



146

DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA
DE
RESTITVTIONE IN INTEGRVM
EX CLAVSVLA PRAETORIS GENERALI VLTRA
CASVS ABSENTIAE NON EXTENDENDA

S E C T. III.

QVAM
SVMMI NVMINIS AVSPICIIS
ACADEMIAE FRIDERICO-ALEXANDRINAE
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

D O M I N O
CHRISTIANO FRIDERICO
CAROLO ALEXANDRO

MARGGRAVIO BRANDENBURGICO BORVSSIAE
SILESIAEQVE DVCE REL. BVRGGRAVIO NORIMBERGENSI
VTRIVSQVE PRINCIPATVS REL. REL.

AVCTORITATE
ILLVSTRIS IVRECONSULTORVM ORDINIS
PRO

FACVLTATE LEGENDI

DEFENDET
IOANNES PHILIPPVS FRANCK
I. V. D.

RESPONDENTE
HENR. CHRISTOPH. BVTTNERO
ONOLDINO.

1785-26

D. SEPT. MDCCLXXXV.

ERLANGAE
STANNO ELLRODTIANO.



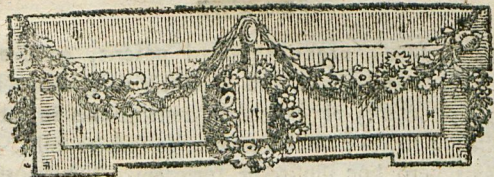
DISERTATIO DE ...
RESISTITIO ...
EX ...

CHRISTIANUS ...
CAROLUS ...

...
...
...

...
...
...





Se&. II.

*Quae argumenta, ex legibus, ex indole officii praetoris,
et ex fine restitutionis, pro stabilienda clausulae re-
strictione desumpta exhibet.*

§. XIII.

Prooemium.

Quae in priori sectione dissertationis meae exhibui ar-
gumenta, sufficere forte possint ad probandam meam
sententiam de clausula Praetoris ultra casus absen-
tiae non extendenda, cum in his ipse sensus clausulae ge-
nuerit ex ipsius edicti tenore et ex interpretatione legali
abunde fuerit demonstratus. Vt vero nihil plane, quod
adferri possit, relinquam intactum, haud superfluum iudi-
caui, in hac altera dissertationis parte, etiam ea argumenta
supplementi instar proferre, quae quidem non proxime clau-
sulam eiusque interpretationem concernunt, attamen ad
eius opinionisque meae illustrationem conferunt; dum sci-
licet

licet haud difficili negotio probari poterit, quod ex aliis legum dispositionibus, ex ipso Praetoris edicendi et in iure statuendi facultate, et ex natura restitutionis in integrum nulla alia nisi stricta clausulae praetoriae indoles colligi possit: quo magis vero hoc illustretur, priorem argumentorum seriem ordine haud interrupto continuabo.

§. XIV.

Argumentum III. Ex Contextu totius Tituli ex quib. caus. mai.

Haud leue prioribus in sectione antecedente prolatis accedit III. argumentum, si ipsum titulum D *ex quib. caus. maiores* etc. examinemus, et ad leges in eo occurrentes vna cum casibus relatis accurate attendamus. Postquam enim in prima lege propositum est Edictum, leges ipsae in longa serie subsequentes casus ipsos, in quibus clausula generalis adplicationem inueniat vel non, referunt deciduntque, et ipsi horum textuum auctores solcite occupati sunt, in discernendis iustis et legitimis restitutionis causis. Praesertim vero non solum quoad causas absentiae in edicto relatas proferuntur limitationes et determinationes absentiae propter reipublicae commodum, propter vincula etc. sed et simul alii casus absentiae, qui praeter nominatas causas contingere possunt e. gr. studiorum causa etc. memorantur et definiuntur *a)*. Quam longa autem sit series harum legalium sanctionum, tamen in iis nulli alii nisi absentiae casus relati deprehenduntur, et nullibi occurrit vel unicus casus, qui

ad

a) Conf. ea, quae de his legibus retuli in not. f. ad §. 11.

causam non sit extentenda. Profecto enim vsus huius clausulae, si ea ad alia omnia iusta impedimenta potuisset applicari, maximus et amplissimus fuisset praedicandus.

§. XV.

Dubia quaedam solvuntur.

Vt vero etiam quoad hoc argumentum nihil relinquam intactum, ad obiectiones nonnullas respondendum est, quae ex ipso hoc titulo moueri possunt, et argumentationi meae obesse grauiter videntur.

I. Dubium haud leue procreant leges nonnullae in hoc titulo occurrentes, quae tum in genere de impedimentis quibuscunque loqui, tum adeo ipsos casus, ad alias quam absentiae causas se referentes, aperte commemorare videntur. Spectant huc praecipue l. 16. d. t. in qua PAVLVS de necessitate rerum impeditis generaliter loquitur:

„Non enim negligentibus, ait, subuenitur sed necessitate rerum impeditis. Totumque istud arbitrio Praetoris temperabitur: id est, ut ita demum restituat, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.“

Quo

enim cohaeret, scilicet quod casus absentium necessitate aliqua detentorum frequentes esse possint, applicatio edicti vero quoad eos casus, qui in edicto continentur, quatenus horum extensio non habet locum, minus in vsu frequentetur. Ipse quoque CALLISTRATVS in legg. seq. 4. §. II. 14. d. t. quae ex eius Edicti monitorii libro secundo depraemtae sunt, nullos alios nisi absentiae casus adfert, eosque illustrat. Atque hoc argumentum, quod supra de VLPIANO et PAVLO adduxi, eo magis confirmat, cum CALLISTRATVS eodem cum his Iureconsultis tempore vixit et scripsit.

Quo suo fermone omnia adeo impedimenta necessaria, quorum praeter absentiam plura concipi possunt, indigitare videtur *d*). Nihilominus vero credo, PAVLVM eodem modo explicandum esse, quo exposui in §. XII. VLP IANI sensum; quod scilicet non solum absentes reipublicae causa, sed etiam absentes ex qua alia iusta et necessaria causa significantur, hinc verba illa intelligenda sint *de absentibus* necessitate rerum impeditis. Praeter ea argumenta enim, quae in superioribus subministraui, id quoque in considerationem trahendum est, quod in omnibus reliquis locis, quae de PAVLO in Titulo nostro adferuntur, scilicet in l. 18. 22. 24. 30. 35. 37. 44. nulli alii, nisi absentiae casus referantur. At forte obiici possint, quae in cit. l. 30. §. I. occurrunt, verba:

„ Si is qui reipublicae causae absuit, vsucepit, et post vsucapionem alienauerit rem, restitutio facienda erit, et licet sine dolo absuerit, et vsuceperit, lucro eius occurri oportet. Item ex reliquis omnibus causis restitutio facienda erit: veluti si aduersus eum pronunciatum sit. „

Vbi clausula haec finalis iisdem fere, quibus clausula generalis VLP IANI in prioribus examinata premitur, dubiis inuoluitur. Quamuis vero haec PAVLI verba non solum generalem restitutionis adplicationem praeter absentiae casus indicare, et simul casum ipsum, scilicet restitutionem

d) Dubium hoc praecipue mouent BRÜCKNER in cit. diff. §. 7. p. 12. BRUNNEMANN in Comm. ad Pand. et ad h. l. qui simul ex hac lege cum aliis, restitutionem ad casum laesionis ob neglecta facta adplicandam et arbitrio iudicis mero relinquendam esse, probare audeat.

tionem aduersus sententiam, sine respectu siue de absentis siue praesentis causa sermo sit, offerre videantur e); equidem tamen persuasus sum, omnia iterum huc adplicanda esse, quae supra iam ad declarandam clausulam ipsam et mentem VLPIANI demonstraui, et verba generalia: *ex reliquis omnibus* exponenda esse ex priori contextu, in quo PAVLVVS vnice de absentia locutus est, inde fumenda esse, ac si PAVLVVS dixisset: *ex reliquis omnibus absentiae causis*. Vltima quoque verba: *aduersus eum pronuntiatum sit*, clare demonstrant, PAVLVVM loqui de ipso exemplo prius a se allato, et sensum eius alium non esse, nisi hunc: quod restitutio in integr. locum habeat non solum contra absentem reipublicae causa, qui vsuceperit et post vsucapionem alienauerit, sed etiam tum, si *aduersus eum* scilicet absentem talem pronuntiatum fuerit f). Facile enim potuit fieri, vt tali

e) Etiam hanc obiectionem aduersarii formant, et praesertim multi eorum ex hac lege argumentum deducunt pro admittenda restitutione in integrum contra sententiam laedentem. WAHL in progr. supr. cit. p. 12. MEIER CRYSIANVS in diss. de restit. in integr. contra rem iudicatam. Tub. 1714.

f) Quoad hanc interpretationem consentientem habeo summum CVIACIVM, cuius ipsa verba transcribere, cum argumentum meum maxime illustrent, superfluum non erit. Habet enim is in Comm. ad l. 30. cit. sequentia: „Obscurissimum nec ab Accursio intellectum hunc locum reddam facillimum, aduersus absentem scilicet ex reliquis omnibus causis, id est, non solum si absens rem praesentis vsuceperit, de qua causa egit supra, sed etiam ex reliquis causis, puta si quid per absentiam eius aliter non utendo amiserit; vel si dies adionis, quae aduersus absentem competeat, exierit, cum absens non defenderetur, et restitutio facienda erit in rem, vt puta si restitutione petita aduersus absentem, post reditum

ab-

tali in casu is, qui restitutionem obtinuit, licet aduersarius condemnatus fuerit, suum recipere non posset, si forte soluendo non esset condemnatus, quo casu deinceps restituito danda esset in rem ipsam g).

§. XVI.

absens condemnatus fuerit, et soluendo non sit, hoc est supplendum, tum aduersus possessorem rei restituito facienda erit., Et idem ille in *Obseru. et emendat.* Lib. XXII. cap. 18. hanc rem iterum tractat, et illustrat hunc in modum: „Non tantum, si quis alienum absens reipublicae causa vsuceperit, qua de causa restitutionis PAVLVS dixerat ante, sed etiam si per absentiam eius vsufructum aut seruitutem alter non videndo amiserit, vel si dies actionis, quae aduersus absentem competeat, exierit, cum non defenderetur, quae causae sunt expressae in Edicto, aduersus ea, quae absens gessit, restitutionem faciendam esse, non in personam tantum, sed et quandoque in rem, veluti si restitutione petita aduersus absentem condemnatus fuerit, et soluendo non sit, vel etiam si dubitetur an soluendo sit, aduersus eintorem siue possessorem rei restitutionem esse faciendam, idque multo tutius esse auctori, quam si cum eo experiat, et agat in personam, qui rem non possidet, quia minus est actionem habere quam rem, vt et Pomponius XXXVII. ad Q. MUTIVM scripsit, tractans de restitutione danda in rem potius quam in personam, quod etiam confirmat l. 6. D. quod falso tut. auct., Conf. quoque GODOFREDVS in notis ad suam edit. Corp. Iur. ad l. cit. not. 12. et BRUNNEMANN in Comm. ad h. l. §. I.

g) Aliud forte adhuc recensendum foret dubium, quod ex l. 26. §. 7. cit. h. t. desumi posset, vbi de feriis indictis et laeso inde actore sermo est. At ne prolixus sim et saepius dicta repetam, paucissimis addo, etiam hac in parte sermonem esse de absente, et in specie de tali, qui forte praefens per aliquantum temporis fuit, quo vero propter ferias indictas agere non potuit. Totus enim legis contextus monstrat, solum de absentibus sermonem esse. Plura videantur apud CVIACIVM *Obseru. et Emendat.* Lib. XIX. Cap. 15.

G



§. XVI.

Uterior dubiorum solutio.

II. Alterum quod vulgo opponi solet dubium, quaerunt Doctores in ipsa inscriptione tituli nostri, *ex quib. caus. mai. XXV. annis in integr. restituantur*. Dicunt enim, ex eo, quod titulus generaliter plane exprimat restitutionem maiorum, colligendum esse, eum non solum restitutioni ex capite absentiae, sed omni restitutioni ex alia causa destinatum fuisse, et alias Collectores pandectarum, si hanc mentem non habuissent, tituli inscriptionem magis specialem formassent, et forte posuissent, *ex quibus causis absentiae cet. vel de restitutione maiorum ex capite absentiae b)*. Haud leue deprehenditur hoc dubium, si perpendatur, quod saepius in interpretandis quibusdam legum nostrarum materiis illustratio et conclusio ex inscriptione tituli sumi possit, et fortius adeo fieri videtur dubium ex eo, quod non solum reliqui de restitutione in integr. concepti tituli specialem inscriptionem prae se ferant, et causam ipsam, sc. *quod metus causa*, de *minoribus*, de *dolo malo* etc. expriment, sed et adeo in Codice repetitae praelectionis L. II. T. 54. haec generalis inscriptio iterum retenta fuerit. Quanta vero habeatur haec obiectio, tamen eam inter omnia argumenta contraria leuissimam esse, et absque magno negotio tollendam iudico. Constat enim, argumentum ex inscriptione tituli ductum, fin

b) BRVCKNER in cit. diss. §. 7. P. 13.

i) Vid. ECKHARD in Herm. Iur. ex edit. ill. WALCHII Lib. I. Cap. 5. §. 162. 165. P. 320. seq. IOH. LVD. CONRADI Obseru. Iur. Ciu. Vol. I. §. 19. P. 153.

fin et nonnunquam ad illustrationem aliquid adferat, non tamen semper tutum et firmum esse, sed econtrario fallere posse, praesertim si nulla alia concurrant adminicula. Et enim in Pandectis inveniuntur passim titulorum inscriptiones, quae omnibus in titulo ipso comprehensis parum accurate respondent, et contenta non exhauriunt, dum mox aliae nimis speciales sint, cum materia in titulo tractata sit amplior, mox vero aliae nimis generales, quae tamen solum specialem doctrinae alicuius tractationem continent. Quoad inscriptiones speciales exemplum nobis praebet ipsa quaedam restitutionis in integrum causa sc. *restitutio ob iustum errorem*, quae, licet sine dubio generalis sit, et ita proponatur, tamen sub tituli admodum speciali inscriptione: *quod falso tutore auctore gestum esse dicitur* (Lib. XXVII. Tit. 9.) in pandectis relata deprehenditur. Et ut ad alteram nimis generalium inscriptionum classem referamus nostrum titulum, eo tutius colligo, quo certius ipsa tituli contenta materia, uti in prioribus demonstratum est, probat, solam de absentia doctrinam tractare titulum; id quod etiam ex iis, quae in Titulo Codicis de restitutione maiorum continentur, manifesto apparet. Ceterum equidem censeo, ne quidem necessarium fuisse, ut compilatores Pandectarum nostro titulo specialiore proposuissent inscriptionem, cum ex connexione eius cum reliquis titulis manifestum est, tractari materiam a reliquis differentem, alias enim iudicandi quoque essent, quod titulos *de dolo*, *de metu*, *de capite minutis*, non specialius designassent, e. gr. *de restitutione maiorum ob dolum*, *ob metum*. Namque et de his titulis certo respectu, quod nimis generaliter inscripti sunt, asseri potest.

Legum nonnullarum obstantium inuestigatio.

Quaquam vero, quod credo, euictum sit, ex ipso titulo *ex quib. caus. mai.* nihil aliud nisi restrictionem restitutionis ad solam absentiam concludi posse; tamen aliae adhuc ex aliis Pandectarum locis supersunt obiectiones, cum a multis leges nonnullae soleant adferri, ex quibus extensior clausulae generalis comprobari possit sensus. Potiores ex his legibus, ut recenseam, simulque dubitationes obmotas resoluam, haud abs re erit.

1) Ex *l. 2. D. de restit. in integr.* argumentari volunt quidam, restitutionem in integrum ob quemlibet errorem iustum alicui concedendam esse, ideoque hunc casum inter eos, ad quos clausula generalis praeter absentiam accommodari possit, referunt *k)*. Quamuis vero verba huius legis

„*Sive per status mutationem, aut iustum errorem.*„

plane

k) HELLFELD in *Iurispr. for. Sec. ord. dig. §. 472.* LAVTEREACH in *Coll. Th. pr. L. IV. T. VI. §. 17.* SCHAYMBURG in *Comp. Dig. L. IV. T. VI. §. 4.* WAHL in *cit. progr. p. 12.* LEYSER in *med. ad Pand. Sp. 64. med. I.* qui eam leg. alleg. simul coniungit *l. 3. C. ex quib. caus. mai.* quae habet: „in contradictibus, qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subueniunt.„ At ex hac generali functione generalis extensio clausulae neutiquam deduci potest, potius haec dispositio ad ipsas restitutionis in integr. regulas eiusque limites accommodanda est. Et id etiam menti Legislatorum conueniens esse videtur, cum generaliter officium iudicis ad causae cognitionem adstringunt, atque simul iurium publicorum respectum

plane sint generalia, et ideo dubium specie non careat, tamen eo, ut a sententia mea discedam, plane non moueor. Occurrit enim haec legalis dispositio in titulo generali de rest. in integr. sequentibus titulis specialibus praefationis infra praemisso, hinc ex his sequentibus explicandus est. Praeterea in hac lege sermo non est de restitutione ob errorem ex clausula generali concedenda, quippe cuius lex nullam plane facit mentionem, cum tamen iusta ratione statui posset, hanc legis sanctionem, si ad clausulam istam referenda fuisset, vel memorasse clausulam, vel relatum fuisse in tit. *ex quib. caus. mai.* Et ipsa lex necessario in coniunctione cum praecedente lege i. sumenda est, ex qua manifesto apparet, recenferi in vtraque lege causas restitutionis in integr. et intelligendam hinc esse sanctionem de ea restitutione ob iustum errorem, quae tractatur in titulo iam citato *quod falso tutore auctore gestum* etc. 1) hincque nullam
 G 3 plane

specum habeant. Aliter hanc legem exponit BRUCKNER in cit. Diss. p. 18—20. qui statuit, eam non praecise loqui de rescissione negotii, sed de aliis remediis reparandi laesionem infra dimidium, actione ex contractu, emendatione iniquitatis, ad quam iudex attendere debeat. Quidquid sit, hoc certum est, legem cit. sententiae nostrae non ob stare.

1) Ex ea ratione, quam nonnulli adferunt, quod sc. titulus *quod falso tutore* &c. non in serie titulorum de restitutione in integrum conceptorum occurrat, sed doctrina de tutelis inserta sit, argumentum firmum contra sententiam meam strui nequit. Haec enim huius materiae dissectio non Auctoribus ipsis, a quibus ea in Pandectas mutata est, sed Compilatoribus Pandectarum adscribenda est, qui hac in re ordinem edicti perpetui deferentes, melius iudicarunt, eam in tractationem de tutelis, locum sibi magis opportunum visum, reponere. Constat enim ex fragmentis et inscriptione-



plane relationem ad clausulam generalem menti legis imponi posse, idque eo minus, cum ex VLPIANO et PAVLO vtraque lex desumpta sit, et horum sententia de causis restitutionis, quod supra ostendi, ultra causas nominatas extendi nullatenus possit.

2) Grauius vero obstare videntur aliae quaedam leges passim occurrentes, quas singulas in extenso et coniunctim adducere lubet, et quidem l. 1. §. 9. D. de itinere actuque priuato verbis:

„ Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, cum superiore usus sit: potest, repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte, si qua mihi iusta causa esse videbitur. Sed etsi per vim hoc ei contigerit, in integrum restitui oportere, Marcellus probat. Praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare soleat. „

L. 34. §. 1. et l. 35. D. de seru. praed. rustic. quae ita habent:

„ Si

scriptionibus VLPIANI et PAVLI quibus hanc restitutionis speciem asseruatam debemus, eos in materia de restitutionibus in integrum etiam hanc materiam haud interrupto ordine tractasse. VLPIANVS nempe in Lib. XI, XII. et XIII. PAVLVS vero in Lib. XI. et XII. ad edictum perpetuum de restitutione in integrum agunt, vterque vero de hac restitutionis specie in L. XII. Accedit quoque argumentum ex fragmentis CAII Lib. IV. ad edictum prouinciale. Ceterum edicto, quo haec restitutio proposita fuit, multa deesse ipse VLPIANVS confitetur in l. 1. §. 2. D. quod falso tutore. Conf. HEINECCIUS in Comp. Pand. Lib. XXVII. tit. 6. §. 383. Ill. BIENER in cit. diss. C. 8. p. 40. sq. WESTENBERG ad Tit. D. quod falsi. tut.

„ Si fons exaruerit, ex quo ductum aquae habeo, isque post constitutum tempus ad suas vènas redierit, an aquaeductus amissus erit, quaeritur? Et Atilicinus ait, Caesarem Statilio Taurro rescripsisse in haec verba: Hi qui ex fundo Sutrino aquam ducere soliti sunt, adierunt me: proposueruntque aquam, qua per aliquot annos vsi sint, ex fonte, qui est in fundo Sutrino, ducere non potuisse, quod fons exaruisset: et postea ex eo fonte aquam fluere coepisse petieruntque a me, ut, quod ius non negligentia aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur, quorum mihi postulatio cum non iniqua visa sit, succurrendum his putavi. Itaque quod ius habuerunt (tunc,) cum primum ea aqua peruenire ad eos non potuit, id eis restitui placet. „

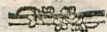
Denique l. 15. §. 5. D. quod vi aut clam.

„ Sed si is locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur: utputa in sepulchro vi aut clam factum est, vel in abdito alio loco, sed etsi sub terra fieret opus, vel sub aqua, vel cloaca aliquid factum sit: etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo quod factum est: nam causa cognita annum exceptionem remittendam, hoc est, magna et iusta causa ignorantiae interueniente. „

Atque his legum sanctionibus non solum ii vtuntur, et omnem fere vim probandi in iis ponunt, qui extensiuam clausulae interpretationem propugnant *m*), sed et adeo ex iis, qui in meam sententiam sunt proniores, nonnulli in dubitationem abripiuntur, et aliud refugium nesciunt, nisi statuendo exceptionem his legibus factam esse *n*). Et id profecto

m) LEYSER in Med. ad Pand. Sp. 64. med. 1.

n) HEINECCIUS in Comp. Pand. L. 4. T. 6. p. 522.



fecto mirum non est, cum hae leges non solum de casu praeter absentiam expresse disponere, atque causam necessitatis et iustae ignorantiae admittere videantur, sed et adeo ipsius clausulae eiusque adplicationis mentionem faciant claram. Equidem vero et haec omnia thesin meam nequam infringere puto. Ante omnia enim perpendatur, velim, leges has ex libris VLPIANI et PAVLI depromtas, et hinc ex supra dictis de modo, quo vterque Iureconsultus clausulam exposuit, explicandas esse. Praesertim vero quod ad l. i. §. 9. *de itin. actiue privato* et ad l. 15. §. 5. *quod vi aut clam spectat*, repetenda sunt, quae de absentibus vere et sicte talibus dicta sunt, et si haec cum contentis harum legum comparentur, largiendum est, VLPIANVM qui in hac vtraque lege de eo, qui ius suum exercere prohibetur ex iusta et legitima causa, differit, proprie de absente vel vere vel sicte tali locutum esse o). Et hoc, vti opinor, eo magis indubium redditur, si hae leges in suo contextu examinentur; haud sine ratione enim ex dicta l. i. §. 9. conici potest, VLPIANVM eadem plane in mente habuisse, quae in sua interpretatione clausulae in l. 26. cit. *de actione et die exempta* proposuit, et idem ex l. 15. §. 5. cit. clarius apparet, cum VLPIANVS in sq. §. 6. continua oratione de absente reipublicae causa et de minoribus loquatur. Postremo vero, quod ad locum PAVLI in L. 34. et 35. cit. spectat, hunc plane non obstare longa argumentatione non eget, cum ex ipsa lege manifestum sit, eam de restitutione in integr. plane non agere, multo minus de restitutione ex clausula generali

o) Eandem sententiam fouet Ill. BIENER in cit. Diff. C. 5. §. 26.

nerali p)! Potius PAVLVVS refert rescriptum Imperatoris, vi cuius in casu memorato extra ordinem concessa fuit restitutio in integrum; at enim vero, restitutionem extraordinariam imperialem a restitutione praetoria toto coelo differre, infra latius demonstrandi erit occasio. Maiori vero ratione haec ipsa lex tanquam firmissimum argumentum pro tuenda mea sententia adhiberi potest. Si enim tali in casu, de quo lex agit, sc. de laesione sine negligentia laesi orta, impetrari restitutio aliter non potuit, nisi per Imperatorem, apertum adest indicium, praetoriam potestatem eo non potuisse protendi; quodsi enim laesus potuisset sibi consulere implorando auxilium Praetoris ex clausula generali, profecto is hoc fuisset usus, et non opus habuisset, ampliori et difficiliori, per Imperatorem amissa recuperandi, medio.

§. XVIII.

p) Aliter hanc legem explicat, qui ceterum a mea sententia non est alienus SCHILTER in Praxi for. Exerc. XI. §. 29. ubi dicit: Videri posse hoc casu non dari restitutionem in integr. ex claus. gen. neque tam ipsum ius seu dominium seruitutis amissum videri, quam eius exercitium et actum secundum, sed esse remedium ordinarium affine actioni confessoriae, et quasi quandam *utilem confessoriam*, qua cogi possit aduersarius renouare seruitutem l. 14. D. quemadm. seru. amitt. Quam speciosa autem sit haec argumentatio, tamen equidem non credo, necesse esse, ut ad eam confugiamus, cum ex ipsa l. cit. demonstratum sit, de restitutione praetoria plane non esse sermonem. Et nobis contentientem quoque habemus TREVTLERVM in Disp. ad Ius Ciu. Iustin. Vol. I. Disp. XI. Thef. XVII. quaest. 98. p. 867. Vid. quoque FACHINAEVS in Controu. Iur. ciu. Lib. I. C. 69.

H



§. XVIII.

Continuatio prioris.

Eadem quoque iusta argumentandi ratione profligari potest 3) opinio eorum, qui restitutionem civilem cum praetoria confundunt, easque leges, quae de illa sanciunt, cum speciebus decisis ad restitutionem ex clausula generali referre, speciesque illas pro exemplis extensivae ultra absentiam huius clausulae explicationis habere volunt q). Quo praecipue spectant casus illi notissimi *de rescindenda emtione venditione ob laesionem enormem ex l. 2. C. de resc. vend. emt. de rescissione sententiae ex falsis instrumentis latae ex l. 33. D. de re iudic. et de restitutione contra iusiurandum legale praestitum ob instrumenta noviter reperta ex l. 31. D. de iureiur.* Vt vero haec opinio destruat, non opus est longiori demonstratione; id unicum addo, restitutionem civilem a restitutione praetoria multis modis differre, praesertim in eo, quod legis dispositione plane singulari nitatur, quod ratio, cur ea negotia quaedam rescinduntur, proprie in causa negotii intrinseca, laesionem producente, fundata sit, et quod tales rescissiones ab ipsis legibus accurate et limitibus singularibus sint circumscriptae r). Vti autem haec omnia clare demonstrant, tales restitutiones pro specie restitutionis praetoriae nullatenus esse iudicandas, ita quoque ex his singularibus dispositionibus eo firmiter concludi potest, restitutionem praetoriam ex clausula generali ab ipsis romanis restrictivae fuisse applicatam. Quodsi enim ea ad alias laesio-

q) COCCERII in Iur. Controv. ad Tit. D. ex quibus caus, mai.

r) Ill, BIENER in cit, diss, C. I, p. 8.

laesiones, quae non ex absentia causam ducunt, adplicanda vel actu adplicata fuisset, tales singulares legum restitutiones forent superfluae, vel certe auctores harum legalium sanctionum mentionem fecissent clausulae praetoriae, neque his rescissionibus tam singularem extraordinariamque formam et qualitatem dedissent. At enim vero ex his aliisque, quae quoque opponi solent, legibus s), si vel leui examine inspiciantur, manifestum redditur, Imperatores semper extra ordinem, et in subsidium ob deficientem rationem restitutionis praetoriae consuetae adplicandae, auxilium suum laesis fuisse largitos, neutiquam vero voluisse, vt his suis, sanctionibus

H 2

restit-

s) Sic inter alias quoque opponitur l. 7. D. de rest. in integr. verbis: „Diuus Antoninus Marcio Auito praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in banc sententiam rescripsit: Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus: tamen ubi aequitas evidens poscit, subueniendum est. Itaque si citatus non respondit, et ob hoc more pronunciatum est, confestim autem pro tribunali te sedente, adiit: existimari potest, non sua culpa, sed parum exaudita voce praekonis defuisse: ideoque restitui potest.“ Argumentantur inde quidam ex verbis generalibus: ubi aequitas evidens poscit, subueniendum est, etiam hic extensionem clausulae locum obtinere. Manifestum vero est, rescriptum Imperatoris propter casum absentiae datum esse, atque hinc haec verba generaliore explicationem non admittere. Praeterea quoque ex ipsa lege patet, Praetorem petiisse instructionem super concedenda restitutione in casu ipsius absentiae adeo, vnde apertum se nobis offert exemplum, quod romani ipsi clausulae generali nil minus quam extensiuam qualitatem adscripserint. Quare et hac lege argumenta mea confirmantur. Aliarum legum, quae vulgo adferri solent in contrarium, longum catalogum exhibere, superfluum foret: e. gr. §. 5. I. de hered. qual. et diff. §. 33. Inst. de act. l. 86. D. de acq. vel omitt. hered. cet, nam et ad has argumenta, in §. prolata, plane quadrant.

restitutioni praetoriae amplior addatur ambages t), vel ultra suos limites determinatos inconcinna locum capiat extensio.

§. XIX.

Arg. IV. Ex comparatione restitutionis absentium cum reliquis causis determinatis.

Quae haecenus a me proposita sunt, plenius confirmantur ex ipsa ratione restitutionis absentium erga alias restitutionis in integrum causas. Quodsi enim, quod IV.) probationi sententiae meae inferuiens est argumentum, iusta instituat comparatio reliquarum restitutionis causarum cum ea, quae absentibus et ex clausula generali competit, facile euinci potest, nexum harum causarum inter se ita se habere, ut in restitutione ex clausula generali pari ratione, sicut in reliquis causis determinatis, proprium et singulare laesionis alicuius fundamentum praestruendum sit, et nulla praeter id ad-

†) Quod ipsi Imperatores non solum in danda restitutione tali extraordinaria non fuerint nimis liberales, sed et quod eam ultra limites suos extendere noluerint, exinde etiam patet, quod, si de ea impetranda quaestio moueretur, rescriptis suis iudices admonuerint de obseruandis legibus et iuribus praescriptis. Probant id variae leges praesertim l. 2. C. si adu. rem iudic. qua Imp. GORDIANVS cuidam SERENAE ita rescripsit: „Si cum pater tuus te in sua potestate esse, minimeque emancipationem a se factam valere, diceret, proconsul super causa cognoscens te eius potestati subiectam pronunciauerit: cum aduersus eam sententiam in integrum restitui postules, is, qui prouinciam regit, in impertienda cognitione suas partes secundum leges exhibebit.“ Spectant huc quoque supra citatae l. 7. de rest. in integr. l. 3. C. ex quib. caus. mai.

admitti debeat extensio. Et cum iam, quod sufficienter demonstratum est, clausula generalis ad absentiam et laesiones inde emergentes se referat, consequitur hinc, eam ultra hanc causam non esse protendendam. Vt vero hoc clarius reddam, speciatim quasdam observationes, ad ipsam hanc relationem causarum restitutionis inter se proxime spectantes, addere lubet.

I. Si restitutionem minorum XXV annis conferamus cum ea, quam edictum cum clausula nostra maioribus quoque largitur, utraque ita legibus determinata et distincta comprehenditur, ut pateat, utramque quidem in eo conuenire, quod adesse debeat iusta laesionis causa, in ipsa determinatione huius causae vero utramque manifesto differre. Cum enim quoad laesionem minorum respectus habeatur facilitatis et lubricitatis aetatis, latissima certe fuit horum restitutio, et Praetor ad omnia animaduertere debuit, quibus minor laesus fuisset, modo ille ex negotio non esset factus locupletior *u*). At vero restitutio maioribus concedenda, cessante apud hos ratione ex lubrica aetate petenda, tam ampla esse non poterat, et hinc ad causam specialem legibus determinatam, omni extensione, tanquam fundamento contraria, exclusa, ex natura rei adstricta esse debebat. Quod si hinc econtrario clausulae generali sensus amplior adscriberetur, eaque praeter casum absentiae de omnibus aliis laesionibus intelligeretur, manifesto consecuturum esset, vniuersam illam restitutionis maiorum et minorum differentiam euanescere *v*), omnesque distinctiones et determina-

H 3

tiones

u) l. i. et 2. C. si adu. credit.

v) Regeri quidem posset, eam tamen adhuc superesse differentiam in-

ter



tiones legum nostrarum tolli et pro superfluis esse habendas. Quid enim, quaeso, opus fuisset singulari edicto de minoribus, quid variis et multis illis dispositionibus, adplicationem restitutionis minorum ipsam concernentibus, si omnes laesiones ad clausulam generalem, tanquam ad commune omnibus laesis remedium potuissent referri? At, profecto ex his apparet, nisi aperte vis inferatur legibus nostris, aliam quam restrictivam clausulae interpretationem non posse tolerari. Vt vel vnicum his addam exemplum, prouocare lubet ad quaestionem illam a legibus *w*) solutam, an et quatenus fideiussori minoris competat restitutio? Nonne leges accurate limites circumscripserunt, sub quibus fideiussor maior huius beneficii particeps reddatur? Nonne vero superflua fuisset circumscriptio talis, si clausula praetoris nimis generaliter prospexisset laesis, ad quam et fideiussor laesus confugiendi proximam viam et occasionem habuisset? Vt nihil dicam de alia, aequae accurata determinatione circa translationem restitutionis ad heredes, quae pariter inanis esset

per restitutionem maiorum et minorum, quod in illa probari debeat a laeso defectus culpa vel negligentiae, cum quippe alias auxilium illi non sit tribuendum, quae vero probatio in restitutione minorum cesset. At haec non obstat iudico, cum haec differentia saltim concernat restitutionem in actu, vti ita loquar; exercito, non in se et primo actu, nempe probationem ab eo instituendam, qui laesionem reparare vult, quae facilius redditur minori ideo, quod propter aetatem facilius pro eo praesumendum.

w) l. 13. D. de minor. l. 1. et 2. C. de fideiuss. min. Solicite in his legibus distinguuntur casus, in quibus fideiussor minoris ad restitutionem, quam minor solius aetatis respectu impetrat, quoque admitti possit, vel ab ea excludatur.

esset et otiosa, si clausulae generali tanta tribui posset virtus x).

Haec omnia II. magis adeo procedunt, si cum reliquis causis determinatis comparetur restitutio ex clausula generali. Certe Praetores et Icti romanorum ingratam et vanam dedissent operam, dum illi edictis suis causas *doli mali metus* etc. speciatim proposuerunt, hi vero limitibus et distinctionibus multis iustum harum restitutionum ad species applicandarum modum determinarunt et illustrarunt; quam facilius enim fuisset, omnes has causas sub clausula generali comprehendere, speciesque occurrentes ad hanc referre, ex eaque explicare y). Quod vero hi iustam clausulae vim et mentem cognouerint et obseruarint, supra iam a me fuit demonstratum.

§. XX.

1. 18. 1. 19. D. de minor. 1. 2. C. Tit. de in integr. restit. 1. 2. 1. 3. 1. 4. 1. 5. C. de temp. rest. in integr.

y) Dubium forte obmoueri posset ex coniectura nonnullorum, quae si vera esset, totum nostrum argumentum everteret. Credunt enim, actiones doli et metus causa prorsus ex restitutionibus in integrum expellendas esse, quum quippe hae iure actionis modo concederentur, et in Codice prius de his remediis, quam de in integrum restitutionibus ageretur. STORTIA ODDVS in tr. de rest. in integr. quaest. 1. art. 16. At quam contorta et legibus ipsis contraria sit haec opinio, non opus est, ut demonstrem, cum tot tantaque habeamus ipsarum legum testimonia, ex quibus clare apparet, has species inter causas restitutionis referri, et semper relatas esse. Vberius has opiniones exposuit et profligauit. GVDNLING in lib. de efficientia vis ac metus. Halae 1711. Cap. 6.

Arg. V. Ex historia restitutionis in integrum.

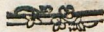
Proxime cum priori argumento cohaeret aliud V) idque supra dicta euidentissime confirmans argumentum, quod nobis exhibet historia restitutionis in integrum et praesertim ordo chronologicus, quo variae praetorum de restitutione in integrum sanctiones se inuicem excipiunt. Non enim est, ut credamus, restitutionem in integrum ex capite absentiae et praesertim adiectam ei clausulam, vltimum inter reliquas species occupare locum, et, ut ita dicam, agmen claudere. Si hoc adsumi posset, profecto ii, qui de clausula nimis liberaliter sentiunt, magis possent gloriari, quum quippe tunc non sine specie contendere possent; Praetorem, postquam eius antecessores iam sensim sensimque causas restitutionis determinauissent, et semper ex nouis litibus nouam occasionem, alias causas admittendi, nacti fuissent, denique fastidio correptum rem vno edicto, vna clausula, aboluere, et in hanc omnes et quoscunque laesionis alicuius haud imputabilis casus referre voluisse. At haec imago euanescit, si in ipsa fata et vicissitudines restitutionum in integrum inquiramus, de qua re optime meritum se reddidit saepius laudatus Ill. BIENERVS *). Clare enim nos docet historia iuris restitutionum, ipsa edicta praetorum, restitutiones proponentia, non in eo ordine proposita et promulgata fuisse, quo ea in Pandectis in serie, quam Lib. IV. exhibet, occurrunt, et praesertim, quod ad nostram clausulam

*) In *dissert.* saepius citata, in qua haec materia ex professo et argumentis firmissimis tam late quam eximie pertractatur.

fulam spectat, edictum vna cum ea secundum ordinem chronologicum non in vltimum locum, sed statim post restitutionem minorum esse collocandum a). Rem breuissimis ita habe. *Primo* data est restitutio in integrum *minoribus* b) cum

a) Ab aliis quibusdam jam facta fuit obseruatio, quod Praetor clausulam generalem non adhibuerit circa finem materiae restitutionis in integrum, sed solum in illa edicti parte, vbi de causis absentiae agitur, eam protulerit. Et prouocant hi ad ordinem edicti perpetui, quem IACOBVS GODOFREDVS in *Manuali iuris* proposuit, vbi materiam restitutionis in integrum non claudit tractatio de restitutione maiorum, sed de alienatione iudicii mutandi causa facta. Sensit grauitatem huius argumenti BRVCKNERVS in *Diff. cit.* §. 5. p. 7. et §. 8. p. 17. eamque refellere conatus est, an feliciter? ex ipsius argumentatione perspiciatur. Ait enim: ordinem edicti perpetui venire a Collectore edictorum, non vero ab ipsis Praetoribus; licet igitur clausula generalis non appareat circa finem materiae restitutionis in integrum, quoniam tamen reperiatur in titulo, vbi non de certa speciali causa restitutionis in integrum sed in genere, ex quibus causis maiores in integrum restituuntur, tractetur, non tam stricte, sed generaliter explicandam esse clausulam generalem. At quam vaga sit, atque circulo in demonstrando funderur haec argumentandi ratio, non est quod probaturus sim.

b) Tempus ipsum, quo datum est Edictum huc spectans, et quis fuerit Praetor, cui illud debemus, certo determinari nequit. Nonnulli quidem ex loco TERENTII, quam ipse exhibui, probationem ducere volunt, at hic aperte de absentia loquitur. Antiquiorem fuisse et priorem hanc restitutionem, tuto colligi potest ex iis legibus, quae de absentium restitutione disponunt, et ad restitutionem minorum se referunt. Aliud quoque argumentum pro antiquitate huius speciei restitutionis probanda deducit III. RIENERVS *cit. Diff. C. 4. p. 16.* ex inscriptione l. 47. D. *de minor.* ex qua patet, legem istam desumptam esse ex Lib. I. responforum ICTI SCAEVOLAE, et sane hoc argumentum *fortissimum* esset, si fons huius legis



cum *Lex Laetoria* quidem iam de his, sed non satis pro-
 spexisset, et Praetor motus aequitate naturali, lege *Laetoria*
 non satis agnita, minoribus plenissime consulere voluit c).
Secundo hanc secuta est nostra species, restitutio ex capite
absentiae, quae hinc sua origine et ordine reliquis praecedit.
 Ansam huic dederunt potissimum casus frequentes absentiae
 reipublicae causa; cum enim negotia reipublicae romanae
 in dies magis auferentur, atque ea propter ciues saepius in re-
 giones distitas migrare oporteret, haec vero ipsorum absentia
 ipsis damnosa eo facilius reddi posset, quod tempus
 usucapionis Legibus XII. Tab. statutum, admodum breue,
 facile praeterlabi, et talis lapsus absentis iacturam domini
 iuriumque inferre posset; Praetor lapsis ob absentiam talem
 subuenire aequum duxit, hincque non solum reipublicae
 causa

legis tribui posset prisco illi Q. MUCIO SCAEVO LAE egregio Icto,
 qui sub libera republica floruit. Cum vero hic Ictus libros responso-
 rum, quantum equidem scio, non scripserit, at vero alius CEREBIDIUS
 SCAEVO LA, qui sub Imperatoribus vixit, responsa edidit, equidem hunc
 pro Auctore dispositionis in legem cit. relatae habere, maluerim; ubi
 vero argumentum ex omni parte firmum ex tali inscriptione deduci non
 posset. Maiori ratione, quod equidem credo, adduci possunt l. 42. et
 l. 45. D. ex quibus causis maiores. Interim quidquid sit, non opus est
 ut ad talia argumenta refugiamus, cum aliunde antiquitas restitutionis
 minorum constet.

c) Et quidem, ut plenissime consuleretur, Praetor tutelam minorum in
 se recepit, l. 1. D. de minor. de iure simul atque de facto cogniturus,
 uti ex voce *animaduertam* quam in l. cit. deprehendimus, apparet: in
 ceteris autem restitutionum iudiciis pedaneum iudicem de facto cognitu-
 rum dabat. Quare hic nullam prodidit actionem, sed prouti negotium
 exigere videretur, minori pollicebatur auxilium l. 24. §. vit. D. de mi-
 nor. conf. Ill. BIENER l. c. p. 16.

causa absentibus sed et iis, qui his aequiparari poterant, restitutio in integrum fuit promissa. Auctorem Edicti, quo haec causa determinata fuit, supra indicaui, et ipsum edictum sub libera republica propositum fuisse, patet ex loco quodam TERENTII *d*) qui eius tanquam recepti iuris mentionem facit. Tercio subsecuta est restitutio ex capite metus, cuius auctor fuit Praetor L. OCTAVIUS, qui CICERONI aequalis erat *e*). Quarto data est paulo post restitutio in integrum propter causam *doli mali* edicto AQVILII GALLI *f*), qui pariter CICERONI coaetaneus fuit, quin

I 2

et

d) TERENTIUS in *Phormione* Act. II. Sc. IV. v. 9. Demophoni, cuius filius in absentia sua contraxerat nuptias, consulenti aduocatum respondentem his verbis adfert.

„ Mibi

„ Sic hoc videtur: quod te absente hic filius

„ Egit, restitui in integrum aequum est et bonum.

„ Et id impetrabis.

Explicationem huius loci, in quo quidam haesitarunt, habet Ill. BIENER l. c. Cap. 5. p. 22.

e) Formula ipsa, qua Praetor de hac restitutione edicebat: *quod vi metusque causa gestum erit, ratum non habebo, a CICERONE Verrin. III. 65.* appellatur *formula Octauiana*. Quod contra eos regeri potest, qui alium huius edicti auctorem, CASSIUM quendam, perhibent. NOODT *de forma emend. dol.* SCHULTING in protis Pand. ad tit. *quod metus causa*. Conf. Ill. BIENER l. c. C. 6. p. 29. et 30.

f) Iniquitatem iuris antiquioris correxit AQVILIUS GALLUS formula: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.* Dedit edictum a. u. 688. Saepius eius mentionem facit, et praesertim eum laudat, quod nunquam iuris ciuillis rationem ab aequitate seiunxerit, CICERO *Topic. 7.* pro *Caecin. 27. de offic. III. 14.* conf. quoque PAVLVS Rec. Sent. L. 1. T. 8. l. 1. D. *de dolo mal.*

et familiaris et in Praetura collega. Quando vero et quo ordine reliquae restitutionum causae inuentae et determinatae fuerint, certo non constat g); atque huic rei longius immorari a scopo praesentis opusculi alienum esset. Sufficit, demonstratum esse, restitutionem ex capite absentiae non fuisse postremam, sed ordine suo inter priores de restitutione sanctiones esse numerandam; exinde enim clare consequitur, generalem et extensiuam interpretationem verae clausulae praetoriae indoli summopere esse aduersaturam.

§. XXI.

Arg. VI. Ex limitibus officii Praetoris.

Adiungi debet argumentis haecenus prolatis VI. quae ratio ex officio Praetoris eiusque limitibus sponte se offerens. Quodsi enim clausulae praetoris reseruatoriae tanta adscriberetur vis, quanta ex opinione dissentientium adsumenda

g) Edicto, quod de restitutione ob iustum errorem agit, multa deesse verba, supra iam dictum est, atque vel ob hanc rationem nihil certi de eius origine proferri potest. Quod vero in specie ad restitutionem propter alienationem iudicii mutandi causa factam atinet, notandum adhuc est, dissentientes esse ipsos Ictos Rom. quoad originem huius Edicti. VLPPIANVS nempe in l. 4. §. 1. D. de alien. iud. mut. caus. Praetori tribuit edictum; CAIVS vero in l. 1. et l. 3. §. 4. D. eod. Proconsuli. Quae tamen conciliari possunt, dum facile admitti possit, quod Praetor in urbano, Proconsul in provinciali, edicto eandem restitutionem proposuerit. Ceterum in vera origine huius Edicti eruenda occupatus fuit SCHOEN de poena legis Liciniae ex l. vlt. D. de alien. iud. mut. Lips. 1771. qui SC. LICINIANVM pro hac lege agnoscit. Conf. praecipue ad totam hanc materiam III, BIENER l. c. C. 8. 9, 10, p. 40, 199.

fumenda esset, profecto statuendum foret, arbitrium Praetorum fuisse plane illimitatum, eorumque in iure moderando adiuuando et corrigendo potestatem immensam. Ita vero eam neque sub libera republica, neque sub Imperatoribus comparatam fuisse, extra omne dubium ponit historia iuris et iurisprudentiae romanorum. In genere enim asseri potest, arbitrium praetorum et iudicum non fuisse liberrimum. Leges quippe in republica romana eo tendebant, ne iuris et iustitiae administratio ab arbitrio magistratum dependeret, ne casus pro amicis vel ex odio statuerentur, et ne sub praetextu quodam aequitatis fucatae leges et principia iuris euertentur. Et quamuis praetoribus facultas data esset, rigorem iuris nimis strictum moderandi, quippe quae permissio iis praesertim temporibus, quo status iuris et iurisprudentiae apud romanos parum ordinatus, atque strictis nimium principiis formulisque circumscriptus erat, optimo fini inseruit; tamen haec eorum facultas non erat liberrima. Probatur hoc innumeris documentis, et perpendiculariter modo tum ipsa ratio, qua Praetores edicere solebant et debebant, tum ipsae variae leges, quae edictorum praetoriorum causa latae sunt, Praetoresque ad iustos limites officii reuocant *b)*. Et quamuis concedi debeat, fuisse quoque inter Praetores, qui facultate sua abusi sunt, tamen etiam non desunt exempla, quod ii deinde accusationibus et poenis obnoxii redderentur *i)*. Quae omnia longius enumerare, et argumentis confirmare superfluum foret

I 3

ret

b) l. i. D. quod quisque iur. in alt. stat.

i) DIO CASSIUS Lib. 36. et 37. Val. Max. L. 7. C. 7. exemplo 7. CICERO in Verrem I, 41. 42. 45. 46.



ret k). Quod vero in specie ad Praetorum in concedenda restitutione in integrum potestatem attinet, ex ipsa ratione et serie edictorum, qua de re in prioribus egi, manifesto colligi potest, huius respectu Praetorum facultatem nil minus quam illimitatam fuisse. Cur enim opus habuissent Praetores specialibus edictis et speciali determinatione causarum restitutionis, si eam pro lubitu, et prouti ipsis aequum visum esset, petentibus dare potuissent? Cur legibus ipsis Praetores in concedenda restitutione admoniti fuissent, vt iuris rationem habeant, vt causae cognitionem sollicitè instituant, atque in causam et qualitatem laesionis inquirere debeant l)? Cur ipsius illius aequitatis, proprii restitutionis fundamenti, aestimatio non mero arbitrio praetorum relinquatur, sed semper ita praestruitur, vt *euidens* et *vera aequitas* ab imaginaria et fucata sollicitè distinguatur m)? Superflua quoque fuissent tot illa alia remedia praetoria, ad rescissionem actus alicuius tendentia, quot in iure habemus, cum scilicet Praetores facili negotio etiam talia remedia in clausulam generalem referre et ex hac actiones dare potuissent.

k) Plura videantur apud HEINECCIVM in *historia Iuris* cum notis RITTERI Lib. I. Cap. 8. §. 68. seqq.

l) l. 3. et 4. D. de restit. in integr.

m) Ait quidem PAVLVVS in l. 5. D. de restit. in integr. *Nemo videtur exclusus, quem Praetor in integrum se restitutum pollicetur.* At haec generalia verba non indigitare liberum praetoris in restituendo arbitrium, ex ipsa huius legis cum prioribus arcta connexione manifestum est. De aequitate evidente supra iam citavi l. 7. d. t. Sic IVSTINIANVS in singulari casu restitutionis, quem §. 33. Inst. de act. relatum inuenimus, ait: *Sane si tam magna causa iusti erroris interueniebat, vt etiam constantissimus quisque labi posset.*

potuissent, si haec tantam habuisset ambagem. Addi his potest etiam id, quod ipsum remedium restitutionis in se iustissimum quidem praedicent, attamen simul caute adhibendum esse, indigent leges; et id ipsum quoque, quod supra retuli, quod scilicet sub Imperatoribus ipsis, quamdiu potestas Praetorum restituendi adhuc perduravit, causae grauiore restitutionis ad ipsos Imperatores deferrentur, et ab his auxilium extraordinarium peteretur *n*): quo clare elucescit, haud illimitatum, sed ad causas determinatas adstrictum fuisse Praetoris in restituendo arbitrium. Et clarius ex his quoque respectu ad nostram clausulam redditur, argumentum haecenus defensum, scilicet: Praetorem nec voluisse nec potuisse illi sensum plane generalem tribuere *o*),
aut

n) Praeter leges sapius allegatas huc referenda inprimis l. 9. §. vlt. et l. 10. D. de Minor. ex quibus patet: non adeo omnes restitutionis minorum causas, licet ea inter omnes fuit amplissima, ad officium Praetoris pertinuisse, et ab huius concessione dependisse; sed interdum Imperatoris cognitioni et permissioni fuisse remittendas. Verba legum sunt, postquam de admitenda restitutione in casibus delicti, diuortii, seruitutis, confiscationis, quaestio ventilata et decisa fuit: „Aduersus libertatem quoque minori a Praetore subueniri impossibile est. Nisi ex magna causa hoc a Principe fuerit consecutus. „ Conf. cum his tot. tit. C. *si aduers. libert.*

o) Licet de hac materia supra satis a me actum sit, tamen non possum non maioris illustrationis gratia adhuc transferibere, quae de hoc Praetorum circa restitutionem in integrum arbitrio egregie protulit FABER in *Rational. ad Pand.* ad l. 26. §. 9. ex quib. caus. mai. monens; boni praetoris officium esse prouidere, quantum possit, vt litium materiam imminuat l. 21. D. de reb. cred. ergo debuisse specialiter enumerare causas omnes, quibus poterat euenire, vt aequum esset dari restitutionem,
aut

aut ea quidquam sibi referuare vltra causas determinatas, in specie vltra absentiae causam.

§. XXII.

Arg. VII. Ex ipsa nimiae clausulae Praetoriae extensionis inconuenientia.

Quamuis hucusque ex ipsa mente legum, et ex aliis analogicis argumentis demonstrata sit stricta clausulae praetoriae natura, pro superuacaneo et inutili tamen non erit habendum, fin et VII. ex naturalibus rationibus ostendere studeam, quod extensio clausulae praetoriae vltra absentiae causam sit inconcinna et principiis iuris contraria. Quae in prioribus dicta sunt, de sola ratione euidentis aequitatis quoad applicationem restitutionis ex clausula generali ad casus in edicto non nominatos, etiam hic sunt repetenda. Ipsa haec aequitas, ad quam attentendum est, non in genere et illimitate intelligi debet, sed in relatione ad ipsam indolem edicti, quod clausulam nostram annexam habet; et omnia hinc ita sunt capienda, vt aequum sit, restitutionem concedere tum etiam iis absentibus laesis, quorum absentia

aut saltem illos, qui frequentius solent contingere, non autem huiusmodi clausulae generali subicere, quae, quoniam non ad iuris rationem refertur, aut ad quippiam aliud certum, sed tantum ad aequitatem, quam sibi quisque facile pro arbitrio fingit, ingentem litium occasionem praebere potest, vnoquoque ex iis, qui restitutionem petunt, ex hac clausula contendente, iustam subesse causam, propter quam debeat restitutio indulgeri, tamen nulla allegetur ex iis, quae hoc edicto expressae sunt, nec quae aliquam cum iis similitudinem habeat etc.

tia haud culpanda reliquis in edicto relatis absentiae casibus similis queat iudicari, tum iis, qui ex fictione iuris pro absentibus haberi possint. Quodsi vero aequitas superstructa in alio et ampliori sensu sumeretur, vti nonnulli contendere voluerunt *p)*, certe maxime inde oriunda esset disconuenientia. Facilis enim daretur occasio, sub specie aequitatis cuiuslibet cerebrinae omnia negotia impugnandi, ius quaesitum alterius et legum sanctiones interuertendi; et facile iudex iniustus inuenturus esset rationes, quarum praetextu, quasi iustae et euidentes sibi fuerint visae, ex amicitia vel ex odio pro lubitu statuere, et quaeuis negotia valida rescindere posset. Hac ratione vero nullum negotium in toto iure ciuili foret ita *validum* quo *q)* quid quod, si talia tolerentur, eodem fundamento et pari ratione in eadem causa restitutio in integrum ab hoc et ab illo peti et impetrari posset. Quid enim obstaret, si is, contra quem aduersarius ex laesione praetensa restitutionem obtinuit, pariter ob laesionem ex hac restitutione sibi illatam aequaeam peteret; Foretne huic ea, si prius ex sola aequitate aliqua speciosa admissa fuisset, iusta ratione deneganda? Incommoda et peruersas consequentias ex nimia clausulae nostrae, extensione sponte profluentes senserunt multi inter ipsos

p) BRVCKNER in *diff. cit.* §. 7. et 16. ubi definitionem ARISTOTELIS, quam GROTIUS quoque adoptauit, de aequitate, quod scilicet sit *correctio eius in quo lex deficit ob vniuersalitem*, ad clausulam nostram sed posthabita iusta limitatione adplicare studet.

q) Idem argumentum quoque proponunt DOMPIERRE DE JONQUIERES in *cit. Spec.* et III, BIENER in *Diff. cit.* C. 5. p. 25.

ipfos huius extensionis patronos, et sincere fatentur, Doctores abufos esse arbitrio, quod circa hanc claufulam liberalius adfumitur, illudque conuertiffe non modo in cerebrinam cuiusque aequitatem, verum etiam aduerfus ea, quae legibus et constitutionibus difpofita funt, extendiffe r). Nilominus tamen plurimi periculofam hanc aequitatis omnimodae ad claufulam praetoriam applicationem defendere malunt s), quam vt a fua fententia femel recepta recedant, et illi fenfum ftrictiorem adfcribere volunt, moti praefertim quibusdam legibus, de aequitatis vfu nimis generaliter loquentibus. Ex his quasdam faltem adferre lubet e. gr. l. 12. et 13. D. de Legibus, vbi difponitur: „Non poffunt omnes articuli fignificati aut Legibus aut SCtis comprehendendi, fed cum in aliqua caufa fententia eorum manifefta eft, is, qui iurisdictioni praeeft, ad fimilia procedere atque ita ius dicere debet. Nam, vt ait Pedius, quotiens lege aliquid, vnum vel alterum introductum eft, bona occasio eft, caetera, quae tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione fuppleri. „ Sic et in l. 90. D. de reg. iur. thesis profertur: „In omnibus quidem, maxime tamen in iure fpectanda aequitas eft. „ At enimvero, quidquid etiam ex his locis communibus in-

r) FRANZKIUS in Comment. ad Tit. D. ex quib. cauf. mai. WESSENBECK in Paratitl. ad eund. tit. §. 10.

s) ZOESIUS in Comment. ad Dig. eod. cit. tit. n. 4. MEVIUS P. 5. Dec. 5. STRYCK in VI. Mod. Pand. L. IV. T. 6. §. 3. 6. SCHAVMBURG in Comp. Pand. L. IV. T. 6. §. 4. 5. HELLEFELD in Iurispr. for. §. 471. CYPR. REGNERVS in Difp. X. ad leges Pand. diffie. th. 26. BEYER in Delin. iur. ciu. ad Lib. IV. Tit. 6. Pofit. 9. feq.

ducatur, tamen certum est, iis probari non posse, quod ipsae leges omni etiam imaginariae aequitati amplum concedere locum, et per eam, firmâ iuris principia euertendi, ansam dare voluerint. Facili enim negotio aequae aliae leges adferri possent, quibus principia continentur, quae illas dispositiones penitus iterum destruunt. Sic enim l. 91. §. 3. de Verb. oblig. haec profert: *Esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur.* Et si hi loci communes accurate inquirantur, certe non est metuendum, quod nostrae thesi aduersentur, e contrario contendi potest, iis eam confirmari. Namque all. l. 12. et 13. D. de Leg. aperte loquuntur de interpretatione legum, et de applicatione ad casus similes in lege vero non expressos. Perspicitur inde, hanc dispositionem ad clausulam nostram facile adaptandam esse, eamque simul meam explicationem, quod sc. ea ad alias iustas absentiae causas, non vero ad omnes ex alio quam absentiae impedimento contingentes laesionis casus applicari debeat, vterius corroborare.

§. XXIII.

Continuatio prioris.

Ceterum, quamvis negari nequeat, quod ipsa ratio inter aequitatem et ius certum sit dubia, et haud facile determinanda; tamen hoc certum est, ipsam praeferentiam aequitatis prae rigore iuris non aliter admittendam esse, nisi habito respectu ad totum systema principiorum iuris scripti, et ad ea, quae principiis iuris naturalis genuinis consentanea sunt. Quodsi enim hic respectus in collisione



aliqua inter functiones iuris et aequitatem forte speciosam occurrente negligitur, nihil tam iniquum et absurdum erit, quod non in speciem aliquam reduci et defendi possit, atque adeo in causis iniustis facilis dabitur occasio excogitandi rationes, ex quibus auxilium iudicis in partes trahi, vel velamine aliquo obtegi poterit; atque profecto aequitas illa laudata penes hunc vel illum iudicem erit instar gladii, quem in manibus tenet infans *t*). Dantur vero et haec quaedam, quae adferri solent ab iis, qui propter aequitatis rationem clausulam praetoris generalem ad omnes laesionis causas extendere volunt, dum remedia quaedam proponunt, quibus contra restitutionem in integrum iniuste et ex imaginaria aequitate concessam medela adferri queant. Nonnulli enim autumant, eo in casu, quando inferior iudex abusus sit suo arbitrio, recursum ad superiorem, per appellationem quaerendum, non esse exclusum, dum eo iniquitas prioris sententiae facile corrigi possit; atque praeterea nullum in se adesse graue periculum, quoniam iniusti iudices etiam aliis claris et saluberrimis legibus abuti possent *u*). At quam leuis et refutatione plane indignus sit talis argumentum

t) Egregie Celeber. SCHLOSSER in libro, cui titulus: *Politische Fragmente*; de aequitate ita disserit: *Billigkeit ist Tugend des Privatmanns, oft Tugend des Richters, immer Schwachheit des Gesetzgebers. — Billigkeit wird aus unendlichen Bestimmungen abgezogen, der Gesetzgeber darf ewig bestimmen. — Heute that Billigkeit mir wohl; morgen macht sie alle meine Rechte unsicher. — Das Recht sey eine Mauer. Wer daran stößt, zersemelttere; wer darauf wohnt, wohnt gut. Billigkeit macht zum Sandbügel; jeder Wurm kann durch, aber es wohnt sich übel darauf.*

u) BRVCKNER in Diss. cit. §. 19. P. 34.

mentandi modus, non est quod demonstrem. Vt nihil dicam de eo, quod illud argumentum solos iudices inferiores tangat, cum tamen et superiores iudices potestate restituendi abuti queant, si ea nimis extensivae ex clausula generali deducatur. Atque profecto huc quadrat egregium illud ab ipsa lege propositum v): *melius esse iura intacta servare, quam iis vulneratis remedium quaerere*, remedium, vt addam, saepius dubium et difficile. Eadem quoque reperi possunt alii quorundam sententiae w), qui iis in casibus, vbi de applicatione restitutionis in integrum ex clausula nostra quaestio ventilatur, acta ad impartialia transmittenda esse suadent. Sed vana profecto sunt haec omnia. Quid enim opus est ambagibus, si leges ipsae, modo ex genuino suo sensu aestimantur et debito respectu adplicentur, iudicis officio limites ponunt condignos.

K 3

§. XXIV.

v) l. 5. C. in quib. caus. in int. rest. non est necess.

w) Talia suadet BRUCKNER in cit. diff. §. 19. p. 35. et simul proponit, in rebus maioris momenti consilii esse, vt duo aut plura adeantur Collegia iuridica, a quibus rogarentur rationes decidendi, ita tamen, vt prius iudices et partes iurarent, in hac causa clam non consultata fuisse illa Iuris Collegia. At talia refellere inanis et ingratus esset labor. Magis arrident consilia eorum, qui causas, in quibus restitutio in integrum praeter absentiae casum concedenda sit, non iudici sed principi proferendas atque ab eo auxilium impetrandum esse aiunt; haec enim ab iis, quae de causis restitutionis extraordinariae ipsis legibus romanis per Imperatores determinatis supra retuli, non adeo aliena sunt. Conf. TITIVS in obseru. ad Comp. Iur. LAVTERBACHII obs. 125. STREYCK in Diff. de praescript. conventionali ad l. AEMILIVS 38. de Minor. Cap. 6, n. 8.

Arg. VIII. Ex clausula finali clausulae praetoriae subiuncta.

Adposuit Praetor, quam supra retuli (§. V.) clausulae suae in fine limitationem: *restituam, quod eius per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit.* Ex hac a Praetore annexa restrictione, quod VIII.) vltimum sit ex argumentis meis, colligendum esse puto, Praetorem optime explicuisse, quod suo de restitutione ex capite absentiae edicto sensus nimis generalis haud sit tribendus. Alia enim, nisi me omnia fallunt, huic limitationi mens adscribi nequit; et praecipue verba: *quod eius per edicta licebit,* clare indignant, non solum normas in ipsis edictis propositas stricte seruandas esse, sed et Praetorem, sibi ipsi iustam metam ponentem, abscindere voluisse omnes restitutionis promissae inconcinnas extensiones, quae forte a postulantis occasione clausulae generalis potuissent excogitari. Sine ratione enim profecto finalis haec clausula edicto non fuit adiecta, et neququam adsumi potest, Praetorem quasi in fugam vacui omnia talia adposuisse, quod tamen statuendum esset, si illis nulla attribueretur virtus. Caeterum non ignoro, diuersimode hanc clausulam finalem a nonnullis fuisse expositam. Alii enim verba, *quod per leges — licebit,* generaliter plane sumere volunt, et ita omnia et quaelibet negotia a legibus villo modo determinata ab officio Praetoris circa restitutionem eximunt. Obiiciunt enim; dari non solum expressas, sed et tacitas legum prohibitiones, quoties sc. leges aliquid determinauerint: Et huc referenda

renda esse omnia negotia, quae a legibus valida iudicantur; eo ipso enim, dum a legibus sint determinata, tacite prohiberi, ne tollantur; et sic Praetorem, restitutionem concedendo contra tale negotium, aduersus prohibitionem iuris ciuillis esse acturum x). At quam aliena haec sint a vera clausulae finalis mente, facile apparet. Ista enim ratione etiam in ipsis causis restitutionis determinatis rarissime locum caperet remedium hocce, cum tot et tanta sint negotia in ipsis legibus determinata. Sic enim omnia pacta, secundum formam a lege praescriptam conuenta, obligatoria et valida a legibus habentur. Quis autem exinde argumentari vellet, ideo nullum pactum per restitutionem in integrum posse rescindi? Alii, lubricum huius obiectionis sentientes, rem ita explicant: Praetorem clausula generali restitutionem promississe in omnibus iis casibus, in quibus leges rescissionem actus alicuius validi non prohibuerint. Et hi certe veram clausulae finalis mentem magis tangunt y). Equidem autem credo, rem ita capiendam esse: Praetorem respexisse simul ad ipsas causas restitutionis, in edictum suum quadrantes qua tales, et sensum eius adiiciendo hanc clausulam talem fuisse; dandam esse restitutionem praeter causas in edicto nominatas etiam in iis causis *absentiae* iustis et probabilibus, in quibus leges non expresse prohibeant restitutionem. Atque hanc meam opinionem confirmant variae leges in ipsa hac materia occurrentes, quibus casus *absentiae* tam verae quam fictae sollicitae distinctae sunt. Sic milites

x) Conf. BRÜCKNER in cit. Diff. §. 16. p. 25.

y) HUBER in Praelect. ad Pand. L. 4. T. 6. §. 5. LAUTERBACH
in Coll. th. pr. L. 4. T. 6. §. 7. BRÜCKNER l. c.

milites pro absentibus habendi sunt, pro talibus autem non habentur magistratus Romae operam dantes 2). Sic Patronus fisci pro reipublicae causa absente habetur, non autem Notarius, qui acta Praesidum scribit a). Sic legatus reipublicae causa restitutione fruitur, non autem is, qui sui commodi causa in legatione est b). Ipsa quoque interpretatio huius clausulae finalis ab VLPIANO in l. 28. §. 2. d. t. proposita hanc meam explicationem confirmat verbis: „*Quod eius, inquit praetor, per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum, licebit, quae clausula non illud pollicetur, restitutum, si leges permittant: sed, si leges non prohibeant.*” Constat enim ex toto contextu, VLPIANVM loqui de casibus absentiae; tota quippe lex haec solos absentiae casus tractat, et ipsa haec interpretatio inter distinctiones de variis absentiae casibus in medio posita est. Quae autem supra de altera totius clausulae interpretatione ipsius eiusdem VLPIANI demonstrari, repetere superfluum foret. Etenim quod alius clausulae huic finali sensus tribui queat, etiam ideo non credo, quod alias ea inter superfluas locutiones esset referenda. Si enim Praetor illa dicere voluisset, se non esse restitutum generaliter in omnibus casibus, quoties legis prohibitio obstaret, certe tali solenni protestatione opus non habuisset, cum tanta non fuit auctoritas praetorum, ut contra claras legum prohibitiones pro lubitu remedium dare potuisset. Quod reliquum est, non nego, hanc limitationem a Praetore clausulae

2) l. 5. 6. 7. D. ex quib. caus. mai.

a) l. 32. l. 33. D. cit. tit.

b) l. 42. D. cit. tit.

lae adiectam etiam ad alias restitutionis 'causas, in reliquis edictis determinatas, analogica ratione applicandam esse c). Denique brevissimis adhuc moneo, verba huius clausulae: *decretis principum*, dubium nonnullis mouisse, quod forte clausula generalis praetoria demum sub Imperatoribus fuerit proposita. At verba ista posteriori tempore clausulae interspersa et annexa fuisse, sine formidine contendi potest d), atque sic ea, quae superius de origine clausulae protuli, salua manent et inconcussa.

§. XXV.

c) Hac ratione consentanea eorum, qui clausulam laudatam ad alias quoque restitutiones applicant, quatenus leges easdem earum non reiiciunt, etiam meum adfensum adicere possum. Sic restitutio ex capite metus non est concedenda ei, qui vano metu, reuerentiali etc. laesus est l. 6. D. *quod met. caus.* arg. l. 2. §. 1. et l. 3. D. *ex quib. caus. mai.* HYBER l. c. Sic et restitutio non admittenda contra praescriptionem iustam impletam, propter prohibitionem legis; l. 3. et 4. C. *de praescr.* 30 vel 40 ann. l. ult. C. *de praesc. long. temp.* quamvis super hac quaestione admodum magna ventiletur inter Doctores controuersia, vid. FACHINAEVS in *Controu. Iur.* L. I. C. 69. WUNDERLICH Rf. HIMESCH in *Diss. supr. citata.*

d) A quonam vero haec verba iniecta fuerint, an ab ipso VLPIANO, an a TRIBONIANO, an ab alio, non satis expeditum est? TRIBONIANO eiusus collegis adscribendam esse hanc interpolationem conici posset cum nonnullis, BRÜCKNER in *Diss. cit.* §. 6. p. 8. Verosimilior tamen mihi videtur eorum opinio, qui adserunt, formulam hanc plene a SALVIO IULIANO esse compositam, cui facultas ab Imperatore data erat in edicto perpetuo componendo, qua is etiam ita potissimum usus est, ut antiqua Praetorum edicta statui monarchico magis apta redderentur. III. BIENER in *diss. cit.* c. 8. p. 16. Ceterum dubium, quod vulgo moueri solet, vid. BRÜCKNER l. c. quod scilicet interpolationes in verbis edictorum non temere sint praesumendae, facile euanescit, cum supra clare probatum fuerit, edictum ipsum sub libera republica a

Conclusio.

Atque ita ad colophonem deduxi meditationes meas de vero clausulae praetoriae sensu. Plures alias iis addere obseruationes, nec temporis nec instituti rationes permittunt. Animo quidem mecum constitueram, non solum ad materiam de restitutione, quae fit breui manu, et de remedio restitutionis in iudiciis passim usitato, quaedam commentari, sed et simul casus quosdam potiores, in quibus pragmatici restitutionem in integrum liberaliter admittunt, egr. restitutionem pauperum, rusticorum, aliasque huius generis in foro quotidie occurrentes, et a multis Ictis probatas causas, sub examen vocare. Cum vero hoc meum opusculum in nimiam iam excreuerit longitudinem, ulterio-rem hunc laborem alio tempore forte proponam. Ceterum aequos huius rei arbitros rogo, vt Specimen hoc quaecun-que aequi bonique consulant; et si forte meae coniecturae non omnibus placeant, nihil magis opto, quam vt aberranti mihi ab eruditis veritas et recta via monstretur; ad discendum meliusque me informandum sum et semper ero promtissimus.

Praetore PVBLCIO fuisse editum; et hinc verba illa: *decreta Prinsipum*, quippe tum temporis plane incognita, nullam aliam, nisi posita interpolatione sequioribus temporibus facta, admittunt explicationem.

ERRATA.

In Dedicat. pag. 3. lin. 3. loco *reconnaissance* lege *reconnoissance*.

Pag. 21. §. IX. lin. 14. loco *fuerint* lege *fuerit*.

ULB Halle

3

004 064 399



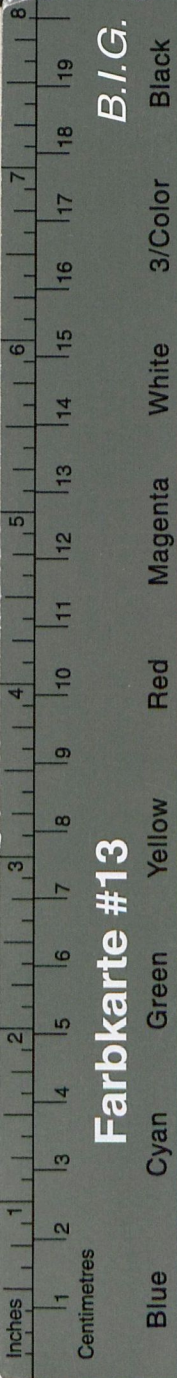
TA-FL

VD18





146



O INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
IONE IN INTEGRVM
PRAETORIS GENERALI VLTRA
ENTIAE NON EXTENDENDA

SECT. III.

QVAM
MI NVMINIS AVSPICIIS
FRIDERICO-ALEXANDRINAE
E MAGNIFICENTISSIMO
SIMO PRINCIPE AC DOMINO
O M I N O
ANO FRIDERICO
O ALEXANDRO

BRANDENBVRGICO BORVSSIAE
EREL. BVRGGRAVIO NORIMBERGENSI
VE PRINCIPATVS REL. REL.

VCTORITATE
RECONSVLTORVM ORDINIS
PRO

TATE LEGENDI

DEFENDET
PHILIPPVS FRANCK
I. V. D.

RESPONDENTE
RISTOPPH. BVTTNERO
ONOLDINO.

SEPT. MDCCLXXXV.

ERLANGAE
ANNO ELLRODTIANO.

1785-26

