoc et a communi ratione recedens. Quid enim magis naturale est, quam eum non institutum videri, qui sub conditione impossibili institutus est, similiter, uti in conventionibus id non gestum videtur, quod sub ejusmodi conditione geritur L. 31. D. de O. et A. L. 1. §. 11. D. eod. Sed ob favorem testamentorum receptum, ne vitio conditionis destituta testamenta fiant, pro non adjectis haberi ejusmodi conditiones. Similiter pro non adjecto habetur dies certus, ad quem vel a quo heres quis instituitur §. 9. I. de hered. inst. L. 34. D. eod. adeo ut, quemadmodum ait Imperator in cit. §. 9. I. PERINDE SIT, AC SI *pure heres institutus esset*.

Transeo ad fictiones quae circa res sunt propositae.

Res fungibiles, quantumvis corporales, habentur pro incorporalibus, cum in genere magis functionem recipiant, quam in specie, et quantitas magis respiciatur in iisdem, quam individua quantitatem efficientia L. 2. §. 1. D. de reb. cred. Quantitas autem intellectuale quid est, non corporale. Hinc mutui datio in his rebus consistit, cum una alterius vice plene fungatur, neque recte dici queat, quod aliud pro alio solvatur, ubi quantitas (supposita qualitate aequali, cum quantitas non sit nisi rerum similium) eadem datur. Quodsi vero in his rebus

non



non quantitas sed res individuae quantitatem repraesentantes respicerentur, in mutui solutione aliud pro alio creditori obtruderetur; quod iniquum.

Res difficulter mobiles, et quae alicubi perpetui usus gratia sunt collocatae, habentur pro immobilibus sec. Nov. 7. in praef. ubi Imp. Just. ait: rem immobilem, domum forsan aut agrum, aut colonum aut mancipia rustica, aut civiles annonas (nam et haec inter immobilia sunt numeranda).

Res, quae usu minuuntur aut consumuntur, pro talibus habitae per fictionem, ac si non minuerentur aut consumerentur. Hinc enatus quasi-ususfructus, nomine originem fictitium satis indicans. Sed magis adhuc movemur verbis L. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer. ubi ait Iustus Gajus: *Quo Senatus-Consulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus PROPRIE esset (i. e. vere, quod semper τῶν ficte solet opponi) sed, remedio introducto coepit quasi-ususfructus haberi.* Effectus, quod rarum, non idem omnino, qui veritatis. Cautio enim in quasi usufructu mutata, ita ut non de re usufructuaria falva, sed de re ejusdem qualitatis et quantitatis finito usufructu restituenda caveatur. Quid autem hac fictione nostra potissimum efficiatur, indicatur verbis L. 1. D. de usufr. ear. rer. nimirum: ut earum rerum, quae usu tolluntur aut minuuntur, possit usus fructus legari. Notasse hoc loco liceat, fictionem quasi-ususfructus inniti illi fictioni videri, per quam in rebus fungibilibus quantitas sola, non individua quantitatem constituenta, spectantur, et res istae hoc modo pro incorporalibus habentur.

Pe-



Peculium *QUASI-castrense* inventum *ad exemplum* peculii castrensis fec. §. 6. I. de milit. testam. Palam sunt criteria externa. Effectus is est, ut jura filiofamilias circa peculium castrense competentia etiam circa quasi-castrense competant. Hinc, ratione hujus peculii, filiofamilias habetur pro patrefamilias. Hinc testatur super peculio (imminuta tamen aliquatenus hac testandi facultate, nempe ut non nisi jure communi testari queat, §. cit 6. I. de mil. test., ex ea forte ratione, quod circumstantiarum ratio militem togatum adhibere solemnitates patiatur) donat L. 7. §. fin. D. de donat. Hinc denique peculium quasi-castrense militis togati mortui uti castrense pro hereditate habebitur. L. 2. D. de castr. pec.

Ultimo loco occurrunt fictiones circa circumstantias temporis et loci. Sunt enim, quae factum verum quidem non mutant, sed locum tantum aut tempus, ubi illud accidit. Et primum quidem de tempore. Sic in Lege CORNELIA, is qui in captivitate moritur, in ultimo libertatis momento fingitur decessisse. Cum enim per captivitatem et libertas ammitteretur et civitas, et captivus adeo capitis deminutionem pateretur maximam, stricto jure complures exinde effectus oriebantur v. c. irritum reddebatur testamentum, contractus perimebantur, uno verbo pro nullo habebatur talis homo. Quod quum iniquum videretur esse in cive Romano, non transfuga, non poenae servo, neque deportato, sed in justo bello capto, subventum per Legem CORNELIAM est, quae mortem in tempus libertatis civitatisque nondum amissae retraheret. Plenam effectuum enumerationem, videas in L. 22. D. de captivis, quam allegasse quam exscripsisse satius duco.

F

Tem.



Tempus hereditatis aditae retrotrahitur ad tempus mortis testatoris, et fictionem adeo istam, per quam hereditas defuncti personam sustinet, haec nostra subsequitur. L. 193. D. de R. I. L. 54. D. de acquir. vel. om. hered. L. 28. §. fin. D. de stip. serv. Ibi.: *videtur heres ex mortis tempore defuncto successisse*. Ratio fictionis procul dubio haec est, ut heres defuncto, non hereditati, successisse videatur, atque ne bona, per tempus aliquod vacasse intelligantur, quod fieri necessario deberet, si hereditatis ut personam defuncti sustinentis fictio tolleretur per aditionem, (ut fieri notissimum) neque aditionis tempus retrotraheretur b). Effectus est, ut commoda aequae ac incommoda, medio tempore hereditati quaesita, adipisci heres queat. Hinc ea, quae servus hereditarius medio tempore stipulatus est, heredi acquiruntur, L. 28. L. 35. D. de stip. serv. Fructus, foetus, partus hereditati adjecti heredis fiunt. L. 3. §. 6. D. de neg. gest.

Tempus existentis conditionis varie retrotrahitur. Primum in hereditate sub eadem delata, in qua fingitur jam tempore mortis testatoris extitisse, uti videre est ex L. f. D. §. 1. de vulg. et pup. subtit. L. 26. D. de condit. instit. Ratio eadem, effectus iidem uti in fictione retrotractiva proxime antecedente. Deinde in conventionione retrotrahitur tempus existentis conditionis ad tempus initi contractus L. 8. pr. D. de peric. et com. rei vend. L. 11. §. 1. D. qui pot. in pign. ubi ait JCTUS GAJUS: cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Ne vero nimis late accipiantur, quae de conditionum,

con-

---

b) Perill. HOFACKER in Instit. I. R. §. 414.



conventionibus adjectarum, retrotracta existentia sunt dicta, notandum erit, cessare hanc fictionem in conditione, ut DD. loquuntur, potestativa, sec. L. 9. §. 1. D. qui pot. in pign. collatam cum L. cit. 11. §. 1. D. eod. Ratio hujus rei videtur haec esse, quod contrahentes, conditionem potestativam adicientes contractui, renunciaſſe retrotractioni videantur.

Dies coeptus, in causis quibusdam, habetur pro completo. Computationem civilem hoc vocat L. 134. D. de V. S. Tempus computatur hoc modo in ufucapionibus, favore harum, ut lites finientium. L. 6. D. de usurp. et ufucap. L. 15. pr. D. de div. temp. praeser.

De loci per fictionem mutatione unicum exemplum sufficiat. Is, qui ex iusta captivitate rediit, perpetuo in civitate habitasse fingitur, deleta captivitatis et capitis minuti memoria. L. 5. §. 1. D. de capt. et postl. L. 12. §. 6. D. eod. §. 7. l. quib. m. I. P. P. solv. Quae fictio, ut locum habere queat, iusta captivitas adſit necesse est. Transfugae nullum postliminium est. L. 19. §. 4. D. de capt. et postl. Servus poenae, ad metalla damnatus, deportatus illa non adjuvantur. In tumultu captus illa non eget. Ceterum tum in bello tum in pace a peregrinis (qui semper hostes crediti sunt a Romanis, vocibus his olim synonymis, Cic. de off. L. 1. c. 12.) capti jure postliminii utuntur. Non prolixus ero in effectibus postliminii recensendis cunctis et singulis, qui maximam partem enumerati inveniuntur in cit. §. 5. l. quib. m. I. P. P. solv.

Restat, ut de usu fictionum hodierno quaedam subjungam. Res haec parvo absoluta erit negotio. Dijudicanda enim illa erit



ex principiis supra §. 8. Diss. nostrae positis. Jam cum hodie apud nos et Aequitatis et Interpretationis fines ita inveniuntur dilatati, ut Interpretes, legem aut extendere volentes aut restringere, titulo sive praetextu fictitio fere non egeant, effectum est, ut, neglecto nomine, rem ipsam retinuerimus. Sic malumus hodie possessionem rerum incorporalium analogam dicere, quam fictam. Quo quidem pacto accidit, ut, quod per fictionem olim efficiebatur, nunc per Aequitatem fiat aut Interpretationem. Et haec de fictionibus in genere. Species autem quod attinet, notandum: haud paucas earum una cum institutis Juris Romani, quorum sequelae fuerant, obsolevisse. Sic et fictio Legis CORNELLÆ evanuit et postliminium; tum, quod servos non amplius habeamus, tum quod, etiam ex servitute v. g. Turcica redux, ipso jure, secundum nostram cogitandi rationem, reciperatus et libertatem et civitatem videatur.

\* \* \*

## EPILOGUS.

Et haec fere sunt, quae de fictionibus dicenda habui. Ignoscent, credo, mihi, aequi rerum aestimatores, quod parum perfectionis opus habeat, reputantes: et specimen primum esse, quod submitto eruditorum examini et juvenem me esse.

Quod vero hoc tempore, parum forsitan feliciter, tentatum a me est, ulteriori et quod spero, maturiori meditationi a me subjicietur.

---

pag. 20. l. 5. l. annitebantur statt *annitebantur*.

pag. 22. l. 4. l. sint pro *fiut*.

pag. 23. l. 14. l. omisso pro *ommissio*.

---



Tübingen, Diss., 1783/88

VD18

ULB Halle

3

004 506 073



f5b









DE  
FICTIONIBUS  
JURIS ROMANI  
COMMENTATIO

1787 2<sup>b</sup>

AUCTORE  
CHRISTIANO JACOBO ZAHNIO  
WÜRTEMBERGA - CALWENSI.

15.

P. 16



TUBINGÆ  
TYPIS SCHRAMMIANIS  
MDCCLXXXVII.

KONFRIED  
UNIVERS.  
ZVHALLE

