

287.

DISPUTATIO

1618, 9^a

4
~~135~~

De

10

FICTIONE JURIS IN
GENERE,

Et in specie

De

RETROTRACTIO-
NIBUS.

Quam

Sacrae Triadis auxilio

EX

4

*Consensu Magnifici, Nobilissimi, & Amplissimi Jctorum
Ordinis in celeberrima Salana*

PRÆSIDE

Viro Clarissimo, Consultissimo, & Excellentissimo,

Dn. PHILIPPO LOCHMANNO

J. U. D. Fautore & Præceptore suo devotè
venerando.

Publicæ disquisitioni in Auditorio Jctorum instituendæ, subjicit

THOBIAS HENNINGUS Lipsiensis.

Ad diem 2. Octobris horis & loco consuetis.

J E N Æ

Typis TOBIÆ STEINMANNI.

Anno M. DC. XVIII.





Reverendissimo, Magnifico, verèq; Nobilissimo

V I R O

DN. JOHANNI ERNESTO
à Trestau in Buchou Nigripp &c. Cathedralis
Ecclesiæ Episcopatus Magdeburgensis Capi-
tulari Canonico eminentissi-
mo.

NEC NON

*Generoso, Strenuo, omniumq; virtutum splendo-
re ac generis prosapia præcellentissimo.*

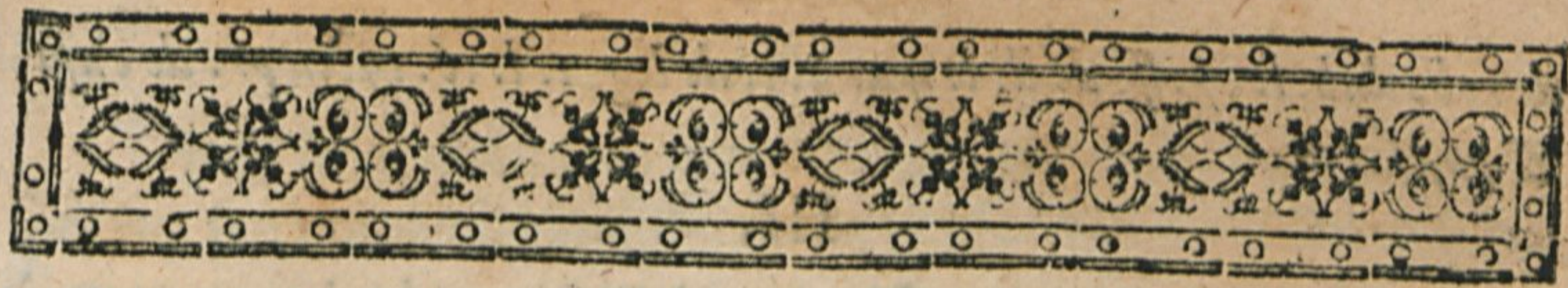
DN. JOHANNI DAMIANO à Seo-
bottendorff / in Dominatu Schönwaldau /
Dn. in Kottendorff & Krieschwitz.

Amicis inter se conjunctissimis

*Meis verò Patronis, Promotoribus ac Fau-
toribus atatem honorandis*

Consecrat ac offert

Philippus Lochman
J. U. D.



DISPUTATIO

De

FICTIONE JURIS
IN GENERE,

Et in specie

DE RETROTRA-
CTIONIBUS.

ASSERTIO PRIMA.



Disputaturi materiam Retrotra-
ctionis, non lufuros operam opinamur, si à
notatione nominis inchoaverimus, cum Ety-
mologia det verbis proprium significatum,
Everb. in Top. leg. loc. ab Etym. n. 2. Quod ex
verbo Traho, & adverbiali dictione Retrò
conflatum esse credimus.

II.

Ne autem propter vocabuli ambiguitatem æquivocatio-
nis censuram incurramus, nostrum erit explicare, quid vocula
Retrò hîc significet; ubi sciendum non sumi pro *Rursus*, ad
quem sensum accipitur *retrodatio*, id est, *reditio*, *in l. 67. de
solut. multò minus ex diverso seu in contrariam partem, l. 40.
§. 2. de acquir. vel amitt. poss. l. 4. ff. de oper. serv. l. 60. de cond.
& dem. l. 21. §. 2. ff. de fidejuss.* Sed idem est quod *Antetrahere*,
idq; ex ejus virtute desumendum esse autumamus, *reducit n.
actum mox gestum ad tempus antecedens seu præteritum. l. 15.*

A 2

de

de reb. dub. l. 37. ff. de ll. l. 44. S. 1. de leg. 1. l. 16. 19. in pr. de capt. & postl. rev.

III.

Ipsamque Retrotractionem à Fictione legis tanquam à causa efficiente originem traxisse, fingere enim legis est, nec potest induci fictio ab homine, ut habeat effectum sine auctoritate legis, text. not. in l. pen. S. fin. ff. de leg. 2. l. 8. ff. de castr. pec. causamq; motivam æquitatem esse statuimus, eandem n. jus Canonicum nunquam rejicit, imò illo jure etiam fundatam esse retrofictionem, patet ex c. tanta. qui sint filii leg. c. 15. qui fidem de spons. c. eum qui. de sent. excomm. in 6.

IV.

Hisce præmissis deponemus paululum materiam Retrotractionis, & assumemus Fictionem, quæ in materia Retrotractionis principalem sibi vendicat locum, & à qua tanquam à causa efficiente originem traxit, prout in th. antea dictum.

V.

Quæ ut legis effectus variè definitur, ex Bartolo habemus hanc definitionem: *Fictio est in re certa ejus quod est possibile contra veritatem à jure facta assumptio*: Sed isthæc non arridet, utpote cum necessitas, quæ reputatur fundamentum omissa. l. 18. 19. ff. ex quib. cau. maj. Jason. in l. si is, qui pro emptore 15. ff. de usur. n. 69. Septem recenset, & quamlibet retineri posse ait, cum omnis definitio in jure sit periculosa, l. omnis definitio de R. 7. Nos agnoscimus [nō quidem pro quadratâ omniq; ex parte solutâ, & juxta Dialecticorum tractiones perfectâ] definitionem, quam meditatus est Emil. Ferret. in d. l. si is, pro empt. n. 129. *Fictio est institutio juris, contra veritatem de eo quod in facta versatur legitimum effectum pariens, Legitimum effectum dico*, quia nulla fictio in vanum inducere debet. l. 1. S. si vir. ff. de acquir. poss.

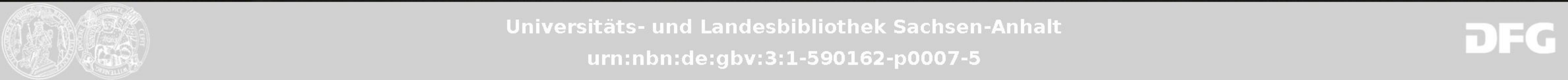
VI. Jam

VI.

Jam ut necessarium consequens, per tractandæ fictionis species, seu quod veriùs differentia, cujus divisio à Dd. multiplex excogitata: Nos cum Bart. in d. l. si is qui pro empt. n. 25. & in l. nec utilem. n. 4. ff. ex quib. caus. maj. ab effectu tres deducimus species: quarum prima *Inductiva*, altera *Privativa*, tertia *Translativa seu Extensiva*, quarum naturas investigaturi sumus, planè rejicientes distinctionem inter *licitam & illicitam*; illicita enim exulat à domicilio sacrarum legum. l. fin. ff. de condit. ob turp. caus. nec non distinctionem inter fictionem legis & hominis, i. quia non apta ad producendos civiles effectus l. 29. de ll. 2. quia fingere est proprium legis, vel statuti, vel consuetudinis, l. 8. ff. de const. pec.

VII.

Et i. sciendum *Fictionem inductivam*, habere locum in possibilibus per naturam, Gloss. sing. in l. Gallus §. si ejus ff. de lib. & posth. Exemplum habemus in adoptione, quæ non potest fieri à minore, cum debeat imitari naturam, secundum quam pater major est filio. l. 15. §. fin. l. seq. de adopt. & pro monstro est, ut major sit filius patre, §. minorem Instit eod. Sufficit tamen, quod natura à principio aliquid possibile sit, licet per accidens fiat impossibile, ut fictio procedat, arg. l. 12. §. 1. ff. de leg. 1. ubi impossibilitas, quæ resultat ex brevitate temporis, adeoque per accidens legatum non vitiat. Exemplum est in spadonibus, quæ possint adoptare, & tamen est palam naturaliter filios habere, cum natura illos ab initio habiles produxerit, licet ex accidenti inhabilitas supervenerit, §. sed & illud. 9. Inst. l. 2. §. illud. ff. de adopt. l. sed est quesitum. 6. ff. de lib. & posth. natura enim non vitium accidentale considerat, l. 9. ff. de adopt. Et ea quæ diximus de natura, & ad ea, quæ de jure impossibilia sunt, extendi possunt, Gloss. in l. talis Scriptura 30. d. leg. 1. & ibi Dd. comm. fictio enim trahitur ad ea, quæ de jure impossibilia sunt, text. in l. 1. §. 5. ff. de eo qui pro tut. ubi lex non fingit eum esse tutorem, qui de jure esse non potest. i. Notandum fictio-



nem hanc versari in his quæ sunt facti modo factum non sit ab
omni juris effectu abstractum & remotum, non merè juris, in
iis enim lex secundum veritatem inducit, nec opus est, ut ad fi-
ctionem recurramus, fictiones enim introductæ propter jus,
hinc stante juris dispositione fictio tanquam remedium extra-
ordinarium cessat, l. 16. de min. & lex tunc demum debet recur-
rere ad mendicatum suffragium fictionis, quando alia remedia
cessant, l. 3. §. 2. de nov. oper. nunc. tex. elegans in l. 7. ff. de capt.
& postl. rev. exindeq; definimus eam, quod sit in re
certa non existente possibili à jure facta assum-
ptio.

VIII.

Sequitur jam *privativa*, quæ consistit in his, quæ sunt
puri seu [ut ajunt] meri facti, cujus natura tollere non
quidem Physicè seu actualiter, sed fictè, id est, civiliter, quia
factum verè neq; stipulatione, neq; pacto, neq; ulla juris con-
stitutione potest tolli, ut quod jam est non sit, l. 31. de R. J.
ibiq; Pet. Fab. Dynus. in c. contra jus. 64. de R. J. in 6. hinc tri-
tum illud, *factum infectum fieri nequit*: Exemplum habemus
in deportato aut damnato ad metallum, quem hodiè dicimus
mancipatum perpetuis triremibus, seu damnatum ad nauti-
ca ergastula, qui legis fictione mortuus, licet verè vivat, l. 56. §.
10. ff. pro soc. l. 29. §. 5. in f. de lib. & posth. l. 4. §. 2. de bon. lib. l.
15. pen. de bon. poss. contr. tab. & generaliter pro mortuo habetur,
cui omnia bona confiscata sunt, adeoq; vivo succeditur, l. 65.
§. 12. pro soc. ibiq; Goth. eleganter Johan. de Castillo de usufr. c.
66. n. 17. & seq. aliud in bannitis, qui propter crimen cum publi-
catione omnium bonorum extra omnem protectionem positi;
Hinc bannitus volens instituere actionem, adeoq; in judicio
experiri non audiendus, sed à limine judicii repellendus,
utpote cum nulla ipsi competat actio, & nemo sine actione ex-
periri possit, l. 6. §. ult. de neg. gest. l. 2. ff. de dot. prel. Gail. 2.
obs. 86. n. 9. adeò ut processus ab ipso agitatus ipso jure nullus
sit; Quod tamen respectu illius territorii ex quo bannitus est,
acci-

138.

accipiendum. Cæterum in processu extra territorium præscri-
bentis non procedit, cum pœna banni ultra territorium non
extendenda, *uti eruditè asserit Amplissimus D. Petrus Theodori-
cus, Præceptor meus honorandus, in coll. crim. disp. ult. th. 4. de
bannitis, ubi hoc ipsum planissimè tractatum invenies.* 2. quia
obligatio quæ juris civilis in ipsos non cadit, adeò ut iustitia
ipsis administrari non debeat, sententiaq; pro ipsis lata ipso ju-
re nulla sit, imò nemo tenetur ipsis servare pacta, quia stipula-
tio nulla est, quando is, qui stipulatur, non capax est obligatio-
nis. *l. 34. de V. O.* Quod tamen non simpliciter dixerim de
omni bannito, sed saltem de bannito actore: Nam bannitus
reus ab alio si in jus vocatus, potest comparere & tanquam reus
se defendere: 1. quia defensio est juris naturalis, quæ nemini
ne diabolo deneganda *text. in clem. pastoral. de sentent. & re jud.
l. 3. de just. & jure.* quæ omnia retinet deportatus & ei similis,
l. 17. §. 1. de pœn. Wesenb. & tit. C. qual. liceat unicuiq; num. 13.
2. quia regulariter verum omnem citatum seu vocatum in jus,
tàm in criminalibus causis, tanquam legitimum contradicto-
rem audiendum esse. 3. quia persona rei vel citati per cita-
tionem actoris adeò habilitatur, ut nulla postea contra ejus
personam opponi possit exceptio. 4. quia agere prohibet, si
conveniatur, defensio permittitur, adeoq; per modum defen-
sionis habet legitimam personam standi in iudicio, modo ma-
neat in terminis & finibus defensionis. *l. 14. de in jus voc.* Ubi
libertus à patrono in jus vocatus absq; venia impunè se potest
defendere. *Vid. Ampliss. D. Pet. Theod. d. th. 4.* qui distinguit
inter defensionem naturalem & civilem.

IX.

Privativam sequitur *Translativa*, ad cuius naturam
duo requiruntur termini habiles, principium scilicet & finis,
cum habilitate tàm ex parte personarum, quàm rei super quâ
fit, conjuncta: Exemplum in bonorum possessione petitâ ab
alio nostro nomine, ad quam petendam prætor liberis & pa-
rentibus, tàm naturalibus quàm adoptivis anni spacium, cæte-
ris autem adgnatis vel cognatis centum dierum indulgit, §. 4.
I. de

I. de bon. poss. inter quod tempus possessionem adgnitam nos ratam habere oportet, ut de ipsius ad nostram personam transferatur: nec quicquam nobis proderit, quamvis post tempus ratam habuerimus, quia patiendo tempus constitutum labi, tacite juri nostro renunciamus, l. 1. §. ita autem. ff. si tab. test. null. es. dic. adeoque per rati-habitionem frustra conamur redire ad id, cui semel renunciavimus: quæ definitur: *quod sit in re certâ uno modo existente, alio modo possibili à jure facta assumptio.*

X.

Quæ ex mente Dd. quatuor modis fit. 1. *de una re ad aliam* V. G. traditis clavibus traditæ censentur omnes res in domo inclusæ, l. 74. de cont. empt. hocq, propter facilem aperiendi & apprehendendi facultatem: quod tamen non simpliciter dictum velim: requiritur enim 1. animus possessionem transferre volentis, in dubio enim si non procedat titulus habilis ad translationem domini vel possessionis, traditio præsumitur facta causa custodiæ, l. 77. §. 21. de leg. 2. Hott. ill. q. 12. 2. Ut traditio clavium fiat in re præsentis, l. 74. de cont. empt. l. 9. §. 6. de A. R. D. Hinc etiam quando alicui instrumentum do, in quo continentur nomina debitorum meorum, videor ipsi tradidisse, cessisse actiones mihi competentes contra debitores. l. 1. C. de donat.

XI.

Secundò: fit de persona ad personam, quod apparet ex tutore, qui alii administrationem mandavit, mandans enim perinde tenetur directâ actione tutelæ, ac si ipse malè administrasset, l. 5. §. 3. de adm. & peric. tut. Item ex eo, qui per alium detulit & non probavit, punitur tanquam calumniator, ac si ipse detulisset, & non probasset, l. 2. §. 5. de jure fisc. qui enim per alium facit, juris fictione per semetipsum facit. *per jura vulg.*

Tertiò:

XII.

Tertiò: De uno tempore ad aliud (in quo cardo disputationis nostræ) modò æquitas assistens suadeat, patet exemplum in actu conditionali, qui sortitur effectum extante seu purificata demum conditione, & tamen quia conditio retrahitur, iudicatur, non secundum illud tempus quo conditio purificatur, vel effectus ipsius perficitur, sed potius secundum tempus factæ stipulationis, *l. ii. §. i. qui pot. in pign. Franc. Milan, lib. 2. dec. 16. n. 12. Clariss. & Consultiss. Dn. Præses Præceptor meus honorandus, in disp. Doct. tb. 132. patet hoc etiam ex. l. fin. com. præd. l. ii. d. S. præd. rust.* Ubi è contra fingitur nunc primum fieri, quod dudum ante factum est, cum scilicet sint plures unius prædii domini, & unus primò imponit servitutem, & alter postea, quo casu cum ultimus cedit, primus cedere videtur, ut prima cessio retrahatur ad tempus secundæ cessionis.

XIII.

Quartò: Fit translativa fictio de loco ad locum, quod apparet in contumace, qui fingitur quoad incommodum suum præsens, cum tamen revera sit absens, *Auth. qua in provincia. C. ubi de crim. agi oport.* apparet etiam exemplum in eo, qui Reipublicæ causa absens, is enim quoad commodum suum fingitur præsens, licet revera sit absens, *l. 41. l. fin. ff. ex quib. caus. maj.* Item furiosus, licet corporaliter præsens, fingitur tamen absens ratione furoris, non enim intelligit quid agitur, *l. 27. §. 5. de recep. arbitr. l. 209. de V. S.*

XIV.

Hinc admodum subtilis & controversa Quæst. promanat: *Utrum natus in transitu per aliquam civitatem, dicatur civis ubi natus est, illius loci ubi natus est, an verò originem patris sui retineat nec ne?* in qua posterius mihi arridet, *per l. cives. 7. C. de incol. ubi:* unde cum profectus est peregrinari videtur, quod si rediit, pere-

B grinari

151
grinari jam destitit, *text. in l. assumptio 6. ad Municip. & ratio*
est, quia ea, quæ fiunt in transitu, non sunt in consideratione,
l. naturaliter §. apium. 2. ff. de A. R. D. l. si quis per hanc. C. de
priv. edif. unde fingitur natus in civitate, quamvis revera alibi
natus fuerit. Negat hoc Mascardus vol. 3. de prob. conc. 1141. n. 10.
Raph. Cuman. ad l. cætera. §. sed si quis. ff. de leg. 1. per rationem,
quod in adquirenda origine consideretur veritas, de quibus in
discursu, eandem autem planè tractat Cephal com. contr. comm.
quest. 408.

XV.

Egimus hujusq; de Fictione, singularumque specierum
naturis, operæ pretium jam erit, de signis, quibus fictio legis
dignoscitur: Ubi observanda veniunt vocabula sequentia: 1.
Intelligitur, l. 180. de V. S. 2. Creditur, l. 12. de stat. hom.
3. Videtur, l. 12. l. 22. de acquir. vel am. poss. 4. Quodam
modo, l. 11. de lib. & posth. 5. Habetur, V. G. quando in le-
gibus dicitur, pro cive habetur. 6. Perinde, l. 1. de recep. arb.
7. Pro suo, l. 22. de acquir. hered. 8. Intellectu aliquo,
& similia fictionem denotantia: de his tamen omnibus &
singulis sciendum, quod tunc demum denotent fictionem,
quando veritas non potest haberi vel adaptari, Fictio enim &
veritas quoties ad unum collineant, veritas prævalet fictioni, *l.*
32. de l. & posth. & maximè quando concurrunt circa idem sub-
jectum, l. in omnib. 8. ff. de capt. & postl. rev.

XVI.

Traditis signis, rem instituto nostro minimè alienam fa-
cturos autumamus, si subjuxerimus quasdam regulas perti-
nentes ad fictionis materiam, quæ primas tenet [*ut bis dictum*
in tb. prioribus] in materia retroactionis, quarum prima &
præcipua est: *Duæ vel plures fisiones æquè princi-*
pales non concurrunt circa idem: cum sint veluti duo
singularitates seu specialitates, quæ simul non tolerantur, *text.*
juncta

140
juncta gloss. in l. 1. in pr. de pollic. Ubi ex sola pollicitatione
quis obligatur Reipublicæ personaliter, non tamen ex hac ipsa
pollicitatione transfertur dominium in Rempublicam & hoc
ideò ne duæ fictiones circa idem, obligatio nimirum persona-
lis, [quæ alias ex jure regulari non oritur ex sola pollicitatio-
ne] & translatio domini: Quam tamen regulam cum mica-
salis intellectam velim, fallit enim, quando una fictio venit in
consequentiam alterius, S. si ab hostibus. 5. Inst. quib. mod. jus
pat. pot. sol. l. 14. de capt. & postl. revers. deinde fallit, quando
duæ fictiones æquè principales descendunt ex diverso fonte,
æquitatis, l. 15. de reb. cred. ibiq; Goth.

XVII.

Regula secunda est: *Fictio idem operatur in ca-
su ficto, quod veritas in casu vero*, & si quoad effectum
juris fictio & veritas conveniunt, l. 1. S. pen. ff. de adquir. poss.
l. certè. 6. S. 7. ff. de præc. l. unica. in pr. & per hanc regulam de-
cidimus casum in jure nostro valdè disputabilem. Si res vendi-
ta duobus successivè diversis temporibus, uni autem primo fa-
cta traditio fictè per constitutum, & deinde alteri facta realis
traditio, uter utri sit præferendus, & decidimus cui factum
constitutum, per reg. nostr. & l. 15. C. de rei vend. ubi Dd.

XVIII.

Regula tertia: *Fictio non mutat quidquam de
natura rei super qua fingitur*, quod apparet ex eo, qui
ab hostibus reversus, jus enim postliminii, quod fingit ipsum
adfuisse, non plus tribuit, quàm habiturus, si nunquam captus
fuisset, per vulg. nec per rati habitionem plus consequitur is,
cujus negotia ipso absente acta quàm si ipse gessisset, tot. tit.
de negot. gest.

XIX.

Quarta Regula: *Fictio non cadit super impossi-
bili per naturam*: Fictio enim & ars imitantur naturam,
quæ nequeunt verificari, in quib. natura non potest quidquam
præstare,

41

præstare, sed debet esse de eo, quod per naturam esse potest. *l. 14. ubi Barr. l. sed addes 19. §. fin. ff. loc. l. si tibi. 8 §. unius hominis. ff. de opt. leg. l. 13. ff. de interrog. in jure fac.* hinc non solum stipulationes, sed & ceteri contractus impossibili conditione adjectâ reputantur statim pro nullis, *l. non solum. 31. de V. S. §. si impossibilis Inst. de inutil. stip.* ratio rationis est: quia hac conditione adjecta à contrahentibus id agitur, ne quid contractum sit, nevé quid debeat, conditionis enim vis est, ne quid debeat, priusquam illa extiterit, impossibilis autem conditio existere non potest, reputandus itaq; ejusmodi contractus pro non celebrato; quod tamen fallit in testamentariis dispositionibus. *Clarissimus & Consultiss. Dn. Pres. p. h. disp. solem. thes. 36. cum quinq; seqq. quem vide circa investigationem rationis diversitatis.*

XX.

Quintam Regulam ponimus: *Fictio non locum habet in statutis loquentibus de casibus veris, arg. l. 35. §. 6. de neg. gest. c. in nostra. de injuriis.* Hinc sub Privilegiis & Statutis loquentibus de liberis, non comprehenduntur liberi adoptivi, fictione enim juris civilis transeunt saltem in potestatem & familiam patris adoptivi: *t. t. Inst. de adopt.* quod etiam videri potest ex legitimatione per rescriptum Principis vel Comitem Palatinum, aut alium modum civilem, qui non habet beneficium statuti excludentis fœminas & filias, hoc enim statutum est contra jus commune, *l. 4. in pr. C. de lib. prat. & inducit quandam exhæredationis speciem, adeoq; in odium legitimorum & naturalium non debet fieri extensiva interpretatio. l. quod contra de R. 7.* Nec dimovet nos quod legitimatus sit verè legitimus [quod tamen aliqui negant, dicendo non posse legitimationem transmutare unam speciem in aliam, adeoque legitimatum qui saltem figuram habet legitimi ex quodam accidente transformare, quasi revera & substantialis esset] hoc enim saltem verum de jure speciali non communi beneficio nimirum Principis, de quo speciali jure non
præsu-

præsumitur in præjudicium legitimorum & naturalium cogitasse.

141

XXI.

Pro coronide nectamus hanc Regulam: *Fictio habet locum tam in propria quam impropria verborum significatione, non autem nudis verbis, l. 8. de suis & leg. her.* per propriam verborum significationem, hic intelligimus eam, quam lex sua auctoritate tradidit. 1. Vel per modum Regulæ, hinc illa promanavit Theorica, quod is qui regulam pro se habet, habeat intentionem fundatam. 2. Vel per modum diffinitionis, modò sit definitio speciei, non autem generis, l. 69. §. 1. de leg. 3. 3. Vel per Etymologiam, oportet autem, ut isthæc sumatur à natura essentiali vocabuli. V. G. quando Jcti dicunt, testamentum dictum esse à testatione mentis, mutuum quasi de meo tuum fiat, donatio à dono, quasi doni datio, l. 35. §. donat. ff. de donat. mort. causa. novatio à novo & nova obligatione, l. 1. de nov. non verò à verbis more Grammaticorum. Jcti n. in nominum notationibus potius debent spectare rem ipsam quam verba, Nicol. Reusn. in tr. de jure test. p. 1. c. 7. n. 17.

XXII.

Cognitâ fictione ad nostram Retrotractionis materiam nos vertimus, & cum dictum in thesi primâ & secundâ de notatione nominis, jam definitionem ipsam aggredimur, quæ talis: *Retrotractio est fictio translatica de tempore sequenti ad tempus antecedens, in re certâ uno modo existente pro alio modo possibili à jure gentium vel civili, ex mera ratione vel equitate simulq; necessitate assumpta.* Diximus (*fictionem*) quia omnis Retrotractio est mera fictitia, quæ vè ipsius veluti prora & puppis est. Clariss. & Consultiss. Dn. Præses in disp. solem. th. 128. Rectè itaq; ipsam pro genere ponimus, utpote, cum sub re contineat plures species, Inductivam scilicet & Privatam,

B 3

privatam,

vativam, Diximus (*translatitia de tempore sequenti ad tempus antecedens*) ad differentiam reliquarum duarum specierum in thes. 10. positarum. Addidimus (*in re certa uno modo existente pro alio modo possibili*) ad excludendas res incertas & nullo tempore extituras, sequitur (*à jure*) ad excludendas hominis fictiones, quæ ad producendos civiles effectus nullo modo habiles, Addidimus (*gentium vel civiti*) jus enim naturale quod commune omnibus animalibus rationis præsidio destitutum, in quo solummodò considerantur naturales instinctus, non autem ratio vel æquitas, §. 1. *I. de f. nat. gent. & c.* non agnoscit fictionem, *l. filio quem 23. de lib. & post.* maximè cum civile inventum, *Mozz. de cont. p. 53. n. 3.* Adjunximus (*Merâ ratione aut æquitate,*) ut ostendamus non omnem fictionem fundatam in sola æquitate. Hinc falsum quod vulgò à Dd. profertur: Ubi non æquitas, ibi non fictio, quod hoc exemplo patebit, Ecce; postliminiò reversus, recuperat omnia jura, quæ per captivitatem amisit, *l. 5. §. 1. l. 12. §. 1. & 6. l. 19. in f. de capt. & postl. revers. §. 17. I. de R. div.* modò ea integra inveniatur, casus in *l. 19. C. h. t.* quæ sanè limitatio non provenit ex illa æquitatis Regula, quæ dicitur ut detentus per injuriam ab extraneis, ubi in fines suos rediit, jus suum recipiat, *d. l. 19. in pr.* Sed potius ex ipsa juris civilis constitutione, quæ suadet ne jus tertio quæsitum, putâ, præscriptione, aut alio modo civili, absq; ulla diminutione auferatur, hinc etiam idem reversus ex eadem juris ratione ea, quæ facti causam continent, non recipit, ut quod videatur semper possedisse aut præscripsisse in damnum alterius, *l. 19. cum l. seq. ex quib. caus. maj.* hinc etiam de jure Digestorum uxorem ob servitutis fortunam non recipit nisi denuò consentiat, *l. 8. l. 12. §. 2. 3. l. 14. §. 1. de capt. & postl. revers.* id quod correctum per jura Novell. ubi servitus seu captivitas non dissolvit matrimonium, neq; alteri sine periculo uxor nubere potest, nisi priorem maritum [si de morte ejus nihil constet] quinquennium expectarit, *Nov. 22. c. 7.* Tandemque adjunximus [*simulq; necessitate*

142
cessitate assumpta) omnis enim fictio siue eam suadeat
æquitas, siue ratio sit ex necessitate deficiente veritate, l. 23. de
lib. & postb. Decius in l. 5. de R. 7.

XXIII.

Pro cuius declaratione requisita quædam addunt Dd. si-
ne quibus isthæc materia commodè nec explicari multò minus
percipi aut intelligi potest; Et primò quidem ut translative
fictio seu retractio locum habeat, requirunt duo extrema
habilia; temporis nempe à quo incipit, & temporis ad quod
refertur, text. in l. bonorum. ff. rem. rat. hab. Ubi rati habitio
post tempus constitutum, non retrahitur, cum terminus à
quo sit inhabilis, l. fin. §. fin. ff. eod. t. l. necessariò. §. quod si penden-
te. ff. de per. & com. rei vend. l. 14. ff. de nov. quæ omnia quam-
vera sunt, dilucidius explicabimus.

XXIV.

Et terminum quidem à quo quod attinet, admodum con-
trovertunt, Quidam enim ejus habilitatem non requiri sim-
pliciter docuerunt, moti per text. in l. 15. ff. de reb. dub. Ubi hæ-
res mutuans tertio pecuniam alteri legatam, videtur pecuniam
suam credidisse legatario repudiante, & retrò fuisse dominus,
licet pecunia sit consumpta, ubi tamen expressè apparet termi-
num à quo fuisse inhabilem. Similis textus est in l. proponeba-
tur. 9. ff. de castr. pec. Ubi filius familiars miles condidit testa-
mentum, in quo instituit extraneum heredem, decessit, & post
eum pater, herede deliberante, deinde heres repudiat, creditur
à patre non esse profectum peculium, & sic fictione, cum ta-
men terminus à quo sit inhabilis mortuo patre, & subjicit tex-
tus non esse novum, ut ex postfacto aliquis successorem ha-
buisset credatur. Potest hoc tertio probari per l. si exheredatus.
10. ff. ad SC. Sillan. ubi filio mortuo, si testamentum irritum
fiat, omnia perinde agantur, ac si ab initio dominus fuisset.
Evidentissimè hoc 4. patet ex l. si filiusfam. 78. ff. de V. O. Ubi
conditione existente, si filius familiars fuerit emancipatus, pe-
rinde acquiritur, ac si ab initio extitisset, vide etiam text. in l. si
dominus. §. 1. & l. Titio cum l. seq. ff. ad l. Aquil. l. sed si quis. §. 1.
& l. seq.

541
Et l. seq. Et quemad. Et text. notabilem. in c. cum quis de sentent.
excom. in 6. Et simill. Quam sententiam fovet Berous q. 64. Raph.
Cuman. Et Ang. Aretin. in l. si quis pro emptore ff. de usucap.

XXV.

Verum habilitatem termini à quo incipit fictio requiri
Dd. comm. tenent, & quidem per textum in d. l. bonorum. ff.
rem. rat. hab. ubi bonorum possessio debet eo tempore quo
adhuc peti potest rata haberi, post illud verò tempus tanquam
termino à quo inhabili nihil operatur: cum tamen aliàs con-
stet ratihabitionem retraheri per fictionem, l. fin. C. ad SC.
Maced. l. verò procuratori. §. fin. ff. de solut. text. in c. pen. de
sent. excom. in 6. Et c. ratihabitionem. de R. 7. in 6. Similiter pro-
batur per l. fin. §. fin. ff. rem rat. hab. Ubi debitore liberato do-
minus ratam habere non potest solutionem factam debitori,
qui tempore liberaretur, propter inhabilitatem termini à quo.
3. est textus in l. huic Scripturae. 15. ff. ad l. Aquil. Ubi servo le-
gato & ante hereditatem occiso, secuta aditione per heredem
non fingitur retrò fuisse legatarii à morte testatoris pro ut fuis-
set, si res extaret, l. à Titio. ff. de furt. l. si tibi homo §. cum ser-
vus. ff. de leg. 1. Ad eò ut etiam legatario actionem cedere non
teneatur. d. l. huic Scripturae. quod ob nullam aliam causam fit,
nisi quod terminus à quo sit inhabilis, proinde retrofingi ne-
quit. Quod tamen secus est in servo vulnerato, ubi cessio fieri
debet propter retractionem, d. l. huic Scripturae. ad l. Aquil.
Et alii quàm plurimi juris text. uti in l. si pater captus. 29. ff. de
vulg. Et pupill. subst. ubi substitutio vulgaris per fictionem legis
Corneliae non confirmatur, cum tamen confirmetur testamen-
tum patris, l. servum filii. ff. de leg. 1. l. Divi. 25. ff. de capt. Et
postl. revers. l. 1. C. eod. l. 1. §. sed si. ff. ad SC. Tertull. Adducunt
quidam etiam textum in l. necessariò. §. quod si pendente. ff. de
peric. Et comm. rei vendita. l. quotiens. 14. in fin. ff. de novat.
quæ minus quadrant; cum non loquantur de ratihabitione, sed
utrum re peremptâ emptio vel stipulatio perficiatur, Quæ sen-
tentia veritati juris consentanea, Bart. Et Jason. in l. si quis
pro emptore. ff. de usucap. quamvis illa disputando haud absurdè
sustineri possit.

XXVI. Atta.

XXVI.

Attamen ne bilingues alicui videamur, communi inhaerendo, pro enervatione prioris sententiae, limitamus hanc nostram assertionem, existimantes procedere tantum in fictione inductiva, quae aliquid de novo inducit, secus in fictione declarativa, quae trahitur retrò, licet extremum à quo sit inhabile, quo sensu accipi possunt. *d. l. quaedam sunt. 15. ff. de reb. dub. l. 9. ff. de castr. pec. l. si exheredatus. 10. ff. ad SC. Sill. & simill.* Deinde sufficere si medium sit habile ad obligationem contrahendam: Licet si diversum reperiatur inhabile, ex parte rei vel personae, puta, quia sit deportata, mortua vel emancipata. *Jason. d. l. si quis pro emptore ubi Bart. perpetuò menti tenendum ut tanquam singulare; sequuntur Angel. & Raph. Cum. in l. si filiusfamil. ff. de V. O.*

XXVII.

De termino verò ad quem pariter non conveniunt: Alii enim putant ejus habilitatem non requiri moti: per *text. in l. si quis offerenti. 58. §. 1. ff. de solut.* Ubi si debitor solvat procuratori creditoris mei ignorantis, qui postea ad adrogandum se dedit, potest adrogator ratam solutionem habere, cum tamen constet tempore solutionis adrogatori solvi non potuisse, & sic ratihabitio trahitur retrò extremo ad quod existente inhabili. *2. per l. nec emptio. 8. ff. de contrab. empt.* Ubi si fructus vel partus ancillae natus, qui non sunt, emanant, fructibus postea natis & partu edito fingitur venditio retrò facta tempore contracti negotii. *3. est text. in l. ait Praetor. 23. §. hi planè. ff. ex quibus caus. maj.* Ubi si is, qui in potestate captivi existit emat aliquid tempore captivitatis & dominus redeat, fingitur dominus retrò possedisse, cum tamen constet tempore captivitatis possidere non potuisse, ex quibus deduci potest habilitatem termini ad quod necessariò non requiri.

XXVIII.

E contra verò Extrema debere esse habilia apparet *ex text. in l. observare. §. fin. ff. de off. procons.* Ubi si legato demandata fuerit jurisdictio à proconsule antequam ingressus fuerit provinciam,

C

vinciam,

571
vinciam, talis delegatio nihil valeat, cum proconsul ante-
quam ingrediatur provinciam, nullam jurisdictionem habeat;
unde nec alteri demandari potest, & licet postea ingrediatur,
non tamen retrahitur mandata jurisdictio legati, sed eam
à tempore ingressus postea habere incipit. Aliud & fortius
fundamentum sumi potest *ex l. cum hic status. 32. §. 1. ff. de
donat. int. vir & uxor. l. in donationibus. C. ad l. Falcid.* Ubi in
donationibus inter virum & uxorem locum habet Falcidia,
adeoq; donatio non trahitur retrò mortuo conjugē, aliàs non
locus esset legis Falcidiæ & alii consimill. *quam sententiam
tanquam communem tuetur Bart. d. loco. & veritati juris consen-
tanea est.* Ut autem ante adducta ad concordiam reducantur
itidem limitationes hujus requisiti subjiciemus, & primò qui-
dem sufficere existimamus habilitatem hujus termini in gene-
re, licet in specie non adsit. *Bart. in l. eandem ff. de duob. reis.*
Deinde sufficit extremum illud esse habile circa ea, quæ princi-
paliter finguntur, quamvis in iis, quæ inconsequentiam & ac-
cessionem fiunt, habilitas præcisè non requiratur, in quibus sa-
tis est, si habilitas potentiâ adsit, *Bartol. d. loco. per l. 1. C. de
capt. & postl. revers. l. ab hostibus. §. 1. ff. quibus ex caus. maj.*
Ubi filius captivi natus & conceptus apud hostes redeundo
cum patre fingitur postliminiò liber natus, cum tamen termi-
nus ad quem sit inhabilis, & constet liberum nasci non potuis-
se à seruo hostium. *text. in l. ab hostibus. §. non minus. ff. ex qui-
bus caus. maj. & l. pen. ff. de suis & legit. hered.*

XXIX.

Extremorum igitur existente habilitate, termini nempè
à quo & ad quem, insuper & tertium requiritur, ut medium sc.
subjectum sit habile, super quo fictio fieri debet: Unde cum
subjectum non sit habile, sed extinctum fictio locum habere
non potest, nec fingi illud, quod non est in rerum natura, potest;
*text. in l. necessario. §. quod si pendente. ff. de peric. & comm. rei
vend. l. in bello §. facta. de capt. & postl. rev. c. tanta. qui sua le-
git. quod infra de legitimatione dilucidius explicabimus.*

XXX. Nunc

Nunc ad hypothese[m] descendamus, ea quæ diximus singularibus quibusdam casibus applicaturi. Quia autem ex tribus causis veniunt, promanavit divisio quædam Retrotractionis, qua alia dicitur Testamentaria; alia conventionalis; alia denique legalis; de quibus singulis, quid sentiendum, subjiciemus.

XXXI.

Et quamvis sint, *Fictionem Retrotractivam*, à Testamentariis dispositionibus planè rejicientes; quos refert *Moll. lib. 5. sem. 63.* nos ipsorum autoritate minimè perterriti, etiam in his locum habere intrepidè statuimus. 1. propter necessariam domini continuationem, quod intermedio tempore pro derelicto nec haberi potest nec debet, *l. 54. ff. de acquir. hered. l. 41. de reb. cred. l. 138. & l. 193. de R. J.* qui enim postea heres extitit, videtur ex mortis tempore defuncto successisse, *l. 54. ff. de acquir. hered. 2. per text. in l. 28. de stip. serv.* Ubi servus futuro heredi stipulari potest, jam autem servus nemini nisi domino stipulari potest, sequitur ergò futurum heredem illà ipsà continuatione dominum esse, quæ omnia fiunt fictione juris, *l. omnia ferè. & l. 38. de R. J.* cum certum sit ipsum reipsà non successisse, *l. 63. ff. ad l. Falcid. l. 28. §. fin. de stip. serv. Duar. de acquir. hered. c. 6. A. Fab. 8. Conj. 19. Don. 7. com. 10. ibiq. Consultiss. Hillig. lit. G.*

XXXII.

Id quod etiam statuimus de Legatis, non metuentes adversarios, quos refert *Clariss. & Consultiss. Dn. Præses Præceptor meus honorand. disp. Doct. th. 134.* 1. Propter *l. 80. de leg. 2.* Ubi legatum rectâ viâ transit ad heredes *l. 64. ff. de furt.* modò adita sit hereditas, *l. si tibi homo 86. §. cum servus d. leg. 1. 2.* Quoniam legatum, ita dominium rei legatae facit legatarii, ut hereditas heredis res singulas, *l. legatum. 80. de leg. 2.* constat autem ex all. juribus in th. præced. heredi acquiri dominium non ex quo adita est hereditas, sed ex ipso die mortis testatoris,

quoniam heres quodocumque adeat, jam inde à die mortis
adiisse retrofingitur, *al. l. 54. de acquir. hered. 3.* Si hoc ve-
rum in hereditate, plus erit verum in legato, quia hereditas
nec ignoranti nec invito creditori acquiritur, nec ignorans
aut invitus oneribus hereditariis implicatur, *l. nec emere. 16. C.*
de jure delib. l. quia poterat. 4. C. ad Sctum Trebell. Legatum
autem etiam ignoranti acquiritur non solum quoad persona-
lem actionem, quæ pro legato adversus heredem competit, sed
etiam quoad ipsum dominium, *l. 77. §. surdo. d. leg. 2. l. si par-
tem. 19. §. 1. ff. quemadm. serv. amitt.* quia non obligat legata-
rium, nec damno eum afficit, *l. si hereditatem. 32. D. mand. li-
cet non invito, cum in invitum liberalitas non possit exerceri
per jur. vulg. 4.* Propter inconvenientiam, nam si non rectâ
viâ transiret dominium rei legatæ in legatarium, interea fuisset
heredis, consequens esset ut legatum legatario postmodum
acquiri non possit, atque ita intercederet potestas legis 12. ta-
bularum, quæ legandi licentiam dedit, nam de sua tantum,
cuique pecuniâ legare permisit, & dominium quod post mor-
tem testatoris heredi ejus quæsitum esset, non posset ab eo in-
vito vel ignorante postmodum abscedere, *l. si ergo. 9. §. 1. de
jure dot.*

XXXIII.

Quod tamen ad rerum legatarum fructus minimè ex-
tendimus, alia namq; est ratio rerum legatarum, alia fru-
ctuum ex rebus legatis perceptorum, res enim ipsa ex mente
defuncti à die mortis statim debetur, fructus n. sicut legati non
sunt, ita neque deberi possunt, priusquam mora per heredem
commissa sit, *l. 3. in pr. ff. de usur. Ant. Fab. 7. conj. 3.* Existimo
ipitur heredem interim percipere eosdem propter onera he-
reditaria.

XXXIV.

Num quod de testamentariis dispositionibus & legatis
dictum, etiam de fideicommissis statui possit, non undiquaque
expeditum est? nos freti textibus & rationibus juris civilis ne-
gamus. 1. Propter impedimentum naturæ, ne plures unius
rei

145
rei uno tempore sint domini. 2. quia dominium non transit
in fideicommissarium, nisi heres de facto constituat, inducen-
do & dando ei usumfructum, *text. expr. in l. 3. ff. si usus fr. pet.*
3. In fideicommissio semper veritas non fictio est attendenda,
l. fideicommissum. 76. de cond. & demonst. l. Statius Florus 48. §.
Cornelio. 1. ff. de jure fisc. Covarr. 2. pact. quest. 38. n. 3. Nec
obstat: quod per omnia sint adæquata legatis, *l. 2. C. comm. de*
leg. ista enim æquiparatio saltem respicit effectus, adeò ut
quod titulo legati quispiam habere non possit, habeat titulo
fideicommissi: Non verò species ipsas legatorum & fideicom-
missorum: hocq; patet ex natura æqualium, nam æquale non
sibi sed alteri æquale est, quoties igitur legatum jure legati ha-
beri nequit, tunc demum fideicommissio exæquatur, secus
quando utrumque per se valere potest, tunc enim omnes dif-
ferentiæ manent, cessatq; ratio exæquationis finalis: Ut mo-
rientibus prospiciatur, clarè ergò jamnum patet, quam
obscura & insulsa opinio, putantium & naturam & essentiam
legatorum & fideicommissorum hac l. 2. confusam, adeoque
substantiales differentias sublatas esse.

XXXV.

Aditionem hæreditatis jam accedimus, quam in here-
dem continuari planè negamus: quamvis enim jam adita vel
adgnita retrahatur per ea, quæ thes. 31. tradita sunt, ipsa ta-
aditio non fingitur, sed factum hominis requiritur, puta animus,
voluntas, seu pro herede gestio, §. *ult. Inst. de hered. qual.* Un-
de elegans juris effectus respectu transmissionis quod hereditas
non adita non transmittatur, *tr. C. de jure delib. l. unica. §. 5. C.*
de cad. toll. Donell. 7. comm. 4. ubi Consult. Hillig. lit. C. etiam si
suus heres sit, l. 1. §. veteres. ff. de adquir. poss. l. cum heredes eod.
tit. ubi Zaf. n. 24. quod immixtionem nuncupant Dd. Quam-
vis ratione transmissionis in illis diversum sit, d. l. unica. C. de
cad. toll. & l. unica. C. de his qui ant. apert. tab. subtilissime
Consultiss. Dn. Casparus Zigler ad d. l. unicam. C. his qui ant.
apert. tab. tab. in diss. inaug. Ex quibus constat quam falsissi-
ma eorum argumentatio sit. Filius est. E. heres: Regula
enim



enim procedit quoad jus succedendi: non v. quoad necessitatem ad eundem, filius namque mortuo patre nomine quidem heres est, sed non reapse & cum effectu, seu quoad commodum vel incommodum hereditatis, nisi se immisceat, qui actus non fingitur, licet existens retrò extitisse censeatur. Hinc etiam filius post mortem patris à creditoribus conventus, non tenetur probare, se non adisse hereditatem, sed potius creditoribus hoc onus incumbit, tanquam fundamentum petitionis & intentionis, *l. asseveratio. C. de non num. pec. l. actor. C. de prob.* quam nisi legitimis modis probaverint, filium absolvi debere, docet *Maranta plenissimè, in repetitione l. 15. de adquir. hered.* Nec refert quod mortuo parente filio statim sit delata hereditas *ex l. 12. tab.* hoc enim verum non effectu sed nomine quod apparet ex beneficio abstinendi, quod prator liberis concessit, *l. cum hereditate ff. de adquir. hered. §. sui autem Inst. de hered. qual. & diff.*

XXXVI.

Cum actum sit de aditione, agamus nunc de repudiatione, quia procedunt à pari, *l. nolle. l. is potest. l. 15. de adquir. & rep. her.* istamque ad horam mortis retrotrahi statuimus. 1. ex vi oppositorum, 2. per *l. 15. de reb. dub.* Ubi si legatarius repudiet legatum, fingitur retrò nunquam fuisse legatarii, & inconsequentiam retrò fuisse heredis, *l. si tibi. 86. §. cum servus. de leg. 1. Don. 8. com. c. 18. Zas. de vulg. & pupill. subst. n. 6.* quod etiam de accessionibus omnibus dictum volumus, omnia enim commoda quæ dominum sequi solent, ea ab initio heredi cessisse, ei que quæ sita esse intelliguntur, *d. l. 86 §. cum servus.* hocque regulariter verum, nisi in eam rem, quæ ab uno aliquo repudiata est, alius substitutus aut conjunctus fuerit, tunc enim legatum apud heredem à quo relictum erat non manet, sed aut substituto defertur, aut conjuncto, qui suam partem agnovit, pars repudiata acquiritur, *l. unica. §. in primo. §. sin autem aliquid. C. de cad. toll.*

XXXVII.

Suprà posuimus triplicem retrotractionem, seu tres retrotra-

trotractionis species: de prima actum, jam alteram, quæ ad contractus pertinet, visuri sumus, de quâ statuimus, quod omnes contractus nostro nomine gesti ratihabitione securâ retrotrahantur ad tempus conventionis, si modò eo tempore, quo ille actus agi poterat, ratihabitio fuerit subsecuta, *l. huic Scripturae. ff. ad l. Aquil. Raph. Cuman. ad d. l. si quis pro emptore ff. de usuc. n. 8.* ratihabitio n. non saltem retrotrahitur & consensui æquiparatur, qui ab initio præstatur, *l. 4. §. 1. ff. quibus mod. pig. vel hyp. solv. Mant. de tac. & amb. quest. t. 31. n. 471.* verùm etiam mandato æquiparatur, quoad effectum, *l. ult. ad Maced. c. ratihabitio. de R. J. in 6. ibiq. Dynus. l. 25. C. de donat. int. vir. & ux. l. 20. in fin. de pign. act.* quamvis non quoad speciem actionis, mandatum enim parit actionem mandati, *l. 24. §. ea obligatio. 2. ff. de proc. l. 2. in pr. mand. §. mandantis. Inst. de mand. ratihabitio autem producit actionem negotiorum gestorum, l. si pupill. 6. §. item ait. 10. ff. de neg. gest. l. 8. in f. & l. 9. C. eod. Nec obstat, l. 60. de R. J. ut eruditè Hilliger. 15. com. lit. C. ostendit. In aditione hereditatis quid operetur, vid. Consultiss. Dn. Hillig. ad Donell. 7. com. 6. lit. D.*

XXXVIII.

Quæ tamen fallunt in illis negotiis quæ mandatum pro forma requirunt: V. Gr. causa restitutionis in integrum per procuratorem agi non potest, nisi procuratori specialiter hoc mandatum sit, *l. 25. §. si talis. 1. ff. de minorib. l. Pomponius. in pr. ff. de procur. Wesenb. & Cuj. ad l. unic. C. etiam per proc. caus. rest. in integ. agi pos. Mynsing. 2. obs. 26. n. 1. 2. & 3. Wurmbf. pract. obs. t. 5. obs. 9. & t. 28. obs. 2.* Est enim remedium extraordinarium, quod non venit in mandatum generale, *d. l. 25. §. 2.* nisi incidenter petatur, *Mynsing. d. obs. 26. n. 4.* vel sit pater vel curator, *l. 27. de min. vel alii habentes administrationem bonorum, l. 3. C. de off. ejus qui vic. jud. vel adgnati aut affines, quatenus de ipsorum interesse agitur, d. l. 27. de min. Cujac. in parat. etiam per proc.* Deinde in nuptiis contrahendis consensus parentum & jussus ab initio requiritur, ex die enim consensus præstiti nuptiæ fiunt justæ, *l. 13. §. 6. de adult. l. 68. ff. de jure dot.*



241
dot. Hillig. ad Donell. 13. com. 10. lit. L. Dissert. Bronch. 3. ass. 4.
Lyclama 7. membr. 18.

XXXIX.

In delictis quid statuendum undiquaque expeditum non est, cum enim constet medium à quo esse inhabile, videtur rati habitio nihil operari multò minus retrotrahi. Verùm cum ratio juris eadem sit, quæ militat in contractibus, pariter etiam in iis retrotractioni locum esse omninò existimo, per text. in l. 15. §. sed et si. 14. & l. 2. §. 10. ff. de vi & vi arm. l. hoc jure. 152. §. 2. de R. J. c. cum ad sem. de rest. spoliat. Cujac. 17. obs. 20. Nec movet, quod supra in contrarium adductum: Cum animus delinquendi principaliter hîc attendatur, l. verum. ff. de furt. l. 1. §. Divus. ff. de sicar. l. 15. qui cum telo. C. eod. Jason. d. l. si quis pro emptore no. 372. eleganter. Licet ejusmodi sit delictum, quod per alium patrari non possit, puta adulterium, stuprum, &c. Vide Eruditissimè nostrum Petr. Theodoricum Jctum Excell. Præcept. honorand. in crim. disp. 1. thes. 28. ubi ostendit, quatenus tenentur, & quando pœna ordinaria locum habeat nec ne?

XL.

Id quod & ad contractus conditionales extendimus, implementum enim conditionis retrotrahitur ad initium ejus, perinde ac si illo tempore purè fuisset celebratus. l. 9. l. 11. §. 1. ff. qui pot. in pign. modò non sit purè potestativa, d. l. 9. §. 1. Dynus in c. qui prior tempore. n. 5. de R. J. in 6.

XLI.

Id quod de contractibus diximus, verum etiam est in accessionibus & fructibus annuatim debitis, vel dictim vel menstruatim decursis, l. Lucius Titius 18. ff. qui pot. in pign. Consult. Dn. Præses in disp. inaug. th. 129. quia regulatur accessorium secundum naturam principalis, sive agatur de principali inducendo, sive tollendo, sive confirmando: de inducendo, in c. si super gratia lib. 6. de tollendo, l. 1. 2. 34. de pec. leg. de confirmando, text. in præal. cap. si super gratia. Ex quibus tanquam ex scaturigine promanat illa quæstio: Num creditor habens anterior-

anteriorem hypothecam sub conditione præferatur purè habenti ratione usurarum? quem casum distinguendo decidimus: aut hypotheca est expressa aut tacita, si tacita negamus, leges n. hypothecam non permittunt, nisi adsit obligatio efficax, præfertur ergò saltem ab eo tempore quo annua præstatio deberi incipit *Mantic. lib. 14. vari. luc. t. 46. n. 9.* Imò periniquum esset, ut creditor de lucro captando litigans præferatur iis, qui de damno vitando certant. *l. non debet. 41. de R. J. l. & si quis. 14. ff. de relig. & sumpt. fun. l. fin. §. & si. 4. in fin. C. de jure delib.* Quid jure Saxonico hoc casu statuendum sit. *Vide Consultiss. Dn. Præsidentem Præcept. meum honorand. disp. Doct. th. 131.*

XLII.

Si filius sub conditione sit stipulatus, & postea emancipato filio extiterit conditio, utrum retrotrahatur ad initium contractus, adeò ut patri inde competat actio? haut vulgaris est quæstionis: Nos contendentes patri competere ad stipulamur, *1. per text. exp. in l. 78. de V. O. 2.* quia in stipulationibus id tempus spectamus, quo contrahimus, *l. 18. l. 144. de R. J.* tempore autem contractus filius fuit in potestate, adeoque incapax stipulationis, *l. 130. §. fin. l. quodcumq. 45. l. servus. 62. de V. O. tot. tit. J. per quas pers. nob. adquir.*

XLIII.

An etiam in distractione contractuum retrotractio sibi locum ascribat videamus? quod utiq; affirmamus. *1. per l. 19. de usucap. 2.* Sicut in contractibus conditionalibus quoad acquisitionem inspicimus tempus non purificatæ conditionis *per sup. all.* ita etiam in resolutionibus vel distractionibus inspicimus non tempus purificatæ conditionis sed contractus, *l. 16. ff. de solut. Everb. in loc. leg. à contr. ad distr. n. 10.* *3.* quia actus resolutus habetur pro non actu, & res redit in pristinum statum, *l. voluntate ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. l. intra utile. §. vendentibus. ff. de mino. & uterq; contrahentium recuperat quod dedit in contractum. l. 1. C. quando lic. ab empt. reced. l. 1. C. de rescind. vend.*

D

XLIV. Hisce



271

XLIV.

Hiscce consideratis tertiam & ultimam speciem legalem scilicet consideraturi sumus: & quia in nostro jure nihil rectius calculum disputationis nostræ attingit, quam restitutio in integrum, meritò de illa auspicamur, ipsamq; retrotrahi ex natura desumimus: quia reponit læsum in pristinum statum, l. 2. C. in quib. caus. rest. in integr. Donell. 27. comm. c. ut. Treutler. vol. 1. disp. 11. th. 1. Johan. Bapt. Cost. de Retrotr. cap. 8. c. 16. Cach. dec. 9. n. 5.

XLV.

Quid juris statuendum, si pupillus ob contumaciam restitutus, an etiam quoad expensas retrotrahatur videbimus? nos etiam quo ad expensas retrotrahi ostensuri sumus: quia concessâ restitutione censetur in pristinum statum omnia reintegrata, tantùm enim tribuit restitutio, quantum læsio abstulit, l. 24. §. 4. de min. l. 1. l. fin. C. de sent. pass. Donell. l. 27. com. cap. ult. Cach. dec. 9. inf. § 160. n. 4. Atqui si teneretur reficere expensas, utiq; non restitueretur minori id, quod per læsionem ipsi ablatum, Tess. dec. 9. per tot.

XLVI.

In ancipitem etiam erupit dissensionem: Num solutio ad diem obligationis retrotrahatur, ita ut per eam fingatur debitor retrò liberatus? negatur à pluribus, sed affirmativa verior: propter text. expr. in l. 16. sub conditione ff. de solut. Hinc si tempore acceptilationis nullos haberet creditores, tempore autem conditionis multos, creditores per Paulinianam revocare liberationem quasi in fraudem factam minimè posse statuimus, fingitur n. liberatus antequam isti essent creditores, sicq; cessat fraus. l. 1. C. de jure fisc. l. 105. ff. que in fr. cred. ibiq; Goth. l. 15. § 16. §. eod. Schneidw. ad §. 6. Inst. de act. n. 52. § seqq. Idque etiam in datione in solutum obtinere verius est, Costa. d. tract. cas. 27. c. 8. Secus in compensatione quæ solutio ficta est, nec fictionis detur fictio. per sup. trad.

XLVII.

XLVII. Do-



Donationes quas Parentes in liberos cujuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel vice versa, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, ab initio non valere, morte autem donatoris confirmari, suadet *textus in l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor. l. si donatione. ff. de coll.* quicquid enim filius in potestate existens acquirit, patri acquirit, nunc si pater donaret filio, videretur sibi ipsi donare, *l. cum oportet ff. de bon. qua lib.* ne ergo sibi ipsi donare quis videatur, receptum est, ne Parentes donare possint liberis in potestate existentibus, *l. 1. §. 2. ff. pro donato.* An autem isthac donatio retrahatur ad tempus contractus? necdum apud omnes expeditum est; nos habito respectu ad fructus haut timidè astruimus, *per all. l. 25.* ubi habentur hæc verba [sicut & alias rati habitationes negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quib. contracta sunt] non verò respectu habito ad dominium, idq; ob deficientiam termini ad quod, cum tempore constantis matrimonii non potest uxor habere rei donatæ dominium. *l. 11. l. 20. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. 1. §. 2. ff. pro donato.* Quod tamen in insinuatione donationis secus esse putamus, quam etiam quoad dominium ad tempus donationis retrahi manifestum est. *arg. l. si tibi homo. 86. §. 2. de leg. 1.*

XLVIII.

In pari ambiguitate versamur, *an legitimatio que in jure nostro plurimum valet?* §. 1. *Inst. quib. mod. test. infirm.* retrahatur ad tempus natiuitatis, quod asserere non veremur cum *Forst. de succ. ab intest. lib. 2. pag. mibi 184. ibidemq; alleg. 1.* Quia legitimatus admittitur ad successionem, tam ab intestato, quam ex testamento in quo vocati sunt legitimi, *l. nuper. 11. C. de rat. lib. Fab. in §. fin. Inst. de nupt.* 2. Quia rumpit testamentum à patre factum, *Forst. all. loc. Tess. dec. 84. per tot. Jason ad l. Gallus. n. 37. de lib. & post. Menoch. de recup. poss. rem. 10. n. 3. & n. 113.* Si modò alteri jus quæsitum & radicum non sit, cum legitimatio non trahatur retrò in præjudicium alterius,

• 871
Nov. 74 c. 7. Covar. p. 2. de matrimo. c. 8. §. 2. n. 35. & seqq.
Gerhard. dec. 11. Inst. in coronide.

XLIX.

Jucundæ investigationis est: Num assensus domini in Materia Emphyteutica & feudali ad tempus contractus trahatur, ita ut si vassallus vel Emphyteuteota hodiè vinculo hypothecæ obstrinxerit cuiusdam creditori suo rem obnoxiam cum clausula, salvo assensu domini, deinde illud idem prædium alii cum domini assensu vendat, an prior creditor impetrato assensu posteriori sit ante ponendus? Nos priorem esse anteponendum astruimus: duo enim ablativi important conditionem. Sim. de Prat. de interp. ult. volunt. lib. 3. fol. 2. n. 15. & 16. atqui conditio retrotrahitur ad tempus hypothecæ contractæ, l. 9. l. 11. §. 1. ff. qui potior. in pign. erit ergò ratione prioris hypothecæ prior, cum qui prior tempore potior jure, modò se absteineat à traditione, traditione enim secutâ res incidit in commissum Mant. de tac. & amb. conv. lib. 4. t. 26. n. 14. & 15.

L.

Similiter recognitio judicialiter facta habens diem vel annum retrotrahitur ad diem negotii gesti, quia resolvitur in quandam declarationem rem ita se habere, & præsumitur ita ab initio actum inter partes: quod a. declaratio retrotrahatur, probatur i. ex l. 21. §. 1. ff. qui testam. fac. poss. 2. ex tutore, qui sciens se cum alio datum esse excusationem suam infra quinquaginta dies, servatis servandis non opposuit, vel tutelam planè non administravit, tenetur ab eo tempore vi declarationis, quo cognovit se datum esse, declarat enim hoc modo, quod sua excusatione non uti, sed potius rebus tutelaribus obstrictus esse mavelit, arg. l. recusari. 95. de acquir. vel amitt. hered.

LI.

Nec caret controversia: num sententia judicis retrotrahatur ad tempus litis contestatæ? quam quæstionem quamvis multi autumant rectius negari posse, nos tamen ipsam affirmamus, ob text. in l. 18. 20. & 21. de Rei vend. nisi forsitam

149.
forsitan illo jure pœna sit imposita, ut in criminibus publicis, in quibus ipso facto quis infamiam incurrit, sententia retrahitur ad tempus delicti, ac perinde habetur delinquens, ac si eo tempore condemnatus fuisset, *c. Clericis. X. Ne cleric. vel Monach. c. cum secundum 19. de hereticis. in 6. l. palam. S. quæ in adulterio. ff. de rit. nupt. ubi mulier.* deprehensa in adulterio ipso jure est infamis, licet declaratoria sententia opus sit. *Mathes. l. sing. iii. Geil. de pac. publ. lib. 2. obs. 3. n. 8. & seqq.* Quod tamen à Cæs. Majest. & communibus statibus Imperii hodiè ob multitudinem violantium pacem publicam immutatū esse statuo, ita ut nō requiratur ampliùs sententia declaratoria, sicut habetur in *recess. August. edit. ann. 1559. tradit Mynsing. 2. obs. 43.* qui videatur.

LII.

Sententiam sequitur appellatio, & cum contra ipsam, in hoc tristissimo præsertim seculo de appellationis remedio saluberrimo provisum est, quæ se habet ad sententiam veluti Theriaca contra venenum, *Loncell. de attent. cap. 12. in pr. n. 83.* quævè judicium iniquitatem & imperitiam corrigit. *l. 1. ff. de appell. l. 7. de minorib.* quam retrahi posse demonstrabimus. 1. propter *l. 6. §. 1. de furtis.* Ubi furti actione condemnatus, provocavit, pendente judicio nec dum inter famosos habetur, si autem omnia tempora provocationis præterlapsa sunt, retrò fit infamis. 2. quia provocationis remedio saltem suspenditur condemnationis pronuntiatio, *l. 1. in fin. ad SCtum Turpill. l. 6. §. de his qui not. infam.*

LIII.

Et hos casus ut præcipuos, circa nostram materiam attingisse sufficiat: Utq; tandem iter ceptum, præeunte Astræa, propitiis Vialibus feliciq; pede egrediamur, retroactionum effectus præcipuos paucis attingemus: quorum primus est: quod æquipolleat clausulæ, [*ex nunc prout ex tunc*] Hinc etiam efficit, ut præsens tempus insit futuro virtualiter, *l. qui in utero. ff. de stat. hom. l. postquam. ff. ut. leg. nom. l. necessario. §. quod si pendente. ff. de peric. & l. com. rei vend. Fab. Err. prag. dec. 21. er. 4. Tefß. dec. 38. per tot. & ab ipso all. Dd.*

D 3

LIV. Alius

Alius effectus ex jure postliminii & L. Cornelia resultat, dum dominia rerum captivi interim in suspenso retinentur, nec abrumpuntur, *l. illa constitutio. 32 §. 1. ff. de hered. instit.* illud enim fingit captivum nunquam abfuisse, *l. retro. 16. ff. de postl. & consimill.* Hæc verò ipsum captivum in civitate tempore captivitatis mortuum esse, *l. lex Cornelia. ff. de vulg. & pup. subst. Vesenber. in parat. de capt. & postl. revers. n. 8.* quod singulari jure receptum esse putamus, *text. notab. in l. 23. §. 1. ff. de acquir. poss. ibi. in retinendo jura singulare jus est.* Unde subsequitur jure stricto etiam dominium amittere, eum, qui ab alio possidetur; in quibus summa Dd. concordantia. Sed utrum etiam ad possessionem extendatur fictio postliminii & L. Cornelia subtilissima & difficillima indaginis est? Negativam quidam simpliciter tuentur, *per l. cum heredes. 23. §. 1. ff. de acquir. poss. l. 12. §. 2. ff. de capt. & postl. per text. l. 12. §. 2. de capt. & postl. per rationem, quod possidere non videatur, quod ab alio possidetur, d. l. 23. §. 1. l. liber homo. §. 4. ff. de A. R. D. l. qui in servit. 118. de R. 7.* deinde, quia possessio plurimum facti habet, quæ postliminio non continetur, *l. deniq. 19. ff. ex quib. caus. maj.* Nonnulli verò in affirmativam concessere, *per l. captam. 40. ff. de usuc. cum expeditum sit, etiam ante aditam hereditatem continuari possessionem, adeoq; impleri usucapionem, & quidem ante eam adprehensam, l. nunquam. 31. §. 5. ff. de usucap. l. 6. in fin. ff. pro empt. l. cum miles. 30. ff. ex quib. caus. maj.* Deinde, *per l. in bello. 12. §. facta. & l. pen. ff. de capt. & postl. rev. l. si quis pro emptore. 15. ff. de usuc. ubi constat usucapionem durante captivitate compleri, & domino possessionem servi postliminio restitui, vel heredi fictione Legis Corneliae prodesse. 3.* Quod postliminium fingatur super facto, scilicet ab hostibus nunquam captum, sed semper in civitate fuisse, *§. si ab hostibus. 6. Inst. quib. mod. jus. part. pot.*

LV.

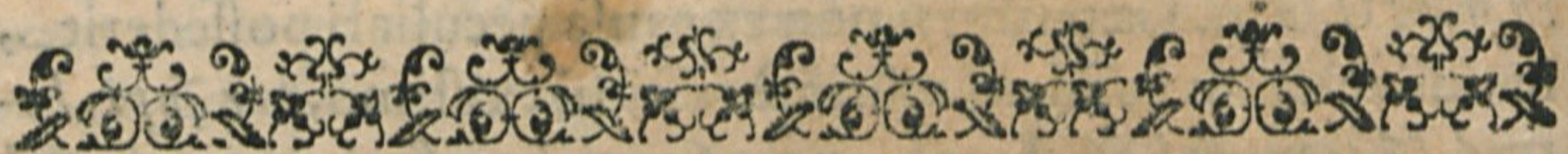
Nos mediam tutissimè eligemus viam: Distinguendo inter causam possessionis peculiarem & non peculiarem: Priori casu omninò fictionem postliminii & Legis Corneliae proce-

procedere opinamur, per text. in l. si quis pro emptore 15. & l. iust. ff. de usuc. l. in bello. 12. §. 2. ff. de capt. & postl. Cum enim hoc casu filius vel servus pendente captivitate possideat, animo & corpore, nec factum domini vel patris intercedat, ista possessio interrupta non dicitur, sed jus illud redeunti fictione postliminii restituitur, vel si decedat in captivitate fingitur liber mortuus, & sic hereditas jacens cui servus ex peculiari causa acquirit. l. heres quandoq. 54. ff. de acquir. hered. Deinde, quia possessio ex causa peculiari acquiritur etiam ignorantibus. l. etiam. 32. de A. R. Dom. l. 3. §. item acquirimus. l. quod servus. 24. l. peregrin. 44. §. quesitum. ff. de acquir. poss. l. nunquam. 31. §. si servus. l. iusto. 44. §. fin. ff. de usucap. l. a servo. 16. ff. de O. & A. Caterum si non ex causa peculiari possederit, servus vel filius eandem minimè restitui existimo, per supr. heretud. & text. in l. 16. ff. quib. ex caus. maj. l. 15. ff. de usuc. ubi Dd. communiter.

LVI.

Evidens Retrotractionis effectus apparet in restitutione Banniti; fingitur enim excommunicatio seu praescriptio nunquam intercessisse, tantum enim operatur absolutio quoad liberationem, quantum banni sententiam, quoad condemnationem, l. fin. C. de sent. pass. l. un. C. de latina lib. toll. idq; ideo, quia sententia praescriptionis seu banni in rem iudicatam non transit, c. ad reprimendum. de off. ord. c. sacro, de sent. excomm. text. in Auth. quia in provincia. C. ubi de crim. agi op. Gail. lib. 2. de pac. publ. c. 8. n. 9. & seqq. Sed utrum restitutio ad omnia bona etiam alienata durante banno extendatur, dubitatum est apud Dd. In cuius quaestione decisionem pragmatici valde laborant. Quidam enim distinguunt: Utrum restitutio simpliciter & generaliter, an verò plenariè quoad omnia bona facta sit nec ne? illo casu negant, per §. fin. Inst. de usuc. l. 2. C. de quadr. pres. l. 24. §. 2. ff. de minorib. Nov. 115. c. 3. §. 14. c. quamvis. de rescript. in 6. Rulan. de commiss. p. 4. lib. 7. c. 1. n. 50. Gail. de pace pub. lib. 2. c. 19. n. 9. & seqq. Hoc verò affirmat Johan. Baptist. Cost. de quota & rata. q. 3. n. 11. quae distinctio non parvi momenti est: Verum magis aridet eorum opinio, qui

121
qui respiciendum censent, utrum per sententiam, utputa, innocentiam suam deductam restituatur, & hoc casu ad omnia jura, etiam alienata restitui manifesti juris est, siquidem ut ostensum, sententia retrahitur, l. 1. §. fin. ff. de quest. l. 1. §. fin. C. de sent. pass. Ampliſſ. Theod. disp. fin. tb. 4. Gail. c. 19. de pac. pub. n. 23. & seqq. sin verò per modum gratiæ, quod tunc restitutio tantum fiat ad eam causam, quâ inveniuntur tempore restitutionis. Costa de retrahet. c. 8. cas. 17. Ampliſſ. Dn. Theod. dicto coll. crim. disp. 10. lit. B. Ubi effectus restitutionis gratiæ & indulgentiæ, ratione bonorum, fructuum, famæ, dignitatum, honorum plenissimè tractat, qui omninò videatur.



COROLLARIA.

I. De facto alieno nemo, nec heres jurare tenetur, & licet de scientiâ suâ & credulitate interdum jurare compellatur, non tamen jurat de facto alieno, sed facto proprio.

II. Judicium l. diffamari. C. de ingenuis & man. preventionem non inducit: quocirca Mevius Schriftfasser, qui immediatè vel coram curiâ provinciali vel Principe territorii conveniri potest, diffamatus à Seio, si contra eundem experiatur iudicio diffamatorio, coram Principe in negotio principali, à diffamante Seio, si condemnatus fuerit ad agendum coram curiâ provinciali conveniri potest & vice versa; quæ sententia etiam in statibus Imperii vera est, si præsupponamus Imperatorem cum Camera concurrentem habere jurisdictionem.

III. Antonius Faber indissolubilem antinomiali statuit, inter l. cum, qui 56. §. 2. qui sibi ff. de V. O. l. Stichum, 95. §. 6. usumfructum. ff. de solut. & l. cum quis sibi. 38. ff. cod. cui novum opus nuntiamus.

F I N I S.

ss(:)ss
ss

ULB Halle
005 132 614

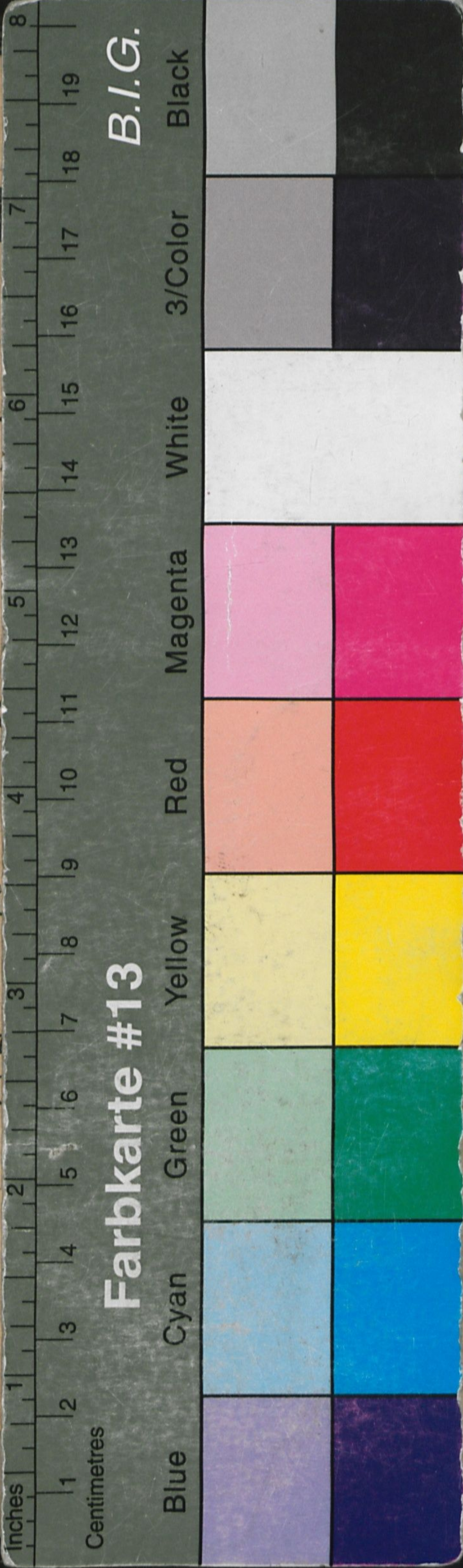
3



W 17







B.I.G.

Farbkarte #13

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black

1618,9^a
IRISIN
E,

4
~~135~~
10

ACTIO-

ilio

Amplissimi Actorum
lana

xcellentissimo,

CHMANNO
e suo devotè

instituenda, subjicit
GUS Lipsiensis.
consuetis.

MANNI.
III.

