





1277, 2
13

DISSERTATIO INAUGURALIS
DE

RESTITVTIONE IN INTEGRVM
NUM SIT BENEFICIVM REALE
AN PERSONALE.

QVAM

RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO DVCE AC DOMINO

DOMINO

CAROLO AVGVSTO

DVCE SAXONIAE, IVLIACI, CLIVIAE, MONTIVM, ANGARIAE
ET GVESTPHALIAE, REL.

EX DECRETO ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS

PRAESIDE

IO. LVDOVICO SCHMIDIO

IVR. DOCT. PANDECT. PROF. PVBL. ORDIN. SERENISS. DVC.
COBVRG. MEINING. CONSIL. AVL. CVR. PROV. SAX. COMM.

IVRECONS. ORDIN. ET SCABINOR. COLL. ADSESSORE

PRO

SVMMIS IN VTROVVE IVRE PRIVILEGIIS
ET HONORIBVS CONSEQVENDIS

D. VIII. OCT. MDCCCLXXVII.

PVBLICAE ERVDITORVM DISQVISIONI SVBMITTIT

AVCTOR

IVSTVS VALENTINVS IOHANNES PHILIPPI

REGISCVRIANO VVRCEBVRGENSIS.

I E N A E

LITTERIS FICKELSCHERRIANIS.



REVERENDISSIMO AC CELSISSIMO

PRINCIPI

ADAMO FRIDERICO,

EPISCOPO BAMBERGENSI AC HERBIPO-

LENSI S. R. I. PRINCIPI, FRANCIAE

ORIENTALIS DVCI RELIQUA.

D O M I N O

DOMINO SVO GRATIOSISSIMO.

ADAMO FRIDERICO
PRINCIPIS
ERISOTO BAMBURGENSES AC HENRICO
LEOPOLDO REI PRINCIPIS BRACIAE
D. O. M. I. N. O.
DOMINO ANNO GRATIOSISSIMO



REVERENDISSIME AC CELSISSIME

S. R. I.

PRINCEPS

DOMINE

DOMINE GRATIOSISSIME!

Multi forsā insignis me arguent temeritatis, quod ad fulgentissimum principale solium TVVM primitias laboris mei deponere ausus sim, at enim hi erunt ferè, quibus inusitata
illa

illa gratia, qua musas musarumque cultores
complecteris, non satis constat, quosue later,
à principali folio TVO immunera iamiam in
familiam meam profluxisse beneficia, quae
quidem amplissimis verbis longoque enume-
rare possem catalogo, nisi scirem, magis
TIBI, probari orationem ad moderationem
compositam. Cum autem nulla haecenus mi-
hi data fuerit occasio ad deuotissimam gratis-
simamque mentem aliquo saltem modo de-
clarandam, hinc in tesseram eius exiguas haec
pagellas submississime TIBI offerre sustineo;
Acci-

Accipias itaque, REVERENDISSIME AC
CELSISSIME S. R. I. PRINCEPS DOMINE
DOMINE GRATIOSISSIME! hoc, quicquid
est, pietatis meae monumentum, neque repel-
las ad sacratissimumque folium TVVM ceu sa-
cram quandam anchoram confugientem et
fouas auctori, qui totum vitae suae tempus
in eo collocabit, vt TIBI et patriae possit esse
proficiuus, quique Deum TER OPTIMVM
MAXIMVM precabitur, vt TE cum ILLV-
STRISSIMA DOMO TVA in nestoreos annos
ad maximum subditorum TVORVM solatium
confer-

conferuare laetissimosque rerum omnium suc-
cessus largiri velit, ita ex intimo cordis affe-
ctu optat ac precatur

CELSITVDINI TVAE,

tenae

D. VIII. Octobris

MDCCLXXVII.

ad cineres vsque subiectissimus
IVST. VALENT. IOH. PHILIPPI
Regiscuriano Wurceburgensis.



§. I.

Occasio scribendi et quaestionis significatio indicatur.



Saeplissime de eo disceptatur, num beneficium restitutionis in integrum successori competat? num quoque alii cedi, nec non vtrum fideiussori, socio, litis consorti eius cui competit, ex huius persona concedi possit? Hae quaestiones omnem lucem antea ex eo capere videntur, *virum restitutio in integrum sit beneficium reale, an personale?* Discussa hac quaestione, ad priores multo facilior via patebit. Ingenue fateor, mihi omnes, quos de hac quaestione consului, non satisfacisse. Scio neminem, qui praeter ARNOLDVM VINNIVM a) hanc quaestionem figillatim paullo maiori prae reliquis cura atque diligentia considerasset. Equidem putat hic doctissimus vir, beneficium restitutionis in integrum magis pro personali, quam reali esse habendum: ast de beneficio reali et personali eiusmodi notiones format,

A

quae

a) in *selectis iuris quaestionibus lib. 1. cap. XI.*

quae plane a mente eorum abhorrent qui hanc quaestionem mouerunt. Ex VINNI sententia beneficium restitutionis ideo non est reale, quia non datur aduersus tertium. Verum enim vero de eo hic non sermo est, vtrum aduersus tertium competat, vel non, id est, vtrum, tanquam remedium iuris consideratum, sit actio realis, an personalis; sed illud scire cupimus, vtrum praeter laesum ex eius persona quoque alii competat, an minus? Itaque operae pretium fore existimo, si hanc quaestionem, eiusque ad memoratas species obuientes accommodationem, pro ea, quam adhuc desiderat explicatione, penitus inuestigare et perscrutari omne studium adhibeam.

§. II.

De vario verbi restituere significatu.

In primis me ostendere oportet, quid restitutio in integrum significat. Hoc ita habeas. Verbum *restituere* varie accipitur. Primum indicat *omne id alteri reddere quod eius est b)*. Sic, verbi gratia, depositarius depositum, maritus, finito matrimonio, dotem restituere dicitur. Deinde idem exprimit, ac *id, quod laesionem seu damnum continet, in pristinum statum, seu eum, quem ante laesionem habuit, reducere*. Sic aedes restituere significat, aedes, in quibus damnum deprehenditur, in pristinum statum reducere *c)*. Id quod etiam fieri potest, siue quis tollat, quod factum est, siue reponat id, quod sublatum est *d)*. In eodem sensu verbum *restituere* sumitur, si *aliquem in integrum restituere* dicimus; quippe quod exprimit, *aliquem ob laesionem seu damnum in pristinum statum reducere e)*.

§. III.

b) l. 242. §. 1. D. de verbor. signific.

c) l. 10. §. 1. D. quib. mod. ususfr. vel usus amitt.

d) l. 2. §. 43. D. ne quid in loco publico.

e) l. 1. D. de in integr. restit.

Definitio restitutionis in integrum huiusque species.

Quum aliquem in integrum restituere idem sit, ac aliquem ob laesionem seu damnum in pristinum statum reducere (§. antec.), statim consequens est, ut RESTITUTIO IN INTEGRUM sit alicuius, ob laesionem seu damnum quoddam, in pristinum statum reductio. Haec laesio seu damnum vel ex eo oritur, quod quis delictum commiserit, cuius poena ei ex mera principis indulgentia remittitur; vel aliunde obuenit, nempe ex negotio stricto iure valido, quod ex iusta causa, auctore iudice, rescinditur. Si prius, vocatur RESTITUTIO GRATIAE f); si posterius, nomen RESTITUTIONIS IUSTITIAE accipit g). De hac nobis iam sermo est. Fieri enim potest, ut negotium stricto iure quidem sit validum, attamen aequitatis ratio non paritur, ut illud ob laesionem, in quam alter incurrit, subsistat. Quare in primis praetor, et huius ad exemplum principes, promouendae aequitatis causa, laeso, potissimum si alia ratione sibi consulere nequeat, succurrere studuerunt, ut illi restitutionem in integrum concederent. Quae eam ob causam quoque in CIVILEM et PRAETORIAM a doctoribus distinguitur; quorum illa ex beneficio principum, adeoque ex iure civili h); haec autem ex beneficio praetoris, proindeque ex iure praetorio, competit i). Itaque

A 2

que

f) Vid. tit. D. de sententiam passis et restitutis.

g) Ita si restitutio gratiae contra distinguatur illi, quae dicitur esse iustitiae, simul intelligimus, gratiam neutiquam quasi excludere aequum et iustum, sed is potius huius rei sensus est, quod is, qui ex gratia restitui petit, debitum et ius praetendere nequeat, sed committere debeat superioris clementiae et fauori, utrum velit gratiam exhibere, an non. E contrario is, quo pro militat restitutionem iustitiae, ius habet quaesitum in administratione iustitiae non nisi de facto auferendum. Ita optime sentit GUIL. HIER. BRVCKNERVS in diss. de restitutione in integrum ex clausula praetoris generali: si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, §. 12. Ienae 1708.

h) Vid. l. 2. et 10. C. de rescind. vend. l. 31. D. de iureiurando l. 33. D. de re iud. l. 11. D. de exceptionibus.

i) l. 5. D. de in integr. restit.

4

que RESTITUTIO IN INTEGRUM IUSTITIAE, quae etiam sub vocabulo restitutionis in integrum simpliciter posito intelligitur, est beneficium iuris subsidiarium, quo, auctore iudice, negotium stricto iure validum, ob laesionem alicuius momenti, quae inde orta est, ex iusta causa rescinditur k).

§. III.

Beneficium iuris, quod restitutio in integrum efficit, in personale et reale dispertitur, restitutionemque in integrum esse beneficium reale, argumento quodam probatur.

Restitutio in integrum est beneficium iuris (§. antec.). Iam vero beneficium iuris personae eius, cui datur, vel ita inhaeret, ut nemini praeter eam competat, vel alius quoque ex istius persona illa uti potest. Si prius, beneficium dicitur personale; si posterius reale vocatur l). Itaque, quum haec notiones in nostra quaestione cum beneficio restitutionis in integrum coniungendae sint (§. 1.), illico quaeritur: num beneficium restitutionis in integrum sit reale, an personale? Et dubito, illud esse personale; contra, illud magis esse reale, sequenti argumento probari potest. Si verum est, beneficium restitutionis in integrum praeter laesum ex eius persona quoque aliis comperere, sequitur, illud magis esse reale, quam personale. Atqui verum est prius. Ergo et posterius.

§. V.

Argumentum in paragrapho antecedenti iam prolatum adhuc perficitur.

Quodsi consequentiam maioris propositionis in argumento modo prolato spectemus illa ex notione beneficii realis (§. 4.) statim

k) Haec omnia magis evolvuntur in illustr. praefidis institutionibus iuris civilis §. 520. usque ad §. 562.

l) l. 196. D. de reg. iur. Quae ita se habet: *Privilegia quaedam causae*

statim fluit. Itaque ut veritatem ipsius antecedentis, nimirum *beneficium restitutionis in integrum praeter laesum ex eius persona quoque aliis competere*, adhuc ostendam, necesse est. Eamque ita probo: Si de restitutione in integrum loquimur duplex tantum, ratione subiecti, cui comperit, datur restitutio. Illa est *vel maiorum, vel minorum viginti quinque annis*. Et *quaelibet utriusque successoribus prodest*. Id quod adparet primum ex *l. 6. D. de in integr. restit.* Vbi: *Non solum minoris, verum eorum quoque, qui reipublicae causa absuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt: et ita saepissime constitutum*. Deinde speciatim illud de minoribus quoque disponitur in *l. 18. §. 5. D. de minor.* Vbi: *Non solum autem minoribus, verum successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio, etsi sint ipsi maiores*. Et specialissime de filiofamilias in *l. 3. §. 9. D. de minoribus* haec verba proferuntur: *Pomponius adicit: ex his causis, ex quibus in re peculiari filiofamilias restituuntur, posse et patrem, quasi heredem, nomine filii, post obitum eius, impetrare cognitionem*. Itaque ex hisce legibus satis constat, beneficium restitutionis in integrum non inhaerere personae laesi, sed eius successoribus quoque competere. Praeterea accedit, quod restitutio in integrum fiat ob laesionem (§. 3.). Quapropter non solum personae habetur ratio, sed potissimum patrimonii et bonorum eius, qui laeditur *m*). Adeoque non potest non pertinere ad omnes, ad quos res vel negotium in quo laesio facta est, pervenit. Itaque illud esse beneficium reale, omnino conficitur (§. IV.) *n*).

A 3

§. VI.

fac sunt, quaedam personae (id est, quaedam sunt realia, quaedam personalia: ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt: quae personae sunt, ad heredem non transeunt. Eodem sensu quoque pacta in personalia et realia diuiduntur l. 7. §. 8. l. 17. §. 5. l. 21. §. fin. l. 32. l. 40. pr. et §. ult. D. de pactis.

m) Hodieque in praxi restitutionem in integrum pro beneficio *r* ali haberi, testatur BENED. CARPZOVIVS in *responsis*, lib. 2. *resp.* 98. *num.* 19. *seqq.*

n) IO. GOTTF. SCHAVMBURG in *compend. iuris digestor.* lib. 1. *tit.* 1. §. 13. *et perillust. HELDFELD in iurispr. for.* §. 443. *lenae* 1774.

§. VI.

Successori ex persona laesi beneficium restitutionis in integrum non competit, si ipse laesus illo uti noluerit; id quod tamen aduersa pars, contra quam restitutio petitur, probare debet.

Beneficium restitutionis in integrum non inhaeret personae laesi, sed eius successori quoque competit (§. antec.). At tamen, quum id, quod quis amplius non habet, in alterum quoque non possit transferri, omnino etiam necesse est, ut ipse laesus, cui beneficium restitutionis in integrum compete-
bat, illud ipse non amiserit, et quidem neque ex renuntiatione, eaque vel expressa vel tacita, neque ex praescriptione. Nam, si ipsi laeso istud beneficium nondum competierit, nec successorem illo adhuc ex persona laesi uti posse, omnino consequens est. Quare si adpareat, quod ipse laesus beneficio restitutionis in integrum uti noluerit, neque successor ex persona laesi illud competere potest o). Quae quum ita sint, simul quaeritur: num successor probare teneatur, quod ipse laesus restitutione uti voluerit; an aduersa pars, contra quam restitutio petitur, probare opus habeat, ipsum laesum isto beneficio uti noluisse? Et videretur, quemadmodum etiam BENED. CARPZOVII p) sententia eo fere inclinatur, successori probationem incumbere, quia, aliquem aliquid voluisse, in facto consistit. At enim vero, quum nemo, beneficio iuris se abdicasse, censendus sit, pro ipso laeso quoque praesumptio voluntatis, beneficio restitutionis in integrum utendi eo vsque militat, donec aduersa pars contra

o) arg. l. vn. C. si aduersus dotem. Vbi forori ex persona defunctae restitutionem petere conceditur, si tempora nondum praeterierint, intra quae legibus conceditur ex persona defuncti postulare in integrum restitutionem. LAVTERBACH in colleg. theor. pract. lib. 4. tit. 1. §. 16. IO. BALTH. à WERNHER in select. obseru. for. tom. 2. obs. 239. num. 4.

p) in responsis lib. 2. resp. 98. num. 19. seqq. Adde IO. BRUNNEMANN ad l. vn. C. num. 3. si aduersus dotem.

contra eius successorem prober, quod ipse laesus hoc beneficio vti noluerit, seu quod tempora praerierint, intra quae restitutionem petere, legibus conceditur *g*).

§. VII.

Successori tam vniuersali, quam singulari beneficium restitutionis in integrum ex persona laesi competere, variis rationibus probatur.

Hoc si certum sit, ipsum laesum beneficium restitutionis in integrum non neglexisse (§. antec.), ideoque nullum dubium esse, quin eius successori competat (§. V.), statim ad hanc quaestionem probabimur: *de quibusnam successoribus in dictis legibus (§. V.) sermo sit, quibus ex persona laesi beneficium restitutionis in integrum praeest?* Etenim *successor* generatim est is, qui in locum alterius succedit. Isque est *vel vniuersalis, vel singularis*. Itaque quisnam successor intelligitur, vniuersalis, singularis, aut vterque? Interpretes propemodum vnanimi consensu successorem vniuersalem hic intelligunt. Huius rei rationem sine dubio ex simul allegata *l. vn. C. si aduersus dotem*, petendam esse volunt, vbi successoris vniuersalis fit mentio, qui ex persona defuncti restitutionem in integrum postulauit. Verum, quod et successori singulari restitutio in integrum ex persona laesi sui auctoris, competat, omnino opinor. Rationes meae sunt, quod *primum* ex hac lege vnica Codicis eius exclusio non adpareat. Noto quoque notius est, vnus positionem non esse alterius exclusionem. *Deinde* leges supra §. V. memoratae indistincte de successoribus loquuntur. Iam vero deficit lex, quae successores singulares excludat. Deficit quoque

g) Tempus intra quod restitutio petenda, iure veteri erat annus §. 5. *l. de actionibus*; postea ratione doli biennium *l. vlt. C. de dolo malo* iure nouo autem in omnibus cautis est quadriennium continuum, *l. vlt. C. de temp. in integr. restit.*, a die remoti impedimenti numerandum, *d. l. vlt.*

quoque solida diuersitatis ratio, quare successori singulari non idem tribuendum sit, quod vniuersali heic conceditur. Vniuersalis successor non aliter isto beneficio vitur, quam ob laesionem ex persona laesi. Successor singularis idem intendit. Vbi igitur diuersitas? Nullibi vlla. Quare, ni fallor, recte sequitur, lege non distinguente, nec nos distinguere debere. Supra memoratae leges (§. V.) non distinguunt. Ergo nec nos inter illos distinguere debemus. *Postremo dantur quoque leges, quae et successores singulares ex persona laesi ad restitutionem in integrum admittunt r).* Itaque successori tam vniuersali, quam singulari beneficium restitutionis in integrum ex persona laesi tribuendum est s), adeo, vt illis prodesse debeat, tametsi ex sua persona id beneficium non habeant t); quoniam illo non ex sua persona, sed ex persona laesi ob laesionem vti desiderant (§. V. in fine).

§. VIII.

- r) Huc spectat *l. 24. pr. D. de minor.* Vbi minor, qui negotiis maioris interuenit et actione negotiorum gestorum ab hoc conuentus est, *aduersus hanc actionem non restituitur, sed compellendus est, sic ei cedere auxilium in integrum restituitis, ut procuratorem eum in rem suam faciat; vt possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire.* Adde *l. 20. §. 1. D. de tutelae et rat. distr.*
- s) Id quod etiam GEOR. BEYERVS in *positionibus ad Pandectas lib. 4. tit. 1. pos. 24.* ita confirmat: *Heredibus laesi restitutio semper competit ex persona defuncti intra legitimum tempus, imo et successoribus singularibus i. e. qui rem acceperunt ex contractu vel ex obligatione legali vel ex compensatione, damni delicto dati, vel ex legato aut fideicommissio singulari!* Ad stipulantur LAUTERBACH in *colleg. theor. pract. lib. 4. tit. 1. §. 16.* et IO. BALTH. a WERNHER in *select. obseru. forens. tom. 2. obs. 239.*
- t) Quare in *l. 18. §. 5. D. de minor.* ab VLPIANO dicitur: *Non solum autem minoribus, verum successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio, etsi sint ipsi maiores.* Hoc quoque quoad successorem vniuersalem responso quodam illustrat AVG. a LEYSER in *meditat. ad Pand. spec. 57. med. 6.*

§. VIII.

Beneficium restitutionis in integrum aliis cedi potest, et cum ipsa quoque re, in qua laesio facta est, successori cessum praesumitur.

His explicatis, quaestiones, quarum supra (§. I.) mentionem feci, adhuc ulterius persequamur, ut adpareat, quatenus principia haecenus stabilita ad illas accommodari possint. Itaque quaeritur: *num beneficium restitutionis in integrum aliis quoque cedi possit?* Id quod adfirmare non dubito. Est enim restitutio in integrum beneficium reale (§. IV. V.); ideoque is, qui laesus est, illud aliis cedere non prohibetur. Nam quicquid in bonis nostris est, seu ad nos pertinet, ita ut personae nostrae non inhaereat, illud quoque in alios transferri, seu quod idem est, aliis cedi potest. Iam vero beneficium restitutionis in integrum est in bonis nostris *u*), ita, ut personae nostrae non inhaereat (§. V.). Ergo beneficium restitutionis in integrum aliis quoque cedi potest *x*). Quin *beneficium restitutionis in integrum cum ipsa re, in qua laesio facta est, successori quoque cessum praesumitur.* Naturae enim restitutionis in integrum conuenit, ut res potius, quam persona restituatur; adeoque ut restitutio in integrum ad omnes pertineat, ad quos res vel negotium, in quo laesio facta est, peruenit (§. V. in fin.); praesertim cum ipse laesus illa se abdicare voluisse haud censendus sit (§. VI.). Quare si quis rem, in qua laesus est, et ob quam ei restitutio in integrum competit, in alterum, illam veluti vendendo, donando, legando, transferat, cum ipsa quoque re, restitutio

ut

u) l. 49. D. de verbor. signif. Vbi: *Aequae bonis adnumerabitur, etiamsi quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse (i. e. ad rō nostrum pertinere) videntur.*
x) Sic quoque statuunt SFORTIA ODDVS in tr. de restitutione in integrum, par. 1. qu. 49. num. 22. IO. BRVNNEMANN in tr. de cessione actionum, cap. 4. num. 71. SAM. STRYK in diff. de iuribus et actionibus non cessibilibus, cap. 5. §. 4.

B

vt ius cessum in successorem transit, ita vt alienans laesus ex dispositione iuris omne ius transtulisse intelligatur, quod habebat ad rem ipsam, licet hoc speciali iure sibi comperebar. Sic, si minor rem suam perperam obligasset, vel ex imprudentia feruitutem rei suae imposuisset, deinde illam vendidisset, vel donasset alteri, nihil impedit, quo minus emtor vel donatarius aduersus illam obligationem vel feruitutem in integrum restitutionem ex persona minoris impetret. Et quidem non eam ob causam, quod restitutio inhaeserit ipsi rei, vt ius reale; sed quia cum ipsa re minor ius sibi specialiter debitum ad rem cessisse videtur y).

§. VIII.

Etsi beneficium restitutionis in integrum aliis cedi potest, tamen, vt hoc fiat, non semper necesse est.

Beneficium restitutionis in integrum aliis cedi potest (§. antec.). Ex hoc autem neququam inferendum est, quod cedi etiam debeat. Hoc, quando necesse sit, si quaeratur, multum refert, *utrum* negotium principale, cuius causa a laeso cessio beneficii exigitur, ita sit comparatum, vt ex eo cessio- nem exigenti iam sit obligatus; *nec ne*. Si *prius*, adhuc spectandum est, *utrum* is, qui cessio- nem beneficii restitutionis in integrum vrget, recusata cessio- ne, damnum sine sua culpa sentiat; *an* ipse in illud ex sua culpa incurrat. In *priori casu* cessio fieri debet, et quidem vi obligationis, quae ex illo negotio oritur, in quo laesus ei obstrictus est. Heic eo magis obtinet aequitas: quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id in- uitus potes compelli z). In *posteriori autem casu* cessio benefi- cii

y) Consentit AVG. BENED. CARPZOV in *diff. de restitutione in integrum minorum* §. 22. Lipsiae 1675.

z) Dantur plures casus, vbi cessio est necessitatis. Largiter illos in vnum congeffit. IO. BRVNNEMANNVS in *d. tr. de cessioe actio- num* cap. 3.

cii restitutionis in integrum exigi nequit. Firmiter ei tunc obstat, damnum quod quis sua ipsius culpa sentit, ipse ferre debet.

§. X.

Ea, quae modo dicta et probata sunt, exemplo quodam illustrantur.

Sic, ut rem exemplo quodam illustremus, fingamus, minorem negotia maioris cuiusdam gessisse. Et negari nequit, minorem eo ipso conditionem suam deteriore reddidisse, quia et iis, cum quibus negotii suscepti causa contraxit, et domino, cuius negotia gessit, obligatur. Enim vero competit ei tam contra illos, quam contra hunc, qui eum ex negotio gesto actione directa convenire potest, restitutio in integrum *a*). Iam sumamus, domino negotium gestum esse damnosum, et quaeritur: num dominus, si minor restitutionem contra eos, cum quibus negotii causa contraxit, restitutionem petere recuset, a minore istius cessionem postulare possit? Et interest, num minor negotiis domini sua sponte, an ex huius mandato interuenerit. Si prius, cessio beneficii restitutionis in integrum est necessaria. Nam dominus ob gestum minoris sine sua culpa versatur in damno. Competit ei contra minorem actio negotiorum gestorum directa, aduersus quam minor non restituitur, sed compellendus est sic domino cedere auxilium in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat, ut possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens rescire *b*). Et quare? Nonne ideo, quia dominus, recitata cessione, damnum sine sua culpa sentiret intritus negotii, ex quo minor ei iam obligatus est? Si vero posterius spectemus, ubi dominus minori negotium mandauit; domino non datur restitutio in integrum, quamuis minor illud

B 2

cedere

a) l. 44. D. de minoribus.

b) Ita etiam expresse sancitum est in l. 24. pr. D. de minoribus.

cedere velit. Quamobrem? Quia dominus in damnum ex sua ipsius culpa incurrit. Sibi imputare debet, quod minori qui facile ex imbecillitate iudicii labi potest, negoria sua commiserit. Domini culpa tertio damnum inferre nequit e).

§. XI.

Continuatio paragraphi noni.

Quodsi adhuc eum casum spectemus, *vbi negotium principale, cuius causa a laeso cessio beneficii restitutionis in integrum exigitur, ita sit comparatum, ut ex eo cessionem exigenti non sit obligatus* (§. IX.), utique interest, *utrum negotium ad ipsum laesum ita pertineat, ut is eius causa non contra eum. a quo laesus est, restitutionem petere, sed contra ipsum cessionem vrgentem, propter eius culpam, ad laesionem reparandam agere velit, nec ne.* Hic ratio cessat, quare laesus beneficium cedere oporteat. Tunc regulam seruandam esse videtur: *meum quod est, sine voluntate mea meum esse desinere nequit; ideoque cessio beneficii restitutionis in integrum liberae voluntatis esse debet.* Quid? quod, si cessio etiam ex libera voluntate fiat, tamen cessionario pro ea duntaxat parte competit, quatenus cedens ex sua persona beneficio restitutionis in integrum uti poterat, quamuis ipse cessionarius sit cedentis confors. Ut ecce, duo fratres confortes, vnus maior viginti quinque annis, alter minor, de hereditate quadam cum caio transegerunt, et minori, fragilitate aetatis laeso, succurreretur, proderitque ei restitutio. Iam fingamus, minorem pro alio longe vtiliori commodo beneficium restitutionis in integrum fratri maiorenni legitime cedere, tamen hic frater maiorennis non totam transactionem impugnare potest, sed eatenus tantum, quatenus illud ex persona minoris, cuius iure cessio vtitur, fieri licet. In reliqua autem transactionis parte, quae ad satrem maiorenem ex sua ipsius, non minoris persona pertinet, ei cessio

*) Id quod etiam clare disponit l. 23. in fine D. de minoribus.

cessio beneficii nihil prodest. Id quod etiam commode ex l. vii. C. si in communi eademque causa, argumentari licet. Vbi haec verba reperiuntur. *Quamvis illa (scilicet soror) minor pro portione sua restitutionis auxilium implorare possit: vobis (intellige: maiorennibus) tamen ad communicandum editi perpetui beneficium (nempe, in vtilitatem vestrae portionis) eius aetas patrocinari non potest.* Quanam ex ratione? Puta, quoniam intuitu portionis maiorennium minori, nullum auxilium competit. Proinde illud nec eius causa cedere potest: siquidem nemo plus iuris in alterum transferre potest, quam ipse habet.

§. XII.

Continuatio paragraphi antecedentis.

Praeterea, si negotium ad ipsum laesum ita pertineat, ut is eius causa non contra eum, a quo laesus est, restitutionem petere, sed contra ipsum cessionem urgentem, propter eius culpam, agere velit (§. antec); hic, qui cessionem vrget, opposita exceptione doli, cessionem beneficii restitutionis in integrum adipisci potest. Etenim aequum est, ut is prius conueniatur, qui laesionem primario reparare tenetur, alias qui contra facit, contra naturalem aequitatem aliquid perit, vbi exceptio doli locum habet d). Sic fingamus, adesse adolescentem, qui finita tutela, adistente curatore, contra pristinum tutorem agit. Quo facto, culpa curatoris euenit, ut tutor in minorem, quam debet, quantitatem condemnatur. Itaque minor contra curatorem actione tutelae vtili agit ad interesse; nempe, ad praestandum id, tutorem ex eius culpa minoris condemnatum esse. Et quaeritur, *utrum curator a minore postulare possit, ut sibi auxilium beneficii restitutionis in integrum contra tutorem mandet?* Ad id VLPPIANVS e) affirmando responderet, atque, posse curatorem per exceptionem doli hanc cessionem consequi, di-

B 3

cit,

d) l. 12. D. de doli mali et met. except.

e) in l. 25. D. de administr. et per, tut.

cit, adeo, vt in ipsa executione, vbi contra curatorem sententia iam lata est, et minor eum actione iudicati conuenit, de cedendo beneficio restitutionis in integrum excipere possit. Quodsi in rationem huius necessariae cessionis inquiramus, ni fallor illa in eo nititur, quod negotium ipsum minorem laesum, neutiquam vero curatorem, cessionem vrgentem, spectet, et tutor ei primario ad laesionem reparandam obligatus sit. Quare, si ab eo suum adhuc seruare possit, iniquum esset, vt curator ei damnum praestet. Itaque, vt minor vel ipse contra tutorem auxilium restitutionis in integrum petat, vel illud curatori cedat, vt hic eo, ex eius persona, contra tutorem vti possit, necesse est. Neque minor curatori obicere potest, eum in culpa versari, ideoque cessionem ob suam ipsius culpam desiderare non posse. Nam *VLPIANVS* in citata lege hanc culpam non attendit, et hoc quoque recte fieri, ipsa ratio suadere videtur, siquidem tutor huius culpa causa est, dum id penitus non praestitit, quod officii sui fuit. Causa vero causae est quoque causae causati. Quapropter haec culpa non curatori, sed potius tutori imputari debet. Ex quo eum lucrum confecti nefas est.

§. XIII.

Fideiussori ex persona debitoris principalis maiorennis beneficium restitutionis in integrum competit.

Pergo ad quaestionem: *utrum fideiussori ex persona debitoris principalis beneficium restitutionis in integrum competat (§. I.); ideoque, vt, rescisso negotio principali, et eius accessoria obligatio tollatur?* Videtur ita esse, propterea, quod beneficium restitutionis in integrum non sit personale, sed magis reale (§. IV. V.). Itaque sequi videtur, vt, restituto reo principali, eius liberatio quoque fideiussori profit, iuxta regulam: liberato reo principali, liberari etiam accessiones f). At enim vero haec regula hic

f) l. 43. D. de solut. et liberat. Vbi: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur.

la hic non indistincte procedit. Refert, vtrum debitor principalis, qui restitutione gaudet, sit *vel* maiorennis, *vel* minorennis. *Ibi* fideiussori ex persona maiorennis auxilium beneficii restitutionis quoque competit; siquidem exceptiones, quae maiorenni ob beneficium restitutionis tunc opitulantur, verbi gratia. exceptio doli, metus cet. sunt reales g), quibus adeo fideiussor inuito etiam reo vti potest h).

§. XIII.

Quatenus fideiussori ex persona debitoris principalis minorennis beneficium restitutionis in integrum competit i).

Quodsi quaeratur, quatenus fideiussori ex persona debitoris principalis minorennis beneficium restitutionis in integrum competat (S. antec.)? videretur. fideiussori restitutionem in integrum ex persona minoris plane non indulgendam esse. Idque ob sequens argumentum: *Vbi* personae conditio locum facit beneficio, ibi, deficiente ea, beneficium quoque deficit. *Atqui* beneficio restitutionis in integrum, quod minori viginte quinque annis conceditur, eius personae conditio locum facit. *Ergo* deficiente minoris persona, restitutio in integrum quoque deficit, seu extinguitur, id est, quod illa praeter minorem nemini, adeoque nec

g) l. 7. §. 1. D. de except. praescript. Vbi: *Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt: vt rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est.*

h) l. 19. D. de except. et praeser. Quae ita se habet: *omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque, etiam inuito reo competunt.*

i) Illustris praeses in libro singulari de fideiussore plane non obligato, qui tenae anno MDCCCLXIII. prodit, hanc vtilem quaestionem singulari ac plena commentatione indigere putauit. Quamobrem haec illam simul persequor. Adde quoque LVD. IVL. FRIED. HOFFMANNI diff. inaug. de effectu restitutionis in integrum quoad fideiussorem. Gieslæ 1771.

nec eius fideiussori competere possit. At enim vero quod ad propositionem maiorem attinet, illa quidem est legalis, dum a PAVLO *k*) adferitur; sed, quum scire leges non sit verba earum tenere, sed vim et potestatem *l*); ista quoque propositio prius interpretanda et ita accipienda est: vbi solius personae conditio locum facit beneficio, ibi, deficiente ea, beneficium quoque deficit. Nam id beneficium personam eius, cui concessum, non egredi dicimus, quod soli eius personae datum est. Sic, verbi gratia, maritus ab vxore conuentus non condemnatur, nisi in id quod facere potest. Huic beneficio autem solius personae mariti conditio locum facit. Itaque, marito deficiente, istud beneficium quoque extinguitur *m*). Plane aliter autem se habet beneficium restitutionis in integrum minoribus competens, quippe cui non sola minoris persona, sed simul eius laesio potissimum locum facit (§. V. in fin.) *n*). Quare non statim quoque sequitur, istud beneficium nemini praeter minorem competere, adeoque fideiussori plane non indulgendum esse, sed ante omnia animaduertendum est, *utrum* debitori principali minorenni ex causa cum maiorenni communi, id est, ex causa, ex qua etiam maior in integrum restituitur; an vero ex causa personae minorennis tantum propria, nimirum ex minorenni aetate, restitutio competat. Si prius restitutio quoque fideiussori prodest *o*). Hic enim non persona, sed res attenditur. Sic

k) in l. 68. D. de reg. iur. Vbi: In omnibus causis id obseruatur: vt, vbi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat.

l) l. 17. D. de legibus.

m) l. 12. et 13. D. soluto matrim. Quae ita se habent: Maritum in id quod facere potest, condemnari exploratum est; sed hoc heredi non esse praestandum: quia tale beneficium personale est, et cum persona extinguitur.

n) l. 9. §. 4. D. de iureiurando. Vbi: nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit.

o) l. 2. C. de fideiussor. minor. Quae ita se habet: Si ea, quas tibi vendidit possessiones interposito decreto Praesidis, aetatis tantummodo

Sic verbi gratia ex persona minoris, dolo creditoris laesi, etiam minoris fideiussor restituitur. Exceptio enim doli est exceptio realis^p); vbi non quaeritur aduersus quem dolus sit commissus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte creditoris^q). Quare ne mandator quidem hoc casu tenetur, qui alioquin, cum velut suator et adfirmator fuit, vt cum minore contrahe- retur, difficilius liberatur^r). Dolus enim nemini debet pa- trocinari, et aequius est, aduersarium, qui dolum commisit, damnum pati, quam fideiussorem vel mandatorem, qui bona fide intercessit.

§. XV.

Sententia EMVNDI MERILLII cum eius refutatione.

Equidem EMVNDVS MERILLIVS^s) putat, modo datam et a plurimis^t) adprobatam distinctionem nullius esse momenti, et fideiussori minoris restitutionem in integrum dandam esse, siue
minor

do auxilio: iuuatur: non est dubium fideiussorem ex persona sua obnoxium esse contractui. Verum si dolo malo apparuerit contractum interpositum esse: manifesti iuris est, vtrique personae, tam venditricis, quam fideiussoris consulendum est.

- ^p) l. 7. §. 1. D. de except. et praeser. Vbi: Idem dicitur (nempe, quod fideiussori exceptio realis omnimodo competat) et si - - quis fideiussorit pro minore viginti quinque annis circumscripto.
- ^q) l. 2. §. 2. D. de doli mali et metus exceptione.
- ^r) l. 13. pr. D. de minor. Consentit VLR. HUBER in praefat. ad Pand. lib. 4. tit. 4. §. 5. in fine.
- ^s) in obseruationibus lib. IV. cap. X. Quod ita inscribitur: An restitu- tio in integrum pro fit fideiussori minoris. Improbata distinctio, quae vulgo colligitur ex l. 7. in fin. D. de exceptionibus. Lectio Florenti- na defenditur, sensus noua ratione aperitur.
- ^t) Quorum in numero quoque est ANT. PEREZ in commentar. ad tit. C. de fideiussor. minor. num. I. et GEORG. AD. STRVV in syntagn. iur. ciu. exerc. 12. §. 60. WOLFG. AD. LAVTERBACH in diss. de fi- deiussione in genere §. 30. Tubing, 1658.

minor dolo aduersarii, siue facilitate sua deceptus fuerit. Verum enim vero quum ista distinctio ipsis legibus nitatur et rationes MERILLII non tanti ponderis, ut illam infringant, non dubito, quin illi adhuc eo usque standum sit, donec quis nos meliora edoceat. Integra MERILLII verba cum animaduersionibus meis, quas subiectae notae exhibebunt, haec adscribam, praesertim cum nominatum MERILLII librum non omnes possideant, et ipsa res non tam leuiter tractanda sit, quemadmodum MERILLIVS sibi persuadere videtur. Verba sunt haec: Per in integrum restitutionem minoris fideiussoribus succurritur, *l. minor si D. de procurator.* sed non semper *l. 3. §. sed utrum D. de minoribus* vulgo ex *l. 7. in fin. D. de exception.* eam distinctionem adhibent, fideiussori dari exceptionem restitutionis in integrum, si minor dolo aduersarii circumscriptus, non si facilitate sua deceptus sit: quam tamen ex eo loco haud satis liquido probari video ^{u)}. Id enim vult Paulus, fideiussori minoris ante non dandam esse exceptionem, quam si minor *deceptus sit in re*, et restitutus fuerit (quae lectio Florentina retineri debet et reuocari negatio). Finge enim, minorem se circumscriptum dicere, non statim danda fideiussori exceptio, sed ita demum, si minor deceptus in re sit, *in re*, hoc est, re vera, re ipsa, in rei veritate. Ita Paulus amat loqui, *plus in re est, quam in existimatione mentis, l. penult. §. qui ignorauit D. de iur. et fact. ign. si in re mora fuit, l. videamus 38. in princ. D. de usur.* plus sit in re quam in existimatione, *l. 2. §. si a pupillo D. pro emptor.* id est, in rei veritate ^{x)}. Nec video sane vllam differentiae

^{u)} In isto loco, nimirum *l. 7. in fin. D. de exception.* Paulus ita sentit: *Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra senatusconsultum quis fideiussertit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.*

^{x)} MERILLIVS igitur putat, circa omnem minoris restitutionem interesse, utrum re vera laesus sit. Hoc concedo. Nam minor non ideo tantum restituitur, quod minor, sed quod captus et deceptus, id est, laesus est *l. 9. §. 4. D. de iureiurando.* Iam vero duplici ratione

tiae rationem, cur si minor dolo aduersarii circumscriptus sit, exceptio fideiussori prodesse debeat; non si facilitate sua deceptus lapsusue fuerit; quia pariter utroque casu beneficio Praetoris minori subuenitur *l. quidam 38. D. de dol. mal. l. praefecti 17. et l. 1. non omnia 44. D. de minor. 9.* Non melius probatur ea distinctio ex *l. 1. et 2. C. de fideiussor. minor.* in quibus fideiussor pro minore sciens, prudensque interuenerat, et ita restitutione in integrum minori concessa iuari non debuit. Paulus

C 2

lus

ratione minor in re deceptus esse potest, *vel* interueniente dolo aduersarii *vel* non. Si prius, minori restitutio ex causa cum maioribus communi competit, quia et his dolus aduersarii ad restituendum prodest. Si vero *posterius*, minori ob lubricum aetatis in ista laesione succurritur. Id quod in maioribus cessat; adeoque haec restitutionis causa minoribus tantum est propria. Nunc quaeritur: *quamnam restitutionis causam PAULVS intellexisse censendus sit, propriam, aut communem?* Et omnes cum ACCURSIO ad dictum locum, propriam eum intellexisse, recte putant; quia antea de exceptione restitutionis loquitur, quae fideiussori ex persona minoris circumscripti, ideoque dolo aduersarii laesi, competit. Cui postea eum opponit, quae fideiussori ex persona minoris non competit, dum ab eo dicitur: *Quod si cet.* Itaque PAULVS adfertum suum antea positum limitat. Et hanc limitationem non nisi de minore facilitate sua decepto accipi posse, statim ex eo patet, quia antithesin efficit. Pro nobis quoque facit *l. 44. D. de minor.* Vbi VLPPIANVS ita effatur: *Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae, causa cognita, eiusmodi deprehensa sunt; ut, si ab aliis circumuenti, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserunt; aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiserunt; aut se oneri, quod non suscipere licuit, obligauerunt.* Vltima verba tantummodo species laesionis sistant, ob quas minor vel ob dolum aduersarii vel ob facilitatem suam restitutionem in integrum petere potest.

- 9) Et si MERILLIO quoque concedam, ratione minoris habita, nihil differre, utrum ille ex causa cum maioribus communi, vel suae personae propria restituatur; multum tamen discriminis ista minoris restitutio intuitu tertii, prout fideiussoris, continet. Nam, prout ex sequentibus adhuc patebit, fideiussori minoris ex facilitate sua decepti non semper restitutio in integrum conceditur. Id quod ipsum MERILLIVM in fine suae obseruationis fateri oportet.

lus lib. 1. sentent. tit. 9. l. in causae 13. in princ. D. eod. Sed et si fideiussor sciens pro minore interuenisset in specie d. l. 2. C. de fideiussor. minor. cum decretum interpositum esset, tamen ei restitutio in integrum prodesse debuit; non propter aetatem, non quia minor vendiderat, sed propter dolum, quo in venditione deceptus fuerat. Decretum interpositum faciebat, ut propter aetatem solum restitui non posset, nisi dolus intercessisset 2). Siue igitur minor dolo aduersari, siue facilitate sua

2) Cum igitur MERILLIUS negare non potest, fideiussori exceptionem restitutionis in integrum non competere, si sciens prudensque pro minore interuenierit, ipsa quoque stabilitas sententiae suae vacillat, qua antea contendit, fideiussori minoris quoque exceptionem restitutionis in integrum competere, si minor ex facilitate sua laesus sit. Deinde neque id recte se habet, quod putat fideiussori secundum l. 2. C. de fideiuss. minor. a nobis in paragrapho antecedenti lit o. p. 16. propositam, nihilofecius restitutionem prodesse debere, et quidem propter interpositum decretum, quippe quod effecisset, ut minor propter aetatem solum restitui non potuisset, nisi dolus intercessisset. Nam hac in re omnis controuersia eo redit: Num minor contra contractum, quem magistratus confirmauit, non nisi ex capite doli, neuiquam vero ex capite minorennis aetatis, restitutionem in integrum petere queat, si postea per istum contractum se laesum esse docere possit? MERILLIUS adfirmat, id non nisi ex capite doli fieri posse. Et videretur, illud, propter iudicalem, quae accessit, auctoritatem, non sine iure fieri. Nam magna est pacti iudicialis auctoritas, maiorque, quam eius, quod extra iudicium confectum est, ob maximam, quae pro iudice et gestis coram eo negotiis pugnat, fidei et integritatis praesumptionem. De qua vide c. 6. X. de renunciatione. Itaque videretur quoque minori tum demum actionem manere, qua contractum impugnare posset, si postea potuerit probari, obreptum esse magistratui l. 1. §. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt. At enim vero non necesse est, ut semper dolus adsit, ob quem minori contra contractum a magistratu confirmatum restitutionem in integrum petere licet; sed minorennis quoque aetas ei prodest, quando se insigniter laesum esse probare potest; quamuis laesio non ex dolo aduersarii, sed ex errore vel ignorantia tam contrahentium quam magistratus orta sit. Tunc enim, licet decretum interpositum sit, minor nihilominus ob laesionem ex capite aetatis restitutionem petere potest, et hoc aetatis

sua deceptus fuerit, danda est exceptio fideiussori restitutionis in integrum, dummodo in re deceptus sit, hoc est, re vera, re ipsa *d. l. 7. in fin. D. de exception. a)*. Sunt et alii casus, quibus restitutio in integrum minoris fideiussoribus prodest, et non prodest, quos persequi superforaneae esset industriae *b)*.

§. XVI.

Continuatio paragraphi XIII.

IV Deinde si posterius spectemus, ubi minoremi ex causa eius personae tantum propria restitutio in integrum competit (§. XIII.); fideiussori non indistincte succurritur. Etenim in *l. 3. §. 4. D. de minor.* sancitum est *auxilium beneficii restitutionis in integrum solet interdum eius fideiussori prodesse*. Hinc sponte nobis se offert quaestio: quando istud auxilium ex causa personae minoris

C 3

pro-

tatis auxilio iuari in *d. l. 2. C. de fideiuss. min.* dicitur. Nam iudex, dum negotia apud se gesta, vel sibi oblata, confirmat, non simpliciter omnia probat, sed tacitam hanc conditionem adiecit, in quantum actus de iure valet. Non valet autem alienatio bonorum immobilium, quae ad minores pertinet, nisi simul necessitas vel utilitas illam suadeat. Itaque, si hanc defecisse postea appareat, minor contra istam alienationem nihilofecius restitutionem in integrum ex capite minorennis aetatis petere potest. Id quod etiam *l. ii. C. de praediis et aliis rebus minorum* clare docet, ubi imperatores DIOCLETIANVS ET MAXIMIANVS ita sanciunt: *Si vero iure interposito decreto venditionem vili pretio eius possessionis, cuius vires ignorabat, fecit, iuxta perpetui Edicti auctoritatem in integrum restitutio, causa tamen cognita, praebitur*. Praeterea AVG. ALEYSE in *medit. ad Pand. spec. 60. med. 1.* hanc rem quoque responso quodam confirmat. Quae quum ita sint, MERILLIVS se fallit, quando putat, minorem secundum *d. l. 2. C. de fideiussor. minor.* propter interpositum decretum restitutionem in integrum petere non potuisse, nisi dolus intercessisset.

a) Quae iam cum iis, quae contra MERILLIVM antea proposuimus, stare non possunt.

b) Sed quare? Forte, quia ipsius MERILLII sententiae aduersantur. Id quod ad nos non pertinet. Statim ex iis quae sequuntur, manifestius spectabimus, huius casus omni diiudicatione dignos esse.

propria fideiussori proficit? Et cum HVG. DONELLO c) distinguendum esse reor, *utrum* fideiussor pro minore tanquam certae personae qualitatem induente tantum intercesserit; *an* minus. *Priori casu* et fideiussori per in integrum restitutionem succurritur, si minor ex hac qualitate restituatur; quoniam fideiussor non aliter interuenit, quam si minor ex hac qualitate tenetur. Huc spectat, si quis fideiusserit pro minore tanquam defensore alienae litis d), vel promittente iudicatum solui e), vel tanquam herede f).

§. XVII.

c) in *comment. iur. ciu. lib. XXI. cap. XIX.*

d) l. 51. pr. D. de procurat. Vbi: *Minor viginti quinque annis, si defensor existat, ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est: quia et ipsi, et fideiussoribus eius per in integrum restitutionem succurritur.*

e) l. 2. §. 1. D. de administr. et peric. tutor. Vbi: *Amplius Marcellus libro vigesimo (primo) Digestorum scribit: et si satisdedit tutor, mox abstinuit pupillus, fideiussoribus quoque eius debere subueniri. Sed et (si) pupillus non abstinuit, quemadmodum ipsi, ita et fideiussoribus eius subueniri; maxime, si pro absente pupillo, vel pro insane satisdedit.*

f) l. 89. D. de adquir. vel omitt. hered. Quae ita se habet: *si pupillus se hereditate abstineat, succurrendum est, et fideiussoribus ab eo datis, si ex hereditario contractu conuenirentur.* Alii, quos sequitur POLYCARP. WIRTHIVS in *diff. de in integrum restitutionibus* §. 14. has leges de his casibus interpretantur 1) *si fideiussor habeat regressum ad minorem.* Huc spectaret l. 51. D. de procurat. et l. 2. D. de administr. et per. tut. Tunc enim, nisi fideiussorem iuaret restitutum minoris, non huic, sed illi euaderet proficua. 2) *si creditor habeat regressum ad alium absque eo, quod fideiussorem adstringat.* Huc itidem faceret d. l. 51. D. de procurat. et praeterea l. 89. D. de adquir. vel omitt. hered. Tunc enim euanesceret illa ratio, propter quam denegaretur fideiussori restitutio a minore obtenta, ne, nimirum, eidem in necem creditoris succurratur. Attamen, ARN. VINNIVS in *sel. iur. quaest. lib. 1. cap. XI.* distinctionem a nobis prolatam contra hanc interpretationem haud inconcinne iam defendit. Ad quem igitur lectorem remittimus.

§. XVII.

Continuatio paragraphi antecedentis.

In post riori autem casu, nempe, si minor, pro quo quis fid iussit, non certam personae qualitatem induerit (§. antec.); leges adhuc ita distinguere iubent; utrum fideiussor pro minore ex contemplatione iuris praetorii intercesserit, seu, quod idem est, utrum sciens eum minorem esse, ob eam duntaxat causam intercesserit, ut creditori cautum esset, qui alioquin propter incertum aetatis ac restitutionis cum minore non contraxisset; an sine contemplatione iuris praetorii id est, ignorans eum minorem esse, simpliciter tanquam pro quouis alio interuenerit. De quolibet in sequentibus.

§. XVIII.

Quid? si quis pro minore, qui certam personae qualitatem non induit, ex contemplatione iuris praetorii fideiusscrit.

Quod si fideiussorem spectemus, qui pro minore, qui certam personae qualitatem non induit, ex contemplatione iuris praetorii intercessit (§. antec.); omnino adfirmandum est, ei auxilium restitutionis minoris non prodesse. Nam tunc creditor ei potius, quam minori propter metum restitutionis fidem habuit. Huc spectant verba VLPIANI g): in causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt: ut puta fideiussoribus. Itaque si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum fideiussori in necem meam subueniri; sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa, perpendendum erit Praetori, cui potius subueniat, utrum creditori, an fideiussori: nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non dari ei subuenire; hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore

contra-

g) in l. 13. pr. D. de minoribus.

contraheretur. Vnde tractari potest: minor in integrum restitutionem utrum aduersus creditorem, an et aduersus fideiussorem implorare debeat? Et puto tutius aduersus utrumque. Causa enim cognita, et praesentibus aduersariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt. Hanc legem, quam perspicere multum heic interest, ita declaro. In causae cognitione circa restitutionem minoris, pro quo quis intercessit, duplex quaestio moueri potest. Quarum prima eo tendit: utrum minori capto seu laeso tam aduersus creditorem, quam fideiussorem, qui eum actione mandati conuenit, restitutio competat? Id quod ab VLPIANO adfirmatur. Nam minor captus, inquit, neutri tenetur; modo aduersus utrumque, si tutius agere velit, restitutionem in integrum impleret. Nam VLPIANVS addit: unde tractari potest: minor in integrum restitutionem utrum aduersus creditorem, an et aduersus fideiussorem implorare debeat? Et puto tutius aduersus utrumque. Si rationem quaeras illam statim ita subiungir: causa min cognita, et praesentibus aduersariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt. Itaque minor et contra fideiussorem intuitu regressus restituitur, ita, vt, si fideiussor creditori satisfecerit, et eum actione mandati rursus conuenire velit, beneficium restitutionis in integrum ei per modum exceptionis opponere possit. Quae tamen cessabit, si minor in dolo fuerit. Nam fideiussori, dolo minoris decepto, ideo actio mandati efficax competere debet, quia, vt ipse VLPIANVS h) asserit, in delictis minori non subueniatur. Porro secunda quaestio, quae heic moueri potest, eo spectat: utrum, minore aduersus creditorem restituto, etiam fideiussoribus aduersus creditorem succurrendum sit; proinde, quod non soli minori, sed etiam his, qui pro eo sunt obligati, auxilium restitutionis aduersus creditorem prosit? Et VLPIANVS respondet: In summa perpendendum erit Praetori, cui potius subueniat, utrum creditori (aduersus fideiussorem) an fideiussori (aduersus creditorem). Hinc quaestionem secundum circumstantias facti decidendam esse voluit, et praecipuas quoque adfert. Itaque, pergit, si cum (ego, tanquam creditor) scirem minorem (i. e. debitorem

h) in l. 9. §. 2. D. de minoribus.

principalem esse minorem), et ei fidem non haberem (nempe ob metum restitutionis), tu fideiusseris pro eo, (intellige: etiam sciens, seu consulto consilio i), non est aequum, (tibi fideiussori, in necem meam (tanquam creditoris) subueniri; sed potius ipsi (scu tibi) deneganda erit mandati actio. Quod ita intelligo. Non est aequum hoc casu, ubi quis ex contemplatione iuris praetorii pro minore intercesserit, fideiussori per restitutionem in integrum aduersus creditorem succurrere, et ita damno hunc adficere, propterea quod fideiussor restitutionem ideo implorare nequeat, quoniam iam tempore fideiussionis huic beneficio ipso facto renuntiavit, dum sciens prudensque se pro minore obligavit. Quare et fundamentum restitutionis, nempe, quod sine sua culpa laesus sit k), heic cessare, omnino consequens est. Ideoque fideiussori in necem seu damnum creditoris hic non subueniendum est; sed potius, quemadmodum ipsi contra minorem mandati actio deneganda, ita eius imploratio restitutionis aduersus creditorem reiicienda erit.

§. XVIII.

Continuatio paragraphi antecedentis.

Ex hac interpretatione, quam in paragrapho antecedenti proxime persequuti sumus, iam istae leges simul maiorem lucem accipiunt, quae nobis iam supra (§. XV.) cum MERILLIO in controuersia fuerunt, et quarum prima est l. 7. §. 1. in fine D. de exception. Quam ita magis explico. Quod si deceptus sit (minor) in re (i. e. re vera ex facilitate sua, non dolo creditoris, prout antecedentia verba huius legis docent), tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit (Nam restitutio in

inte-

*) Id quod adparet ex IULII PAULI sentent. recept. lib. 1. tit. IX. de minor. XXI. ann. §. 6. Vbi: Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur.

k) Nam damnum quod quis sua culpa sentit, ipse sentire debet.

D

integrum generatim est beneficium iuris (§. III.). Quod proinde non ipso iure competit; quia beneficia nemini obtruduntur; sed, facta imploratione, restituto laeso auxilium praebet.), nec fideiussori (restituto minore) *danda est exceptio* (nempe ex persona restituti minoris, si ex contemplatione iuris praetorii pro eo intercesserit). Alteram legem, nimirum *l. 2. C. de fideiussor. minor.* quod attinet, illa nunc ita adhuc illustrari potest. *Si ea, quae tibi vendidit possessiones interposito decreto praefidis, aetatis tantummodo auxilio iuuatur* (nempe, quod non ex tuo dolo, sed ex sua facilitate restituatur): *non est dubium, fideiussorem ex persona sua* (tibi, tanquam emptori) *obnoxium esse contractui* (seu contractus venditionis causa, si ex contemplatione iuris praetorii apud te pro minorenni venditrice intercesserit). *Verum si dolo (tuo) malo apparuerit contractum interpositum esse: manifesti iuris est, utrique personae, tam venditricis (minorennis) quam fideiussoris (ob dolum tuum) consulendum esse.*

§. XX.

Quid? si quis pro minore, qui certam personae qualitatem non induit, sine contemplatione iuris praetorii fideiussorit.

Postremum, *si fideiussor pro minore, qui certam personae qualitatem non induit, sine contemplatione iuris praetorii, id est, ignorans eum minorem esse, simpliciter tanquam pro quouis alio interuenit* (§. XVII.); dicendum est, restitutionem minoris et fideiussorem liberare. Nam tunc fideiussor a creditore conuentus huic obicere potest, liberato reo principali, liberari etiam accessiones (§. XIII.). Quodsi creditor replicet, se ei potius, quam minori, propter metum restitutionis fidem habuisse; tunc probet, fideiussorem sciuisse debitorem principalem esse minorem (§. XVIII.). Nam fideiussor minorennem aetatem debitoris principalis ignorare potuit; quemadmodum ex contraria

traria ratione a PAPINIANO *l*) statuitur, fideiussorem, qui cum muliere pro quodam intercessit, subducta muliere, ideo in solidum teneri, quod scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere. Iam sexum quidem, quippe quem quilibet publice profiteretur, scire possumus, neutiquam vero minorem aetatem, quae ne quidem ex habitu corporis semper elucet *m*). Ipse creditor culpa suae damnum ferat, quod fideiussori intercessionis legem non apertius dixerit, cum utique potuisset praemonere, ideo se eum accipere fideiussorem, ut loco minoris, pro quo iam intercederet, in subsidium eum obligatum habere velit, siue in integrum minor posthac restitueretur, siue non. Quo facto imputaretur sane fideiussori, cur ea lege ad fideiussionem accesserit. Neglecta autem hac declaratione magis fideiussori quam creditori succurrendum est *n*).

§. XXI.

Paragraphus antecedens per remotionem obiectionis cuiusdam continuatur.

Quae quum ita se habeant, neque creditor cum VINNIO *o*), quem etiam LAVTERBACHIVS *p*) sequitur, urgere potest, fideiussorem ideo manere obligatum, quod per restitutionem minoris non ipsa res solvatur, sed persona minoris tantum liberetur. Nam *l. 19. D. de duob. reis const.* quam hanc in rem adducunt

D 2

l) in *l. 48. pr. D. de fideiussor. et mandat.*

m) Consentit IAC. CUIACIVS in *observationibus lib. X. cap. XXIII.*

n) Id quod etiam comprobatur ANT. FABER in *coniecturis iuris civilis lib. 8. cap. 3.*

o) in *selectis iuris quaestionibus, lib. 1. cap. XI.*

p) in *colleg. theor. pract. lib. 4. tit. 4. §. 20.*

ducent, id plane non probat. Est enim sequentis tenoris: *cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis diminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur: multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur, cum persona liberatur, manente obligatione: alter durat obligatus.* Itaque in hac lege fermo est de duobus reis, quorum quilibet creditori principaliter in solidum tenetur. Hoc casu verum est, restitutionem vnus non liberare alterum; quia hic non accessorie sed principaliter est obstrictus. Nobis autem de iis fermo est, quorum vnus, vtpote minor, principaliter, alter vero, vtpote fideiussor, accessorie tantum est obligatus. A correo autem ad fideiussorem, qui se non correaliter obligauit, argumentari non licet. Et quamuis iure antiquo fideiussor vt correat tenebatur, adeo, vt creditor, etiam omisso debitore principali, statim fideiussorem conuenire posset *q*); tamen nouo iure *r*) illud est sublatum. Porro in dicta lege dicitur, cum persona liberatur, *manente obligatione*, alter durat obligatus. Iam VINNIO ante omnia probandum est, minorem restitutum, ideoque liberatum, adhuc manere obligatum. Vt mihi quidem videtur, id sibi inuicem est contrarium. Nam per restitutionem negotiorum rescinditur (§. III.) seu, quod idem est, obligatio ex priori negotio resultans tollitur; quia fit reductio in pristinum statum. Haec autem omnino inuoluit, vt is, qui antea erat obligatus, iam non maneat obligatus. Quare PAVLVVS *s*) optime dicit: *restitutio autem ita facienda est, vt unusquisque in integrum ius suum recipiat.* Quapropter etiam cum IULIANO *t*) rectius existimari puto: *sublata obligatione eius pro quo fideiussum sit, eum quoque, qui fideiusserit, liberari.*

§. XXII.

q) l. 5. C. de fideiussor.

r) Nou. 4. cap. 1. et auth. praesente C. de fideiussor.

s) l. 24. §. 4. D. de minor.

t) l. 38. §. 5. D. de soltion. et liberat.

§. XXII.

Antea dicta per interpretationem l. 95. §. 3. D. de solut. et liberat. adhuc confirmantur, et simul ostenditur, quatenus fideiussor, qui minoris heres factus est, ex huius persona auxilio restitutionis in integrum uti possit.

Haec decisio, quam in proxime antecedentibus paragraphis fecimus, etiam a PAPINIANO u) confirmatur. Eius verba ita se habent: *Quod vulgo iactatur, fideiussorem qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari: totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio inuenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur: e contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem, nam si minori viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore: difficile est dicere causam iuris honorarii quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fideiussor is accessit sine contemplatione iuris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus saluum erit. Hic textus ob peruersam verborum conceptionem multis difficultatibus premitur, quae tamen secundum ipsam eius et aliarum legum mentem, ut mihi videtur, ita declarari potest. PAPINIANO in hoc textu ostendere animus est, quatenus regula iuris: fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari; recte se habeat. Et distinguendum esse asserit: utrum rei promittendi seu debitoris principalis obligatio sit plenior fideiussoris obligatione; nec ne. Si prius, quod obligatio debitoris principalis sit plenior fideiussoris obligatione, hoc est, quod magis efficax contra illum, quam hunc sit creditoris petitio; istam regulam esse veram, adfirmat. Totiens enim, inquit, verum est, quotiens rei plenior promittendi*

D 3

obliga-

u) l. 95. §. 3. D. de solution. et liberat.

obligatio inuenitur. Si quaeris, quare? Ipse PAPIANVS x) tibi respondet; quoniam obligatio maior tollit minorem. Ut ecce, si debitor principalis sit naturaliter et ciuilitur obligatus, magis efficax contra eum, quam fideiussorem est creditoris petitio. Nam quamuis et fideiussor naturaliter ac ciuilitur creditori sit obligatus; tamen eius obligatio non est principalis, sed accessoria, et ob id ipsum debitoris obligatio est plenior. Quare, si fideiussor existat debitoris heres, ex causa fideiussionis liberatur. Iam obligatio fideiussoria in hereditariam transit y). Hoc est, obligatio fideiussoria exstringitur, et fideiussor, quemadmodum alibi z) dicitur, *solummodo quasi*, id est, sicut *heres rei tenetur*. Et porro IULIANVM scripsisse ibidem narratur: *si fideiussor heres exstiterit ei, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum ex causa fideiussionis liberari.* Hoc est, fideiussorem iam repraesentare ipsum debitorem principalem, et ita, sublata fideiussoria obligatione, tanquam ipsum debitorem principalem creditori duntaxat esse obnoxium. Quum igitur hoc certum sit, fideiussorem, qui debitoris principalis sit heres, ex causa fideiussionis liberari, si debitoris principalis obligatio sit plenior, adhuc quaeritur: *utrum quoque haec obligatio fideiussoria extinguatur si debitori principali beneficium restitutionis competierit, ita ut fideiussor, extincta eius fideiussoria obligatione, in locum debitoris principalis intret, et ex huius persona tanquam heres auxilio restitutionis uti queat?* Et respondet PAPIANVS non potest dici non, tolli fideiussoris obligationem, si (id est, etiamsi a) debitor propriam et personalem habuit defensionem; modo sine contemplatione iuris Praetorii accesserit. Nam tunc
difficile

x) in l. 50. D. de fideiussor.

y) iuxta d. l. 50. D. de fideiussor.

z) nempe in l. 5. D. de fideiussor.

a) Seu: *si maxime.* Quod coniunctio si heic ita sumenda sit, id ipse contextus et praeterea partim quoque leges, ubi passim pro etiamsi ponitur (vid. BARN. BRISSONIVS de verbor. signif. voc. si, num. 3.) partim vsus auctorum classicorum probat. Vide HORAT. TURKELINVM de particulis latinae orationis pag. 960. num. 19.

difficile est, inquit, dicere causam iuris honorarii (id est, minorenem aetatem, ob quam ius honorarium minori auxilium restitutionis in integrum concedit) quae potuit auxilio minori esse, retinere (id est, efficere adhuc durare) fideiussoris obligationem, quae (tamen accessoria) principalis (obligationis) fuit, et cui fideiussor accessit sine contemplatione iuris Praetorii. Quare concludit. Auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus saluum erit. Attamen semper cauendum est, ne istius limitationis obliuiscamur, quam PAPIANVS magna cura ita adiecit: modo sine contemplatione iuris Praetorii accesserit. Quodsi enim fideiussor ex contemplatione iuris Praetorii intercesserit, ei tanquam heredi ex persona minoris restitutio in integrum competere nequit; quia creditor tunc magis fideiussoris quam minoris fidem sequutus est. Hanc vero fideiussor ideo fallere nequit, quod fideiussoria obligatio propter principalem obligationem, quae maior fuit, iam extrinsecta sit. Hoc enim creditorem, qui sibi diligenter prospexerat, seu, qui alioquin propter periculum et incertum aetatis ac restitutionis non fuerat cum minore contracturus, damno adficere non debet. Id quod etiam ipse PAPIANVS alibi b) ita satis indicat: Neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.

§. XXIII.

Continuatio paragraphi antecedentis.

Plane aliter dicendum est, si debitoris principalis obligatio non sit plenior fideiussoris obligatione (§. antec.). Nam tunc hae obligationes sunt vel eiusdem potestatis, vel non, sed principalis obligatio est minor fideiussoria obligatione. Si prius, non potest reperiri, cur altera potius quam altera confunderetur c). Verbi gratia, si fideiussor, renuntiato beneficio excussionis, se
simul

b) l. 3. pr. D. de separationibus.

c) l. 5. D. de fideiussor.

simul principaliter tanquam correum promittendi obligauerit. Tunc creditor fideiussorem vel tanquam reum principalem, vel tanquam fideiussorem conuenire potest. Nam in solidum cum eo bis agere non licet *d*). Si *posterius*, quod verbi gratia, debitor principalis forsitan naturaliter duntaxat fuerit obligatus; seu, quod fideiussor minoris obligationi ex contemplatione iuris praetorii accesserit (§. XVIII); tunc fideiussor, qui ei successit, non liberabitur; quia ex obligatione principali non efficax nascitur petitio, quae tamen heic ex fideiussoria competit. Obligatio autem minor non potest tollere maiorem. Huc spectant verba PAPIANI: *nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur*. Quae tamen CUIACIUS *e*) ex mente PAPIANI et ex Graecorum versione ita emendat: *nam si reus natura duntaxat* (ego dicerem: minus efficax) *fuit obligatus, fideiussor non liberabitur f*).

§. XXIII.

Quaenam fideiussio in dubio praesumitur? Ea, quae ex contemplatione iuris praetorii, aut quae sine hac contemplatione interponitur?

Itaque, quum in effectu multum interfit, qua ratione quis pro minore intercesserit, vtrum hoc ex contemplatione iuris praetorii sit factum, an sine ea (§. XVII-XXIII.); merito quaeritur: *quid in dubio sit praesumendum?* ANTON. FABER *g*) vltimum, nempe, quod fideiussor sine contemplatione iuris praetorii

d) l. 1. C. de fideiussor. tut. vel curat.

e) in obseruat. lib. II. obs. XXXIV.

f) Hanc emendationem probat ANTON. FABER in *coniecturis iuris civilis*, lib. VIII. cap. IV. Eique adsensum suum praebet BENED. CARPZOV in *urispr. forens. par. II. const. 18. def. 13.* IO. BRUNEMANN in *comment. ad l. 95. D. de solut. et liberat. num. 4.* et plures alii, quorum auctoritatem et theoretici et practici sequuntur.

g) in *coniectur. iur. civ. lib. VIII. cap. III.* et in *codice suo desinit. forens. lib. 1. tit. XIII. def. 1.*

torii intercesserit, praesumendum esse putat. Eius verba sunt: *In quaestione illa, an in integrum restitutio minori concessa pro fit fideiussori, placet distinctio, an pro minore fideiussor interuenerit eo prorsus modo, quo pro maiore interuisset (id est, vt postea explicat, sine contemplatione iuris praetorii), quod simpliciter accepto fideiussore, in dubio praesumendum. Sed quam ex ratione? Quia dicit, in dubio iure communi usus quis creditur potius quam speciali, sicut et causa naturalis inspicitur magis, quam accidentalis. Verum, ego quidem, quod ingenue fateor, vim huius rationis non perspicio. Nam, si creditor fideiussorem pro minore simpliciter accipit, fideiussor aut scit, debitorem principalem esse minorem; aut hoc ignorat. Si illud scit, excusare se non potest, quod sine contemplatione iuris praetorii intercesserit; quia ignorare non debet, creditorem ei potius, quam minori, ob metum restitutionis, fidem habere voluisse. Itaque fideiussor sibi imputet, quod minoris conditionem non ignorans pro eo interuenerit h). Iam secundum ius commune et ipsam rei naturam restitutio minoris ei prodesse nequit (§. XVIII. XVIII.). Quodsi vero debitorem principalem esse minorem ignorat; tunc non aliter, quam pro quouis alio, qui creditori efficaciter est obligatus, interuuisse censerit potest. Itaque creditor sibi imputet, quod fideiussor restitutionem a minore impetratam perinde in usus suos conuertat, ac si a maiore impetrata esset, nimirum ita, vt sublata huius per restitutionem obligatione principali, etiam sua fideiussoris obligatio extinguatur (§. XX.) i).*

§. XXV.

Continuatio paragraphi antecedentis.

Quae quum ita sint, ni fallor res eo redit, utrum is, qui pro minore intercessit, conditionem minoris in dubio sciuisse, an ignorasse

E

raffe

h) Consentit ARN. VINNIUS in *select. iuris quaestion. lib. 1. cap. XI.*

i) Hanc sententiam quoque fouet IO. ORTW. WESTENBERGIVS in *princip. iur. sec. ord. Dig. lib. 4. tit. 4. §. 24. num. IV.*

rasse praesumendus sit? Putarem, si rem in se spectemus, neutrum esse praesumendum, quum vtrumque, num quis sit maior, an minor in simili facto consistat. Quare heic omnia ad arbitrium potius boni iudicis redire videntur. Attamen, quum in iis, quae scire possumus et ignorare non debemus, ignorantia facti noceat *k)*, et is quoque, qui pro alio intercedit, huius conditionem ignorare non debeat, iuxta regulam iuris: qui cum alio contrahit, debet esse non ignarus conditionis eius *l)*: animaduertendum esse censeo, num intercedens, aetatem debitoris principalis, quod sit minor, diligentius inquirendo, notam habere potuerit; *ne ne*. Si prius, restituito licet minore, eum teneri credo, etiamsi se minoris conditionem ignorasse perhibear. Nam hoc sibi imputare debet. Est in culpa. Et damnnum, quod quis sua culpa sentit, non sentire videtur. Hoc praesertim mandatore munerat. *Facilius*, enim inquit *VLPIANVS* *m)*, in mandatore dicendum erit, non debere ei subuenire: hic enim velut *adfirmator* fuit et *suasor*, ut cum minore contraheretur. Nemo autem facillime alterius mandator vel suasor erit, nisi eius conditionem antea satis explorauerit. Denique si *posterius* spectemus, nempe, quod *fideiussor* conditionem minoris scire non potuerit; eum quoque teneri dubito; quum nulla culpa ei imputari possit. Et, quemadmodum exceptio *Senatusconsulti Macedoniani* nulli obstat, nisi qui sciret, aut scire potuisset, *filiumfamilias* esse eum, cui credebatur *n)*; ita etiam nulli *fideiussori* contra liberationem exceptionem *fideiussionis* obstat, nisi creditor doceat, quod *fideiussor* sciuerit aut scire potuisset, *minorem* esse eum, pro quo *fideiussit*.

§. XXVI.

k) l. 9. §. 2. D. de iur. et fact. ignor.

l) l. 19. pr. D. de reg. iur.

m) in l. 13. pr. D. de minor.

n) l. 19. D. de *Senatuscons. Maced.*

§. XXVI.

De quaestione: quatenus socio vel litis consorti ex persona sui socii vel litis consortis restitutio in integrum indulgenda sit? Vbi imprimis ostenditur quid socii vel litis consortes significant.

Haec de eo, quatenus fideiussori ex persona debitoris principalis restitutio in integrum competat (§. XIII-XXV.), sufficiant. Nihil restat, quam quod paucis adhuc exponam, *quatenus socio vel litis consorti ex persona sui socii vel litis consortis restitutio in integrum indulgenda sit (§. I.) o*) Qua in re imprimis notandum est, socios heic generatim vocari *plures, ad quos aliquid communiter, seu sine partitione, pertinet*. Verbi gratia, qui habent aedes communes *p*). *Isti plures, si sint tales, ad quos eadem caussa controuersa in iudicio spectat, dicuntur LITIS CONSORTES*. Veluti plures actores, vel plures rei in eadem caussa *q*). Quae quum ita sint, sequitur, litis consortes esse speciem quamdam sociorum. Itaque quae generatim de sociis valent, et ad litis consortes accommodari possunt.

§. XXVII.

Ipsa quaestio in paragrapho antecedenti indicata exponitur, praesertim quoad socios vel litis consortes maioremnes,

Iam quod istam quaestionem attinet, *quatenus socio vel litis consorti ex persona sui socii vel litis consortis restitutio in integrum indulgenda sit?* distinguendum esse censeo, *utrum socii vel litis*

E 2

confor-

o) IO. FRID. FLEISCHER *de minorum restitutione in integrum litis consortibus maioribus proficua*. Erford. 1724.

p) l. 18. §. 5. *D. de damno infecto*.

q) Vid. tit. *C. de consortibus eiusdem litis* et CHRIST. WILDVOGEL *diff. de consortibus litis*, Ienae 1699.



confortes omnes sint maiorenes; an vnus sit maiorens alter vero minorens; an omnes sint minorenes. Si *primum casum* cogitemus, socius restitutionem in integrum *vel suo tantum nomine, vel nomine omnium* petit atque impetrat. *Hoc casu* restitutio omnibus reliquis prodest; quia id, quod in causa communi, nomine omnium petatum atque obtentum, ita spectari potest, ac si quilibet eorum illud sibi adquisiisset. Quare omnibus quoque restitutio prodesse debet, si illa uti velint. *Isto autem casu, nimirum si socius suo tantum nomine restitutionem petit atque impetrat*, hoc factum est in causa, quae in se considerata *vel diuisionem* admittit, *vel non*. *Haec* restitutio itidem omnibus reliquis prodesse debet *r)*. Nam haec restitutio solius tantum rei causa concedi potuit, adeoque ex ipsa rei conditione effectum sortiri debet. Iam vero res ad omnes socios communiter ita spectat, ut ne quidem in se considerata diuisionem admittat; adeoque impossibile est, ut restitutio in partem valeat, in partem non valeat. Id circo non tantum ei, qui restitutionem petit atque impetrat, sed etiam eius sociis utilis esse debet. *Ibi vero, si causa, in qua socius vel litis confors restitutionem suo tantum nomine petit atque impetrat, in se considerata diuisionem admittat*, ex huius persona reliquis restitutio prodesse nequit *s)*. Nam quemadmodum, si vnus ex confortibus pro parte sua agit vel excipit, si vincatur aut vincat, illud suis confortibus neque proderit neque oberit; siquidem pro sua parte tantum agit vel se defendit *t)*; ita etiam, si vnus ex confortibus in causa, quae diuisionem admittit, suo tantum nomine restitutionem petit atque impetrat, haec restitutio ad suos confortes nihil spectat, sed cuiuslibet liberum atque integrum est, ut solus quoque, qui laesus est, restitutionem petat, si illud e re sua esse sibi videatur.

§. XXVIII.

r) arg. l. 10. §. 4. D. de appellat. et restit. l. 2. C. si vnus ex plur. appellau.

s) arg. l. 10. §. 4. D. de appel. et relat.

t) PAVL. CHRISTIANEVS in decisionibus, vol. 2. decis. 186. num. 2.

§. XXVIII.

Nominata quaestio inuestigatur, si sociorum vel litis consortium vnus sit maiorennis, alter vero minorennis.

Quodsi vero secundum casum spectemus, ubi sociorum vel litis consortium vnus sit maiorennis, alter vero minorennis, et quaeratur, num ex persona eius, qui restitutionem impetrauit, alteri quoque ista restitutio indulgenda sit (§. antec.)? ante omnia animaduertendum est, vtrum is, qui restitutionem obtinuit, fuit maiorennis, an minorennis. *Priori casu idem dicendum est, quod in paragrapho antecedenti proposui. Nulla enim adest diuersitatis ratio, quae aliter iudicare nos adstringeret. Posteriori autem casu adhuc refert, vtrum minori restitutio concessa sit ex causa cum maioribus communi, an ex causa minoribus tantum propria, nimirum ob minorennem aetatem (vid. §. XIII.). Ibi iterum eadem, quae antea (§. XXVII.) prolata sunt, locum habent; quia minor intuitu istius causae maiorenni aequiparandus est. Haec vero, si minor ex causa personae minorennis tantum propria, seu aetatis auxilio, restituitur, et quaestio, prout saepissime fieri solet, moueatur, num ex minoris persona eius socius vel litis confors maiorennis beneficio restitutionis frui possit? multum interest, vtrum causa minori cum maiorenni communis sit indiuidua, an diuidua. Si causa sit indiuidua, seu quod idem, quae ita comparata est, vt minor effectum restitutionis plene sentire nequeat, nisi eius socius vel litis confors simul restituatur ^u); tunc restitutio minoris eius socio vel litis consorti quoque indirecte seu per consequentiam prodest, vt minoris ius saluum esse possit ^x). Quum igitur*

focius

^u) Vid. CARPZOV. in process. tit. 19. art. 2. num. 33. et seq. et SFORTIA ODDVS in tr. de restit. in integr. par. 1. qu. 94. art. 4. num. 12. et art. 5. num. 15.

^x) Huc facit l. 10. pr. D. quemadm. seruit. amitt. Vbi: si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet vterque non vteretur, tamen

focius vel litis confors minoris ideo ex persona minoris restituatur, quod minor restitutionem heic petierit et impetrauerit, statim quoque sequitur, illam ad socium vel litis consortem non pertinere, si minor ista restitutione uti nolit, sed maior factus negotium damnosum aut ratihabeat et quidem vel expressè y) vel tacite, accedente facto approbatio x); aut si tempus quadriennii praeterlabi patiatur (§ VI.). Quare, verbi gratia, maiorennis eo tantum sub praetextu, quod frater minorennis concurrat, propter hunc restitutionem petere nequit.

§. XXVIII.

Continuatio paragraphi antecedentis.

Quodsi vero *caussa* minori cum maiorenni communis, in qua minor auxilio auctatis restituatur, sit diuidua (§. antec.), seu talis, ut minor effectum restitutionis plene sentire possit, licet eius focius vel litis confors simul haud restituatur, tunc restitutionis beneficio frui non possunt minoris focii vel litis confortes maiorennis; quia hoc casu ratio cessat, ob quam illis restitutio minoris antea (§. antec.) simul competebat. Quare, cum heic

propter pupillum et ego viam retineo. Si quaeris: quare? et responsio in promptu est: quia seruitus diuisionem non recipit. Adde l. 4. §. 3. et 4. D. si seruitus vindicetur l. 47. §. 1. D. de minor. Quare in der erlaüterten und verbesserten chur-sächsischen Proceß und Gerichts Ordnung ad tit. IX. §. 4. quoque ita sancitum est; und im übrigen soll dieses beneficium restitutionis in integrum denen Litis consorten, so nicht vor sich gleiches Privilegiü fähig sind, weiter nicht, als in causis, so an sich selbst indiuiduae sind, zu statten kommen. Sicque responderunt lreconsulti lenenses, teste WILDVOGEL in responsis, resp. 71. num 16. denn obwohl gesetzt, quod restitutione minoris maiori non possit patrocinari; So ist doch dieser von causis separatis ac diuiduis zu verstehen, eine andere Beschaffenheit hat es mit denen causis connexis ac indiuiduis, wie diese Erbschafts-Sache ist, in quibus restitutio minoris sororis maiori omnino prodest.

y) l. 1. et 2. C. si mai. fact. ratih.

x) l. 3. §. 1. et 2. D. de minor.

heic restitutio ex causâ minoribus tantum propria fit, adeoque Praetor minoribus solummodo succurrere voluit a), statim consequens est, vt maiorennibus, quippe in quibus ista restitutionis causâ deficit, beneficium restitutionis minori concessum patrocinari nequeat. Hinc, si duo fratres consortes, vnus maior viginti quinque annis, alter minor, de hereditate paterna, tanquam re diuidua, cum tercio aliquo transigerunt; minori quidem, fragilitate aetatis laeso, succurreretur, et proderit minori restitutio, caeterum pro parte duntaxat sua, quatenus scilicet ipsius interest: fratri autem maiori non proderit b).

§. XXX.

Quod restitutio minoris ex capite aetatis in causâ communi diuidua eius litis consorti non proficiat, declaratione l. vn. C. si in comm. ead. caus. et l. 2. C. si vn. ex plur. appell. simul ostenditur.

Id quod modo probauimus, restitutionem minoris ex capite aetatis in causâ communi diuidua eius socio vel litis consorti non prodesse, imperatores DIOCLETIANVS ET MAXIMIANVS c) quoque ita sanciant: *Nec, si maior viginti quinque annis soror vestra fuit, vobis non mandantibus, nec ratam transactionem habentibus, de iure vestro quicquam minuere potuit. Nam si cognitis, quae gessit, his consensum post viginti quinque annos aetatis commodastis: quamuis illa minor pro portione sua restitutionis auxilium implorare possit: vobis tamen, ad communicandum Edicti perpetui beneficium, eius aetas patrocinari non potest.* Hanc legem ita declaro: Duo fratres

- a) Id quod etiam adparet ex l. 3. §. 4. D. de minoribus Vbi: Praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus.
 b) Ita quoque iudicant ARN. VINNIUS in *sel. iur. quæst. lib. 1. cap. XI.* GEORG. AD. STRVV in *syntag. iur. ciu. §. 60.* LAVTERBACH in *colleg. theor. pract. lib. 4. tit. 4. §. 19.* et plures alii.
 c) in l. vn. C. si in communi eademque causa in integrum restitutio postulat.

fratres et soror fundum communem habent, quem possidet Titius. Soror de isto fundo cum Titio transigit. Quo facto, quaeritur: *num ad hancce transactionem seruandam et fratres et soror obstricti sint?* Et, quod fratres primum spectat, distinguendum est, *utrum* transactionem sorori mandauerint aut ratam habuerint, *nec ne.* *Posteriori casu* fratres transactionem seruare non tenentur; quia in illam non consenserunt, adeoque soror de iure eorum nihil minuere potuit. *Priori autem casu* fratres ob consensum transactioni stare obligantur, siue tempore transactionis iam fuerint maiorenes, siue minorenes; sufficit enim, quod ultimo hoc casu, adepta maiorenitate, cognitis iis, quae soror gessit, his consensum commodauerint; quia ob sequutam ratihabitionem perinde habetur, atque si ab ipsis fratribus maiorennibus negotium gestum fuisset *d*). Deinde quod ad sororem attinet, si, *num haec transactioni satisfacere Titio obstrictus sit?* quaeratur; omnino refert, *utrum* fuerit maiorensis, an minorensis, cum istam transactionem cum Titio iniiit. Si *prius*, nullum est dubium, quin eam seruare debeat. Si vero *posterius*, imperatores volunt, sororem ex capite minorensis aetatis contra transactionem pro portione sua restitutionis auxilium implorare posse. Quo impetrato, quaestio enascitur; *num haec restitutio fratribus, qui alias transactionem, ob datum in illam consensum, seruare debent, patrocinari possit?* Et imperatores sanciunt, fratribus aetatem sororis ad communicandum Edicti perpetui beneficium patrocinari non posse. Quare? Quia restitutio, quam Praetor ob lubricum aetatis minoribus largitur, in causa diuidua, qualis haec est, fociis vel litis confortibus minoris, ob suam ipsius naturam, prout antea probauimus, prodesse nequit. Huc quoque spectat constitutio imperatoris ALEXANDRI *e*). Quae ita se habet: *Si in una eademque causa vnus appellauerit, eiusque iusta appellatio pronuntiata est: ei quoque prodest, qui non appellauerit.* Quod si aetatis auxilio vnus contra sententiam restitutionem

d) l. 1. et 2. C. si maior factus ratum habuerit.

e) in l. 2. C. si vnus ex pluribus appellauerit.

nem impetrauerit: maiori, qui suo iure non appellauerit, hoc rescriptum non prodest. Accipe interpretationem, qua hancce constitutionem ita clariorem reddo. Distinguit imperator inter appellationem et restitutionem in integrum auxilio aetatis competentem, qua in vna eademque causa vnus litis consortium sententiam impugnavit. Et ab eo sancitur, *appellationem* quoque alteri litis consortium, qui non appellauit, prodesse; *restitutionem* autem, *auxilio aetatis contra sententiam impetratam, maiori, qui suo iure non appellauerit, minus proficere.* Iam quaeritur: quatenam sit huius discriminis causa? Et videtur illam ex diuersa appellationis ex capite aetatis natura repetendam esse. Nam tam minori quam maiori contra sententiam grauanti appellare licet. Itaque, si hoc ab vno litis consortium in vna eademque defensionis causa fiat *f*), nihil obstat, quo minus et alteri, qui non appellauit, ista appellatio proficiat, quam ipse appellandi facultate gaudeat. Et hanc ipsam ob causam imperator quoque voluisse videtur, vt vnus appellantis victoria, aliis quoque, qui non prouocarunt, proficiat, vt, si appellatio iusta pronuntiata sit, vno appellante, sententia prior quoad omnes condemnatos rescindatur *g*), ita vt nihil intersit, vtrum causa sit diuidua, an minus *h*). Plane aliter vero se res habet, si de restitutione, ex capite aetatis contra sententiam impetrata, sermo sit. Nam haec ex persona minoris eius litis consorti maiorenni non patrocinatur, nisi causa sit indiuidua. Quare si causa sit diuidua, quam imperator *ALEXANDER* heic intelligere debet, ne *PAVLO* *i*) contradixisse videatur, sibi imputet maiorennis litis consors, quod suo iure contra sententiam non appellauerit; siquidem hac ratione contra sententiam in hoc casu, quo restitutio minoris personam non egreditur, se tueri potuisset.

§. XXXI.

f) l. 10. §. 4. D. de appellat. et relat.

g) l. 1. C. si vnus ex plur. appell.

h) IO. BRUNNEMANN ad d. l. vn. num. 1. C. si vn. ex plur. appell.

i) in l. 10. pr. D. quemadm. seru. amit.

In diiudicanda caussae communis indiuiduitate semper obiectum, super quo lis vertitur, respiciendum est.

Antea demonstraui, restitutionem a minore auxilio aetatis in caussa communi indiuidua impetraram prodesse eius socio vel litis conforti maiorenni (§. XXVIII.); neutiquam vero si caussa communis sit diuidua (§. XXVIII. XXX.). Hoc si verum est, vti est, iam maxime de eo controuertitur, quaenam caussae speciatim pro indiuiduis vel diuiduis habendae sint. Verbi gratia, num, si minor contra neglectiorem fatalium in processu restituatur, haec fatalia numero caussarum indiuiduarum indistincte censi possint, an ad obiectum, super quo lis vertitur, respiciendum sit? Olim iureconsulti Vitembergenses fatalia processus inter caussas indiuiduas connumerare solebant; eamque ob causam in omni neglectione fatalium, restitutione a minore auxilio aetatis impetrata, quoque eius litis confortem maiorem iuuari, saepius responderunt *k*). Quare et IO. HENR. DE BERGER *l*) quondam generatim adferere non dubitauit, caussas indiuiduas quoque esse fatalia processus, vt, sicubi maior minor- que

k) Sic teste CASP. HENR. HORNIO in *responsis iuris cl. 14. resp. 13.* Scabinatus Vitembergensis anno 1699. respondit verb. *dergleichen Personnen aber der Restitution in integrum contra lapsum fatalium sich zu erfreuen haben, in dergleichen casu die denen Unmündigen zum Besten geordnete Rechts-Wohlthat auch denen Mündigen allerdings zu statten kommet* - - - . Porro testatur DN. DE BERGER *par. 2. resp. 87.* facultatem Vitembergensis anno 1700. respondisse verb. *Wie nicht weniger, da auch gleich an Beklagten Seiten maiores deconcurrireten, jedennoch selbigen gleicher Gestalt in passu fatalium, als an sich selbst indiuiduo, ohne Unterscheid des obiects litis zu statten kommet.* Deinde iureconsulti Vitembergenses teste QVIN. SEPT. FLOR. RIVINO in *enunciatis iuris tit. 20. enunc. 98. pag. 832.* anno 1702. responderunt verb. *In Eruegung, dass in lapsu fatalium die lacio jederzeit praejsumiret wird, und pro re indiuidua zu halten.*

l) in *resolutionibus legum obstantium lib. 4. tit. 4. animadu. voc. indiuidua. pag. 105.*

que confortes litis terminum, qualemcunque peremptorium, praeterlabi patiantur, restitutio in integrum, quae ex causa aetatis alteri competit, etiam alteri profit. Nec attendenda est, inquit, ipsius causae, in iudicium deductae, natura, quum non referat, causa illa in se indiuidua sit, an diuidua. Namque, pergit, nullo causarum discrimine, maior iuuatur beneficio minoris in ipsa fatalis causa, quae in se omnimodo indiuidua habetur. Postea vero collegia Vitembergensia et cum his BERGERVS m) sententiam suam quodammodo mutarunt, dum *in causis, quae ad Summum Prouocationum Iudicium perferuntur* aliter respondent ac *in iis, quae praecipue ad exteros spectant*. Secundum *stylum Summi Prouocationem Iudicii* distinguitur inter causas diuiduas *intellectu*, et *re ipsa*. In *diuiduis intellectu*, inquit BERGERVS, cuiusmodi est fundus communis, non minus quam in *indiuiduis*, verbi causa seruitutibus praedialibus, hypothecis; maior iuuatur beneficio minoris: contra vero in *diuiduis realiter*, id est ipso facto, aut iure, vt sunt actiones personales, diuisis, solus minor restituitur, non item maior, quum hic proprie illius confortis nequeat vocari. Nam memini, inquit BERGERVS n) aliquando ipsummet censuisse senatum, beneficium restitutionis in integrum, quod in causa nominis, eiusdemque siue actiui, siue passiuui, minori contra praescriptionem termini, siue lapsum fatalium, dabatur, ad coheredes maiores non esse prorogandum, quum nomina ipso iure inter heredes diuisa esse intelligantur, l. 6. C. fam. erisc. atque adeo, ratione eorum inita, heredes proprie nec causam communem habere, nec confortes dici posse, videantur, *Consilio aestiuo 1700.*

§. XXXII.

Continuatio paragraphi antecedentis.

Quod vero *causas exterorum* attinet (§. antec.), in his collegia Vitembergensia distinguunt, *vtum* materia praescriptionis iudicialis, siue fatalis indiuidua sit, an diuidua; ita, vt *priori casu*

F 2

benefi-

m) Vid. eius *electa disceptationum forensium*, tit. 7. obseru. 7. not. 4. pag. 232. et 236.

n) in modo nominatis *electis discept. for. l. c. pag. 235.*

beneficio aetatis maiorem iuuari, aiant; posteriore negent. Idque ob *legem secundam Cod. si vnus ex plurib.* (Vid. §. XXX.) o). Hinc Collegia Vitembergensia, quando ab exteris consuluntur, aliter sentire, quam si caussa ad Summum Prouocationum Iudicium perducitur, ipsa eorum responsa quoque nos dubitare non sinunt p). Quae quum ita sint, in vita iuris communis cum iis quoque facio, qui statuunt, *in quolibet obueniente casu, ut iudicium ferri queat, vtrum caussa diuidua sit, an indiuidua, ad obiectum, super quo lis vertitur, respiciendum esse.* Id quod hac ratione intelligere debemus: si obiectum litis ita comparatum sit, vt minor, qui contra illud auxilio aetatis restitutionem impetrauit, huius effectum plene sentire nequeat, nisi eius socius vel litis confors maiorennis simul restituatur, tunc huic quoque restitutio prodest. Contra si minor restitutionis beneficio integre perfrui possit, licet eius socius vel litis confors maiorennis non restituatur, tunc huic restitutio minoris non proficit. Quo circa, si de quantitate controuersia agiteretur, cum ea in partes diuidi ac separari possit, ambigendum non est, restitutionis benefi-

o) Vid. IO. HENR. de BERGER l. c. pag. 232. et CHRIST. HENR. de BERGER *decij.* 335.

p) Sic et versus Lipsiam Ordo Vitembergensis, teste IO. BALTH. de WERNHER in *select. obs. forens.* tom. 2. obs. 400. anno 1721. respondit, verb. *Diejenige Opinion, welche propter lapsum fatalem in caussa alioquin diuidua das beneficium minorum denen concurrirenden Maioribus zugeeignet, in denen Rechten nicht gegründet, vielmehr dem l. 2. C. si vn. ex plur. gänzlich zuwider.* Porro versus Magdeburgum anno 1708. Facultas Vitembergensis, prout testatur IO. HENR. de BERGER *par. 2. Supplem. ad Elect. dñsc. for. in additam.* pag. 1730. respondit verb.: *Dem ob sie wol dargegen eingewendet, es wäre die caussa probationis communis maioribus cum minoribus, und müßte also die restitutio in integrum, so ienen die Rechte ertheilten, ihnen auch zu statten kommen - - so ist doch aus dem l. vn. C. si in comm. ead. caus. l. 2. C. si vn. ex plur. gnugsam bekannt, quod minoris restitutio socio in caussa diuidua non proficit, dafür gegenwärtige Sache als eine Schuld-Förderung allerdings zu halten - - .* Eiusmodi responsum versus Regimen Oldenburgense quoque habet WERNHER in *observ. for. tom. 1. obs. 112.* Et plane similem in modum responderunt iureconfulti Lipsienses, teste RIVINO in *enunc. iur. tit. 20. num. 98.* Adde d. HORN *cl. 14. resp. 3. in fin.*

beneficio solum minorem frui, nec litis consortes maiorennes eodem vti posse. Sin de iure aliquo sua natura indivisibili disceptetur, vbi minoris restitutio, sociis exclusis, plene fieri non possit, illam etiam reliquis prodesse dicendum est. Hinc in fatalibus processus non ipsum fatale, sed obiectum respiciendum est, circa quod fatale versatur, vtrum hoc sit indiuiduum, an diuiduum. Quodsi diuiduum aut eius naturae sit, vt ius minoris, contra neglectiorem fatalis auxilio aetatis restituti, saluum erit, etsi maior, qui huc vsque communi cum eo nomine litigauit, in posterum a lite repellatur, emolumentum quoque restitutionis minoris ad eius litis consortem maiorenem non pertinet. Vt ecce, si minor et maior viginti quinque annis summam centum aureorum a Sempronio petant et terminum probatorum praeterlabi patiantur, restitutio minoris maiori patrocinari nequit; cum nihilo fecius plene restitui solus minor citra maiorem, quoad partem dimidiam, quoad reliquam vero reus ab actione absolui possit *q*). Neque obuerti potest, interesse

q) Id optime defendunt et rebus iudicatis stabiliunt IO. BALTHAS. de WERNHER in *sel. obseru. for. tom. 1. obs. 112.* vbi ordo Vitembergensis anno 1704. respondit verb. *wegen derer übrigen Appellanten consorten aber; so ihre Majorenmitüt erreicht, ist gedachte Appellation aesezt und erloschen.* Eodem teste *l. c. in supplemento.* idem ordo anno 1722. respondit: *dieweil aber dennoch die Meynung, das die fatalia indiuiduum causam haben, mit gar bewährten Gründen von vielen Doctoribus längst widerleget und das Gegentheil demonstrivet, und behauptet worden; Quandoquidem magis ad causas obiectum respiciendum, quod si diuisum, et omnis est hereditas, fatale processus ipsius naturam alterare non valet, solchemnach cet.* Et porro AVG. LEYSERVS in *medit. ad Pand. spec. 61. med. 10.* vbi responsum Ictorum Vitembergensium mense Majo anni 1709. exaratum, sequentia verba continet: *dieweil aber dennoch das denen Minderjährigen verstattete beneficium restitutionis denen mit ihnen in gleichem Processu stehenden Maiorenibus nicht in allen Sachen, nach bey jedwedem lapsu fatalium, sonäbrn nur alsdenn, wenn das obiectum litis unzertrennlich, mitgetheilet wird, da hingegen, wenn die Sache selbst, wie dhier, wohl getheilet werden mag, die Minderjährigen der Restitutio ganz allein pro rata genüssen; So möchte gestalten Sachen nach die Restitutio in integrum nur den Minderjährigen, so*

interesse minoris, vt habeat, qui partem sumtuum ferat, quod vero non haberet, si suum litis confortem maiorem amitteret. Nam in restitutione ipsa causa, in qua facta est, attendi debet, quod haec restituito integra maneat, neutiquam vero incommodum, quod simul indirecte illi se immiscer, curandum est; quum is, qui vult commodum, etiam incommodum sentire debeat r). Haec omnia quoque dicenda sunt si de minoris restitutione in integrum contra praescriptionem sermo sit, vt siquidem causa, siue materia praescriptionis sit diuidua, ipsa quoque talis esse intelligatur praescriptio s). Quodsi vero causa praescriptionis sit indiuidua, et praescriptio pro tali habenda est

viel deren Antheil betrifft, keinesweges aber den andern zu statten komme. Tandem apud IO. HENR. DE BERGK in elect. discept. forens. tit. 7. obs. 7. not. 4. pronuntiatio Facultatis Vittembergensis anno 1709. facta hoc quoque complectitur: Endlich haben die übrigen Kläger sich an dem ihnen auferlegten Beweiss nunmehr versünet; derowegen Beklagter, was iener ratam anlanget, von der angestellten Klage zu enbinden, immassen wir ihn hiermit davon so weit enbinden und loszehlen. Und hat, in Erwägung, dafs vermüge gemeiner Kayserlichen Rechte das beneficium restitutionis in integrum ex capite aetatis contra lapsum fatalium in causa diuidua, dafür auch gegenwärtig zu achten, denenjenigen consorten, welche die Majoremitaet erfüllet, nicht zu statten kommen mag, gedachter übrigen Kläger Suchen angebrachten massen auch noch zur Zeit, ehe und bevor deren Anwald disfalls gebührend excutiret worden, nicht stait.

r) Id quod ad sensu suo comprobat AVG. LEYSERVS l. c. spec. 61. med. 10. nec non IO. BRUNNEMANN ad l. 10. num. 16. D. quemadm. seru. amit. Vbi inquit: In praedio communi posset color esse (nimirum vt minoris restituito in integrum ex causa aetatis communicetur etiam eiusdem litis conforti maiorenni) quod minor in communionem incideret, cum quo forte in communionem stare nollet. Sed, an hic color sufficiat, dubito.

s) Quemadmodum quoque ex praeiudicio liquet, quod BENEDE. CARPZOVIVS in iurispr. forens. par. 2. const. 9. def. 4. hoc modo subiecit: So haben seine hinterlassene Erben, ausn Fall euer Eheweib sie derowegen belangen wird, sich gegen denselbigen mit der Praescription und Verjährung, so viel ihren Antheil anlanget, wol zu schützen, und kan ihr euer fürwenden, dafs nemlichen ihre Geschwister zur Zeit ihres Veters Absterben noch kleine Kinder gewesen, nicht zu statten kommen, V. R. W.

est. Sic praestatio iuramenti hancce indiuiduitatem efficere creditor, vt saluum ius minorum esse nequeat, nisi maiores simul restituantur; cum maiores et suo et minorum tanquam coheredum nomine istud iuramentum praestare obnoxii fuerint; adeoque tempus restitutionis minoribus concessum conducere etiam natu maioribus asseritur t).

§. XXXIII.

De eo, quatenus quis, si omnes socii vel litis consortes sint minores, ex persona alterius restitutione in integrum uti possit?

Postremum si tertium casum fingamus, quod omnes socii vel litis consortes sint minores, et quaeratur: num restitutio vni facta, reliquis consortibus minoribus quoque prodest (§. XXVII.)? multum interest, vtrum illam ex causa restitutionis cum maioribus communi impetrauerit; an ex causa minoribus tantum propria (vid. §. XIII.). Ibi ob easdem rationes quoque eadem valere puto, quae supra (§. XXVII.) exposui. Haec vero adhuc respiciendum est, num causa, in qua is restitutionem obtinuit, sit indiuidua, an diuidua. Si causa sit indiuidua, ea locum habent, quae supra (§. XXVIII.) de restitutione minoris in causa indiuidua a me proposita sunt. Quod si causa sit diuidua (vid. §. XXVIII.), nonnulli u) putant, restitutionem vni minorum factam eius consortibus minoribus quoque prodesse, et quidem primum ob cap. 72. X. de appellationibus. Quod ita se habet: Vna sententia pluribus condemnatis, si vnus solus ad appellationis beneficium conuolauerit, illius victoria iure communi caeteris suffragatur, si communi iure inuentur; idemque negotium, et eadem causa defensionis existat. At enim vero hocce capitulum, quod ex iure ciuili romano desumptum est x), tantum loquitur de appellationibus. Appellationis autem plane alia ratio est, quam

§) Prout MATTH. COLERO in decisionibus Germaniae, par. 2. decis. 273. num. 4. Quam sequitur modo laudatus CARPZOVIVS l. c.

u) prout SFORTIA ODDVS in tr. de restitut. in integr. quaest. 46. art. 2. x) Vid. l. 10. §. 4. D. de appellat. et relat. et t. t. C. sic vnus ex plur. appell.

quam restitutionis in integrum ex capite aetatis. Nam appellatio remedium ordinarium est, ex praesumpta iniquitate sententiae aequaliter etiam maioribus concessum; restitutio autem in integrum ex capite aetatis petitur ob errorem et lapsum, qui in minoribus tantum, non in maioribus toleratur (vid. §. XXX.). Deinde ad *l. vn. C. si in commun. ead. causf.* prouocant. Ast haec lex frustra adducitur; quum de hoc casu in illa nullus sermo habeatur. Putarem hac in re animaduertendum esse, num restitutio communi nomine ab eo, qui eius auxilium impetrauit, petita sit, nec ne. Si prius, restitutionem ab eius consortibus minoribus adhuc ratam haberi posse, opinor; quia id, quod meo simul nomine ab altero gestum est, rati habere non prohibeatur. Si vero posterius, restitutionem ab vno consortie, suo tantum nomine petitam, reliquis quoque prodesse, dubito. Idque eam ob causam, quia ad petendam restitutionem in integrum, praefertim in causa diuidua, speciali mandato opus est y). Quod vero heic deficit, et per rati habitionem adhuc suppleri non potest; quum is, qui restitutionem impetrauit, nihil reliquorum nomine gessit z). Itaque consortes, ex propria sua ipsius persona restitutionem adhuc petere, operam dare debent.

§. XXXIII.

Dissertationis conclusio.

Quod reliquum est, possem quoque de eo, quatenus patri ex persona sui filii familias restitutio competat? adhuc differere, sed, quum hanc quaestionem iam antehac beatus GEORG. ADSTRVIVVS a) egregie dissoluit, illam, ne actu agam, heic omitto, et huic dissertationi nunc finem constituo.

y) *l. 25. §. 1. D. de minor.*

z) Nobis adtipulantur REINH. BACHOVIVS in *not. et animaduers.* ad *disputat. HIER. TREVTLERI, disp. XI. th. 2. lit. D. verb. hinc etiam est, pag. 406.* IO. BRVNNEMANNVS ad *l. vn. C. si in commun. ead. causf. num. 8-10.* et IO. IOACH. SCHOEFFER in *synopsi iuris privati romani, lib. 4. tit. 4. num. 14.*

a) in *syntagm. iur. cit. exerc. VIII. §. XX. Add. celeb. FRID. ESPEENDORFII obseruat. iur. vniuers. tom. III. obs. 212. pag. 573.*

CONSPE-

CONSPECTVS
DISSERTATIONIS INAUGVRALIS.
DE

RESTITVTIONE IN INTEGRVM, NUM SIT BENE-
FICIVM REALE, AN PERSONALE.

Postquam occasio scribendi et propositae quaestionis §. I.

nec non multiplex verbi restituere significatio §. II.

atque definitio restitutionis in integrum una cum huius speciebus in-
dicata est; §. III.

beneficium iuris, quod restitutio in integrum efficit, in personale et
reale disperitur, restitutionemque in integrum esse beneficium rea-
le, argumento quodam probatur, §. IIII.

et ulterius adhuc perscitur, §. V.

Quo facto, successori ex persona laesi beneficium restitutionis in
integrum non competere, si ipse laesus illo uti noluerit, id quod
tamen aduersam partem, contra quam restitutio petitur, proba-
re debere, ostenditur, §. VI.

et successori tam vniuersali, quam singulari beneficium restitutionis
in integrum ex persona laesi competere, variis rationibus de-
monstratur. §. VII.

His explicatis, beneficium restitutionis in integrum non solum
aliis cedi posse et cum ipsa quoque re, in qua laesio facta est, suc-
cessori cessum praesumi, docetur; §. VIII.

licet, ut cessio fiat, non semper necesse sit; §. VIII.

sed etiam dicta et probata exemplo quodam illustrantur. §. X. XI.
XII.

Post haec de quaestione: utrum fideijussori ex persona debitoris
principalis beneficium restitutionis in integrum competat? distincte
agitur, et quidem habita debitoris principalis tam maiore-
nis §. XIII.

quam

quam *minorennis ratione*. *Vbi, huius praesertim intuitu, causa restitutionis ei cum maiorenibus communis, ab ea, quae eius personae tantum propria est, discernitur.* §. XIII.

Posteaquam *haec distinctio contra EMVNDVM MERILLIVM defensa est,* §. XV.

secundum illam dicta quaestio diligenter pleniusque cognoscitur. §. XVI. XVII. XVIII. XVIII. XX. XXI. XXII. XXIII. XXIII. et XXV.

Postremum *quaestio: quatenus socio vel litis consorti ex persona sui socii vel litis consortis restitutio in integrum indulgenda sit? tractatur.* *Vbi primum socii et litis consortes definiuntur* §. XXVI.

et deinceps dicta quaestio cum discrimine inter solos maiores, §. XXVII.

maiores et minores, §. XXVIII. XXVIII. XXX. XXXI. et XXXII.

atque solos minores diiudicatur, §. XXXIII.

dissertationique finis imponitur. §. XXXIII.

ERRATA.

- Pag. 4. lin. 14. *pro illa lege illo*
— 12. — 14. — *laesus — laesum*
— 15. — 18. — *viginte — viginti.*



Zeua, Diss., 1775-77

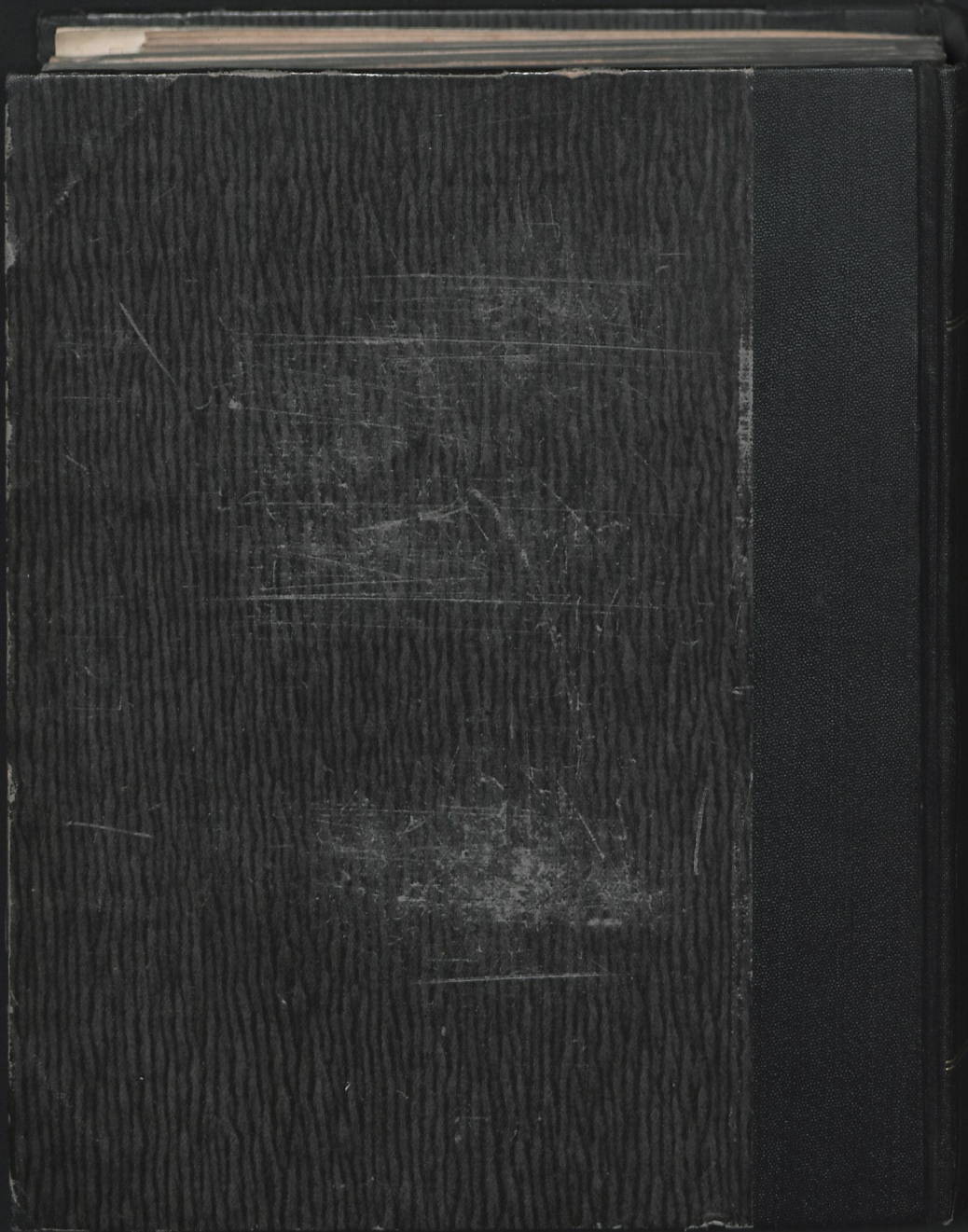
ULB Halle
004 216 229

3



W 78







Farbkarte #13

B.I.G.

Black

3/Color

White

Magenta

Red

Yellow

Green

Cyan

Blue

N. 29
5. 19. num. 25

1277, 2
B

DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE
ESTITVTIONE IN INTEGRVM
NVM SIT BENEFICIVM REALE
AN PERSONALE.

QVAM
RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO DVCE AC DOMINO

DOMINO
AROLO AVGVSTO

DVCE SAXONIAE, IVLIACI, CLIVIAE, MONTIVM, ANGARIAE
ET GVESTPHALIAE, REL.

EX DECRETO ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS

PRAESIDE

O. LVDOVICO SCHMIDIO

IVR. DOCT. PANDECT. PROF. PVBL. ORDIN. SERENISS. DVC.

COBVRG. MEINING. CONSIL. AVL. CVR. PROV. SAX. COMM.

IVRECONS. ORDIN. ET SCABINOR. COLL. ADSESSORE

PRO

SVMNIS IN VTROQVE IVRE PRIVILEGIIS
ET HONORIBVS CONSEQVENDIS

d. VIII. OCT. MDCCCLXXVII.

PUBLICAE ERVDITORVM DISQVISITIONI SVBMITTIT

AVCTOR

STVS VALENTINVS IOHANNES PHILIPPI

REGISCYRIANO VVRCEBVRGENSIS.

I E N A E

LITTERIS FICKELSCHERRIANIS.

