

II R
578



E

DN



41 QK.314

v. Ponickau

Tab. X

5,300

I. N. J.

5

DISSERTATIO JURIDICA

(X1876327)

De

INVENIENDIS

Cauteq;

OBJICIENDIS

EXCEPTIONIBUS

Quam,

PERMITTENTE MAGNIFICO

JURECONSULTORUM ORDINE,

IN FLORENTISSIMA PHILUREA,

SUB PRÆSIDIO

DN. ANDREÆ MYLII, J. U. D.

Institut. Imp. Prof. Publ. & Facult.

Jurid. Assessoris,

Patroni, Præceptoris atque Hospitis

sui piè colendi,

die XII. Maji Anno M. DC. XCVIII.

placidæ Eruditorum censurae

exponet

A. & R.

JOHANNES AUGUSTUS de PONICKAU,

Eqves Misnicus.

LIPSIÆ, Literis JOH. GEORG.



1695

INVENTARIIS
ORIFICIENDIS
EXCEPTIOMBUS

PERMITTENT E. M. GENIUSICO
IN FLORENTISSIMA PHILURRA

DR. ANDREA MYLLI J. U. D.
Lectore Imp. P. of Publ. & Facult.

JOHANNES AUGUSTUS DE PONTIKAN
A. & R.
Edves Millicus.

LIPSIÆ, Lipsiis Joh. Georg.





I. N. J.

DISSERTATIONIS
CONSPECTUS,

- I. De Remediis adversus Actiones se defendendi in genere queritur.
- II. In adhibenda Defensione Reum cautum esse oportet.
- III. Imprimis videndum, an is exceptione aliquâ munitus sit, nec ne? Et quid si nullam sibi competere deprehendat?
- IV. Quid si necessariam sibi eam futuram esse existimet? ubi simul de duplici excipiendi genere; Inficiatione & Depulsione agitur.
- V. Inficiationem non ipsi actioni, sed actoris intentioni obstare ostenditur.
- VI. Dari duplicem inficiationem, unam Furis, alteram facti, adducitur. Et quomodo Furis inficiatio contingat simul, refertur.
- VII. De facti inficiatione.
- VIII. Inficiationem, vel nudè, vel sub certâ qualitate fieri, tractatur.
- IX. Hic Depulsionis natura & fundamentum describitur.

A 2

X. In

- X. In Depulsione investigandâ cur ad actionem ipsam respectus fieri debeat? Ubi etiam; Exceptiones vel communes esse omnium aut plurimum actionum, vel certarum actionum proprias; indicatur.
- XI. Ubi tamen actionum circumstantie evolvi debent.
- XII. De Circumstantiâ personarum agentium.
- XIII. De Circumstantia rerum, de quibus agitur.
- XIV. De Circumstantia ipsius facti, de quo queritur.
- XV. Exceptionibus inventis de Objectione cautè faciendâ Reum oportet esse sollicitum. Et quid si absolutè possit declinari iudicium?
- XVI. Quando absolutè & quot modis fiat illa declinatio. Hic simul de simplici declinatione i. e. incompetentiâ notoriâ agitur.
- XVII. De Incompetentiâ dubia.
- XVIII. Si totum iudicium declinari non potest, ad actionem ipsam excipiens mentem suam dirigat.
- XIX. An in casu, ubi planè nulla competit actio, reus allegatione opus habeat? Et quid si de jure & facto ut tali ex libello non constet?
- XX. Quid si constet quidem de jure & facto, sed tamen postea extincto?
- XXI. Actorem etiam nonnunquam, ubi ita nata est actio, ut

*ut etiam exceptione tolli debeat, à limine iudicii
repelli posse ostenditur.*

XXII. *Omnes exceptiones litis ingressum im-
pedientes ante L. C. unâ vice opponi debent.*

XXIII. *De Exceptione actionis nondum compe-
tentis.*

XXIV. *De Exceptionibus dilatoriis ante L. C.
objiciendis.*

XXV. *In quibus casibus earum oppositio post L. C. fieri
potest.*

XXVI. *Quo ordine fieri debeat exceptionum di-
latoriarum objectio.*

XXVII. *De peremptoriarum exceptionum oppo-
sitione.*

XXVIII. *An sit audiendus, qui exceptionem litis con-
testationi vel alii exceptioni contrariam
adduxit?*

XXIX. *De harum Exceptionum oppositione.*

XXX. *De Exceptionibus executionem impedi-
entibus.*

I.

UTi summoperè cavendum est auctori, ne ca-
lumniosam litem alteri inferat, seq; reum poenae temerè li-
tigantium faciat, l. 2. de jurej. propter calumn. dando. Nov. 118.
cap. 2. in pr. cap. fin. §. 1. X. eod. Sic sufficienter satis fugientibus
actiones seu reis de Remediis adversus agentium ausus haud rarò
impetuosos pertinacesq; se defendendi est prospectum. Ecquis enim
securus in Republicâ esse poterit, si satis sit agere vel petere, nec li-
ceat excipere? Sane quod militibus arma, quibus contra inva-
dentes se muniunt atq; defendunt; idem reis praestant exceptio-
nes,

A 3

nes,

nes, quibus vel de facto, vel iniquè intentatas actiones à se avertere, remq; familiarem in tuto habere ac retinere possunt, unde CUIACIUS *in paratitl. G. b. t.* exceptionem clypeum & arietem, quò actio infringitur, appellare non dubitavit.

II.

Quo urgentiora verò à rixosis hominibus excogitari possunt actionum genera, eò cautius in adhibenda defensione oportet eum versari, qui aliquà lite fuit pulsatus.

III.

Inprimis verò perspiciendum, an actione conventus exceptione aliquà munitus sit nec ne. Si nullam sibi competere deprehendit, quod fieri posse ex *l. 13. §. 2. vers. ceterum π. de jurejur.* apertè constat, tutius est actori satisfacere, quam contra dispositionem *Nov. 18. cap. 8.* litem temerè inficiari, multisq; probationum difficultatibus & sumptibus actores implicare sine causa, & ita eventum litis periculi ac molestiarum plenum expectare. Solent namq; actores, obtentà jam sententià condemnatorià, erga adversarios suos ut plurimum esse duriores, quam in litis principio. Advertant ergò rei effatum illud CICERONIANUM, dum *lib. 5. Philipp.* *Omne malum nascens, ait, facile opprimitur, inveteratum sit plerumq; robustius.* A quo non abscedit versiculus ille vulgatus:

*Litigiis obsta: malè juridicina paratur,
Cum lites longis invaluerè moris.*

IV.

Sed si putet reus, necessariam sibi esse aliquam defensionem, animadvertere debet, utrum jus vel factum causæ propositæ negari, an aliquà ratione distingvi possit. Nam in his omnem excipiendi materiam occupatam esse non obscure Imp. DIOCLETIANUS & MAXIMINIANUS *in l. 9. C. de exceptionibus* tradunt, dum inquirunt: Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione munitum te adseveras, de hac tantum convenit agi; nam si etiam de intentione dubitas, habita ex-
ceptio-

ceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem secundum adseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. Unde duplex excipiendi genus agnoscunt Doctores: Unum, quod in solâ inficiatione, alterum verò, quod in depulsione est occupatum. Utrumque fundatum reperio in *l. 34. §. 1. vb. aut ipso jure aut per exceptionem π. d. O. & A. l. 38. §. 1. π. d. solut.*

V.

De inficiatione affirmatur, eam non ipsi actioni, sed actoris intentioni obstare, ita ut, quod actor falsâ opinione est complexus, & de facto ab eo in iudicium erat deductum, per illam excludatur. Unde etiam Exceptio facti, aut intentionis vocatur.

VI.

Et cum duplex in foro adeoque in quovis libello occurrat quaestio, una juris, altera facti, *VULTEI d. jud. lib. 1. cap. 3.* ideo duplicem quoque dari inficiationem recte colligitur. Juris inficiatio contingit, si negatur, actorem jure personarum vel rerum, jure in re vel ad rem esse munitum. Igitur res vindicantem ab eintore, suos numeratos nummos adseverantem, erga probationem laborare non convenit: siquidem hujusmodi licet probetur factum, intentioni tamen nullum præbet adminiculum. *l. 21. C. de probat. adde disp. Dn. PRASIDIS d. inven. cauteque instit. act. th. X nuper habitam.*

VII.

Facti inficiationem quod attinet, dubium non est, ejus defectum vitare totum jus actoris, e. g. si duo sunt Titii, pater & filius, & datus est tutor Titius: nec apparet, de quô sensit testator, neutrum datum fuisse intelligitur. *l. 30. π. de tut. testam.* Quod si igitur alter ex his vocetur ad tutelam, is rectè negabit, se tutorem datum esse. Quamvis enim de jure, nempe aliquem Titium in testamento tutorem constitutum esse, constet, factum tamen, sc. huic Titio esse delatam tutelam, manet incertum. Igitur non jus sed probatio deficit, quæ res per infinita quidem exempla declarari potest, sed ea saltem, quæ huic sunt cognata, adjicere placet unde,

unde si duobus Titius separatim quis legaverit, & uni ademerit, nec appareat, cui ademptum sit, utrique legatum debetur, quemadmodum & in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum. *l. 3. §. 7. π. de adim. vel transf. leg.* Et quoties non apparet, quis hæres institutus sit, institutio non valet, quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, & ad designationem nominis singulari nomine utatur. *l. 62. §. 1. π. d. hered. instit.* Certè in his casibus de veritate juris ac majoris propositionis constat; Ast minorem falsam esse, per se patet.

IIX.

Porro fit inficiatio vel nudè, vel sub certâ qualitate. Quæ nudè & quidem potissimum circa factum contingit, vix nomine exceptionis venire potest, cum hic reus directò actioni contradicat, quò casu litem jam contestatam esse, negari non potest. OBRECHT. *delit. contest. cap. 5. n. 28. & cap. 8. n. 1.* HILLIG, ad DONELUM *lib. 22. cap. 1. lit. A.* Ea autem, quæ certam habet qualitatem, i. e. quæ sub affirmatione novi facti contingit, negat quidem jus aut factum, verum non simpliciter, sed quia e. g. facta est solutio, compensatio, confusio &c.

IX.

Hæc de inficiatione. Depulsionis ea est natura ac conditio, ut non tam actoris intentioni, quàm potius ipsi actioni objiciatur. Ac tali nititur fundamento, quod sæpè accidat, ut obligatio naturalis vel ab initio deficiat, vel ex postfacto tollatur, adsit tamen civilis, ex quâ summo jure actio nascitur, sed quia iniquum est, reū exinde condemnari debere, idcirco opposita postea exceptione excluditur. *l. 16. §. 1. π. sol. matr.* Desinit namq; debitor esse, qui nactus est exceptionem justam, nec ab æquitate naturali abhorrentem. *l. Marcellus 66. π. d. R. 7.* Unde apparet, ut licet ipsa persecutio, quâ actor experitur, sit justa: sit tamen iniqua adversus eum, cū quo agitur. *pr. 7. de except.*

X. Cum

X.

Cum ergo **Depulsio**, quæ & **Defensio** vocatur in l. 2. C. de *except.* præsupponat actionem jure constitutam; eapropter in eâ investigandâ ad ipsam actionem respectus fieri debet. Cuilibet enim factò, ex quo simul composita est actio adhaerent certæ circumstantiæ, quæ si in aliquo casu deficiunt, statim ipsam actionem cessare faciunt, & jus excipiendi tribuere solent. Ubi nihil refert, an defectus circumstantiæ uni ac certæ actioni sit proprius, an aliis communis. Neque enim sic comparatæ sunt exceptiones, ut singulæ singulis conveniant actionibus. Sed potius eorum natura ac conditio sic est comparata, ut quædam ex iis **omnibus**, ut exceptio præscripti-
onis, solutionis, compensationis &c. quædam **pluribus** actionibus sint communes, ut exceptio domini, possessionis cum titulo &c. quædam verò certarum actionum sint **propriæ**, ut exceptio vitiosæ possessionis ab adversario &c. Prædicta verò ut nempe in indaganda exceptione ad actionem sit respiciendum, locum habent, sive de peremptoria, sive saltem dedilatoria exceptione quærat, cum in omnibus considerari debeat actio, in dilatoriis quidem ut differatur, in peremptoriis ut planè tollatur.

XI.

Sed quia **circumstantiarum** non exiguus datur numerus, ideò intueri eas diligenter oportet reum, quo verum excipiendi genus invenire possit. Evolvat igitur totam actionem, videatque an omnia ad eam pertinentia, puta **personæ, res, causæ, locus, tempus**, & alia ad institutam actionem facientia rectè se habeant. Quod si enim in uno vel altero deprehendi potest defectus, tum satis subest causæ, cur reus excipiendi occasione utatur.

XII.

Exceptionum quæ à **personâ** sumuntur tot sunt genera, quot sunt loci personarum, tum principaliter, tum minus principaliter iudicium constituentium. Nam quod **actorem** attinet, non est cujusvis, actionem ipso jure sibi competentem in iudicium deducendi; siquidem legitima persona standi in iudicio non datur pupillo sine tutore. l. 1. 2. C. *qv. leg. pers. standi in jud.* nec filio contra patrem, l. 4. l. 11, π. *de iudiciis*, etsi facultate agendi non destituantur. Sed nec
B desunt,

defunt, quibus jus agendi nunquam est acquisitum, sed qui eò de facto utuntur, quod accidit, si heres instituitur, vel fideicommissum, relinquatur ab eò, cui non competit jus testandi *l. 6. ff. qui test. fac. poss. l. 2. π. de legat l.* quia ita ob defectum potestatis nec hereditas peti potest, nec fideicommissum. Etiam personarum contemplatio habenda est, hoc est, cuius vitæ sint hi, quibus alimenta relicta sunt, utrum frugis vitæ hi sint, qui alias sufficere sibi possint, an seqvioris qui de alimentis pendeant. In persona ejus, à quo alimenta relicta sunt, hæc erunt spectanda: in quibus sunt facultatibus, cuius propositi, cuius opinionis, tunc enim apparebit num quid circumvenire velit eum cum quo transigit. *l. 8. §. 11. π. de transact.* Et cui non constat, quot modis adversus iudices, procuratores, Advocatos, testes, aliasque personas judiciales excipiendi occurrat occasio, quæ cum prostant passim, in iis enarrandis has paginas non implebimus, satis contenti, ex paucis, quæ jam adducta sunt, exemplis hanc thesin suam accipere declarationem.

XIII.

Porro Rerum quoque varietatem excipiendi materiam supeditare liquidò constat. Videat ergò reus, an ab eo petatur talis res, quæ in petitionem commodè venire, i. e. quæ ejus bonis vel absolute, vel secundum quid subjici potest. Nam si alterutrum abesse animadvertat, in promptu ipsi paratam esse exceptionem constat. Sic quia jure pignoris teneri non possunt, nisi quæ in obligantis bonis fuerunt, ideo, re aliena pignori traditâ, actioni hypothecariæ locum non dari, declarat evidenter *l. 6. C. si alien. res pign. dat.* Et venditâ re commercio humano exemptâ, quis negabit actioni emti venditi locum non fore? *§. fin. f. de empr. vend.* Porro si stipuler, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut id detur, quod dari non potest. *§. 1. f. de inut. stipul.*

XIV.

Ipsius etiam facti, de quo quaeritur, qualitas est inspicienda

cienda, an nimirum aut proposito, aut impetu, aut casu quid sit actum, *l. ii. §. fin. π. de pœnis.* Quare si errore quis lapsus fuerit, jure excipere potest. Igitur si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo sponderim cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri. *l. Julianus ait π. de doli mali & met. except.* Et si ei, quem creditorem tuum esse putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promi-fero, petens doli mali exceptione summo-feri debet. Cæterum, si promissor tantum erraret in materia rei promissæ nihilominus rata & firma esset stipulatio, cui non nocet error in materia sive qualitate substantiali, modo in corpore sit consensus. *l. si id quod aurum. π. de V. O.* Atque hæc sufficient ad cognoscendum id, unde media inveniendi exceptiones desumi debeant. Poterant plura subjici exempla à locô, tempore, vel aliis circumstantiis desumpta. Sed quia ea, quæ in antecedentibus prolata fuerunt, lucem rei fœnerantur satis, ea propter plura de iis recensere super- vacaneum esse puto.

XV.

Exceptione igitur vel una, vel pluribus inventis, nunc de objectione cautè facienda reum oportet esse sollicitum. Quæ in parte ante omnia perpendendum an totum possit declinari iudicium, an saltem actio in ea proposita. Illius prior habenda est ratio, quia declinatio iudicii involvit simul declinationem actionis, nam ubi nullum adest iudicium, ibi nullam quoque adesse rationem vel modum tractandi actionem, per se patet.

XVI.

Declinamus verò iudicium totum, si illud est incom- petens, vel ratione personæ vel rei, vel aliarum circumstantiarum. Et hæc Declinatio fit aut simpliciter, aut sub certo res- pectu. Simpliciter quidem, si, dum incompetencia iudicis est no- toria, reus planè non compareat, nec absentiam suam excuset, cum non sit necesse litigare coram eò, qui jure dicendi destituitur, sed

pro homine privato habetur. *l. 1. π. de off. præf. l. 1. l. 2. π. de offic. procoss. l. fin. π. de offic. præf. urbi. l. 2. C. de Interdict.* Unde studiosus ad magistratum oppidanum vocatus, non tenetur venire, quia privilegium habet notorium, nisi dubium, an sit studiosus *REBUFF. priv. Scholar. 154.* Licet igitur in præfixo termino ejusmodi reus ut contumax accusatus fuerit, ista tamen accusatio omni caret effectu. Nam si ii saltem sunt contumaces, qui cum obedire deberent, non obsequuntur, i. e. qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent. *l. 53. §. fin. π. de re jud.* utique aliud omnino asserendum est de his, qui jurisdictioni alicujus notorie non sunt subjecti. Unde primò sequitur, sententiam à tali iudice latam ipsò jure nullam esse. *l. fin. C. si non comp. jud.* nec authoritatem rei judicatæ obtinere. *l. 1. §. fin. π. quod quisq. juris. l. 1. §. fin. π. ad SCt. Tertull. l. 2. §. fin. π. de pæn.* adeò quidem, ut sub statuto nullitates rejiciente, hujusmodi nullitas non comprehendatur. *VANT. de nullit. ex def. J. dict. n. 4.*
 XVII.

Sed ubi dubitatur de competentia, quod accidere potest, si citans sit in q. possessione jurisdictionis, citatus verò se exemptum dicat, hoc casu venire debet citatus, ac incompetentiam & allegare, & probare. *STEPHAN. de jurisd. lib. 1. cap. 33. n. 17. seqq.* aliàs tacitè in iudicem consensisse ejusque jurisdictionem prorogasse censetur. *l. 52. π. de jud. nec postea ad istam exceptionem datur amplius regressus. Const. 3. p. 1. Ord. Proc. Tit. XI. Carpzov. in Proc. Tit. 9. art. 2. n. 2. seq. Id. lib. 1. Tit. 2. Resp. 9. n. 16.* Ad quod sola omissio fori præscriptionis sufficit, licet lis nondum contestata fuerit. Certè qui exigit ab actore aut præstationem quarandæ, aut satisfactionis, aut legitimationem, is eò ipso iudicem de iis cognoscere posse, non obscure fatetur. Idem de exceptione recusatoria statuendum. Nam, ut inquit *SPECKHAHN. Cent. 2. Class. 4. qv. 4.* si hic in concursu incompetentiæ & recusationis, recusatoria præmittatur, tacitè ab incompetentis iudicis objectione recessum videtur, cum recusatio præsupponat aliquem iudicem ordinarium suum, & competentem, & veniat ad elidendam præexistentem juris

risdictionem, sicq; se referat tanquam privatio ad ha-
bitum. Certè mirum videri non debet, quod exce-
ptio incompetentiæ recusatoriæ in opponendo sit
præmittenda. Non tamen videtur in judicem consen-
sisse, qui cedi sibi genus apud eundem judicem desiderat actionis, *l. 33. π. de jud.* Ne igitur comparitione suâ reus censeatur judicium ap-
probare, non inutiliter adhibere potest protestationem de non pro-
rogandâ jurisdictione, nisi quantum de jure teneatur. *Dasß er durch sein Erscheinen der Cognition dieses Gerichts weiter nicht/ denn er zu thun schuldig/ sich wolle unterworffen haben. SPECKHAN. Cent. 2. Cl. 4. qv. 1. sub n. 4.* monens in practica diligenter cavendum, ne sic simpliciter protestemur, sed addamus quoq; clau-
sulam illâ limitatoriam: nisi quatenus & in quantum de jure teneor. Nam si simpliciter sine illa clausulâ facta esset pro-
testatio, judex potuisset reum pro contumace, dum scil. potestatem ejus nihili pendet, judicare, & contra eum ut contumacem proce-
dere. Idem tamen *AUTOR sub n. 2. d. l.* observandum esse notat, protestantem cavere debere, ne postea talem faciat actum, qui protestationi præmissæ sit contrarius. Quod si enim fortè exci-
piat contra libellum, procuratorem, &c. tacitè ab istâ protestatio-
ne recedere videtur. Ab illa verò cautelâ, quâ malè feriat homines miseris suis clientulis svadent, ut omissâ fori præscriptione patiantur totum tractari processum, ad finem usq;, ut postea ex defectu jurisdictionis eundem annihilare possint, abstinendum est, cum magnam præ se ferat iniquitatem. Docet namq; damnare animam *PAUL. de Castro in l. si per errorem π. de jurisd.* *CYNUS in l. un. C. ut quæ desint Adv.* *ANGEL. in l. 1. C. de falsa moneta.* Etsi enim cautum omninò in tractando causarum genere oporteat esse Advocatum, nunquam tamen eò usq; ipsi progrediendum est, ut talibus utatur cautelis, quæ cavillationum nomine veniunt *in l. 233. π. de V. S.* ac deceptivæ vocari solent *l. fin. C. plus valet quod agit.* cum tanquam sacerdos justitiæ singulas facti circumstantias secundum regulas artis, quam profitetur, examinare debeat. Sed & aliis modis saltem Sub certa ratione datur forum incom-
petens, veluti si alicujus judicis jurisdictio jam est præventa, vel prima instantia prætermissa, vel recusetur judex ut in habilis, aut

ut suspectus. Eadem tamen quæ in antecedentibus sunt adducta, etiam hic observari debent.

XVIII.

Quod si itaq; Reus vid. th. 15. Judicium totum se declinare non posse depræhendat, tum demum ad actionem propositam mentem suam dirigat, judicetq; an planè nulla, adsit actio, an competat aliqua, sed sine Effectu.

XIX.

Primo casu an reus allegatione opus habeat, quæri potest? Ego puto hanc quæstionem ex præmissis accipere decisionem. Nam ubi de jure & facto, ut tali, non constat ex libello, officio judicis incumbit, actorem, etiam reò nihil opponente, à limine judicii repellere, cum nemo sine actione possit experiri. *l. 19. l. 36. π. si certum petatur. l. 6. §. fin. π. de neg. gest. Paris. Vol. 1. Conf. 70. n. 24. & Vol. 3. Conf. 32. n. 1. Gail. lib. 2. Obs. 17. n. 3. Gædd. Vol. 1. Conf. Marp. 35. Mev. Conf. 51. n. 39.* Quod & juri veteri admodum convenit, secundum quod ante dationem judicis de jure agendi constare debebat. *VULTEJ. discept. scholast. cap. 1. p. 14.* Sicut enim actio non consistit sine debito, quia debitum subjectum & fundamentum est petitionis. *l. 1. C. de posth. hered. instit.* ita nec judicium sine actione *OBRECHT de conicip. & form. libell. cap. 6. n. 1.* adeo ut judex admittens talem actorem, litem suam faciat, & parti læsæ ad interesse teneatur. *HILLIGER. ad Donell. enucl. lib. 24. cap. 2. lit. A.* ubi subjicit hæc verba: *Etsi non sit objecta non competentis actionis exceptio, judex tamen ad ista obligatur, si ea verè constitit tunc, cum non sit, quod imputetur reo, quod non objecerit. Quinimo taliter agenti refusionem expensarum injungere. VANT. de nullit. ex def. process. n. 18. & seqq. & ejus libellum dilacerare debet, CARD. TUSCH, pract. Concl. 109. n. 5. lit. A. verb. actio.*

XX.

Sed ubi jus & factum quidem apparet, quod tamen postea solutione, compensatione similive modo fuit extinctum, tum iterum spectandum, an extinctio illa in actis sit notoria, nec

nec ne. Priori casu judicem ex officio ejus rationem debere habere, unanimiter statuitur. PACIAN. *de probat. lib. i. cap. 68. n. 34.* ZANGER. *de except. p. 3. cap. 26. n. 18. 19.* adde BESOLDUM qui in *delib. juris ad Tit. d. compensat. p. 2.* de extinctione quæ fit per compensationem notanter ita loquitur. Sane judex debet pronunciare secundum compensationem jam factam ipso jure, & id eo ipso, quod sibi liquet, debita hinc inde compensabilia esse etiamsi neque in formula subjecta compensationis exceptio comprehendatur, vel à reò illa objiciatur, expressè nempe dicendo: volo compensare. Sufficit enim probare debitum sibi esse & tunc ex officio judex supplet compensationem nulla habita ratione, an in bonæ fidei vel instricti juris negotiis versemur. SCHÆFFER *p. 3. quest. 12.* prout in simili dicunt Exceptionem præscriptionis etiam non oppositam à judice suppleri debere Jure Saxonico *p. 1. Const. 25.* ibique CARPZOV. ZANG. *d. p. 3. cap. 10. n. 1. 19. 24.* & Camerali, MYNSING. *Cent. 3. obs. 28.* & ubique locorum. MEV. *p. 7. dec. 282.* CANCER. *var. resol. p. 1. cap. 18. qu. 5.* SANDE *lib. 1. decis. Tit. VII. def. 7.* qui tamen illud de statutaria solum intelligit, sed rectius de omni præscriptione exaudiri debet, cum per eam, quæcunque illa sit, civilis, & naturalis obligatio, sc. quoad effectus à lege tributos tollatur. *l. 3. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* VASQUIUS *illustr. controuv. cap. 53.* modo ex actis appareat, *Const. 25. p. 1.* ibique CARPZ. *def. 2.* Neque tamen dici potest, judicem supplendo prædictas exceptiones omissas supplere aliquid in facto, cum istæ factæ jam insint, & ex actis probari luculenter queant. Nec enim proprie suppletur, quod ex ipsis actis & instrumentis litis colligitur, ANT. FABER *in Cod. lib. 8. Tit. 23. def. 36.* ZIEGLER. *in dicast. Concl. 34. §. 9.* Altero casu, ubi extinctio actionis notorie non apparet, eam allegari probarique debere, vix ullum potest habere dubium, *l. 11. C. de appellat.* ZANGER. *de except. p. 3. cap. 26. n. 24. & seq.*

XXI.

Repellitur verò actor à limine judicii non solum, si per jam addu-

adducta plane non competit actio; sed etiam, ubi quidem nata est illa ipso jure, quæ tamen ope exceptionis tolli potest. Quod locum habet non solum in iis, quæ exceptiones litis finitæ vocantur, uti sunt: Rejudicata, transactionis, & jurisjurandi, sed etiam in omnibus peremptoriis, modo in continenti possint probari, nam hoc facto, tum perinde ut aliæ litis ingressum impediens liberant reum à litis contestatione, quâ sanè ob actionem exclusam planè non est opus. *Churf. S. P. u. S. D. Tit. II. §. weil aber / verb. Es wäre dann. Resol. Grav. d. A. 1661. Tit. von Justitiensachen §. hätte aber zum achtzehenden.* Toties enim reus propter oppositam exceptionem litem contestari non tenetur, quoties talis adest exceptio, ut ea probata in continenti actoris institutam actionem enervet, adeoque efficiat, ut reus ab illa sit absolvendus. *ZANGER. de except. p. 3. cap. 17. n. 109. CHRISTIN. in Decis. Belgic. Vol. 4. Decis. 174. num. 17. PEUZ. ad Cod. Tit. de except. n. 11.* sed si in continenti probari non possunt, rejicit eas iudex post litis contestationem hac formulâ: *Es ist ihm aber seine Exceptiones, so viel deren erheblich nach geschenehener Kriegs-Befestigungen zerstörlicher weise einzubringen unbenommen.* Quæ reservatio operatur conservativum effectum actus, quoad omnia, perinde ac si suo tempore factus esset.

XXII.

Curabit tamen reus, ut omnes eas exceptiones quæ litis ingressum impedire dicuntur, sive sint non competentis actionis inspecie, i. e. inficiationis juris & facti simpliciter & quodam respectu tales; sive litis finitæ, alias privilegiatæ dictæ, sive peremptoriæ in continenti probatæ, una vice in primo termino objiciat, statim per documenta originalia demonstret. Probationi enim per testes & juramenti delationem, quia in altiori indagine consistunt, hic locus non datur.

XXIII.

Porro, si competit quidem actio aliqua sed talis, quæ ob aliquod impedimentum exerceri non potest, tum reus exceptionem nondum competentis actionis objicere, & ita à litis contestatione, non tamen planè & omnimodo sed tamdiu saltem, donec impedimentum remotum fuerit, se liberare potest. Quæ res, quia in th. XII, XIII. XIV. disput, Dn. Præsidis de inven. cauteque inst. act.

variis

variis est illustrata exemplis, idcirco ad eandem B. L. remissum cupio.

XXIV.

Quia verò non rarò evenit, ut quæ in modum litis ingressum impediens objecta fuit exceptio, aut non statim probetur, aut per Replicationem in continenti elidatur, idcirco tutissimum est, ut reus mox sub conditione adjiciat in eodem primo Terminò omnes quotcunque earum habiturus est dilatorias exceptiones, quas in specie tales vocant, quo non facto post iudicium acceptum eis renunciasse censetur. *l. 9. Cd. except.* quod usque adeò procedit, ut nec in causa appellationis deinde possint adduci. *l. 13. C. de appellat.* Quæ enim exceptiones certum habent terminum præfixum, intra quem debent proponi, vid. *cap. 4. X. de except.* illæ eò elapso admitti amplius non debent. MENOCH. *lib. 2. de arbitr. jud. quest. cent. 3. cas. 240. n. 8.* cum ejusmodi terminus pro exclusivo habeatur. *cap. 24. X. de off. & potest. jud. deleg.* Secundum ordinationem Cameralem *p. 3. Tit. 13. §. fin. & Tit. 24.* mox post oblatum libellum omnes exceptiones sunt exhibendæ. Quod & in Marchia receptum esse testatur SCHEPLIZ. *ad consv. March. p. 2. Tit. 7. §. 5. n. 1.* Nec aliud obtinet in Jure Saxonico juxta *Const. 3. p. 1. & Ord. Proc. Tit. 11.* ubi præterea constitutum, ut reus his exceptionibus eventualem litis contestationem subicere debeat, aliàs in expensas termini condemnatur. Nam hoc modo processus abbreviari, MOLLER. *ad d. Const. n. 9.* & ibi iudex de utroq; & de exceptionibus & litis contestatione eventuali sententiam ferre potest. Ac siquidem actori unum alterumve, quod ratione dictarum exceptionum præstari debet, injungatur, tamen coeptam litem ante continuare non potest, quam si illa omnia præstita fuerint. *Wie denn Beklagter sich mit Klägern nach vorgeschützten dilatorischen Exceptionen weiter einzulassen nicht schuldig seyn soll/bisß von Klägern dem Judio, was ihm solcher Exceptionum halber zuerkant/ eine Genüge geschehen / ut inquit Potentiss. Saxon. Elector. in Ord. Proc. Tit. 11. §.* Es soll aber. Cautus igitur sit reus, ne actorem, antequam sententiæ per omnia satisfecerit, ad ulterius procedendum admittat.

XXV.

Sed, quæ dixi de exceptionibus dilatoriis ante L. C. opponendis, illa notabilem recipiunt limitationem, ut locum tantummodo

C

habeant

habeant in dilatoriis Processus, quas ideò ante iudicium opponi, excuti, disceptari oportet, quia eo jam constituto, de iis frustra amplius agitur; non vero in dilatoriis causæ, in quibus ipsa tractantur merita, ob id etiam dilatoriæ solutionis appellatæ VULTEI. *ad Tit. 7. de except. n. 23.* WESENB. *in suppl. ad SCHNEIDEW. d. t. n. 9.* Item si reus sententiam illam in primo termino latam, in qua . . . lis fuit injuncta, per interpositam Leutationem à cursu rei iudicatæ suspendat, tum loco gravaminum adhuc nonnullas alias exceptiones dilatorias sibi competentes allegare, & in prosecutione deducere potest, CARPZ. *p. 1. Const. 3. def. 8.* Nec dubium est, quin & dilatoriæ à iudice vel expressè, vel saltem tacitè reservatæ, puta wann bloß allein auf Einlassung und Antwort erkant. *v. Decis. 14. post L. C. re. Etè* objiciantur. De quare, ut & aliis limitationibus vide omninò Dn. SCHWENDORF. *in not. ad Fibig. cap. 2. p. m. 290.*

XXVI.

Opponendi ordinem quod attinet, etsi videatur esse convenientius, si ea, quæ legitimationem & habilitatem personarum concernunt, cæteris præmittantur exceptionibus; attamen si ordine procedatur inverso, & primum de ineptitudine libelli, postea verò de non factâ legitimatione excipiat, hæc præposteratio non vitiat processum, quia non tam ad ordinem scripturæ, quàm potius ad mentem & intentionem excipientis respiciendum, SCHRAD. *ad l. 19. C. de probat. n. 10.* & SPECKHAHN. *cent. 2. class. 4. qv. 3. n. 5.* qui monet, consultius esse cavillationibus amputandis, ut & hoc casu justus ordo servetur.

XXVII.

Facta itaque oppositione exceptionum dilatoriarum, & secuta litis contestatione, tum necesse est, ut reus, si quas habet, objiciat peremptorias exceptiones statim post eam, *l. 8. l. 9. π. d. except. modo coram Prætoribus sunt contestatæ in iudiciis stricti juris sc. l. 18. π. comm.* Nam iudiciis bonæ fidei insunt exceptiones, in quibus proinde contestatione non est opus *l. 3. π. de resc. vend. l. 38. l. fin. π. de pet. hered.* DONELL. *comm. jur. civ. cap. 22. cap. 8.* Ast hodie sublato veteri iudiciorum ordine, contestatio amplius non est necessaria, sed omnes indifferenter exceptiones peremptoriæ in quovis iudicio, vel in ipsa litis contestatione, vel statim post eam opponuntur. Principale enim respiciunt negotium, de quo post L. C. com-

commodissimè disputari potest. *cap. 1. de litis contest. in 6.* Jure Sax-
onico litis contestationi quidem in fine annecti, non verò eidem ad
evitandam sc. omnem confusionem immisceri possunt, ut proinde
etiam sancitum legatur in Ord. process. *Tit. 16.* *Dasß ohne Anhang*
Lis contestiret werden solle. Hæc adjectio exceptionum peremp-
toriarum tam est necessaria, ut ea omissa, postea nec repeti, aut si
repetitio forte in articulis reprobatoriis facta fuerit, illius ratio à iudice
haberi non debeat. *Ord. Proc. Sax. de Tit. II §. fin. & Tit. 21. §. Da auch.*
vb. wie er bey Verlust derselben. XXIX.

Ubi tamen talis adhibenda est cautio, ne objiciatur exceptio,
quæ vel litis contestationi, vel alii exceptioni est contraria. Unde
iniquum non est, ut negans malitiosè intentionem actoris & convi-
ctus exceptionem amittat. Ergò qui exceptione non numeratæ
pecuniæ objectâ, actorem ad probationem compulit, non auditur,
si accepisse convictus dicat se solvisse *l. fin. w. de R. V. Nov. 18. cap. 8.*
autb. contra. C. de non numeratâ pecuniâ. Et, qui se socium negavit,
exceptionem competentiae amittit. *l. 22. §. 1. D. de re jud.* Quid si
negationi intentionis subjiciatur exceptio sub aliqua
condicione? Hic probe dispiciendum an subsit compatibili-
tas nec ne. Neque enim admittendæ sunt tales exceptiones: *Nego*
te mihi commodasse librum, & si commodasti, recepisti. Nego me pos-
sidere rem quam petis, etsi possideo, mea est, quam usucepi. Fieri nam-
que non potest, ut & commodatum non fuerit, & ex inde receptum,
ut & quis rem non possederit, & usuceperit. Ast è contrariò,
si ita quis se defendit. *Nego me tibi 100. ex mutuo debere, vel un-*
quam debuisse. Et si unquam debuisssem (quod tamen falsum est;)
tamen cum tu mecum transfegeris, obligatio & debitum perempta es-
sent. Item: *nego me tibi 10. ex vendito debere, etsi omninò deberem,*
tamen cum tu mihi tantundem ex mutuo debeas, compensationis equi-
tas me securum redderet, tum nihil contrarietatis adesse res ipsa o-
stendit. vid. omnino HILLIGER. in DONELL. *enucl. lib. 22. cap. 8.*
lit. b. ubi pluribus hanc rem in praxi scitu valdè necessariam perfe-
quitur. XXIX.

Cæterum probatio harum exceptionum perinde sicut
earum oppositio post L. C. fieri debet, tum per testes, tum per
documenta, tum etiam per juramenti delationem, puta in pro-
cessu ordinario, vel summario in specie; In executivo
enim

AXTK 578

enim iuramentum deferri non posse, constans est DD. opinio. MOLLER. lib. 3. sem. cap. 36. ZANGER. de except. p. 3. c. ap. 26. n. 119. & seqq. BERLICH. p. 1. Concl. 29. n. 62. CARPZ. p. 1. Const. 7. def. 31. & in proc. Tit. 22. it. 4. n. 18. & seqq. Vid. omnino Dn. SCHWENDEND. in Proc. ad Fibig. p. 2. aph. IX. n. 558. p. m. 1155. Fit autem delatio iuramenti in prædictis processibus vel statim post litis contestationem, sed tamen ante, quam reo reprobatio fuit iuncta, aut ab ipso acceptata. Ord. Proc. Tit. 18. §. Do aberic. vel demum in reprobatoriis articulis, verum hoc non aliter, quam si reus in ipsa litis contestatione iuramenti delationem sibi expressè reservavit

XXX.

Supereft, ut quænam exceptiones ad impediendam executionem opponi possunt? subjiciamus. Quæ in parte probè dispiciendum, an quaratur de jure anteriori, an moderno. Illo casu regulariter nullæ admittuntur. l. 2. C. sent. resc. exceptis casibus variis, a Dd. passim relatis, de quibus vid. ZANG. de Except. p. 3. cap. 26. n. 57. & seq. HILLIG. in DONELL. lib. 22. cap. 8. lit. L. CARPZOV. in Proc. Tit. 22. art. 3. BERLICH. p. 1. Concl. 84. Hoc verò in Decis. Sax. 2. clarè constitutum reperitur, posse quidem in processu executivo præter exceptionem solutionis vel compensationis debitorem adhuc alias objicere, si id fiat inscriptis intra tres septimanas, à die insinuatæ citationis numerandas; sed effluxo isto terminò, nullam plaaè exceptionem, etsi ex naturâ contractus oriatur, aut ex inspectione instrumenti statim appareat, ultra duas jam adductas, impediendæ executionis institutæ vim habere, sed hæc verbo dictæ decisionis: Keine andere Exception &c. ita videntur esse accipienda, ut omnes alias, quæ in his decisionibus non sunt exceptæ, excludant. Certè etiam exceptionem restitutionis in integrum in continenti liquidam, & non factæ versionis in rem civitatis impedire executionem, apertè est constitutum in Decis. Sax. 15. & 16. Quin imò dantur etiam aliquæ in præallatis Decisionibus non exceptæ, ut Usurariæ pravitatis, competentia, item erroris calculi vid. Dn. SCHWENDEND. de tr. p. m. 382. quæ non obstante dictâ Decisione secundâ, executionem nihilominus remorantur. proinde cuius judicandum reliquo, an præmemorata Decisio eas tantummodo removeat exceptiones, quæ vel planè sunt dissimiles, vel juris publici tutelam non simul contineant, quam exclusam esse præsumi non potest. Sed quod adduxi de aliquibus exceptionibus, pro vitandâ executione objiciendis, illud ita demum verum, si antea in processu vel planè non fuerunt adductæ, vel adductæ quidè, non tamen plenè cognitæ, nam alioquin rei judicatæ autoritas obstaret. l. 7. §. 1. ff. de compens. junct. l. 25. ff. de stat. hom. CARPZ. in Proc. Tit. XXII. art. 6. n. 59. seq. qui sub n. 70. & seq. post factam executionem contra actus posteriores nullam amplius exceptionem admittendam esse subjicit, ut proinde, quomodo & quando sit opponenda exceptio in quavis iudicii parte, reum oporteat esse valdè omnino circumspectum.

S. D. G.

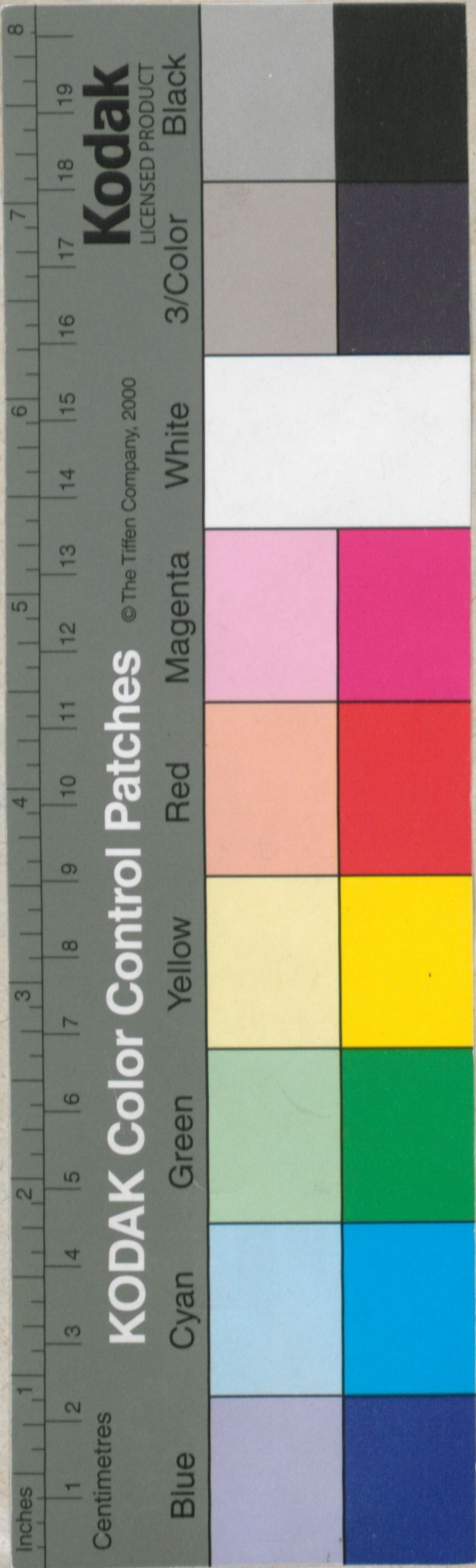
ER.
79.
oc.
oc.
n-
fed
ce-
pa-
on-7

ti-
an
ad-
qui-
lib.
84.
pro-
em
ata
cio-
en-
in-
ce-
ni-
nis
ta-
16.
ut
EN-
cio-
ræ-
unt
ef-
vi-
vel
am
ct.
sub
ius
op-
i.

MG







E
D

