

47
40.
1760
5a.
ERNESTI CHRIST. WESTPHAL

I. V. ET PHILOSOPHIAE DOCTORIS

PROGRAMMA

QVO

CANDIDATO PRAENOBILISSIMO

DOMINO

NICOLAO IOSEPHO
GVNTHERO,

DISSERTATIONIS:

DE CONSOR TIBVS & ADIVTORIBVS

CRIMINVM EORVMQVE POENA ET NOXA

SECVDVM LEGES GERM. CRIMINALES

GENERATIM

DEFENSORI

GRATVLATVR

SIMVLQVE

AESTVMATISSIMOS CVIVSVIS ORDINIS

FRIDERICIANAE COMMILITONES

AD EXERCITIVM DISPVTATORIVM INVITAT

PRAEMISSA TRACTATIONE:

DE DVPLICI ACTIONE RESTITVTORIA

OMNIBVS FERE IN INTEGRVM RESTITV-

TIONIBVS PRAETORII COMMVNI.

HALAE MAGDEBVRGICAE M DCC LX.

11
11

ERNESTI CHRIST. WESTPHAL

I. V. ET PHILOSOPHIAE DOCTORIS

PROGRAMMA

ovo

CANDIDATO PRAELECTIONISSIMO

DOMINO

NICOLAO JOSEPHO

GAUTHIERO

DISSERTATIONIS:

DE CONSORTIIS & ADIVTORIIS

CRIMINVM BORNHOVE POLIA ET NOXA

SECUNDVM LEGES GERMANICINAS

GERMANICIS

DEPRESSORI

CAUSARVM

EMVLOE

AESTVMATISSIMOS CIVIVSIS ORDINIS

FRIDERICIANAE COMMISSIONES

AD EXERCITIUM PRAELECTORIVM INVITAT

TRACTATIONES:

DE DVPLICI ACTIONE RESTITVTORIA

OMNIBVS FERRE IN INTEGRVM RESTITVTORIAM

TIONIBVS PRAETORIS COMMVNIT

HALAE MAGDEBVRGICAE M. DCC. LXX.





§. I.

Quid indiffusissima Juris scientiæ amplitudine doctrinæ quædam compendia circumpiciunt, quorum lumine plura simul argumenta collustrari, eaque tamquam fasciculo quodam comprehensa in memoriæ custodiam deponi possint: ii sane similes sunt his, qui vastam regionem emensuris colles quosdam commonstrant, unde spatiosissimæ eius partes radio ac regulæ præsto sint. Nolo in horum canatuum, qui ista ad compendia tendunt, laudibus ulterius provehi, ne circum foraneorum more instituti mei inflata buccæ ineptum agere videar præconium. Sufficiet dixisse, me iam, vbi scribere aliquid constitui, ad eius, de qua dictum est, indolis, argumentum animum adiunxisse. E triuiis forsan hausta credent nonnulli ea, quæ hic tradere decreuimus, vbi inscriptionem opusculi inspicient, cum tritissima sit restitutionum materia. Verum audiant nos prius causam orantes, tumque vel absoluant, vel condemnent, vel sibi non liquere pronuntient.

§. 2. Qui duplicis actionis ex restitutionibus in integrum voces audient, hi varias instituti nostri capient coniecturas. Quidem nos de notissimo illo duplici medio *rescindente* nimirum & *rescissorio* agere purabunt. Verum nihil nobis cum hac distinctione iam negotii est, quam probe expediuit *Illust. Cocceii in Iure Controv. Lib. IV. tit. 2. Qu. 3.* Alii nobis illam distinctionem in mente esse credent, qua quædam actiones ex restitutionibus oriundæ dicuntur *in rem*, quædam *in personam*, cui Io. Ivst. Raabe differuit *de duplici actione Pauliana, Marp. 1753.* Sed ista distinctio nec nobis

A 2

bis

bis probatur, nec adeo integram restitutionum doctrinam illustraret. Vnde & hanc prætervehimus. Commonstrari potius sumus non nisi duo fundamenta esse, ex quibus quæcunque fere restitutio a iudice peri, & quibus exstantibus absque scrupulo restitutio & exigi & concedi queat. Quæ si vera sunt, filum habebimus, quo duce omnis restitutionum campus omni superata difficultate, peragrari poterit.

§. 3. Quid sit restitutio, & quæ sint eius diuisiones, an dentur etiam ciuiles & quæ sunt huius generis alia, iam transmittimus, vt ab instituto nostro remota; dicturi tantum de restitutionibus prætoriiis & iis quidem vnde agitur aduersus quemquam in casu detrimenti cuiusdam, quod patimur. Remouemus ergo eas, quæ ad iudicem tantum diriguntur; quæ breui manu fiunt; vbi neglectuum quorundam in lite iudiciali a iudice venia impetratur. Scilicet omnium restitutionum prætoriarum fundamentum est æquitas. Hoc inter lurreconsultos omnes transactum est, & ipse profiteretur MARCELLUS l. 7. *D. de restit. in integr.* verbis: *vt ratio & æquitas postulabit.* Sed quidnam æquum est Prætori, vt sciri queat inueniendæ restitutionis ratio? Dicam. Duæ sunt æquitatis partes vnde hæc regulæ:

- 1.) *Quoties addicentibus Legibus ciuilibus alter ex alterius damno proficeret, qui nulla sua culpa istam legum duritiem meruit: toties læsus ab altero, lucrum, quod habet, repetendo, commodis suis restituitur.*
- 2.) *Quoties alter dolo suo ac fraude, vel interdum quoque culpa, alteri innocenti detrimentum legibus ciuilibus adstantibus impune adferret: toties fraudulentam, vel interdum culpam effectam, læsionem reparando, læsum restituit Prætor.*

Vtraque regula applicando optime probabitur. Iam id tantum probationis loco monendum, istas regulas omnibus prætoriiis actionibus communes esse, superstructas illis præcipue esse conditiones omnes & in factum actiones. At quoties restitutionis petitio actio in factum dicitur? *v. l. 28. in fin. de dolo malo* vbi CAIUS: *Sed utique in heredem perpetuo dabitur: quia non debet lucrari*

ex alieno damno & in fine, perpetuo danda sit in factum actio.
 De fraude vel culpa infra magis disputabitur. Id modo subiiciendum, solere hoc loco semper monere Doctores excitatis expressissimis legibus, deficiente demum actione ciuili, remedio Prætorio locum esse, quod maxime in restitutione ex capite doli vrgent. vid. HUBER *Prælect. ad D. Tit. de dol. malo.* Verum tam multæ sibi inuicem contrariæ leges hic tenebris rem involuunt, vt difficile sit commonere istud diffidium. Nobis ita videtur. Regulæ contendentæ hæ: 1) *ex stante alio remedio ordinario æque utili et cognito, non procedendum ad extraordinarium.* 2) *ex stante remedio ordinario vel extraordinario, famam non grauante, non properandum ad extraordinarium quod famæ officit, modo reus dignus sit, cui parcatur.* Vnde statim eligi potest iudicium extraordinarium.

- a) Si iuste ignoretur, quodnam medium comperat?
 b) Si extraordinarium sit opimius, quare actio doli eligi potest præ actione ex stipulatu, præscriptis verbis, conditione indebiti, eandem ob causam actio de metu eligi poterat intra quadriennium præ querela nullitatis, post quadriennium secus. vid. *Fregius Vir BOEHMERVS Tr. de action. Sect. II. c. II. § 43. not.*
 c) Si ordinaria quidem suppetant iudicia, sed æque famosa, statim ad extraordinarium famosum transitus patet; indignus enim reus aduersus quem iuris subtilitates applicentur.
 d) Qui metum intulit potest pro lubitu actoris vel de metu, vel de dolo conueniri. Eadem est ratio. Aduersari sibi videntur *l. 7. §. 9. de dolo malo, collata cum lege 25. § l. 20. §. 1. eod.* Sed præclare rem extricat CUIACIUS *Comment. ad h. t.* dum distinguit, an aduersarius secum ex integro agi patiatur, an non, quo in primo casu actio doli cessat, secundo secus. Idem egregie citato loco ostendit, minime pugnare *l. 9. §. 4. h. cum l. §. 4. §. ult. ff. de re iudicat. § l. 69. de solut.*

§. 4. *Remedium restitutorium ex priori regula profectum, datur aduersus quemuis possessorem, qui cum dispendio alterius patrimonium auxit, etiamsi optime sit fidei.* Datur præterea ista actio

actio ordinario per xxx. annos. Etiam hoc singulæ restitutionum species docebunt. Nec potest aliter contingere. Si enim ratio agendi est lucrum alterius, sequitur, ut ubique illud deprehenditur, ibi locum habeat actio. Hinc vero non concludendum actionem istam esse realem. Realis enim est, non quæ aduersus quemuis possessorem dirigi potest, sed quæ ex iure reali, seu in re oritur, non obligatione seu iure cum persona coniuncto, & vel ex æquitate, vel ex pacto, vel ex maleficio enata. §. 1. *Inst. de Action.* Vnde non probanda actionis Paullianæ in rem seu realis denominatio. Hæc enim ut infra patebit, est vera actio restitutoria. Si hoc, est ex æquitate, non ex iure reali, hinc numquam in rem actio quicquid forsan loco quodam Iustiniano, imprudenti exciderit. Aliud quippe est, erga quemuis possessorem actionem intendere ob ius rei, quam ille possidet in hærens, sicque quasi non cum possessore, sed re negotium habere, & hanc ubique persequi, aliud vero nunc hunc nunc illum actione pulsare, nunc in hoc, nunc in illo æquitatis ratio est. Actiones autem personales, quorsum & illæ, quæ ex æquitate proueniunt, triginta annos durant, per notissima iuris principia. In legibus hæc actio dicitur post annum dari. Si quis velit eam in rem scriptam dicere, nobis lubentibus id faciet, modo sciat, non solam actionem quod metus causa id nominis mereri, sed & ex aliis restitutionis clausulis similia oriri, iudicia.

§. 5. *Actio quam secunda regula parit non datur, nisi contra eum, qui in dolo fuit, vel interdum in culpa, dum rem acquireret, sed tantum per breue tempus quadriennium vel biennium.* Datur igitur hæc quoque contra quemuis possessorem, sed tum modo, si dolum culpamue sustinuit, etiam si lucro omni careat, etiam si nihil nunc possideat, modo possederit olim. Qualitatis hinc eadem ratio, quæ *Spbo* precedente. Terminum quadriennii præstituit IUSTINIANVS l. vlt. *Cod. de tempor in integr. restit.* Breuiores sunt actio de dolo & de alienat. iud. mutand. caus. fact. ut vulgatissimum est. Haud raro pœnam aliquam contumaciæ habebat adiectam. Eam ob causam vtile quoque erat priorem actionem de qua §. *prec.* diximus intra tempus idem intendere, quod præstitum erat huic secundæ, quoniam tunc ista inobediens pœna lucro cedebat actoris. Nam & priorem actionem hoc pœnæ lucrum continuisse vid, apud VLPIANVM l. 15. ff. *quod met. caus.*

§. 6. *Si quis ob fraudem et dolum rei restituende ex æquitate Prætoria necessitatem sustinet, & actor pretium quoddam pro ea accepit, aut, si minorennitatis ergo restitutio facienda, actor adhuc in lucro quodam est pro re tributo, lucrum illud reo pro redditione rei retribuendum est. Si vero aduersus bonæ fidei possessorem agatur, is non restituit, nisi reddito sibi prius pretio, quod dedit. Sic in Pauliana distin-*

distingimus, sic in restitutionibus minorum, sic disputat in restitutione ex capite metus *GVBER in Prælect. ad ff. tit. quod met. caus. §. 4.* in eo censura dignus, quod malæ fidei reo nihil omnino pretii restitui velle videtur, licet in bonis habeat actor lucrum ex re restituenda; bonæ fidei vero possessori pretium quidem aliquod reddi vult, ast non id, quod dedit, sed quod inter id quod reus dedit, & quod actor accepit, est minimum. Portentosa sane decisio. Rationes ita subducendæ. Prator vult resarcire damna, quorum causâ est nequitia alterius; hoc æquum est. Non vult me ob eius malitiam opulentior fieri. Hoc nimis a Legibus civilibus recederet. Ergo, si quod lucrum intus habeo, reddendum etiam nebuloni antequam rem restituat. Est veluti malæ fidei possessor, titulo instructus, cui per iuris præcepta decerpere, aut saltem tollere licet ea, quorum utilitatem vindicator cum dispendio restitutoris consequeretur. Tantum tribuit restitutio, quantum abstulit læsio. Probus vero & innocens possessor eo tantummodo ad restituendum tenetur, ne cum damno aliorum opulentior sit. At, si, quod pro re dedit, non reciperet, non tantum opulentior non esset, verum etiam insigniter læderetur, nullam aliam ob causam, quam ut alii qui nulla re ipso melior, nisi quod æque læsus, læsione careret. Quod sane foret eximium æquitatis specimen.

§. 7. Hinc intelligi quoque poterit, nullam actionem restitutoriam dari adversus heredem cuiusquam ut tales, sed tantum, si quid ad eos pervenit. *L. u. ff. que in fraud. cred.* Nam si nihil ad eos pervenit; nec potest contra eos agi, ne cum damno aliorum opes colligant, nudi enim sunt eiusmodi opibus; nec ex fraudulenta possessione defuncti conveniri poterunt, fraus enim personæ inhærebat iure Romano & in heredem non transmittebatur. *Iure Canonico & vsu hodierno secus est, ubi adeo ex crimine defuncti ad rei persecutionem haud secus agitur adversus heredem, quam si ex contractu deberetur, quantum sufficiens vires hereditatis.*

§. 8. Si obligatio remissa aut alienata, vel actio in rem: idem tenendum quod de rebus alienatis dictum est. Nam in aliis etiam actiones in rem, paria cum ipsis rebus iura habent. *L. 15. ff. de R. I.* & obligationes in hac causa præcipue comparantur rebus. *V. ULPIANVS l. 10, §. 22. Que in fraud. credit.* Generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum: siue res fuerunt siue obligationes. Itaque si remissa est actio; semper restituitur, quia debitor cum aliorum damno ditesceret: si alienata; videndum an ii, ad quos transit, in fraude sint, an in lucro, in utroque casu per iudicem compellendi sunt, ut supra.

§. 9. Si itaque nemo adsit, qui aut lucrum habeat, aut pravitatem exercuerit, cessat

cessat restitutio. Cessat enim æquitas rescindendi negotia stricto iure valida. Vnde tam sæpe in legibus dicitur, aduersus tertium b. f. possessorem hic non agi, si res non amplius existet. i. e. si in bona fide sit, simulque a lucro & commodo alienissimus.

§. 10. Ius patrium in hac doctrina tradunt IO. SCHILTER in *Praxi Iur. Rom. b. t.* & ex eo NIC. HIERON. GUNDLING in *Comp. Digest. b. t.* nec non CHRIST. THOMASIVS in *Not. ad Pand. b. t.* IO. FRID. WAHL *Diff. de vsu Restit. in integr. Prætor. in Iudic. Germ. Res et reedit.* Nos fratres ignorarunt restitutiones. Quæ earum in legibus patriis occurrunt vestigia, ex iure peregrino videntur decerpta. Hodie in aliquibus casibus, ubi Romanis restitutione succurrendum erat, ea possumus supersedere. In reliquis applicamus Prætorii Edicti benignitatem.

§. 11. Actio Pauliana, cuiusnam sit indolis actio, disceptant. *Quidam* in rem esse, tamquam pro aris & focis propugnant. Alii contra in personam esse, magna contentione sustinent. At hi iterum in duas diuisi sunt factiones: *alii* ex maleficio deriuant, *alii* ex æquitate, *Quidam* hereticundi, non vnã, sed duplicem esse actionem Paulianam docent, alteram realem, alteram ex maleficio in personam. Hæc omnia reicienda. Actio Pauliana est restitutoria. Per eam fieri restitutionem in integrum diserte tradit VLPIANVS l. 10. §. 22. *Que in fraud. Credit. §. 3. ex citata.* Ea quoque est ratio cur Imperator §. 6. l. de *Action.* eam rescissoria, quæ indubie restitutoria est, continuo subiungit, Eandem ob causam durat per annum vtilem, seu hodie, quadriennium continuum, vt reliquæ restitutiones. Si hoc est; non disceptandum amplius, cuiusnam fundamento superstructa sit. Scilicet non oritur ex facto aliquo domino, quo non opus est; non ex maleficio, quod sæpe non cadit in reum hac actione pulsatum: sed ex æquitate illa Prætoria, quæ omnibus restitutionibus communis est, & prohibet, ne quis cum alterius damno aut lucrum, aut fraudis impunitatem habeat. Datur creditoribus chirographariis post missionem quidem in bona debitoris obrarati non tamen ob alienationes post missionem impetratam factas, harum enim causa optimus pignus Prætorium est. Probat hæc contra secus censentes SCHILTER l. c. *Exercit. 46. ib. 51. Vid. HUBER Prælect. ad Pand. b. t.* Debitor etiam si animam debeat tamen iure ciuili rerum suarum dominium continuat. Vnde validæ sunt omnes et patrimonio factæ alienationes. Sed iniquum est, vt creditores, ad quos iam potiori iure bona debitoris pertinent, quam ad debitorem ipsum, quippe cuius facultates non intelliguntur, nisi deducto ære alieno, suo iure fraudentur, alique, his circumuentis, rem faciant, aut eis fraude obiecta illudant. Inde restituuntur creditores in integrum,

§. 12. Actio Pauliana duplex est. Altera datur contra eum, qui locupletior est, altera contra dolosum, etiamsi utilitate careat. Prior est perpetua, posterior ad annum vilem, seu hodie quadriennium, adstricta. Si debitori obligatio remissa est ab obaerato, tamquam creditore: non liberatur debitor, sed Pauliana agunt creditores debitoris obaerati, ac si remissio facta plane non esset L. 10. §. 22. ff. b. t. Si res alienata, & quis lucrum percepit ex fraude debitoris, datur contra hunc, quisquis sit, actio, post annum, sicque per triginta annos ut lucrum ei extorqueatur. Ulpianus l. c. §. 24. Hac actio post annum de eo, quod ad eum peruenit, aduersus quem actio mouetur, competit. Iniquum enim Praetor putauit, in lucro morari eum, qui lucrum sensit, ex fraude; (scil. debitoris) Id circo lucrum ei extorquendum putauit. Siue igitur ipse fraudator sit, ad quem peruenit, siue alius cuius: competit actio in id, quod ad eum peruenit, dolone malo eius factum est, quominus perueniret. Inde si donata cuiquam res sit a debitore, hic ad eam reddendam absque omni circuitu compellitur. Is vero qui in lucro non est, attamen malignus; qui emit rem iusto pretio; qui etiam iterum vendidit, & pecuniam inde redactam forsan profudit, tenetur vel rem ipsam reddere, vel, si deest, solidum, quod habuit, eius pretium L. 9. eod. Sed hæc actio per annum vilem tantum procedit. Ait Praetor L. 1. f. b. t. Quæ fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignorauit, de his intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Tempus computatur a die factæ alienationis L. 10. §. 18. b. Si pretium pro re accepit debitor: male fidei reo id redditur, quanto patrimonium obaerati inde adhuc auctum est L. 7. 8. b. Cum vero per l. 6. §. 11. in hos, qui ignorantes ab eo, qui soluendo non sit, liberalitatem acceperunt, hætenus actio danda sit, quatenus locupletiores facti: ultra non; patet, his, antequam restituant pretium, quod dedere, esse reddendum. In quo vtrumque fundamentum deficit, is nulla actione pulsandus L. 9. eod. Is, qui a debitore, cuius bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit; quaesitum est: an secundus emtor conveniri possit. Sed verior est Sabini sententia, bona fide emtorem teneri --- quemadmodum diximus non teneri eum; si ab ipso debitore ignorans emerit. Recte igitur obseruat Zasius ad §. 6. Inst. de Action. eum, cui donata est res, si eam perdidit, non teneri. Eandem ob rem non agitur aduersus creditorem, qui sibi vigilauit, i. e. qui ante motum concursum nomen exigit, quod planissime traditur l. 10. §. 16. l. 24. eod. ut non audiendi sint, qui cum Struuius in Exerc. ad Pand. Exerc. 44. 1b. 81. distinguunt, an creditores æqualis conditionis concurrant, an non, et ibi regulam admittunt, hic secus. Quod enim traditur l. 18. §. 11. l. 19. ff. de Iur. Fisci et l. 5. Cod. de priuil. fisci, fisco peculiare est, ad alios Creditores non trahendum, Pone malæ fidei

B

fidei emptorem rem alii bona fide accipienti donasse; hic conuenietur Pauliana. Pone, bona fide dona ab obzrato accipientem, his iterum in alios liberalitatem exercere, et sic largitatem istam ad tertium, quartum, decimum, procedere; vltimus possessor semper iudicio restitutorio conueniri poterit. Pone, bona fide ementem, alii donare, an hic tenebitur? neutiquam: causam enim habet ab eo, qui nulla actione tenetur, non potest ergo esse deterior. Facile intelligitur non posse dari hanc actionem aduersus hæredem nisi quatenus ad eum peruenit. Hodie tamen malæ fidei possessoris hæredes sine discrimine adstringentur, vid. supra.

§. 13. Si metus causa sit restitutio eadem sunt principia. Deriuat hanc GUNDLING in *Comp. ff. b. 1. §. 10.* a Prætoris L. OCTAVIO qui A. V. C. 678. tribunali insedit. Si res vi a quoquam expressa adhuc existet apud quemquam, sicque is in lucro sit, semper tenebitur l. 14. §. --- §. 3. h. Sufficit enim hoc docere --- ex hac re eum, qui conuenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse; isque restituet fructus eo tantum modo, quantum ex iis adhuc locupletior est factus l. 12. pr. b. vide quoque l. 13. eodem. Datur hic actio post annum i. e. per triginta annos L. 14. §. 1. L. 21. §. 1. b. L. 4. in fine Cod. eod. Neminem mordeant verba l. 21. §. 1. nullo tempore, hæc enim spectant tempus antiquum. Fraudator si nulla re ditior sit, tenebitur intra annum vtilem s. quadriennium. Etenim l. 14. §. 3. b. In hac, inquit, actione non queritur, --- sufficit enim hoc docere [v. supra] apparet. Vnde in ea, quæ intra annum tantum competit, omnino queritur, virum is, qui conuenitur, an alius metum fecit, i. e. ea, quæ ad quadriennium adstricta, est hæc, quæ contra malæ fidei possessorem instituitur, et vice versa. Eaque datur, etiamsi res non existet, et fructus etiam percipiendos exigit l. 12. pr. b. Aduersus hæredes agitur, quatenus ad eos peruenit l. 16. §. 2. l. 19. b. de redditione pretii ab actore percepti supra §. 6. iam disputauimus. Nulla hic ratio recedendi a principiiis, quorum in præcedentibus fundamenta iecimus. Nil iuuat HUBERUM l. 3. Cod. b. vbi; non reddito pretio; non loquitur enim de vi compulsua, quam requirit restitutio, sed ablatua.

§. 14. Hodie hac restitutione non egemus. Inuenta fuit stricti iuris negotiorum seu caussarum formulariarum in gratiam quibus etiam solis in Digestis applicata reperitur. Licet postea in Codice ad negotia etiam iuris gentium translata sit. Egregius BOEHMER Tr. de *Actiõ. Sect. II. cap. 11. §. 42. 43.* sicque hodie, quantum vtilior est actio restitutoria Rei Vindicatione, usum habere posse videatur: tamen vere non magna eius erit vtilitas. Non amplius datur in quadruplum cum non-usum actionum

num penalium in Germania docuerit THOMASIVS. Sæpe possessori pretium restituendum, quod in Vindicatione cessat. Ad commodiorem, quam præ Vindicatione hæc actio habet probationem non opus est hac via. Suppetit pinguius remedium, spoliū scilicet, quod Praxis architectata est; quod largitur aduersus quemuis, etiam bonæ fidei possessorem; quod nullam aliam nisi spoliationis probationem requirit; quod perpetuum est. V. ZIEGLER ad Can. Redintegranda, et melior Perillastr. BOEHMERUS in Iure ecclesiast. Protest. Lib. 2. tit. 13. Vnicus remanet casus, vbi applicanda Prætoria actio, quem habet BOEHMER, Tr. de Action. l. e. S. 43. n. 11.

s. 15. Actio de dolo malo, cuius formula ad C. Aquill. Gallum Præto-
 re, vt præclare comonstrat NOODT. de Forma Emend. Dol. mal. c. 5. in termino, quo expirat, reliquarum consuetudinem deserit, nec cæterum ad regulam subacta. Singularia autem inde sunt, quod hæc actio famæ molesta est. Distinguendum scilicet etiam in hac duplex iudicium. Alterum persequitur rem aliorum patrimonio immixtam eiusque in eo solo cardo versatur, ne hi pretium habeant, aliis immo ereptibus interversum. Hæc actio perpetua est s. tricennaria. An vero datur contra quemuis possessorem? Vereor, ne ipsis dupondis rudior videatur, qui hanc quæstionem adfirmet. Omnes enim negant. Notissimum est, causam doli non facere vitium reale v. LUDOVICI Diff. de vitio reali et personali. Quis vnquam actionem in factum de dolo, dixit in rem scriptam? At vero non desunt tamen, quæ incautiorem possent distrahere. Datur hæc actio aduersus hæredes, quatenus ad eos peruenit, i. e. quatenus ea re locupletior ad eos hæreditas venerit, vt ait CAIUS l. 26. b. i. dolo malo eorum factum fuerit, quominus peruenerit, quod addit PAULLUS l. 27. Illustrat hæc magis CAIUS l. 28. In hæredem, inquit, perpetuo dabitur: quia non debet lucrari ex alieno damno. Cui conueniens est, vt et in ipso, qui dolo commiserit in id, quod locupletior esset perpetuo danda sit in factum actio. Iam si actio in factum contra hæredes datur, ob id solum, quoniam locupletiores sunt, et quoniam non debent lucrari ex alieno damno, non vero, quatenus hæredes sunt: concludi poterit, quemuis etiam non hæredem, attamen dolo alterius locupletiolem, æque teneri. Si obiicis, diuerfas esse hæredum et successorum singularium rationes; respondebitur: ergo actio in factum datur in hæredem, vt talem. Hoc tu negas ac pernegas. Concedendum ergo erit, omnes, qui ex dolo aliorum profecerunt, teneri. Ultra vrgetur, causâ ex l. 17. b. i. vbi VLPIANUS ita: Hæc actio 1) in hæredem et 2) in successorem datur duntaxat eo quod ad eos peruenit. Quis nescit successores, quoties hæredibus ad latus vel frontem ponuntur, et

B 2

gene-

generatim, significare eos, qui titulo singulari adquirent? Adde *L. 15. h. Item, si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio* in quantum ad eum pervenit. Hic tertius non est hæres. Obiicit: at Procurator sustinet personam mandantis, unde hic non est tertius. Respondetur 1) numquam sustinet, si decipit procurator cum fraudes ei non sunt commissæ. 2) Mandator hic non convenitur, quia mandator est, sed in quantum ad eum pervenit. Obstare videtur *L. 10. Cod. de rescind. vendit.* ubi venditori decepto denegatur adversus tertium vindicatio, iam, cum restitutio id tantum tribuit in stricti iuris negotiis, quod in causis bonæ fidei æquitas legum agnoscit: quis dabit doli actionem in tertium possessorem, qui compendium habet. Sed hanc legem Coccei in *Iure Controv. h. 1. Quest. 4. Resp. ad Obiect. 3. de dolo incidente* explicat. Vide, quid regeras. Sed regeri potest facillimo negotio. Potissimum præsidium est in *cit. leg. 10. Cod.* Apertissime ibi actio contra tertium possessorem etiam in negotiis haud formulariis excluditur. Quod de dolo incidente interstritur in legibus Romanis ignoratur. V. Nooit *l. c. cap. 7. seq.* Non negamus hanc inter dolum incidentem et causam dantem distinctionem rationi esse consentaneam. Nec negamus, eam tamquam longa consuetudine in fora Germanicæ introductam ibi debere defendi. Sed inde nondum probatum est, eam et iuri Romano cognitam esse, nisi forsan persuasus sis, nil esse æquum, sanum, laudabile, quod sapientissimos Romanos fugerit. Non poteris ergo Legem Romanam explicare ex distinctione quadam, post tot secula demum in germanico solo enata. Si actio in factum adversus hæredes datur, non ut hæredes, sed ut locupletiores, non sequitur tamen, eam dari adversus quemvis, qui in lucro sit. Datur enim non ut in hæredes, sed ut in hæredes locupletiores, ergo hæredis qualitas hic tamen quodammodo in rationem venit. Eadem responsio est ad *L. 15. h.* Successor vero in *L. 17. h.* opponitur quidem hæredi, sed non ut successor singularis, sed ut hæres prætorius, qui non facile hæres Romanis dicebatur. Transeo ad alteram actionem, quæ ob dolum intenditur. An hæc dabitur contra quemvis qui circumscriptionis gnarus rem tamen acquisivit, an contra deceptorem tantum? Prioris nullum vestigium in Legibus, unde posterius communi consensu receptum. Quod de redditione pretii supra tradidimus hic repetendum.

§. 16. Hodie cum omnia negotia bonæ fidei sint, restitutio ex capite doli cessat. Unde actio, cuius alienatio dolo impetrata est adhuc continuatur, ac si nil actum esset. Rerum alienatio in se irrita est, licet dominium vere transeat, Quod potissimum probat *c. l. C. 10. de rescind. vendit.*

vendit. non labefactatum argumentis *COCCEII cit. loc.* Adversus hæredes agimus, vt tales. Ipse fraudator nulla temporis præscriptione, ne triginta annorum quidem a redditione liberatur. Est enim in perpetua mala fide, quæ omnem elidit præscriptionem iure Canonico. Licet hoc tantum de rerum præscriptione verum sit, hic vero directo nil præscribatur, nisi actio æquitate s. vt *Noodr* adpellat, ex bona fide orta, tamen indirecto simul res vfucapienda est, vnde non immerito rerum præscriptioni similis habetur. Porro non omnis actio doli hodie exclusa est. Producta enim hæc est a Romanis ad negotia bonæ fidei in casu, vbi nil cum fraudatore erat contractum, attamen is dolo læserat. Hæc de dolo actio hodie in foris quotidie personat. Nec a principiis Romanis recedimus, nisi quod contra hæredes, vt tales iudicium demus.

§. 17. Actio minorennium læzorum etiam duplex est. Si dolus probari potest, aut saltim emtor minoris rem esse, quam emit, sciverit, sine discrimine ad læsionem reparandam tenebitur. Idem est, si possessor quidem in dolo non sit, attamen locupletior sit rei possessione, nec vlllo alio modo minorenni prospici possit, quo casu ex æquitate nascitur adversus eum restitutio. Vtrumque probatur per *l. 13. 14. b.* Bonæ vero fidei possessori, i. e. ignorantem rem minoris esse pretium restituendum esse, quod dedit, mihi dubium non est ex precedentibus. Dominium enim vere transit, vnde rei vindicatio cessat. Actio vero ex æquitate non potest esse innocenti possessori iniqua. Malus e contrario & improbus possessor, si pretium acceptum in rem minoris versum sit, reddere, quod in rem versum, docent Practici vid. *STRYCK V. M. Tit. de reb. cred.* Id peculiare, quod nec ex æquitate lucri apud alios exstantis post quadriennium hic actio prodita sit. Ratio forsitan inde petenda, quoniam iam integra minorennitas profuit læso iuveni ad conservanda quævis iudicia, vt inde, si adhuc XXX anni adderentur, nimis gravarentur alii, quibus ab his conventionis periculum est.

§. 18. Rescissoria actio anomala est. Hæc enim licet æquitatis causa introducta, tamen in æquitate directo non nititur, sed in ficta aliqua continuatione iuris, quod temporis præscriptione amissum, vt incontroversum est. Vnde si res repetitur, realis quædam Prætoris actio subest, vindicationi non abfimilis. Nil igitur hic cuiquam pretii restituitur, licet adversus omnes agatur, etiam, qui mala fide possidere desierunt. Inclusa est, quadriennii termino, numquam coarctanda, etiam si vnicus tantum dies præscriptioni defuerit, de quo egregie *GVNDLING in Gundlingian. P. XXVI. p. 23 -- 38.*

§. 19. Nolo iam procedere ad restitutionem ob capitis diminutionem datam,

datam, & eam, quæ in casu alienationis iudicii mutandi causa factæ conceditur, de qua posteriore existat elegantissima *Diss. Viri Illustris Io. CHRIST. WILH. STECKII* nuper Francofurti prodita. Instituti limites longiores ambages præcidunt. Cum solum rumpendum sit, id eo excusatius fit hoc loco, cum prior actio nullius, posterior rarioris in Germania usus sit. Præcipua vero principiorum, quæ supra proposuimus, utilitas est, ut in iis casibus, ubi ex clausula Prætoris generali fit restitutio, cum in iis pecuniaria prodita non sint, generalis ista omnium restitutionum indoles applicari, et hoc modo facile discerni queat, an locus sit actioni, nec ne? Denique subiicere placet verba *CULACII*, qui omnes actiones restitutorias in compendium coniecturus *Comment. ad Tit. ff. de Restit. in integr. Oper. prior. Tom. I.* ita ait: Huius Edicti sex sunt clausulæ. Ex prima (sc. metus) datur propria actio, restituitur et pristina. Ex secunda (sc. doli) est propria actio vel arbitrio iudicis restituitur pristina, si qua sit: sed propria illa, quæ datur, famosa est. Et in summa hæc sunt in hac restitutionum quaestione singularia, ut sit vna tantum restitutio famosa, vna perpetua (sc. ob capitis diminutionem) vna non actio, sed extraordinaria persecutio (sc. ex capite minorennitatis.) Et ex tertia clausula extra ordinem executio fit, cognitione prætoris. Ex parte quarta in debitorem capite minutum pristina actio restituitur, rescissa capitis diminutione, eaque actio perpetua est. Ex quinta quoque præsentibus contra absentes, et absentibus contra præsentibus, in integrum restituitur, et ob id rescissoria dicitur. Porro ex vltima clausula est etiam iure actionis restitutio in integrum ob id, quod factum est, futuri iudicii evitandi causa.

§. 20. Iam ad TE accedo CANDIDATE PRAENOBILISSIME, Cuius in gratiam aliquid scribendum fuit more consueto. Meruit TUA diligentia et morum, quo inter nostrates commendabilis fuisti, lepos, publicum aliquod meum testimonium hoc imprimis tempore, ubi solemne aliquod virium et profectuum specimen in Academica palæstra editurus es. Eiusmodi testimonia cum alias brevibus litteris comprehendi soleant, quæ præter suasves quasdam et vrbanas formulas; de salutandis parentibus iussus; de temporis angustia, et laborum nimia oppressione, aut minus commoda valetudine, querelas; iniurias interdum Candidatorum; parum plerumque continent: malui hac vice, miscere utile dulci, simulque aliquem ex iure locum indagandum suscipere. Apprecor faustos et felices studiorum et conatum futuri temporis successus, T V A Equæ me amicitia commendatum ut habeas, rogo.

§. 21. Est adhuc de quo compellandi sunt ORNATISSIMI CULUSVIS ORDINIS

DINIS FRIDERICIANÆ NOSTRÆ COMMILITONES. Maxime, quod omnes agnoscunt, vtilitatis est disputandi exercitium, vt ideo ex re cuiusque sit, in Academiis, quam frequentissime istum pulverem agitare. Limatur ingenium, et ad Aggressorum subtilitates tamquam ad cotem aliquam acuitur. Præfens ex arena consilium capiendi habitus acquiritur. Ipsam scientiam certaminibus versatam fidelius seruat memoria. Est hæc vmbra imago quædam vitæ forensis, ad quam præparantur plerique, vbi non exiguo Suadæ flumine, contradicendi feruore, et animo, stomachoque inter rixas temperato, opus est; quæ omnia parantur quodammodo, vbi ad litterarias quoque disceptationes sapius acceditur. Inde in omnibus Academiis sedulo vacatur istis exercitationibus. Nos quoque annis præteritis huic studio non defuimus, et iucunda adhuc recordatione recolo horas, ante annum, et quod excurrit, a numero quodam bonæ spei Iuuenum disputando quavis septimana exactas. Sed nescio, quonam pacis amore, abcesserit eo ex tempore pugnae hic animus civibus nostris. Deserta sunt imprimis a Iurisprudentiæ Alumnis tam publica, quam privata studia, vt peregrinum quid & rarissimum auditu sit, arenam a Iuris Cultore intrari. Quæ ista fuga, **OPTIMI COMMILITONES?** An sanguis fundendus, aut vita in ambiguo ponitur, vbi inter nos certatur? Si hoc; nolim interesse, nam mihi præcipua cura, vt vita ac cutis salva sit. Veretur quisquam, ne aqua interdum initio hæreat, vnde aliorum ludibrium. Bone Deus, quantis Viris non hæsit! Quam hæreret haud raro iis, qui aliis verbulo lapsis effusissimo cachinno sapientiam produnt! Tandem, quam caret ista res omni periculo, cum non de patriæ salute dimicetur, & aliquid quoque operis relinquendum sit ei, qui certamen moderatur, ne interim ignavia torpeat! Optant nonnulli, & impellunt, vt restaurentur disputandi exercitia. Præsto sum **VESTRIS** vsibus, **COMMILITONES.** Accedite, nomen date; conveniet inter nos de more in ipso instituto obeundo. Sed vt, qui interesse volunt, in tempore desiderium indicent,
rogo.



ULB Halle

3

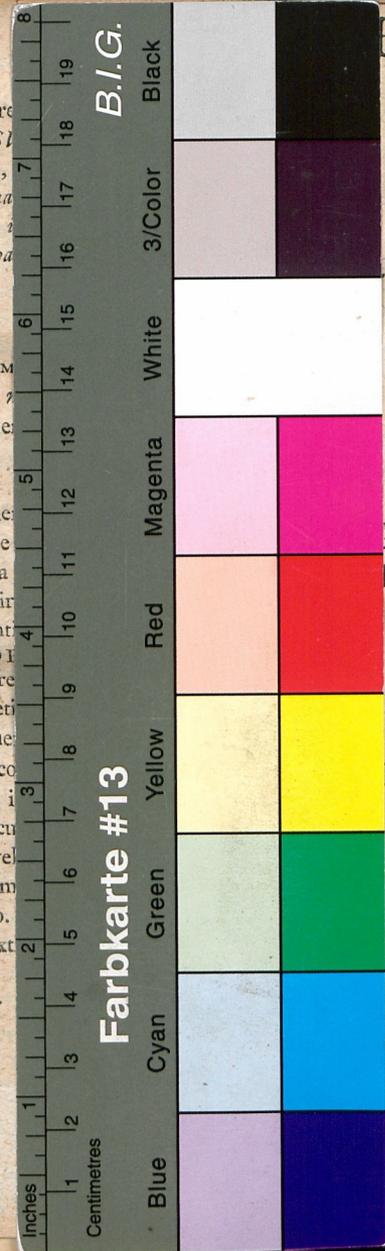
002 169 525



56.







ARNESTI CHRIST. WESTPHAL
I. V. ET PHILOSOPHIAE DOCTORIS
PROGRAMMA

QVO
CANDIDATO PRAENOBILISSIMO
DOMINO

NICOLAO IOSEPHO
GVNTHERO,

DISSERTATIONIS:

CONSORTIBVS & ADIVTORIBVS
IMINVM EORVMQVE POENA ET NOXA
RECVDVM LEGES GERM. CRIMINALES
GENERATIM
DEFENSORI

GRATVLATVR
SIMVLQVE

ESTVMATISSIMOS CVIVSVIS ORDINIS
FRIDERICIANAE COMMILITONES
AD EXERCITIVM DISPVTATORIVM INVITAT

PRAEMISSA TRACTATIONE:

DVPLICI ACTIONE RESTITVTORIA
MNIBVS FERE IN INTEGRVM RESTITV-
TIONIBVS PRAETORIIS COMMVNI.

HALAE MAGDEBVRGICAE M DCC LX.

47
40.

1760

5a

