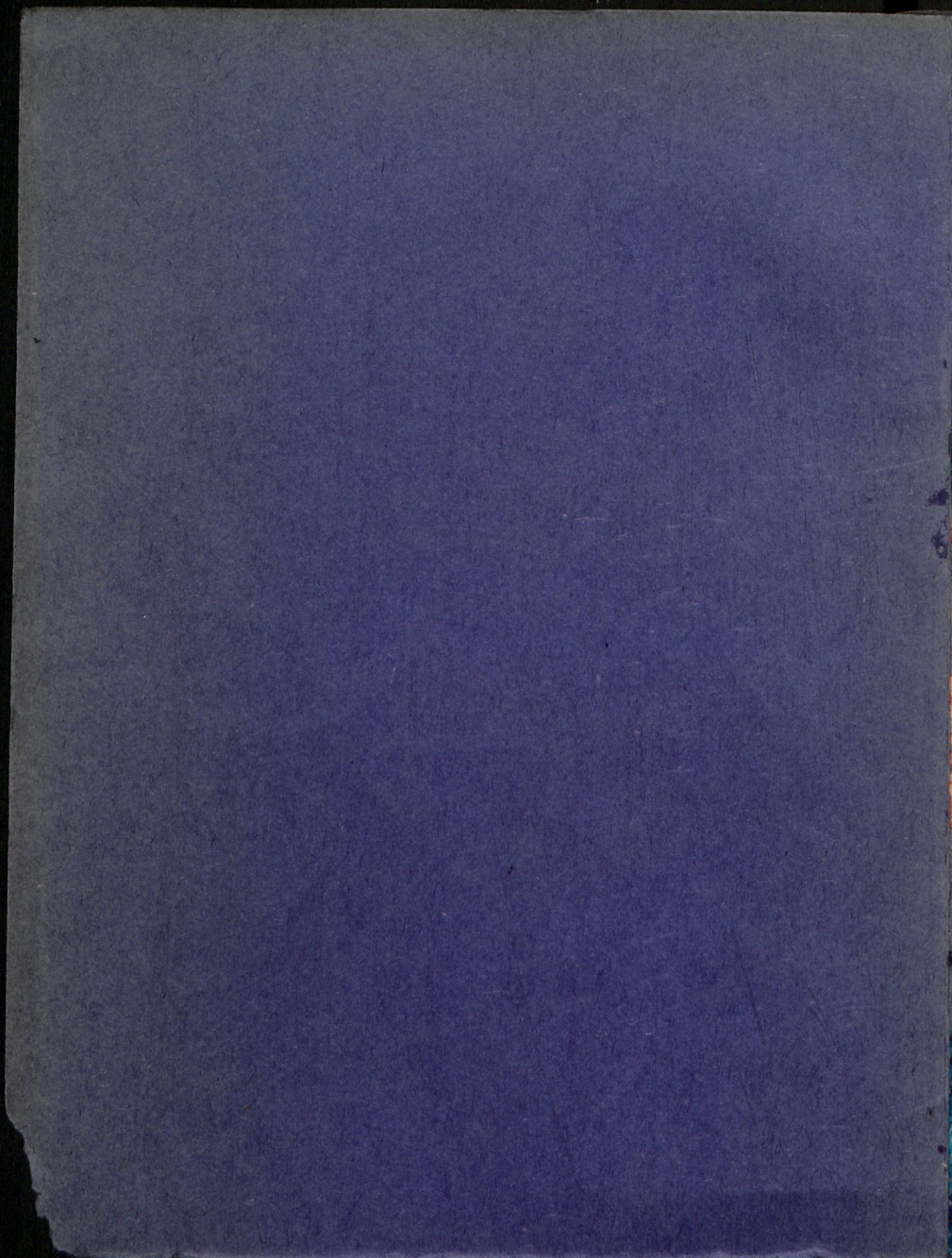


Wientzek

1778





21

7.



33
11
COMMENTATIO IVRIDICA

DE

V E R O S E N S V

L. II. §. 6. et 7. et L. 12. FF. DE MIN.

IVNCTO EXAMINE REGVLAE:

PRIVILEGIATVS CONTRA PRIVILEGIATVM

NON VTITVR IVRE SVO

AVCTORE

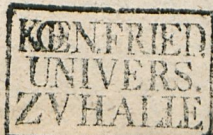
IOANNE SIGEFRIDO WIENTZEK



VRATISLAVIAE 1778.

APVD IOANNEM FRIDERICVM KORN,

IN SVA OFFICINA LIBRARIA IN FORO MAIORI PROPE REGIVM ZOLLAMT.



7. 11. 05!

COMMITTATIO IACOBUS

DE

VERO SEN

IN ANNO DOMINI MDCCLXXII

IN REGNO FRANCIE

PRINCIPALITER CONTRA PIRATAM

NON VITIS IURE

IN REGNO FRANCIE

IN REGNO FRANCIE

IN REGNO FRANCIE

IN REGNO FRANCIE



PERILLVSTRI
ATQVE
EXCELLENTISSIMO DOMINO
DOMINO
IOANNI HENRICO CASIMIRO
DE CARMER

POTENTISSIMI BORVSSORVM REGIS STATVS ET IVSTITIAE
ADMINISTRO ACTVALI

TRIVM IVSTITIAE SVPREMORVM COLLEGIORVM SILESIAE,
NEC NON EIVSDEM COLLEGI NOBILIVM PROVINCIALIS
SVMMO PRAESIDI

R E L I Q V A

PERISSI TRI

AD

EXCELLENTISSIMO DOMINO

DOMINO

IOANNI HENRICO CASMIRO

DE CARMER

POTENTISSIMO HONORARIUM NUNC STATUS ET IUSTITIAE
ADMINISTRATO AC VICE

CAUSARUM UNIVERSITATIS COLLEGIORUMQUE ACADEMIAE

IN NOMINE SACRAE COLLEGII UNIVERSITATIS

ACADEMIAE

PERISSI TRI

DOMINIS SVPERILLVSTRI
ATQVE
GENEROSISSIMO DOMINO
DOMINO
FERDINANDO SIGISMVND
LIBERO BARONI
DE SEYDLITZ ET GOHLAV

POTENTISSIMI BÖRVSSORVM REGIS SVPREMI IVSTITIAE
COLLEGII, CONSISTORII NEC NON RERVMPVLLARIVM
COLLEGII VRATISLAVIENSIS PRAESIDI

RELIQVA

**DOMINIS AC FAVORIBVS SVIS
GRATIOSISSIMIS**

HASCE LABORVM SVORVM PRIMITIAS

D. D. D.

AVCTOR DEVOTISSIMVS

IOANNES SIGEFRIDVS WIENTZEK



P R O O E M I V M



Inter varia, quae tam in scriptis Ictorum saepe occurrunt, quam in foro audiuntur, brocardica, locum praecipuum sibi vindicat illud: *Privilegiatus contra privilegiatum iure suo non utitur.* Adeo tritum et vulgatum hoc est, ut vix dupondios fugere possit; nihilo minus tamen adeo falsum, ut, quomodo saltim vulgo intelligatur, parum veritatis ei inesse existimemus.

Hinc quoque factum, ut plerique DD., inprimis ii, qui ex instituto de hoc themate egerunt, magnam huic regulae addiderint limitationem, puta hanc: *nisi alter certet de lucro captando, alter vero de damno vitando*, quo casu omnino privilegiatum contra privilegiatum iure suo uti posse existimant. Ita theoria de collisione privilegiorum seu potius *iurium singularium*

gularium a) in omnibus fere tractatur compendiis, ut a I. H. Boehmero *b)*, Ludovici *c)*, Ill. Nettelbladio *d)*, vt et in variis iuris priuati systematibus, a Voetio *e)*, Bergero *f)*, Brunne-manno *g)*, Lauterbachio *h)*, nec non in scriptis, quae de privile-giis tantum, vel in specie de privilegiorum collisione agunt, vt a Sam. Strykio *i)* et Adamo Iosepho Grenek *k)*. Nobis, si dicen-dum, quod res est, ea haud veritate, sed potius minus recta interpretatione l. 11. §. 6. et 7. et l. 12. ff. de min. niti videtur. Paucis itaque, quomodo leges allegatae intelligendae, quidque ex iis per interpretationem logicam extensiuam colligi possit, differendi in hisce pagellis animus est. Fac itaque, inspiciamus ipsas leges, fontes veritatum iuridicarum! quo peracto non difficile erit, huius regulae examen subiungere.

CAP. I.

- a)* Vitio cum mihi verti possit, si satis notam inter priuilegium et ius singulare differentiam hic enucleare vellem, sicco eam pede praetereo, et hoc tantum addo, me semper in hac tractatione vocem *privilegium* in latiori signifi-catu, in quo et ius singulare denotat, sumere; vti quoque in legibus per-multis occurrit: conf. l. 196. ff. de R. I. l. 74. ff. de iure dotium l. 9. §. 1. ff. de admin. tut. l. 36. §. fin. ff. de fideic. libert.
- b)* In Intr. ad ius Digest. tit. de Const. principum §. 15.
- c)* In doctrina Pandectarum tit. eod.
- d)* In Introd. in Iurispr. pos. Germanorum communem §. 771.
- e)* In Comm. ad Pand. ad tit. de min. n. 35.
- f)* In Oeconomia iuris.
- g)* In Comm. ad Pand. ad tit. de min.
- h)* In coll. theor. pract. ad tit. de const. princ. §. 47.
- i)* In diff. de iure priuilegisti contra priuilegiatum, Halae 1702. et in ej. Op. tom. IV.
- k)* In Tractatu de priuilegiis in genere. Viennae 1727. fol.

CAPVT I.

De vero sensu l. 11. §. 6. et 7. et l. 12. ff. de minoribus.

§. I.

Ut eo melius omnia perspici possint, ipsa harum legum verba hic subiicere non erit frustraneum:

Ulpianus lib. 11. ad edictum

l. 11. §. 6. Item quaeritur, si minor aduersus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Et Pomponius simpliciter scribit, non restituendum; puto autem a praetore inspiciendum, quis captus sit. Proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit, melior est causa secundum Pomponium eius qui accepit, et (vel) dilapidauit vel perdidit. §. 7. Plane si minor annis cum filio familias maiore contraxerit, et Iulianus lib. 4. Dig. et Marcellus lib. 2. Dig. scribit, posse in integrum restitui, ut magis aetatis ratio quam Scti habeatur.

Gaius lib. 4. ad edictum

l. 12. Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque caeteri per exceptionem submoueri debet, scilicet quia communi iure actio ei in priorem debitorem restituitur. Haec, si soluendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur Scti auxilio.

Tractantur in hisce fragmentis librorum veterum Ictorum quaestiones nonnullae de restitutione in integrum contra alios impetranda, qui vel eodem, vel simili gaudent priuilegio, puta

B

contra

contra mulierem, quae gaudet Scto Vellejano, vel filium familias, cui competit exceptio Scti Macedoniani; et de prima quaestione, num nimirum beneficium restitutionis in integrum, minori competens, eidem competat aduersus minorem, agitur in l. all. §. 6., de altera vero in l. II. §. 7. et l. 12 all. 1) Proponitur prima quaestio verbis:

Item quaeritur.

Disputauerat antea Vlpianus de variis casibus, in quibus restitutio in integrum competit, vel non, vt puta, si minor casu fatali laesus est, forte seruum comparando, qui decessit, vel hereditatem adeundo, in qua insulae mox exustae sunt. Iam nunc quoque de hac quaestione disputat, *num minor aduersus minorem restitui possit?* Recenset vero ad eius responsionem duplicem sententiam, Pomponii primum, deinde et propriam, a Pomponii discrepantem. Is enim generaliter respondet ad quaestionem propositam: *non restituum*, quod itaque denotat: beneficium restitutionis in integrum minori non competere aduersus minorem; Vlpianus vero noster non ita. Is distinguendo quaestionem decidit. Putat nempe, inspiciendum esse a Praetore, *quis captus sit m*); et cum ex his eius verbis de mente eius nondum conflet,

- 1) Legem II. all. proprie sequi deberet l. 13. eod. tit. desumpta ex eodem libro Vlpiani ad edictum. At interposita est a compilatoribus Digestorum l. 12. de eadem materia agens, quod multoties factum esse, attentum Pandectarum lectorem fugere nequit. Exemplo sint l. 7. §. 16. ad Sct. Maced. iuncta l. 9. ff. eod. et l. 21. ff. de pactis iuncta l. 23 ff. eod. Alia exempla recensere superfluum esset.
- m) Id est, quis *laesus* sit. Valde enim vox *captus* Ictis in hac materia est familiaris, vt ex multis apparet locis. Conf. l. 3. §. 3. l. 7. pr. l. 9. §. 2. l. 29. pr. ff. de minoribus.

constet, clarius eam explicat in sequentibus, ast non in forma propositionis, sed per exemplum, quod in medium profert. Dicit enim: *Proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit etc.* et in hoc casu meliorem esse causam putat eius, qui accepit, et vel dilapidavit, vel perdidit. Iam *quaeritur, quid ex his verbis sit colligendum, et num in hoc casu, si uterque minor captus est, aliquis eorum a praetore restituatur?* Facendum est, facile haec verba interpretem decipere posse, ita ut ex iis colligat, in hoc casu nullum restitui, sicque generaliter concludat: *si uterque minor captus est, nullum restitui posse; quid? quod magni nominis vir, quem totus Ictorum cohors veneratur, doctissimus Cuiacius n), se ab iis decipi passus est, sic sentiens:*

„Si uterque captus sit, cessant praetoris partes. Si vero „minor filio familiae minori crediderit, tutius est, rem a „praetore intactam relinqui, ne, dum vult alteri subuenire, „in alterum iniuriosior esse videatur, quia et is, qui accepit „captus est, quoniam amisit, et is, qui dedit, propter exce- „ptionem aetatis, vel Scti. Quare neutri restitutione data, „melior erit causa eius, qui accepit et consumpsit.“

Ast doctissime contra Cuiacium ostendit Anton. Faber o), male dici in hoc casu, a praetore rem intactam relinqui: nam *non potest, inquit, ut non teneatur is, qui pecuniam accepit, „li- „cet eam consumserit, si non ei succurratur per restitutionem.“* Et recte meo quidem iudicio. Quod si enim minor minori pecuniam dedit mutuam, is, qui accepit, stricto iure ad restitutionem est obligatus, l. 43. ff. de O. et A. l. 101. ff. de V. O.

B 2

Conf.

n) Ad tit. de minoribus. In operibus eius Tom. I. p. 997.

o) In Rationalibus ad Pand. ad tit. de minorib. Oper. ej. Tom. I. p. 997.

Conf. G. A. Struuii Synt. Iuris Ciuilis Ex. 31. th. 40. Opus itaque est restitutione in integrum, si obligatus, non obligatus esse debet. Cum autem in specie nostra dicitur, minorem, qui mutuam pecuniam accepit, non teneri (hoc enim sibi volunt verba: *melior est causa eius, qui accepit, et vel dilapidauit vel perdidit*) *neesse est, ut ob restitutionem in integrum ei concessam obligatio ad restituendum cesset.* Summo itaque iure dici potest: in casu, *si uterque minor captus est, unum eorum restitui.* Ast quaeritur hic, cur, in specie proposita, alter minor non etiam restituatur, cum tamen quoque laesus sit, quippe qui pecuniam mutuam dedit, quam non recuperat? Respondeo, hic restitutionem plane esse impossibilem, hancque ob causam cessare. Si enim minor, qui accepit, in integrum restituitur, huius restitutionis hic est effectus, ut soluere, quod proprie deberet, non teneatur. Iam si minor, qui dedit, etiam restitui deberet, reus ad soluendum tamen obligatus esset. Sic itaque simul et *non soluere*, et soluere deberet, quod per principium contradictionis est absurdum.

§. 2.

Sequitur nunc alter casus, qui in legibus nostris proponitur, et deciditur, de restitutione in integrum nimirum contra alios impetranda, qui simili gaudent priuilegio, et quidem

1) contra *filium familias maiorem*, ubi Ictus generaliter dicit: minorem contra filium familias maiorem posse in integrum restitui. Obseruandum hic vero, licet Ictus generaliter dicat: Plane si minor annis cum filio familias maiore *contraxerit*, tamen eum procul dubio tantum de contractu *mutui*, non de omnibus contractibus loqui. Patet hoc ex eo, quod in nostris legibus Ictis sermo sit de collisione priuilegiorum; filius

filius familias vero praeter contractum mutui non fit priuilegiatus, et valide semper obligetur, l. 39. ff. de O. et A. et l. 1. pr. ff. ad Sctum Macedonianum. Reuera aliter lectus, si de aliis contractibus praeter mutuum loquutus fuisset, decidisset quaestionem Domitianam. Sed quid quid sit; hoc saltem clarum est, minorem etiam restitui contra filium familias mutuum accipientem (et sic contra priuilegiatum), cum sub generali voce *contractus* etiam mutuum sit intelligendum. In hoc casu ex nostra sententia uterque priuilegiatus utitur iure suo, filius familias Scto Macedoniano, minor vero restitutione in integrum. Si enim filius familias non uteretur Scto Macedoniano, nec opus esset minori restitutione in integrum. Restituitur enim in hac specie minor contra Sctum, quod si cessaret, filius familias maior naturaliter, et ipso iure, ad mutuum restituendum esset obligatus, et non demum praeuia restitutione in integrum, minori concessa.

Eodem modo hanc quaestionem decisam inuenimus ab Ulpiano in l. 3. §. 2. ff. ad Sctum Macedonianum, verbis: *sed in minore causa cognita et a praetore succurrendum*, quod, si antecedentia legis verba conferuntur, denotat: Sctum Macedonianum contra minorem effectum non habere, quoniam contra illud praetor minori succurrit.

Diuersus ab hoc casus, et potius similis est priori, qui proponitur in l. 34. ff. h. t. ubi sic Paulus: „Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam crederit, didit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inueniatur litis contestatae tempore is, qui accepit, filius familias enim minor hic consideratur potissimum tanquam minor, non tanquam filius familias, minori enim, siue sit filius familias siue non, competit restitutio in integrum; sicque idem fere casus est ac is, qui §. 1. propositus. Minor enim, qui pecuniam ac-

cepit, cum per hypothefin, si restituere eam deberet, laedatur, restituitur contra minorem, qui eam dedit. Iam vero hic, cum alter sit restitutus, simul restitui nequit *p*), et sic patet, cur Ictus dicat: *Meliorē esse causam confumentis*. Aliud plane dicendum, si minor, qui pecuniam accepit, tempore litis contestatae ex ea adhuc est locupletior. Tunc enim quidem obiicere potest Sctum Macedonianum, ast contra illud iterum restituitur minor pecuniam dans, quia hic nulla ratio adest, cur restitutio cessare deberet. In hoc casu enim minor pecuniam accipiens, licet ob restitutionem contra Sctum concessam ad soluendum sit obligatus, non laeditur, quia naturaliter ad soluendum tenetur, et soluendo nihil de patrimonio, quod alias habuit, amittit, quoniam per hypothefin ex pecunia accepta adhuc et locupletior.

§. 3.

Sequitur

2) *casus* de restitutione minori concedenda contra Sctum Velleianum, propositus in l. 12. all., i. e., num mulieri profit Sctum Vellejanum, si contra eam agit minor ex intercessione? Respondet ad hanc quaestionem Ictus distinguendo, utrum debitor principalis sit soluendo vel non. Si prius, mulieri prodesse Sctum Vellejanum affirmat, in posteriori negat, et mulierem ex intercessione solvere debere contendit. Quae Gaii nostri decisio analogiae iuris admodum conuenire nobis videtur. Minori enim tunc competit tantum restitutio in integrum, si laesus est, l. 5. C. de in int. rest. min. et sic
in

p) Licet enim detur restitutio in integrum contra restitutionem iam semel concessam, l. 7. §. 9. ff. de min. tamen id tantum valet de uno eodemque subiecto, non de diuersis, vt ex specie in lege allegata decisum patet.

in nostra specie etiam tunc demum contra Sctum est restituendus, si laesus est. Iam vero hoc dici nequit, si debitor principalis est soluendo, cum ab eo minor suum repetere possit; ergo quoque in hoc casu non est restituendus. Quod si vero debitor principalis non est soluendo, et minor a femina, quae intercessit, ob Sctum Vellejanum nihil recuperaret, hoc ipso laederetur, ergo ei in illo casu contra Sctum restitutio est concedenda.

§. 4.

Sufficiat haec dixisse, quoad ea, quae pertinent ad legum nostrarum grammaticam interpretationem. Venimus nunc ad earum extensionem, in genere consideraturi, quid ope argumentationis ex hisce legibus de collisione iurium singularium sit statuendum. Dicuntur vero iura singularia tunc collidere, si ob impossibilitatem vel physicam (seu naturalem) vel moralem seu eam, quae venit ex legibus, ambo exerceri simul non possunt. Veritas huius notionis ex ipsa rerum natura deduci potest. Tunc enim tantum in genere collisio quaedam est, si plura simul peragi non possunt, quae, si non concurrerent, separatim exerceri possent. Sic adest collisio officiorum, si plura in vno homine concurrunt officia, quae peragere simul non potest, quae tamen, si separatim obuenirent, singula peragere possent. Duplex itaque, vt diximus, est impossibilitas, in collisione iurium singularium obueniens, altera physica, in rerum natura atque essentia, altera moralis, in legibus positivis fundata. Priorem omnes concedant et agnoscant necesse est, et sic nos eam itidem concedere debemus. De altera vero omnino quaestio oriri potest, num nimirum in legibus positivis statuti sint casus, in quibus iura singularia exerceri erga se inuicem non possunt, praeter casum
impos-

impossibilitatis naturalis? Quae nunc a nobis discutienda, et quidem ex fontibus potissimum allegatis, legibus nimirum, quas hucusque grammatice interpretati sumus, nec non ex aliis casibus passim in L. L. decisis. Quod optime fieri posse arbitramur, si in rationem decisionum in legibus nostris obuiarum inquirimus, quoniam ex ratione legis potissimum extensio ad casus similes fit, eaque hic eo magis attendenda, quando definiendum, num ius singulare quoddam, ob impossibilitatem naturalem, et ex ea prouenientem collisionem naturalem, vel ob impossibilitatem moralem, et ex ea prouenientem collisionem moralem, exerceri non possit.

§. 5.

Prima, quam considerauius, species concursus iurium singularium erat restitutio in integrum minori contra minorem concedenda, vbi (§. 1.) vidimus: Minorem etiam contra minorem restitui posse, licet hic laesus sit. Minor vero laesus est priuilegiatus, quia competit ei restitutio in integrum, sicque vterque hic est priuilegiatus, et tamen vnus contra alterum vtitur iure suo, ergo in hoc casu priuilegiatus contra priuilegiatum vtitur iure suo. Hic nullam adhuc collisionem esse, quilibet satis superque perspicit: naturalis enim ideo non adest, quoniam nil obstat, quo minus minor aduersus minorem restitui possit, et moralis quod non adfit, ex eo patet, quia, vt probauimus, in hac specie reuera minor, qui pecuniam accepit, in integrum restitutus est. Ex eadem vero specie apparuit, alterum minorem, qui pecuniam dedit, in integrum non esse restitutum. In hoc casu itaque collisio adfuit huius iuris singularis cum eodem iure singulari, quod alteri competiit. Nunc itaque quaeritur, cur
in

in hoc casu minor, qui pecuniam dedit, non itidem restitutus sit, cum aperte laesus erat, et sic requisitum restitutionis in integrum necessarium non deficiebat? Ad quam quaestionem facilis est responsio secundum ea, quae iam §. I. tradita sunt. Ostendimus enim ibi, ideo in hoc casu cessasse restitutionem, quo iam per rerum naturam erat impossibilis, et sic clarum est, hic adfuisse collisionem naturalem. Licet enim leges positivae eam approbent, ideo tamen hoc ab iis factum, quia naturalis adest collisio, quam et illae tollere nequeunt. Videamus nunc, quid ex illis propositionibus ulterius colligere liceat?

Cum in specie, in lege nostra decisa, concessa sit restitutio minori aduersus minorem, etiam laesum, quanto magis concedenda erit minori aduersus minorem non laesum, cum talis nequidem sit priuilegiatus, quia minori tantum laeso competit priuilegium restitutionis in integrum, et sic, si non laesus est, nequidem dici potest concurrere priuilegia plura. Nullum itaque superest dubium, in hoc casu competere restitutionem in integrum, et cum minor, aduersus quem concedenda restitutio in integrum, aut laesus aut non laesus esse necessario debeat (per principium exclusi tertii), in casu vero, si alter minor iam restitutus est, alter simul ob impossibilitatem naturalem restitui nequeat, strui, meo quidem leui iudicio, haec potest regula: „*Restitutio in integrum minori semper etiam aduersus minorem competit, nisi ob impossibilitatem naturalem hoc fieri nequeat.*“ Et, cum nihil impediatur, quo minus haec regula, de concursu priuilegii restitutionis in integrum valens, ad omnis generis iura singularia applicari possit, cum non in speciali natura priuilegii restitutionis in integrum sit fundata, procul dubio in genere defendi potest haec regula:

Ius singulare *cuidam competens ei etiam competit aduersus alium idem ius singulare habentem, nisi ob impossibilitatem naturalem id fieri nequeat.*

Est illa, ut nemo in dubium vocabit, iuris naturalis: cum vero leges positivae, ut nos saltim arbitramur, aliud non disponant, ei omnino insistendum. Sed videamus nunc, num aliae legum dispositiones cum regula hac conveniant, aut num ei forte repugnent.

§. 6.

Considerauimus §. 2. speciem alteram concursus iurium singularium, Scti Macedoniani nempe cum restitutione in integrum, ibique probatum dedimus, ex mente Vlpiani concedi restitutionem in integrum contra Sctum Macedonianum, sicque hic vtrumque priuilegiatum suo iure uti. Ex quo nunc inferre licet: Ex hac lege saltim nihil contra regulam a nobis structam colligi posse. Ast non hoc tantum, sed et alia adhuc ex ea deduci potest consequentia. Utitur enim in hac specie priuilegiatus iure suo contra alium, qui quidem non idem, ast aliud habet priuilegium, minor nimirum contra filium familias, cui competit Sctum Macedonianum. Id cur in similibus casibus ope extensionis valere non deberet, nulla adest ratio, et sic in genere dici posse arbitramur: *priuilegiatum etiam iure suo uti contra alium, qui non idem sed aliud habet priuilegium, salua tamen, quam anteriori regulae addidimus exceptione, nisi ob impossibilitatem naturalem id fieri nequeat, cum haec per se semper sit subintelligenda.* Confirmatur porro, quam nunc tradimus, regula ex specie in legibus decisa, quam §. 3. proposuimus. Restituebatur ibi minor contra mulierem, et sic utebatur priuilegio suo contra Sctum Vellejanum; nec dubium mouet, quod in lege
allega-

allegata minori non semper restitutio contra Sctum concessa fit, sed tantum in casu, si debitor principalis non sit solvendo, cum in contrario casu minor non sit laesus, dum a debitore principali suum repetere potest, minor vero tantum laesus sit privilegiatus. Breuibus, praesupponendum hic, alicui competere in casu dato ius singulare, et quaestionem tantum oriri, num eo uti possit contra alium, ob hanc rationem, quia huic aliud competit ius singulare. Potest itaque dici generaliter, minorem restitui contra Sctum Vellejanum, et per extensionem, in genere, *privilegiatum iure suo uti aduersus alium, cui aliud competit privilegium, nisi, ut per se patet, adfit casus, in quo hoc ob impossibilitatem naturalem fieri nequeat.* Impossibilitatem enim moralem, seu eam, quae venit ex legibus positivis in genere, non agnoscimus, id est, non concedimus, in legibus positivis communibus q) generalem quandam vel explicite, vel etiam implicite contentam esse exceptionem, quod privilegiatus iure suo aduersus alio privilegio munitum uti non possit, praeter casum impossibilitatis naturalis. Non obstaret itaque nobis, si in lege quadam Romana vel Canonica reperiretur casus, quo, *ob singularem privilegii rationem*, privilegiatus iure suo uti non posset aduersus alio modo privilegiatum, qui casus extendendus non esset ad alios sub eadem speciali privilegii ratione non contentos. Omne id, quod hucusque de exceptione quadam legali, exercitium privilegii aduersus aliud privilegium restringente, diximus, valet etiam de exercitio privilegii aduersus idem privilegium, in quo casu itaque etiam nullam generalem exceptionem in legibus positivis fundatam admittimus, et sic generaliter

C 2
 q) Sub qua denominatione comprehendimus Ius Romanum et Canonicum, quippe quae et in nostra Silesia tanquam iura communia valent.

raliter in theoria de collisione iurium singularium hanc fundamenti loco regulam ponendam esse arbitramur: *Priuilegiatus utitur priuilegio suo aduersus alium, vel eodem vel alio modo priuilegiatum, nisi ob impossibilitatem naturalem id fieri nequeat, cuius regulae veritatis ostendendae gratia, sequens adhuc addimus ratiocinium: Priuilegia in legibus concessa, seu, vt cum schola loquamur, priuilegia in corpore iuris clausa, sunt species legum (per notionem priuilegij, dum absque lege positiua non detur priuilegium). Lex vero tam diu est sequenda, donec de contraria legislatoris vel vera vel praesumta voluntate constet (lex enim semper loci praesumitur, et tam diu valet, donec vere, vel praesumte sit abrogata). Ergo quoque priuilegia tam diu valorem suum habeant necesse est, donec probari possit vel ex vera vel praesumta legislatoris voluntate, ea amplius valere non debere. Iam vero de vera voluntate legum nostrarum, quod priuilegia vim suam amittant, si exerceri debent contra alium, vel eodem vel alio modo priuilegiatum, vel saltim de casu tali, in quo hoc locum haberet, praeter casum impossibilitatis naturalis, nihil constat: quas enim pro talibus multi habent legibus, v. g. l. 11. §. 6. et 7. et l. 12. ff. de minoribus, quod tales non sunt, ex iam prolatis satis, ut arbitramur, patet. Omnia itaque redeunt ad praesumptam legum nostrarum voluntatem. Quae cum fingi non possit, cur ea statuatur in casu, si priuilegiatus exercere priuilegium vult contra alium, vel eodem, vel alio modo priuilegiatum, herele non perspicimus. Nulla enim plane reddi potest valida ratio, cur in hoc casu exercitium priuilegij cessare debeat. Concedas enim necesse est, ex mente legum hoc colligi debere. Quomodo vero ex sola mente legum colligi potest, priuilegia locum non habere toties, quoties exercenda sunt contra alium,*

alium, qui eodem, vel alio gaudet priuilegio? Nos saltim, quomodo id exinde deduci possit, fugit.

§. 7.

Supereft, vt adhuc in hoc capite nonnulla exempla decisionum in LL. obuiarum in medium proferamus, in quibus *priuilegiatus* vitur iure suo contra alium, qui eodem vel simili gaudet priuilegio, quo regula nostra magis adhuc confirmetur. Sic

- 1) Mulier vitur Scto Velleiano contra mulierem, secundum l. 5. C. ad Sctum Velleianum, ibi: Quod si consensisti obligationi, sciente *creditrice*, auxilio Scti vti potes r).
- 2) Qui reipublicae causa abfuit, restituitur etiam aduersus eum, qui pariter reipublicae causa abfuit, secundum ipsa verba l. 46. ff. ex quibus causis maiores.
- 3) Minor restituitur etiam aduersus fiscum, per l. 1. C. ff. aduersus fiscum: conf. Brunnemann. in Comm. ad Codicem ad h. t. n. I. licet fiscus etiam gaudeat iuribus minorum, l. 4. C. quibus ex causis maiores, l. 3. C. de iure Reip. l. 9. C. de appellat.
- 4) Ecclesia contra ecclesiam opus habet praescriptione quadraginta annorum, c. 8. X. de praescr.
- 5) Clericus clericum omnino decimat, c. 46. C. 16. qu. 1. Licet enim obfata videatur c. 2. X. de decimis, tamen

C 3

huic

r) Idem sentit Paulus lib. 2. Sent. tit. 11. vbi sic: *In omni genere negotiorum tam pro viris quam pro FAEMINIS intercedere mulieres prohibentur.* Quae decisio secundum prolata ex nostra sententia analogiae iuris valde conuenit. Non possumus itaque non dissentire a Leyfero, qui Spec. 169. Med. 2. hanc legalem decisionem pro omni analogiae contraria et veritate mere positua habet.

huic dubio iam satisfecerunt multi interpretes, inter alios I. H. Boehmerus in Iure Eccl. Prot. ad h. t. §. 66. et 67.

- 6) Clericus utitur privilegio fori contra clericum, c. 1. X. de foro comp. ita ut nec pactum iure iurando confirmatum valeat, quo clerici conveniunt de alio quam ecclesiastico iudice eligendo, c. 12. X. de foro comp.

In his equidem omnibus casibus personae, contra quas privilegium exercetur, licet in genere, tamen in hac specie, i. e., in eodem individuali casu non sunt privilegiatae. Sic v. g. mulier creditrix non est privilegiata, sed tantum debitor ex intercessione: sic ecclesiae tantum praescribenti, non eae, contra quam praescribitur, privilegium competit etc. ast sufficit, eas in genere privilegiatas esse, cum plerique D.D. regulam saepius allegatam de collisione privilegiorum enarrantes, eam quoque de hoc casu intelligant, ut Brunnemann in Comm. in Codicem l. c. Leyser Sp. 169. Med. 2. aliique, et sic nos illam quoque de ea disputantes intelligere debemus.

CAPVT II.

Examen regulae vulgatae: *Priilegiatus contra priilegiatum suo iure non utitur.*

§. 8.

Stabilita nunc, quantum ob imbecillitatem virium fieri potuit, sententia nostra de collisione privilegiorum, videndum nunc adhuc paucis, in quo differat ab ea, quae vulgo traditur, et num aduersariorum argumenta refutari possint. Quilibet hisce pagellis

pagellis vel leuiter perlectis perspiciet, in multum eam omnino discrepare. Nos enim pro regula assumendum esse statuimus: *Priuelegiatum contra priuelegiatum uti suo iure*, et ei tantum subiunximus exiguam ex rei natura desumptam exceptionem, *nisi ob impossibilitatem naturalem id fieri non possit*. Aduersarii vero pro regula habent: *Priuelegiatum contra priuelegiatum uti iure communi, sicque non suo priuelegio*, et tantum addunt hanc exceptionem: *nisi alter certet de lucro captando, alter de damno vitando*. Equidem ex iis, quae anteriore capite a nobis prolata sunt, fati, ut putamus, aduersariorum opinio refutata videtur; at ut eo melius hoc appareat, pauca adhuc hic, in primis origo huius sententiae, ut ea nobis esse videtur, addenda. Ex legibus a nobis explicatis regulam hanc a D D. structam esse, saepius iam diximus; cum enim ibi dicitur: si ambo *capti sunt* etc. melior est causa eius, qui accepit, et vel dilapidauit vel *perdidit*, ex his verbis ad struendam hanc regulam sic eos conclusisse necesse est: minor hic, pecuniam dans minori, contra hunc non restituitur, quia Ictus dicit, meliorem esse causam eius, *qui accepit*, i. e. quia minor pecuniam acceptam reddere non tenetur. Huius vero decisionis hanc rationem esse putarunt, quod in hoc casu minor, qui pecuniam accepit, nullum ex ea habeat lucrum, quia eam, ut dicitur a Icto, vel dilapidauit vel perdidit; ex quibus porro argumentando a contrario collegerunt, aliud dicendum esse, si minor, qui pecuniam a minore accepit, lucrum quoddam ex ea captaret, in hoc itaque casu minorem, qui pecuniam dedit, omnino restituendum esse. Cum autem in posteriori casu vnus certet de lucro captando, alter de damno vitando, quia is, qui pecuniam accepit, si eam reddere non teneretur, aperto lucrum ex ea captaret, is vero, qui eam dedit, damnum sentiret, in priori casu vero hoc dici nequeat, quia is, qui accepit, licet red-
dere

dere acceptum non teneatur, tamen exinde nullum lucrum captat, dum pecuniam per hypothesin vel dilapidauit vel perdidit, et sic vnus non certat de lucro captando, licet alter certet de damno vitando: exinde hanc regulam formarunt: *Minorem contra minorem restitui posse, si hic certet de lucro captando, ille vero de damno vitando*, in caeteris casibus vero non, et cum, quae de collisione priuilegii minorum valere putarunt, ad omnia alia priuilegia extendi posse existimauerint, generaliter hanc veram esse arbitrati sunt regulam: *Priuilegiatus contra priuilegiatum non vititur iure suo, nisi vnus certet de lucro captando, alter de damno vitando.*

§. 9.

Nunc age! respondeamus ad hanc aduersariorum nostrorum praesumptiuam argumentationem. Primum negamus, veram rationem eius, quod in casu allegato minor contra minorem non restituatur, esse hanc, quod is, qui pecuniam accepit, non certet de lucro captando; prolatum enim iam (§. 1.) dedimus, rationem potius in eo consistere, quod in hoc casu minor, qui pecuniam accepit, iam restitutus, sicque impossibile fit, vt ille quoque restituatur, quia plures minores erga se inuicem in eadem causa per rerum naturam restitui non possunt. Quae cum ita sint, facile patet, non recte concludi in omnibus casibus, in quibus alter minorum non certat de lucro captando, alter de damno vitando, vnum contra alterum restitui non posse: cessante enim ratione, cesset ratiatum necesse est. Quid? quod ex ipsa legis nostra decisione contrarium probari potest. Minor ibi pecuniam accipiens contra pecuniam dantem restitutus est. Iam prior certo respectu quidem certabat de damno vitando, quia pecuniam, quam acceperat, dilapidauit vel perdidit, ast num de eo, qui pecuniam dederat, dici potest, eum certare de lucro captando? Num de
eo,

eo, qui recuperat id, quod alteri dedit, non animo donandi, dici potest, cum lucrum quoddam intendere? Certe non, et tamen contra talem in specie nostra restitutio concessa est. Ex quo sole meridiano clarius patet, restitutionem minori etiam competere contra minorem, licet hic non certet de lucro captando. Et cum hanc specialem regulam extendant ad omnium generis iura singularia, satis apparet, in genere dici non posse: Priuilegiatum contra priuilegiatum tunc tantum iure suo uti, si hic certat de lucro captando, ille de damno vitando. Deinde vero et in eo error quidem nobis latere videtur, quod DD. in legibus allegatis extensiuam adhibeant interpretationem, ubi ea, ita prout fit, locum non habet. Licet enim verum esset, (quod tamen verum esse non arbitramur) minorem tantum contra minorem restituere posse, si hic certat de lucro captando, ille de damno vitando, nihilominus negamus, ex eo generaliter colligi posse, priuilegiatum tantum tunc iure suo contra priuilegiatum uti posse, si hic certat de lucro captando, ille vero de damno vitando. Ratio enim huius decisionis nimis specialis, et talis esset, ut ad omnes alios casus applicari non posset. Fundamentum enim peteret ex natura restitutionis in integrum, vi cuius impediri debet, ne quis minor laedatur. In casu vero, si vnus minorum certat de lucro captando alter vero de damno vitando, et hic contra illum restituitur, nullus laeditur. Si vero datur restitutio contra minorem, qui non certat de lucro captando, hic plerumque laesionem patitur. Ast quam multa alia dantur priuilegia quorum natura non in eo consistit, ut impediatur laesio? Quomodo ergo ad haec dicta regula applicari potest? Exemplo fit priuilegium fori clericorum. Hoc, si aduersariorum regula vera esset, clericus uti non posset aduersus clericum, quia alter non certat de damno vitando alter de lucro captando. Et tamen tantum abest, ut hoc fieri non possit, ut potius contrarii clara prohibitio

bitio in c. 1. X. de for. comp. exstet. Aliud exemplum praebet remissa in testamento militis solemnitas in actu testandi. Militibus omnibus hoc priuilegium in expeditione bellica constitutis concessum est. Quis vero vnquam dubitauit, hoc priuilegio milites contra milites vti, sicque v. g. testamentum in praeiudicium militum heredum ab intestato condere non posse? Nemo, quantum saltim nobis notum est, cum in primis in l. 5. C. de testamento militis sancitum sit: *ex testamento militis hereditas et legata omnibus, quibus relicta sunt, debentur*, immo in l. 15. C. eod. adhuc clarius id permillum sit. Sic enim ibi Constantinus: *Milites in expeditione degentes, si vxores aut filios aut amicos, aut commilitones suos, potremo cuiuslibet generis homines amplecti voluerint, supremae voluntatis affectu: quomodo possint ac velint, testentur*. Ex quibus et multis aliis exemplis patet, hanc DD. regulam in multis casibus plane applicari, et sic ex eo solo iam eius vniuersalitatem defendi non posse.

§. 10.

Supereff, vt adhuc nonnulla dubia contra a nobis prolata theoriam tangamus. Petunt DD. ad probandam regulam suam, fundamentum

1) ex l. 8. 17. §. vlt. et 41. ff. de excus. in quibus dicitur milites aliosque excusari a tutela, minime vero a tutela *collegarum filiorumque* eorum. Ex quo colligunt: priuilegiatum contra priuilegiatum non vti iure suo. Ast respondeo: Quod tutelam liberorum collegarum attinet, cum his nullum competat priuilegium, dici nequit, priuilegiatum hic iure suo vti contra priuilegiatum, nulla enim hic nequidem concurrunt priuilegia, quia liberi militum non habent excusationem a tutela, sed eorum parentes. Omnia itaque redeunt ad liberationem a tutela collegarum, ex qua aliquid contra nos inferri apparetur posset. Ast licet concedamus necesse est, in hoc singu-

singulari casu priuilegiatum non uti iure suo, tamen negamus, exinde regulam quandam generalem confici posse, cum

1. rationem huius dispositionis Modestinus in l. 8. pr. ff. de excusat. hanc alleget: *coaequalitas enim honoris militiae fortior videtur olim militum priuilegio*, quae ratio ad concursum omnium aliorum priuilegiorum applicari nequit, cum hic *militia* pro honore habeatur, non omnis vero status qui priuilegium tribuit, tribuat et honorem;

2. omnia alia disposita inueniamus in LL. supra citatis et partim explicatis, sicque

3. haec sententia analogiae iuris magis sit conueniens, et ad casus similes potius extendenda, quam contraria, in speciali militis qualitate, puta honore, fundata.

Prouocant nonnulli, inprimis supra citatus Auctor Tractatus de priuilegiis, s)

2) ad l. 15. pr. ff. ad legem Iul. de adulteriis, ubi hanc propositionem inuenire putant: *alteri ab altero non debere praecipuius, quod cum eo aequale habet*, ex quo colligunt, *priuilegiatum contra priuilegiatum non uti iure suo*. Ast hic summo iure Celsi illud in l. 24. ff. de LL. applicandum: *Inciuile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*. Corruit enim omne dubium apprens, si modo totum huius legis principium et finis antecedentis perlegatur. Dicitur enim in fine huius legis: *Marito primum, vel patri, eam filiam, quam in potestate habet, intra dies sexaginta diuortii accusare permittitur, nec ulli alii intra id tempus agendi potestas datur*. In subsequente l. 15. ad L. Iul. vero Ulpianus sic: „Si maritus „fit in magistratu, potest praeueniri a patre; atqui non oportet: et Pomponius putat, debere dici, quoad maritus magistratum gerit: patris quoque accusationem impediendam, „ne praecipiat *marito ius, quod cum eo aequale habet*.“

Faci-

s) l. c. cap. 6.

Facile quilibet, haec verba perlegens perspicit, nihil plane de iure priuilegiati contra priuilegiatum in hac lege obvenire, sed potius de concursu iuris a pluribus contra tertium exercendi. De quo cum nobis plane non sit sermo, nihil ea plane contra nos probant, et sic nihil amplius ad huius argumenti refutationem addere opus est.

Prouocant

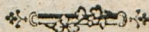
3) ad forum priuilegiatum personarum miserabilium, in l. vn. C. quando Imp. inter pup. fundatum, quod cessare putant, si concurrat persona aequae miserabilis. Ast si quaeris, quomodo hanc exceptionem probare velint, nullum aliud fundamentum habent, quam regulam saepius allegatam generalem, cum in lege hac Codicis ea non sit fundata. Quomodo itaque ad regulae huius probationem hanc exceptionem iterum allegare possunt? Nemo non perspicit, absque maximo circulo in probatione committendo hoc fieri non posse; quis vero toleret tale, contra logicam tam artificialem quam naturalem, commissum vitium?

Epilogus.

Haec fere fuerunt, quae de collisione iurium singularium differendi animus erat.

Hoc vnicum tantum adhuc addimus, quod lectorem lectum quemuis rogatum velimus, ut hasce pagellas benigne diiudicet, et, si quid leuis erroris occurrerit, quia errare humanum, indulgeat. Quodsi vero in tota, quam proposuimus, theoria errauerimus, et cuidam placuerit nostram haeresin disquirere, lubenter, probata veritate contrarii, victas dabimus manus.

Tantum.



HLB 3370

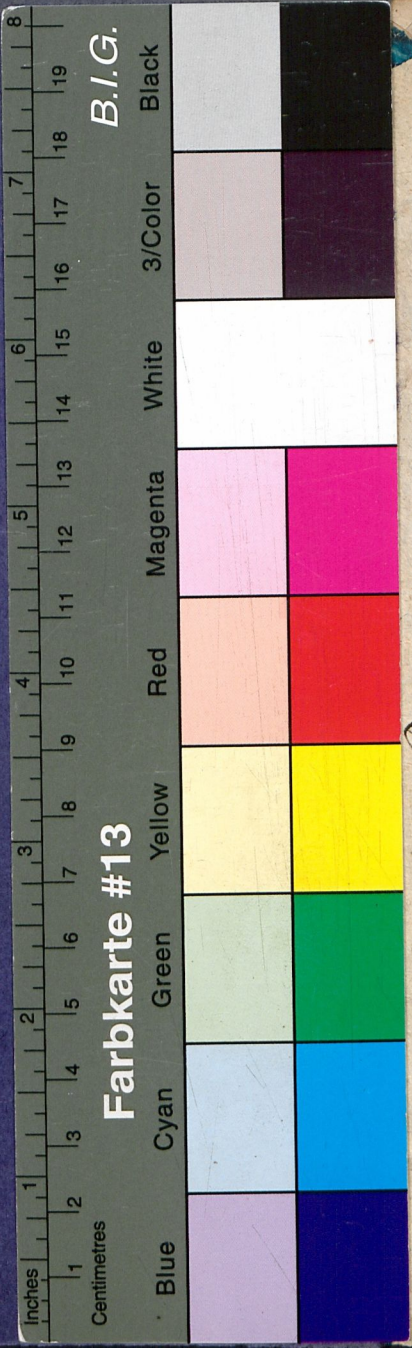
ULB Halle

3

006 663 419







COMMENTATIO IVRIDICA

DE

VEROSENSV

L. II. §. 6. et 7. et L. 12. FF. DE MIN.

IVNCTO EXAMINE REGVLAE:

PRIVILEGIATVS CONTRA PRIVILEGIATVM

NON VTITVR IVRE SVO

AVCTORE

IOANNE SIGEFRIDO WIENTZEK

P. 21.

*Kb
3370*



VRATISLAVIAE 1778.

APVD IOANNEM FRIDERICVM KORN,

IN SVA OFFICINA LIBRARIA IN FORO MAIORI PROPE REGIVM ZOLLAMT.

7. 11. 05!

