







131



15535.

2

1696. 2a

EXERCITATIO IURIDICA
 DE
**ARTICVLIS
 ELISIVIS,** ^{no. 41}

QVAM
 PRAESIDE
IO. HENRICO BERGERO.
 ICto, Potentiss. Electoris Saxonis in summo
 Provocationum Senatu Consiliario, Collegio-
 rumque Iuridicorum, quæ Vitembergæ sunt,
 nec non Iudicii Inferioris Lusatiae
 Affessore,

*Præceptore ac Studiorum suorum Patrono,
 multis nominibus submisit devenerando,*

A. D. XV. Jul. clō Ioc XCVI.

Publico examini submittit

IOANNES HENRICVS EXSIVS,
 Caula - Lusatus,
 Auctor. ⁴¹



VITEMBERGAE,

EX OFFICINA CHRISTIANI SCHRÖDTERI, Acad. Typ.



Marchionatus Inferioris Lusatiae
Ordinibus inclutis,

Reverendisſimis Illuſtrisſimisque

DNN. PRÆLATIS,

DNN. COMITIBVS,

DNN. BARONIBVS,

ut &

Generoſiſſimis, maximeque Strenuis

DNN. EQVITIBVS,

denique

*Nobiliſſimis, Ampliſſimis, Conſultiſſimis, Prudentiſſi-
ſimisque Viris,*

DNN. CONSVLIBVS, SYNDICIS, AC
SENATORIBVS,

Dominis ſuis Gratioſiſſimis,

Patronis Optimis Maximis,

Cum voto consummatæ ab omni parte felicitatis,

Primitias ſanctiſſimi obſeqvii

Levi hac Exercitatione

Subjectiſſimi animi argumento ſequæ ſimul
devotiſſime conſecrat

AVCTOR.



I. N. I.

I.



Vemadmodum Republica sine judiciis consistere plane nequit: ita etiam nullum subest dubium, quin omni omnino tempore judiciorum ratio fuerit habita, quo inæqualitas inter cives corrigeretur, & unicuique juris sui persecutio pateret. Depravato quippe genere humano, usus omnino exegit, ut lites inter homines exfiscitatae apud judicem potius, quam privato stomacho & bile transigerentur. Deus igitur ipse, supremus omnium iudex, post lapsum statim primorum parentum illis, qui, veluti in Reipublica puppi sedentes, clavum tenent atque moderantur, suas in his terris vices, fascesque demandavit, donec die illo pantocritico ad gubernaculum accessurus iudicis officio ipse fungeretur. Ut adeo judicia inter Christianos non minus sint licita, quam summe quidem necessaria, Wissenbach. Exerc. ad n. 16. th. 3. Quorsum enim quis confugiat, si jus suum ab altero amice consequi nequit? Numne rem per vim abs-

Judicia
sunt neces-
saria

inter
a Deo con-
stituta

inter Chri-
stianos li-
cita



que juffu judicis & propria autoritate rapere, vel debitum extorquere decet? Minime vero, fed fi quis, fpreto legum auxilio, in tantam furoris audaciam pervenerit, rem fuam amittit, jureque fuo plane pleneque excidit *l. 13. ff. quod met. cauf. l. 7. C. Unde vi.* Quid ergo? Sane nullum aliud remedium in foro proditum eft, nifi quis illud per viam juris publica obtineat autoritate, quod privatis defideriis indulgere noluit adverfarii malitia. Dn. Stryk. *Introd. ad praxin forenfc. 1, § 1.*

II.

*Non statim
eft convo-
landum ad
Proceffum*

*ab nimio
fumptus.*

Non tamen extemplo ad judicium convolandum eft partibus, haud raro de afini umbra, vel lana caprina, quafi pro aris & focis certamen fufcepiffent, litigantibus. Quemadmodum Carpzovius *P. 1. C. 1. d. 9. n. 13.* refert, duos quondam opifices, de gallo gallinaceo difceptantes, multum temporis ac pecuniæ confumpfiffe, & de re hac minima, quam nee operæ pretium eft extra judicium petiffie, vel tota plauftra actorum confecta fuiffie. Multi enim propter lites ad summam deducti funt egeftatem, cum fine pecunia vix litigari queat *l. 79 ff. de judic. Carpzov. Proc. tit. 10. art. 1. n. 28.* Unde non raro accidit, eos ipfos, qui victoriam tandem cum fumptuum quoque & expenfarum adjudicatione reportarunt, tam longis anfractibus vexatos, totque fumptibus mifere fatigatos fic affici, ut lugendum fibi potius effe putent, quod bonæ alioquin litis aut inftituendæ aut fufcipiendæ confilium ab initio non abjecerint, quam gratulandum, quod tanto pretio nudam victoriæ gloriam compararint: Sunt verba Anton. Fabri in fuo confilio de reformanda juftitiæ adminiftratione, *Cod.*

Cod. lib. 9. tit. 22. def. 1. quæ excerptis Carpovius *P. 1. C. 1. d. 1. n. 1.* Conf. Brunnemann. *proem. Proc. Civil.* Wehner. *observ. Pract. voce Justitz-Wesen.* Omnibus *Sed amica-* potius industriæ nervis in id intendant altercantes, *bilis compo-* ut lis intra privatos parietes absque strepitu & figu- *sio tentan-* ra judicii amice componi possit; siquidem verecun- *da a parti-* da eorum cogitatio, qui lites execrantur, vituperan- *bus* da non est *l. 4. §. 1. ff. de alienat. jud. mut. caus. fact.* sed lites execrantium laudabile dicitur votum *c. 2. de V. S. in 6to.* Quod quidem licet ad gustum Causidicorum dictum non videatur: rei tamen & utilitati litigantium maxime est consentaneum, si rebus suis consultum, & marsupium haud emunctum velint Carpov. *Proc. tit. 10. art. 1. n. 13.* Neque enim e re est, illud ancipiti fortunæ arbitrio committi, quod per concordiam commode obtineri potest, ob tritum atque vulgatum illud: Utilius macre concordium pingui quavis sententia, Dn. Stryk. *Introd. ad prax. forens. c. 2. §. 2.*

III.

Quodsi jam tum res ad judicium est devoluta, *Et a judice.* judex periculum faciat, omnemque moveat lapidem, quo pacto huic malo in tempore succurrat, nullamque non impendat operam, quo litigia suis in principiis per amicabilem compositionem suffocare & extinguere liceat; quod ut ex voto animique sententia obtineat, exponat partibus molestias ex processu oriundas, & sumptus litis, jacturam temporis, dissidia, animi rancorem & odia inde provenientia, tum & dubium litis eventum, ac incogitatas, nec antea prævisas rerum vicissitudines, & quicquid deinde vel tædii vel adversi subesse soleat, *Ord. Proc.*

quam par-
tes non re-
spuunt

ob Processus
prolixita-
tem.

Sax. Elect. tit. 1. §. besonders ibique Ziegler. Sed nec partes a iudice admonitæ ad transigendum se difficiles præbeant, nec adversa fronte cornua opponant, quin potius diligenter expendant, quid viri & mali ex litigio sibi immineat, curæ, labores, vana spes, timor & centum alia, quæ non aliter ac pillulas devorare, necesse habent *Carpzov. Process. tit. 10. art. 1. n. 29.* Quid? quod existimem, hoc unicum argumentum litigatores deterrere posse, quo minus facile & temere ad processum profiliant ac prolabantur, modo sibi ob oculos ponant nimiam & sangvineis lachrymis deplorandam litium diuturnitatem prolixitatemque, quæ non modo hominum plerumque, sed & vivaces cornicularum & cervorum ætates superant. *Petr. Frider. lib. 2. de mandat. judic. c. 13. sect. 15. Carpzov. P. 1. C. 1. d. 1. n. 5.* Maxime autem illi, qui fasces, virgas & trabeas ostentant, svadere tenentur concordiam partibus, coram Augustissimo Camerae Imperialis tribunali causas suas agitantibus, cum ibi lites fere sint immortales. Unde decantatum illud proverbium: Lites Spirenses spirant, sed non exspirant. *Carpzov. P. 1. C. 1. d. 1. n. 3.* Quemadmodum, etiam pleræque lites non exspirabant prius, quam tandem Spira ipsa simul cum litibus exspiraret.

IV.

Si vero per-
tes transi-
gere nolunt,
Processus est
aperiendus.

Cum vero litigantium ingenia sint nimis heterochlita, nec ullum amicabilis compositionis tentamen admittere velint, sed iudicis monitum respuant, & contendere malint, non possunt ad transigendum, vel paciscendum compelli: Svaderi enim quidem potest concordia, non imperari, & pax est bonum persuasibile, non compulsibile. *Carpzov. Process. tit. 10. art.*

10. art. 1. n. 32. Ideoque illis, ad procedendum paratis, via juris a iudice intercludenda non est, sed processus aperiendus, ut illud, quod sibi deberi existiment, secundum solitum iudiciorum ordinem, ut dicitur l. 4. C. de sentent. & interlocut. persequi queant. Quo facto, non ultima, sed palmaria actoris cura fit *Tum actor* probatio necesse est, quæ solide instructus convincere *instruere sit* possit adversarium. Illi enim, qui in iudicio aliquid dicit, asserit & intendit, onus probandi incumbit l. 2. ff. de probat. Actor ergo, cum quid intendere soleat, etiam probare tenetur l. 21. ff. & l. 8. C. de probat. Struv. Syntag. Jur. Civil. Exerc. 28. th. 6. Nisi forsitan in possessione constitutus sit, vel præsumtio pro eo militet, quibus munitus ab onere probandi relevatur, idemque in adversarium transfert l. 12. ff. de probat. c. 18. X. de ressit. spol. Carpzov. Process. tit. 13. art. 1. n. 16. Quam quidem probandi necessitatem imponit iudex *quam iudex* actori, nullo personarum discrimine, nec alteri plus, *dex indi-* alteri minus favere valet, quo malo vulgo iudices, *stinde illis* in primis *δωροφάγοι*, laborare solent, quod tandem *imponat.* in proverbium abiit: Plus valet favor in iudice, quam lex in Codice. Id enim iustitia, quæ hic observanda est, commutativa, ejusque proportio arithmetica, quæ τὴν ἀξίαν personarum excludit, nullamque προσωποληψίαν attendit, jubet atque postulat, ut actor, quisquis etiam sit, illud, quod intendit, sub præjudicio absolutionis solide probet. Unde recte monet Heliod. Lib. X. Ethiopic. p. 471. Edit. Bourdel. Τὰς ὑπερχὰς, inqviens ἢ δόσωπεί τὸ δικαίον, ἀλλ' ἔτι θεῖν ὁ βασιλευσὼν ἐν ταῖς ἀείθεσι, ὁ πῶς ἐυλογώσι γὰρ κατὰ τὸν h. e. Fastigia dignitatis non recipit aequitas, sed is regnat in iudicio, qui probabilioribus vincit rationibus. Probatio quippe di-

*Probatio
dicitur na-
vicula,
Lapis angu-
laris judici-*

pe dicitur navicula, quæ ad portum deducit judicem. Ruland. *de commiss. Part. 1. lib. 1. tit. 1. n. 1. lit. d.* Imo est lapis angularis iudicii, totaque causæ victoria consistit in probatione. Bald. *in l. 19. C. de test.* quæ deficiente, actor sub justæ etiam causæ clypeo succumbere potest, & sæpenumero in disceptationibus forensibus contingit, ut actori non jus deficiat, sed probatio *l. 30. ff. de test. tutel.* Vulgatum enim juris axioma est, quod in omnium fere ore versatur, & a reis ubique circumfertur: Actore non probante, reus absolvitur. Quod adeo quidem verum est, ut, sicubi actor in probatione succumbat, reus non ab instantia solum, sed ab ipsa etiam instituta actione definitive absolvatur, etiamsi nihil præstiterit, nihil probaverit *l. 4. C. de edend. ibique Jason & Salicet l. 9. C. de oblig. & act. Bachov. ad Treutl. Vol. 2. Diss. 4. th. 8. lit. C. & D. Carpzov. Process. tit. 13. art. 1. n. 4.*

V.

*Et anima
processus.*

*includenda
articula.*

Cum itaque probatio sit anima processus & victoria causæ a probationibus dependeat, atque expectanda inde sit; omnis opera est impendenda, ut probationes congrue instituantur Ziegler. *Introd. ad Process. for. Sax. c. 10. §. 2.* Nequaquam vero existimer probationem suscepturus, confuse eam esse expediendam, testesque, sicubi per eos probare satagat, productos tumultuarie esse examinandos; sed actus examinis secundum formam, jure præscriptam, instituiatur, necesse est, ita, ut negotium, super quo probatio est suscepta, certis includatur articulis. Carpzov. *Process. tit. 13. art. 4. n. 1.* Siquidem commodior faciliorque eruendæ eliciendæque veritatis via atque ratio prodita hactenus non est, nisi illud, quod proban-

probandum, in articulos redigatur. Articuli enim loco probationum succedunt. Speculat. in tit. de possit. §. 3. n. 3. ac ad eos, tanquam ad lapidem Lydium, referenda sunt omnia, cum actus extra articulum gestus firmitate sua destituatur. Ruland. de Commiss. P. 3. lib. 1. c. 1. n. 5. Hinc dicitur: testem deponentem extra articulum nihil plane probare c. 29. ibique Myning. n. 10. & Dd. x. de test. Ruland. c. 1. n. 6. Umm. Process. Diss. 13. th. 13. n. 64.

VI.

Illud hoc loco non est sicco pede prætereun- dum, necessitatem articulandi de excellentiori probationis specie, atque adeo de sola probatione ordinaria, quæ vocabulo *Deweis* absolute posito significatur, esse intelligendam. Neque enim eadem forma in nuda demonstratione, quam voce *Beschincigung* oder *Deybringung* connotare assolent, desideratur, sed omnino liberum est integrumque actori, utrum demonstrationem certis includere articulis, an vero eandem citra articulorum ritum judici offerre velit, quandoquidem formatio articulorum Ord. Process. tit. 24. pr. ad processum ordinarium restricta legitur. Quinimo actor insigni sibi consulat cautela, si in processu summario, maxime sicubi per testes suam demonstrationem fundare satagat, formatione articulorum plane pleneque supersedeat, & saltem, testes summariter examinari curet; quo ipso omnem omnino occasionem exhibendi interrogatoria, quippe quæ non, nisi demonstratione in articulos redacta, sibi locum vindicant, reo præcidere potest. Neque aliud obtinere putem, tametsi, quod quidem plerumque fieri solet, demonstratio per sententiam

B

tiam minimum.

tiam certo circumscripta fit termino. Ex eo enim, quod demonstratio in hoc processus articulo probationi ordinariæ æquiparata est, non statim concluditur: in reliquis omnibus illam eodem jure cum ejusmodi probatione censerì debere. Non quidem inficias iverim, tum demonstrationem istam intra terminum Saxonicum judici esse exhibendam; nihilominus tamen nego, illam præcise articulis esse instruendam, cum in hoc quidem capite naturæ demonstrationis per restrictionem ad certum terminum, nihil detractum intelligatur, quippe quæ ne quidem id efficit, ut reus intra terminum demonstrationi accommodatum suam etiam contra-demonstrationem, die *Gegenbescheinigung*/ quam vocant, nisi illa eodem termino per sententiam circumscripta fuerit, offerre teneatur, cum sane eidem quocunque temporis articulo hoc ipsum liceat, quamvis alioqui maxime, circa passum probationis partes actoris & rei pares æqualesque esse soleant. Alia ratio est, quod attinet ad dilationis solennia, quæ æque in demonstratione nuda, ac in probatione ordinaria, valere concesserim, hac quidem ratione suffultus, quod argumentum dilationis necessariam habet relationem ad ipsum terminum, sententia vel expresse vel tacite comprehensum. Sed quorsum quæso referemus vocabulum *darthun* absolute positum, quo interdum in sententiis, non adjecto verbo *erweisen*/ Ictos præsertim extraneos uti solere animadvertimus? Illud vero vocabulum non de nuda saltem demonstratione aliqua, sed de ordinaria & solenni, quæ in dubio injuncta præsumitur, probatione explicandum est, ut adeo terminus probatorius præcise observari debeat,

Contra-demonstratio ad terminum demonstracioni disticta non est adstricta.

Rat. dilatio nis conveniunt probatio & demonstratio.

Vocabulum darthun intelligendum est de ordinaria probatione.

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...



beat, nisi quis facultate probandi cadere velit, prout se obtinuisse coram Regim. Hallens. in causa H. G. außm Winkel contra N. H. E. von Trothen Wittbe/ consentientibus postmodum Jctis Jenensibus & Helmstadiensibus, testatur Dn. Unversärth de Pedia Juris prud. c. 6. n. 98. Quæ deinceps sententia, non obicuro fontis indicio, Administratori Archiepiscopatus olim Magdeburgici, Augusto, placuit, ab eoque peculiari Decisione in Justitz: Causley und Proceß, Sachen de anno 1678. S. 4. confirmata est verb. Weil auch wegen des Worts; darthun / so in Urtheiln und Abschieden bisweilen allein pfliget gebraucher zu werden / wie auch nicht weniger über dem Wort: beybringen viel Streit in den Gerichten entstanden / ob dadurch ein ordentlicher Beweis / oder nur eine Demonstration oder Bescheinigung zu verstehen; So wird hiermit decidiret / das im Fall einem per sententiam, oder decretum etwas darzuthun aufgelegt würde / hierdurch ein ordentlicher oder förmlicher Beweis: durch das beybringen aber so wohl in ordentlichen als summarischen Processen nur eine demonstration und Bescheinigung verstanden werden soll / welche ad terminum probatorium Saxonicum nicht adstringet ist.

VII.

Duo autem in fronte dissertationis vocabula, quæ ex lege methodi sigillatim evolventa sunt, nobis occurrunt: *articuli* alterum, alterum *elisivum*. Verbum *articuli* nonnullis derivatur *und ist ähneln*, quod juncturam sive articulum, Germanice *Gelencke* / *Articuli Etymologia.* significat, Ruland. de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2. n. 8. *Articuli* vero diducunt ab artu, i. e. membro. Baldus in cap. *Accusatus de heretic.* in 6. Artus autem, inquit, Sipon-

Sipontinus, partes sunt corporis inter juncturas con-
nexæ, dictæ, quod inter se arctentur, unde minores
partes per diminutionem articulos vocamus, quales
sunt digitorum. Confer. Blum. *Proc. Cam. tit. 68. n. 5.*
Calvin. *Lex. Jurid. voce articulus.* Utra harum qui-
dem derivationum magis arriserit, eam si elegeris,
minus peccabis, cum tota tandem res eo redeat,
quod utraque analogiam ab humani corporis habi-
tu, & recte quidem, petat. Quemadmodum enim
in corpore humano membra per articulos jungun-
tur: ita per articulos fit junctura seu contextatio o-
rationum, sive textura quædam ex his, quæ in libel-
lo continentur, cum illis, quæ in articulis ponuntur.
Sicuti ergo articuli in humano corpore, quo magis
vitiis naturalibus vacant, tanto majorem laudem me-
rentur; contra vero quando superflui, aut non re-
cte dispositi, vituperio subjiciuntur: ita quoque ar-
ticuli in causis, quanto concinnius breviusque confi-
ciuntur, tanto majorem firmitatem auctoritatem-
que consequuntur, quippe cum superflui & abundan-
tes a iudice rejiciantur. Namque quod Medicis u-
su venit, ut superflua, nociva & putrida membra,
refecent; idem quoque iudices observare debent,
ut irrelevantes ac impertinentes articulos amputent.
Amplius ut vitium est, si nervi seu articuli sint con-
tracti: ita in articulis pro vitio reputatur, si non re-
cte quotentur & dinumerentur. Ruland. *de Commiss.*
Part. 3. lib. 2. c. 2. n. 9 & 10.

VIII.

Homonymia.

Vocabulum vero articuli diversimode usurpatur,
atque ad varia transfertur. Modo enim denotat
nodum; Unde Columella *de re rustica lib. 2. c. 12. An-*
tequam



requam seges in articulum eat, i. e. nodum mittat, & ex herba in culmum assurgat: Ita sarmentorum articulos dixit Cicero. In rationibus articulos appellari, quos Græci ἄρθρα, i. e. titulos vocant, quibus causa expensæ pecuniæ breviter perscribitur, Causabonus ad Suetonii Casarem c. 47. observat. Deinde non duntaxat pro particula, i. e. præpositione conjunctione, sed & pro quolibet verbo ponitur. Sicverbum est vocatur articulus l. 34. §. 1. ff. de aur. & arg. leg. & quisque l. 29. ff. de hered. instit. & eum l. 4. ff. de condit. & demonstrat. Quin etiam pro clausula & oratione sumitur l. 27. §. 2. ff. ad Sc. Trebell. ibique Prat. & Brisson. Porro articulus idem est, ac interlocutio vel sententia interlocutoria l. 5. C. quorum appell. non recip. ibique Gothofred. Accursius autem ad d. l. 5. articulum interpretatur sententiam definitivam, cujus etiam interpretationem probat Albert. Quamvis mihi quidem opinio Calvinii Lexic. Juridic. sub voc. articulus, magis arrideat, quippe qui existimat, articulum illic pro capite & membro sententiæ sumi, cum ab uno sententiæ capite & membro appellari queat l. 13. ff. de appell. Gvid. Pap. Dec. 436. qu. 66. Amplius usurpatur pro themate, factique specie proposita (casum vulgo appellant) l. 12. ff. de LL. Ulterius articulus in Arcadii & Honorii constitutione l. ult. C. de offic. comit. sac. palat. idem significat, ac statim, confestim, ex animo, seu in ipso temporis momento, ut recte ibidem interpretatur Accursius. Et hoc etiam sensu accipitur apud Terentium in adelph. act. 2. scena. 2. vers. 20 vide ut in ipso articulo compressit eam. Parili modo adhibetur apud Ciceronem in Quint. ut eum suis conditionibus ipso articulo temporis adstringeret.

niqve non raro capitur pro eo, quod vulgo dicimus punctum, vel potius pro particula & membro periodi, totius alicujus propositi *l. 22. §. 12. ff. solut. matrimon. l. 5. §. 1. ff. de prescript. verb. l. 9. ff. de stat. Hom. l. 6. §. 1. C. de bon. qua lib.* Quo sensu etiam hanc vocem accipiunt Pragmatici, cum ea, quæ probanda veniunt, in certos digerunt articulos. Atque ita accipitur *in c. 2. §. testes. de testibus & attest. in 6to c. 38. X. eod.* Quam significationis rationem in præsens nostram quoque facimus, quandoquidem articulus nobis appellatur quasi membrum alicuius facti seu casus minutissimum, videlicet cum singulæ orationis sententiæ intervallis quibusdam distinguuntur. *Blum. Proc. Cam. tit. 68. n. 5. Oldendorp. de form. libelli Rubric. de posit. & artic. vers. articulus vero appellatur.* Vel brevius: Articulus est pars intentionis, quam litigans probare vult. *Ruland. de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2. n. 12. Umnius Proc. Disput. 13. th. 13.*

Definitio.

IX.

Origo.

Ad Articulorum originem quod attinet, sciendum, eam juri Civili minime esse adscribendam, quippe cui illorum usus incognitus fuit, sed eum per Glossam demum atque Dd. esse introductum, *Ruland. de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2. n. 3.* & moribus primum in omnibus fere judiciis, curiarum stylo, receptum, postmodum jure Canonico confirmatum *c. 2. §. testes. de testib. & attest. in 6. c. 38. X. eod. Clem. sepe de V. S.* ac denique jure Camerali approbatum, *Ord. Cameral. Part. 3. tit. 15.* adeo quidem, ut omnia olim scripta, quocumque etiam nomine appellarentur, aut exhiberentur, articulatim producenda essent, & non solum actor suam intentionem, sed etiam reus suam defen-

defensionem per articulos proponere teneretur Blum.
Proc. Cam. tit. 68. n. 6. & tit. 63. n. 20. Unde varia ar-
ticulorum species atque divisiones natae sunt. A-
ctor enim suam actionem jubetur intentare per arti-
culos *positionales*. Hos aliquando simpliciter articu- *Articuli po-*
los, nonnunquam vero positiones appellari, monet *sitionales.*
idem Blumius *Proc. Camer. tit. 68. n. 13.* Nec sane
negandum est, positionem cum articulo a Doctori-
bus passim confundi. Positionis tamen verbum
generale est, quod tanquam genus analogicum divi-
ditur in positionem in specie sic dictam & articulum.
Amplius *Clementina saepe de V. s.* positiones articulis
opponuntur. *Umm. Proc. Disput. 13. th. 1. n. 3.* *Differunt*
Strauch. *Dissert. ad π. 25. th. 5.* Differunt vero (1) *sine* *positiones &*
Ponens intendit probare per confessionem adversa- *articuli*
rii, & ita positiones propter veritatem ab adversa- *(1) sine*
rio eliciendam conscribuntur; Articulans vero per
testes vel instrumenta probationem suscipit, atque
adeo articuli propter ipsam probationem, testibus
instrumentisve faciendam, conficiuntur. *(2) ordine*
Positiones praecedunt, & quicquid reus ad illas re- *(2) ordine*
spondens inficiatur, de eo postmodum formantur
articuli. *(3) effectu*. Ponens omnia, quae posuit, *(3) effectu*
confiteri praesumitur *l. 9. C. de liberal. caus.* & sic po-
sitiones contra ipsum probant; non etiam articulans
c. ult. de iurejurand. in 6. quippe articuli contra arti-
culantem probare non ceniuntur, quicquid etiam
senferit Brunnemannus *Process. Civil. t. 17. n. 2.* ubi
se illud non capere ait, sed articulantem omni- *Notatur*
no aliquid asserere contendit. Verum enim vero *Brunne-*
ponens vult, ut adversarius respondeat, quo per e- *mann.*
jus confessionem releveatur ab onere probandi; Igi-
tur

tur æquum est, ut ipse quoque ponens ponendo confiteatur, atque adeo relevet adversarium ab onere probandi, ne iudicium claudicet. Contra vero articulans non vult, ut adversarius respondeat, nec ea fini suos producit articulos, sed ut negata tantum per testes vel instrumenta probet. Non ergo articuli magis, quam interrogatoria, vid. Gomez. 3. Resol. 12. n. 4. Umm. Disp. 16. th. 10. n. 67. in fin. statim confessionem articulantis inducunt, Hil- trop. Process. Part. 3. th. 5. n. 43. Atque eandem quidem sententiam tuentur Gail. 1. obs. 79. n. 6. 7. Bocer. Cl. 6. Disp. 22. th. 13. Carpzov. Proc. tit. 13. art. 4. n. 6. Unde & si reprobans formet articulos, ac pro confirmatione petat articulorum probatoriorum recognitionem, ea abjudicatur, quemadmodum docuit Dn. Svendendorfferus Process. Fibig. p. 1402. seqq. daß Kläger die etc. zu recognosciren nicht schuldig. (4)

(4) forma

forma: Articuli semper, nisi loco ac tempore coarctati vel prægnantes fuerint, affirmate sunt concipiendi. Positiones vero etiam negative formari possunt c. 1. de confess. in 6. (5) tempore

(5) tempore

volunt differre, cum etiam publicatis attestatis positiones, non item articuli, proponi possint; de quo tamen nec immerito fortassis Brunnemannus c. 1. dubitat, nisi quis instrumentis probare vellet. conf. Scacc. lib. 1. de iudic. c. 60. n. 5. & lib. 2. c. 7. qu. 10. n. 450. Gail. lib. 1. Observ. 79. Umm. Proc. Disp. 13. th. 1. n. 3. Carpzov. Proc. tit. 13. art. 4. num. 4.

X.

Praxis Camera.

Quantquam vero Gailius cit. Obs. n. 3. docet, differentiam positionum & articulorum in praxi, maxime Camerae, tam accurate non observari; proprie tamen

tamen & κατ' ἐξοχήν hic sunt positiones, quas actor in suo articulo libello, ad veritatem a reo, mediante categorica responsione, eliciendam proponit. Has si reus, vel omnes, vel quasdam, negaverit, actor tenetur formare articulos *probatoriales*, quos, ex istis ^{Articuli probatoriales.} positionalibus articulis a reo per responsionem negatis, extractos ad probandum per documenta vel testes producit. Sin vero reus excipiat, tum suam exceptionem per articulos proponat, qui generatim vocantur articuli *exceptionales*, sive exceptio sit peremptoria sive dilatoria. ^{exceptionales.} Speciatim autem *defensionales* articuli vocari solent, quibus reus suam defensionem per exceptiones peremptorias, merita causæ principalis concernentes, articulatim proponit. ^{defensionales.} Quamvis enim verbum *defensionis* nonnunquam pro qualibet exceptione, dilatoria æque ac peremptoria, fumatur *l. 56 ff. de condic. indebit. l. 4. §. u. C. de except.* in praxi tamen articulos defensionales dilatoriis exceptionibus semper opponi testatur Blunius *Process. Camer. tit. 68. n. 15.* Doctores quidem accuratiores adhuc aliquod discrimen inter articulos defensionales & peremptoriales constituunt: Defensionales enim esse asserunt, quando reus ad sui defensionem allegat, actori nullam competere actionem, vel eandem jam ipso jure esse sublatam, atque adeo suas exceptiones, quas vulgo intentionis seu facti appellare solemus, articulatim proponit. ^{Peremptoriales vero peremptoriales.} Peremptoriales vero articulos esse volunt, quibus exceptiones, quas juris nuncupamus, proponuntur, quæ quidem actionem propositam non jam tum ipso jure esse sublatam, arguunt, sed demum ope exceptionis elidunt. Blun. *c. l. n. 16.* Hinc illas etiam exceptiones, quia actionem

nem proprie non perimunt, sed verius elidunt, congruentius eliforias vocari arbitratur Speculator *Rubic. de exception. §. 1. n. 1.* Quam eandem ob causam practici articulos peremptoriales sæpe *elifivos* indigitant, nec raro defensionales, peremptoriales & elifivos pro synonymis habent, ac pro iisdem sumunt. Quodsi reus, his elifivis semel exhibitis, alios postea adjungat articulos, vocantur *super-elifivi* seu additionales elifivorum-articuli. Liberum etiam atque integrum actori æque, ac reo, est, sicubi priores forte articulos obscurius conceptos existiment, illis adjicere alios, qui dicuntur *declaratoriales* (declaratorii, declarativi) quibus articuli antea propositi melius & clarius explicantur, quos aliquando, abusive tamen, additionales vocant. *Additionales* enim proprie sunt, qui prioribus, cujuscunque sint generis, noviter adduntur. Quibus si adhuc alii articuli superadduntur, *superadditionales*, item additionales additionalium appellantur. Denique prodiiti etiam sunt articuli *causales*, quibus causæ a reo in processibus mandatorum cum clausula, & pignorationis articulatim proponuntur & allegantur, quare iis parere non teneatur, vel quare pignoraverit. Qui illis causalibus ab actore opponuntur, modo *re-replicatorii*, modo elifivi, modo defensionales vocari solent. Conf. Blum, *Proc. Camer. tit. 68. n. 13. usque ad n. 20.*

XI.

*In Cameræ
& Saxoniam
abrogatus
est usus av-
isulorum.*

Cum vero partes, earundemque Advocati, malitiosa litigandi, litesque protrahendi, libidine imbuti, articulandi modo nimium abuterentur: illum ob perniciosam processum prolixitatem, quam recenset late.



late Blumius *Proc. Cam. tit. 68. n. 7.* non amplius feren-
dum, sed in suo territorio abrogandum esse primum
Serenissimus Elector Saxoniae, Augustus, censuit *Part.*
i. Const. 2. Quem quidem morem deinceps in Comi-
tiis anno 1654. Imperii Ordines comprobarunt *Recess.*
Imper. noviss. de anno 1654. §. dissem. nechst 34. §. Es sollen
auch 37. §. zu Deforderung 64. & §. zu dermahliger 96.
Quo loco obiter observandum, laudatum modo Im-
perii Recessum multa ex Processu Saxonico Electo-
rali, tanquam accuratissimo, esse mutuatum. Libel-
lus itaque articulatus a Saxonia & Camera exulat,
adeo quidem, ut ceu ineptus ex officio rejiciatur, den-
tibusque dilaceretur. *Carpzov. P. 1. C. 1. d. 2. n. 1.* Quo
facto soli hodie articuli probatoriales, reliquis explo-
fis planeque abolitis, in Saxonia & Camera frequen-
tantur, *Carpzov. Proc. tit. 13. art. 4. n. 7.* Blum. *Proc.*
Cam. tit. 63. n. 5. quos actor, reusve, ad probandum,
per testes vel documenta producit. Actori quidem
si onus probandi incumbit, ille vel suae actionis in-
tentionem, a reo negatam, probare satagit, certos-
que format articulos, qui *probatoriales* vel probatorii
speciatim salutantur, vel ad exceptiones rei, omissa
negatione, replicat, ad suamque replicam fundan-
dam & probandam articulos conficit, quos Practici
vocant *elissoas*. Et sic, ordine jubente, ad alterum,
tandem dissertationis nostrae membrum provehi-

*Exceptis ta-
men articu-
lis probato-
rialibus.*

*qui mtione
actoris di-
viduntur in
probatoria-
les in specie
& elissoas.*

XII.

Vocabulum *Elissoi* descendere existimo *de* *Elissoi Ety.*
lidere, quod, auctoritate Maronis, idem est, ac per-
imere, enecare, stringendo premendoque praefocare,
cum *lib. 8. Aeneid.* inquit:

C s

ut prim



... aut prima nocere...
... monstrata manu geminisque premeus eliserit angustas.

Et Suetonius in *Cæsare* c. 39. Sæpe, inquit, præ turba elisi
& exanimati sunt. Idem in *Tiberio* c. 39. Incanante eo
plura & ingentia saxa fortuito superne delapsa sunt, mul-
tisque convivarum & ministrorum elisis, præter spem eva-
sisti. Amplius jure Canon. probationes elidi, i. e. tol-
li dicuntur c. 5. §. si autem X. si lite non contestat. Jure
vero Civili ω elidere modo significat: agentem, ac-
cusantemve, mediante exceptione, repellere l. 2. §. 5.
ff. de dol. mal. & met. except. l. 4. C. de Ord. Cogn. l. 17. ff.
de evict. modo idem est, ac excipientem replicatione
summovere l. 27. §. 2. ff. de pact. l. 21. §. 1. ff. de pign.
Quam ultimam etiam significationem in præsens no-
stram facimus. Actor enim exceptiones rei enervat
atque elidit, mediante replica, ad quam fundan-
dam formare tenetur articulos, quos in praxi voca-
mus *elisivos*, qui tamen omnino distinguendi sunt,
ab iis *elisivis*, quos reus ad exceptionem suam per-
emptorialem probandam conficit, actorique oppo-
nit, quorum mentionem injecimus §. 10. Non im-
merito forte etiam eos nuncupare possis articulos
replicatorios eo, quod per eos replicatur & resolvitur
jus excipientis arg. §. 1. Inst. de Replicat. l. 2. §. 1. & 2. ff.
de except. Theophilus reddit: Αναλύεται η τής ἀρρογεία-
Φής ισχύς. *Vis exceptionis resolvitur.* Rhetores firma-
mentum appellant. Nam, definitore Cicerone in
partit. Firmamentum est, quod ad labefactandam ratio-
nem (ea nostris est *exceptio*) refertur. Vinn. ad pr. Inst.
de replicat.

Synonymia

Descriptio
articulorum
elisivorum.

XIII.
Quibus præmissis, haud difficile fuerit, aliquam arti-

articulorum elisivorum descriptionem, qualis quidem pro natura ac indole argumenti compositi dari potest, intelligere, nempe quod sint articuli, quibus actor replicam, ad impugnandam exceptionem, a reo oppositam, articulatim concipit ac format. Quamquam hæc ipsa descriptio, saltem petita est ab eo, quod fit plerumque. Alioquin etiam articulos elisivos formari a reo ad convellendam replicam, atque adeo eisdem duplicam, & sic deinceps, inferi posse, ambigendum non est. Quemadmodum enim actor replicando, atque sic contra exceptionem, rei instar habetur: ita amplius reus, duplicando adversus actoris replicam, locum suum, quem excipiendo paulo ante mutaverat nonnihil, recipit atque tuetur. Enimvero integrum, qui sua etiam laude non destituitur, tractatum *de modo articulandi* Marcellus Calam, *De quibus files Calam.* conscripsit, quem vetustate fere exoletum non ita pridem Dn. Præses a blattis vindicavit, eumque prelo denuo subiectum e tenebris in lucem, e situ & squalore in solem, nova præfatione addita, reproduxit. Mirari tamen merito subit, Virum Clarissimum, qui modum articulandi ex professo pertractandum perlustrandumque suscepit, de nostro argumento alite silere, adeo, ut in integro libello ne apex quidem de articulis elisivis extet. Unde & non injuria conqueritur Rulandus *de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 3. n. 1.* neminem ex asse modum conficiendi articulos tradidisse, in primis autem carpit atque reprehendit Calam, illum, inquam, qui in titulo libelli hanc artem crepasse, eamque professum fuisse, magis tamen, quomodo id, quod articulatum est, probetur, quam qua ratione articulandum fit, docuisse.

*Rulandus.**Carpzovius.**Excusatio
auctoris.*

Quamvis autem Rulandus existimet, se docto & satis amplo tractatu, quem *de Commissariis* composuit, hanc articulandi artem ad amissim explicasse, & exacte demonstratam dedisse: idem tamen voluntati atque expectationi nostræ non satis respondet, sed articulos elisivos alto transmittit silentio. Ast quid de Carpzovio, Jectorum Saxoniorum Principe, dicemus? Non piguit ejus monumenta a capite usque ad calcem excutere; neque tamen quicquam in iisdem, quod meo inserviret instituto, investigare licuit. Atqui autem argumentum est scitu necessarium, & quotidiana se vindicat utilitate, ut omnino operæ pretium fuerit, eidem, quo par est, studio incumbere. Neque vero Advocatum sagacitatem suam magis probare posse putem, quam si argute replicam, ad elidendam exceptionem a reo oppositam, articulis probatoriis concludat, atque adeo articulis elisivis concipiendis artificium suum exerat. Cum autem me in præsens subsidia, quæ aliis, ex scriptoribus in promptu esse solent, fere destituant, nec ego etiam hætenus in foro, ipsisque rerum argumentis, versatus fuerim, veniam facile me impetraturum confido, si nonnulla saltem, quæ quidem maximam partem ex Dn. Præsidis ore, quod ingenue fateor, observavi, hoc loco, quo fieri potest ordine, sub incudem revocavero, ulterioremque utilissimi argumenti tractationem alii tempori reservavero. Sicubi vero forsitan mihi vocabulis minus Latinis, quibus tanquam terminis technicis superfedere non licebat, uti contigerit, æquos rerum aestimatores, ne in sinistram interpretentur partem, nec mihi vitio vertant, obsecro, cum sum-

summorum virorum autoritate suffulciar, neque etiam, nisi iisdem adhibitis, mea animi sensa commode satis exprimere possem.

XV.

Articulandi artem summum inter Causidicos tenere gradum, & antiqvis committendam esse Advocati maxime monent Rulandus *de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2 n. 1. & 2.* Umnius *Proc. Disp. 13. tb. 13. n. 64.* ut merito apud Italos vulgo dici soleat: *Negli articuli, sono si pericoli.* i. e. in articulis sunt pericula, ut refert Ursill. *Super septem. Decis. Afflict.* Advocatum ergo circa confectionem articulorum, ut concinne formentur cauteque concipiantur, sollicitum esse ac diligentem oportet. Quod cumque vero generatim de articulis ratione conceptionis dicitur, idem fere omne in nostra quoque articulorum specie repeti posse existimo. Omnes autem articuli, atque adeo etiam elisivi, (1) *affirmative* & per verbum *Wahr*, Germanice *Wahr* / concipiendi, *Recess. Imper. de anno 1654. §. zuwelchen Ende. 49. vers. durch das Wort Wahr.* Bruunermann. *Proc. Civil. c. 17. n. 19.* (2) debent quotari & dinumerari, alioqui pro ineptis habentur, & rejiciuntur. Ruland. *de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2. n. 9. in fin.* (3) Pars articulans sollicite curet, ut *succinctos*, breves & momenta necessaria continentes articulos conficiat, *dict. Recess. Imp. de ann. 1654. §. zuwelchen Ende 49. vers. etliche kurze probatorial articul.* Ord. *Proc. Sax. tit. 20. §. 7. vers. das sie sein rumb.* Ruland. *c. l. e. 3. n. 3.* Carpzov. *Proc. tit. 13. art. 4. n. 8. & 9.* Caveat itaque, ne multiplicet suos articulos: Nam, ut loquar verbis Oldendorpii *tit. de posit.* nunquam tutum est in his, quæ sigillatim probanda sunt, uno atque

articuli sine
(1) affirmative
(2) quotari

(3) succinctori



que eodem orationis contextu multa copulativim pro-
ferre, altera enim parte non probata, totus corrumpit ar-
ticulus *l. 13. §. 3. ff. reb. dub. caus. 3. qu. 9. can. 17. conf. Ruland. P. 3. lib. 1. c. 3. n. 3. §. 4.* Quod tamen ego quidem, nisi egregie fallor, restringendum putem ad articulum, qui homogenea continet; Contra vero ad articulum heterogenea complectentem quod attinet, affirmare potius ausim, eundem constituere exemplum regulæ: *Utile per inutile non vitiatur l. 1. §. 5. ff. de V. O.* Caveat porro articulans, ne verbis nimium obscuris concipiat articulos, utpote qui a iudice æque, ac ab adversario, repudiantur, exemplo *l. Domitius 27 ff. qui testam. fac. ubi aut,* inquit Celsus, *non intelligo, quid sit, de quo me consulueris, aut valde stulta est tua consultatio* (4) Articuli sint certi & concludentes, ac fundent intentionem articulantis *Ord. Proc. Sax. tit. 20. §. 7.* Nemo enim debet admitti ad id, quod probatum non revelat *l. 21. C. de prob. Gail lib. 1. Obs. 81. n. 1. §. 2, Carpzov. Proc. tit. 13. art. 4. n. 17. Mev. Part. 3. Dec. 141. §. Part. 4. Dec. 51. n. 2.* Hinc impertinentes rejiciendi sunt, & testes super iisdem examinati nihil dixisse videntur, *Recess. Imper. de anno 1654. §. Wenn nun der Beklagte 45. Ord. Process. Saxon. tit. 20. §. 7. vers. und hierinne allen unnöthigen Ueberfluß vermeiden.* Ruland. *P. 3. lib. 1. c. 4. n. 1.* Carpzov. *Proc. tit. 13. art. 4. n. 15,* quod adeo verum est, ut, si manifeste evidenterque appareat, articulos esse plane impertinentes atque irrelevantes, iudex ne quidem cum clausula: *Salvo jure impertinentium & non admittendorum,* eos ad probandum recipere possit, ex regula generali, quod impertinentia non sint frustra admittenda *l. 13. §. 2. ff. de iurejurand. & jura improbant ac detestentur actus frustraneos atque superfluos l. 14. §. 1. ff. ut leg. caus. caveat.*

(4) Certi.

*caveat. l. 3. pr. ff. de jurejurand. Carpzov. Proc. tit. 13. art. 4. n. 21. Gail. lib. 1. Obs. 81. n. 2. Ruland. P. 3. lib. 1. c. 5. n. 3. Qvæ omnia nostris procul dubio articulis accommodari poterunt. Quemadmodum autem (5) (5) probato-
a. stor articulos suos probatoriales speciatim dictos, riales in spe-
quibus actionis suæ intentionem probare satagit, ex cie ex libello
substantia & contentis seu visceribus, uti loquimur,
libelli petere tenetur, Ord. Proc. Sax. tit. 20. §. 7. vers. und
allein auff dasjenige gesehen / darauf der Sachen Grund
siehet. Carpzov. Process. tit. 13. art. 4. n. 10. Ruland.
P. 3. lib. 1. c. 3. n. 7. Gail. lib. 1. obs. 81. n. 5. ita articulos
elisivos, quibus intentionem suæ replicæ fundare, Elisivi ex-
probatamque dare intendit, ex ipsis replicationis mo- plica.
mentis meritisque desumendos esse, facile liquet.
Replica enim fons est, ex quo articuli elisivi pro-
manare debent, quo quidem non attento, eosdem-
ceu impertinentes tam a iudice, quam ab adversario,
rejici posse, nullus dubito.*

XVI.

Illud modo est intelligendum, articulos elisivos,
usu fori, non solum eos appellari, qui comparati sunt *Articulorum
elisivorum
materia.*
ad elidendas exceptiones peremptorias, sed etiam
quibus exceptiones dilatoriæ, antè litem contestatam
oppositæ, oppugnantur. Replica est elisio exceptio-
nis, nullo exceptionum discrimine, sive sint perem-
torix sive dilatoriæ saltem. Par igitur ratio fit ne-
cessè est articulorum elisivorum, ita, ut ad utriusque *exceptiones
dilatoria.*
generis exceptiones commode referri possint. Am-
plius nec illud hoc loco prætereundum, quod atti-
net ad exceptiones peremptorias, nihil interesse, ut-
rum exceptiones sint vere tales, h. e. quæ actionem
jure constitutam repellunt, cujusmodi est pacti de

D

non



*Exceptiones
peremptoria
apparenter
tales.*

non petendo, an apparenter saltem, quæ ad exclu-
dendam actionem non sunt efficaces, v. c. cum reus
opponit exceptionem præscriptionis, actor vero re-
plicat de interruptione. Neque enim, quæ ab acto-
re replicando interrupta dicitur, vere præscriptio
nuncupanda est, nec, quod huic consequens est, ex-
ceptio præscriptionis vere talis. Igitur articuli eli-
sivi utriusque generis exceptiones complectuntur.
Enimvero repugnantia sunt ICTIS, liberari ipso jure
& liberari per exceptionem *l. 34. §. 1. ff. de O. & A.*
Similiter aliud est, defensionem rei omnino esse nul-
lam, aliud per aliam defensionem replicari & resolvi
jus exceptionis. Nam & replicatio ipsa quædam
exceptio est, sed quæ a parte actoris venit *l. 2. §. 1. ff.
de except.* Vicissim autem nihil interest, ipso jure quis
actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur
l. 12. ff. de R. I. Hinc actio, quæ eliditur per excepti-
onem, dicitur denegari *l. 1. §. 1. l. 7. §. 6. ff. ad Sct.
Maced. l. 9. pr. ff. de jurej.* dicitur non dari *tit. ff. guar.
rev. actio. non datur. l. 53. §. 1. ff. de evict. l. 20. §. 3. ff. de
liberal. caus.* inspecto videlicet eventu & effectu. Ra-
tio enim tollendæ obligationis, ordoque longe diver-
sus est. Unde & usu interpretum jam obtinuit, ut
omnis generis defensio, quæ modo agentis intenti-
onem repellit sive juris sive facti negatione, exce-
ptio dicatur. Quo pertinet partitio exceptionum,
vulgo celebrata, in exceptiones juris & facti sive in-
tentionis. Pari modo effectu nihil interest, ipso ju-
re quis exceptionem non habeat, an per replicatio-
nem infirmetur.

*utrum exce-
ptiones facti
huc pertine-
ant?*

XVII.

Ecquid autem pronuntiabimus de exceptioni-
bus

bus facti five intentionis? numne articulos elisivos
eas etiam complecti existimabimus? Videndum,
num replica detur. Fac, reum conventum ex stipu-
latu se tueri exceptione acceptilationis. Amplius
fac, actorem replicare de pacto acceptilationis con-
trario, ut petatur, numne pactum habebit vim repli-
cæ, consequenter articulo elisivo concludi poterit?
Non putem, cum effectu posse. Nam reus facile, *Jus Rom.*
duplicabit: acceptilatione, exceptionis loco a se op-
posita, jam ipso jure sublatam esse actionem, atque
adeo nullum penitus agendi jus penes actorem re-
linqvi. Neque vero pactum de petendo, post ac-
ceptilationem inritum, eam habet vim ac potestatem,
ut vel novam actionem parere possit, vel veterem
resuscitare, ipso semel jure plane pleneque extin-
ctam. Quod quidem de sententia juris Romani est
intelligendum. Atque hoc significat Ictus l. 27. §. 2.
ff. de pact. cum ait: *in stipulationibus jus contineri*, id est, *L. 27. §. 2. ff. de pact. ex-*
per stipulationem novantem, per Aquilianam, eam- *de pact. ex-*
que secutam acceptilationem, hoc assequimur, ut *plicata.*
ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, hoc est,
non defensionis contestatione, aut acceptilationis
exceptione & objectione. At, pergit idem deinceps:
in pactis factum versatur, id est, pacta quidem nobis
profunt ad liberationem, sed facto nostro, si quis ini-
tio litis pactum sit contestatus, ejusque pacti exce-
ptionem in judicium deduxerit. Hæc enim conte-
statio & defensio cum in facto rei posita sit, recte di-
citur, in pactis factum ad liberationem versari: ea-
demque hic exceptionis & replicationis est ratio. Ve-
luti cum creditor, qui decem mutuo dederat, pactus
est cum debitore, ne peteret. Postea cum quereretur

creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rursus ei petere licere. Hic prius pactum de non petendo non extingvit obligationem & actionem ipso statim jure, quemadmodum nec exceptio, debitori priore pacto quaesita, posteriore pacto de iterum petendo ita tollitur, ut ea agenti creditori in iudicio opponi non possit. Neque enim prius pactum tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior sit interposita, *d. l. 27. §. 2. ff. de pact.* Vinn. *ad pr. Inst. de replicat.* Secus autem obtinet moribus hodiernis, utpote quibus spectatis pactum etiam nudum ad agendum proficere in vulgus notum est. Quamquam consultius videtur, tum actorem, praetermissa per acceptilationem extincti debiti mentione, ilico ex novo pacto, modo petendi causam expresse vel tacite contineat, experiri. Neque non eandem hodie pacto de non petendo, quam jure Romano acceptilationi, vim esse tribuendam crediderim vel propterea, quia si ex pacto nudo competit actio, consequens est, multo magis pactum de non petendo ipso jure obligationem actionemque submovere, quandoquidem jura proniora sunt ad liberandum, quam ad obligandum *l. 47. ff. de O. & A.*

XIIX.

Actor, articulos elisi vos caute formaturus, extrahat commissionem.

Quo vero Actor suos articulos elisivos caute circumspicteque concipere queat, bene sibi consulit, si prius, quam ad iudicium cum adversario convolet, commissionem a Superiori in causa in primis intricata extrahat, & Commissarios vel ipse eligat, vel a Principe pro libero arbitrio constitui perat, qui causam

fam summarie cognoscant, & amicabilem compositionem tentent. Tum enim partes prætextu amicabilis compositionis, & amore speratæ concordia in iuribus suis ostendendis faciliores esse solent, & sic facile arcana causæ suæ produnt. Dn. Stryk. *Introd. ad prax. forens. c. 2. §. 20.* maxime quidem, si Commisarius (quam cautelam iis ad litem facilius componendam commendat modo laudatus Dn. Stryk. *c. l. §. 24.*) adversarios ad eundem convictum invitent, ut ita, quod verbis non possunt, hilariori potu efficiant. Quo quidem facto actor, licet sibi cum rigido & heteroclitico adversario negotium esse videat, qui contendere, quam amicabili compositioni se submittere, malit: eam tamen consequetur in primis utilitatem, ut *Quæ expi-* exceptiones non solum, quibus pars adversa nititur, *scari posse* sed & earum fundamenta & causas per hoc stragatage, *exceptiones* ma explicari, iisdemque deinceps cognitis perspectis, *adversa par-* que, momenta replicæ eo cautius conquirere, *tis.* majoremque in articulis elisivis formandis curam ac diligentiam adhibere queat; siquidem tela prævisa minus nocent, nihilque aut parum interesse videtur, utrum reus nullas plane exceptiones habeat, an habeat quidem, quæ tamen per actoris replicam elidi submoverique possint, *arg. l. 112. ff. de R. J.*

XIX.

Maxime e contrario actor caveat, ne generalem sibi exceptionem *v. c. non competentis actionis, tua ne alia v. c. non interest,* opponi admittat. Nam alioqui cum ignorat genera exceptionum ac fundamenta, quo pacto replicam iisdem opponere, eamque articulis elisivis complecti poterit? Neque enim, quod quibusdam perivasum esse videtur, reus cum ejusmodi exceptioni

ptionibus generalibus v. c. tibi non competit actio,
tua non interest, & similibus, est audiendus, Brunne-
mann. *Proc. Civil. c. 16 n. 11.* Exceptio generica nul-
lius est momenti. Vasq. *illustr. controu. Part. 2. lib. 2. c.*
32. n. 13. ubi hoc Bartolum & Doctores communiter
per textum in *l. 36. ff. de legat. 1.* tenere testatur. Imo
vero reus, posteaquam ad actoris libellum respon-
derit, illud faciendum habebit, ut omnes suas exce-
ptiones, quascunqve habet, congerat & opponat,
sed distincte & articulatim & minutatim, nec satis si-
bi esse putet, contestationem facere generalem, qua-
lis fieri solet, oppositis in globo & in genere vulgari-
bus exceptionibus juris carentiæ, ut loquuntur, in-
competentiæ actionis, male agis, tua non interest, &
aliis hujusmodi. Talibus enim exceptionibus, non
nisi generaliter oppositis, nullam earum rationem
habere iudex debet, Anton. Faber. in *Codice lib. 9. tit.*
22. art. 17. Neque exceptio: actorem non satisfacisse
contractui, non expressa causa, relevat, Klock. *Vol.*
3. Consil. 149. n. 325. Enimvero Doctores, quos modo
commemoravi, rationes, quibus suam confirment
sententiam, in medium non proferunt; haud tamen
difficile fuerit, eas in præsens subministrare. Pri-
mum enim reus excipiendo fit actor *l. 1. ff. de except.*
l. 19. pr. ff. de probat. Jam actori non licet libellum a-
ctionis generaliter, absqve speciali causæ debendi,
& juris, ex quo agat, expressione, concipere. Et in
actione quidem reali causam proximam, v. c. domi-
nium vel quasi; in actione vero personali remotam,
eamqve specialem, puta contractum, delictum, aliud-
ve, propter quod reum sibi obligatum esse existimet,
exprimi oportet, *l. 14. §. 2. junct. l. 11. §. 2. ff. de except.*
rei jud.

(1) quia li-
bellus gene-
ralis non
admittitur.

rei jud. c. ult. X. de libell. oblat. Quodsi ergo agendi causa in sola & simplici obligatione, expresso licet fundamento generali v. c. contractu, non speciali v. c. emti venditi, fundetur, libello obscuritatis & generalitatis exceptio obstat, qua opposita, pronuntiatur: daß Beklagter auff die Klage / inmassen sie anbracht / sich einzulassen nicht schuldig. Dn. Svendendorff. Proc. Fibig. p. 279. & seq. Libellus igitur debet esse specialis, non generalis, quippe quem iudex nunquam admittere, sed ex officio etiam, parte altera licet non petente, rejicere, & dentibus, uti vulgo loqui amant, lacerare tenetur, Mey. P. 1. Dec. 42. & P. 5. Dec. 92. Quemadmodum itaque actor causam actionis specialem exprimere jubetur; ita quoque reus ex natura correlativorum causam exceptionis designare, hoc est, speciales exceptiones opponere tenetur. In preparatoriis enim iudicii favorabilior reo habetur actor; hinc in dubio libellus in favorem actoris est interpretandus l. 66. ff. de judic. Quod ergo actori circa libellum actionis non permittitur, quo ore idem reo, quod ad exceptiones attinet, licere dicemus? arg. l. 41. ff. de R. J. Quodsi urgeas, imo vero exceptionum momenta ad medium iudicii esse referenda, in promptu est, quod replicari possit, nempe in medio actorem & reum ad paria dijudicari, Bachov. ad Treut. Vol. 1. disp. 5. tb. 1. lit. B.

XX.

Quotus quisque porro non animadvertit, reum ^{(2) quia} in fraudem articulorum elisivorum generalem exceptionem opponere minime posse? In iudiciis enim, ^{Et non potest formare articulos elisivos.} & maxime quidem, spectanda est æquitas, l. 4. §. 2. ff. de eo, quod certi. loc. Iam iniquum fuerit, obscura rei exce-

exceptionum oppositione actori replicandi, formandique articulos elisivos, occasionem præcidi. Quid, quæso, consilii reliquum actori existimes? Si obmutescat, quippe cum non habeat, quod regerat & replicet, causa omnino cadit, jureque suo plane excidit; Contra vero reus veritus, hoc adhibito stratagemate, absolvitur. Sin autem replicet actor, & ad replicam hanc probandam formet articulos elisivos, in bivio ac incerto versatur, nescius, quid factu opus sit, ne sub justissimæ causæ clypeo per adversarii veritiam misere succumbere opus habeat. Quodsi hoc permetteretur, omnes sane rei, qui nunquam non subterfugia quærere solent, atque ideo non immerito *Θέουορες* seu fugientes salutantur, nulli penitus bonitati causæ consili, hæc cautela catervatim uterentur, eamque non sine insigni actoris injuria ambabus manibus arriperent, cum hoc modo judicium declinare, actorisqve intentionem eludere possent,

XXI.

*Sed reus ca-
dit reproba-
tione.*

Itaque cautela, quam nonnulli, nescio quo argumento, commendant, ut reus litis contestationi factæ subjungat exceptionem saltem generalem v. c. non comperentis actionis, eaqve actori intervertat copiam potestatemque formandi replicam, concipiendique articulos elisivos, vix se tuetur. Imo vero hanc esse idoneam ex parte rei cautelam tantum abest, ut ea potius in odium detrimentumque ipsius rei converti posse videatur. Actor namque hanc ipsam rei calliditatem parili facile calliditate compensabit, atque obtendet, reum perinde esse habendum, ac si plane non excepisset: paria esse, non excipere, vel excipere quidem, sed illegitime: exceptionem.

oppo-

oppositam non oppositam intelligi, neque attendi, atque, quod huic consequens est, reum deinceps cum reprobatione non esse audiendum: articulos item super exceptionibus, non statim post litem contestatam, sed multo post expressis determinatisque, conceptos esse impertinentes *arg. Ord. Proc. Elect. Sax. tit. 21. §. 4.* Amplius si actor pro oscitantia sua nihilo se- ^{Quasi actor} cius reo permetteret, ut articulos reprobatorios su- ^{fieri per-} per exceptionibus specialibus, modo expressis, for- ^{mittit, non} maret, dubitari posset, utrum actor ad reprobatio- ^{habet repro-} nis reprobationem foret admittendus. Enimvero ^{bationis re-} *prædict. Ordin. Process. tit. 21. §. do auch in fin.* cautum ^{probatio-} legitur, reprobationis reprobationem toties habere ^{nem.} locum, quoties reus admittitur ad deducendas excep- tiones, litis contestatæ tempore minus oppositas, hanc quidem ob rationem, quia actor propter ius- tam ignorantiam ad incognita articulos extendere non potuit. Jam par ratio, idemque ignorantia gra- dus esse videtur in exceptione generatim litis conte- stationi annexa, & postmodum in reprobatione speci- atim deducta; neutro enim casu actorem exceptiones articulis probatoriis refutare potuisse, palam est. Ve- rum quemadmodum locus iste ad eum saltem casum adstrictus legitur, cum reo exceptiones aliquæ, de- quibus tempore contestatæ litis notitiam non habuit, noviter supervenerunt: ita facile apparet, rationem exceptionis consistere in eo, quod per actorem non stetit, quo minus intra terminum Saxonicum pro- bationes suas super replica, atque adeo per articulos elisivos, expedire potuerit; Contra vero nemo non intelligit, actorem illo casu culpa haud vacare, dum tempestive, & re adhuc integra, ne reus ad repro- batio-

bationem admitteretur, non fuit protestatus, aut saltem, ut a reo exceptio generatim opposita declararetur, postulavit. Cui quidem sententiæ inserviunt argumenta, quæ in simili produxit Berlichius *Part. 1. Dec. 50. n. 16. seqq.*

XXII.

*Generalis
clausula,
præmissis ex-
ceptionibus
specialibus
annexa, nõ
expressis
broad com-
plectitur.*

Neque melior est illa cautela, quam jam sua ætate ab Advocatis esse tentatam, Vasqvius testatur *il-lust. controu. Part. 2. lib. 2. c. 32. n. 15.* ut reus post aliquas exceptiones nominatim oppositas subjiciat, se opponere omnes exceptiones sibi undecunqve competentes. Nam illa etiam clausula, cum nimium generalis atqve adeo incerta sit, minime sufficit, secundum communem sententiam, quam refert atqve deprædicat idem Vasqvius *c. l.* Neque vero eidem clausulæ subsidio itur, si vel maxime *ex l. 4. §. 4. ff. si quis caution.* argumentum huc arcessere velis. Locus quippe ille agit de renunciatione exceptionum, generali, renunciationi præmissarum aliquot specialium subnexa; atqve id arguit, generalem renunciationem in casibus etiam non-expressis idem operari, quod renunctio specialis, modo exceptiones expressæ quadam quasi affinitate exceptionibus non-expressis conjunctæ atqve connexæ sint, ut ita colligi possit, probabiliter de reliquis fuisse cogitatum. Exemplum est in beneficii fidejussorii. Fidejussor renuncians speciatim beneficio ordinis, subjuncta renunciatione reliquorum fidejussoriorum beneficio-rum generali, iisdem valide se abdicat. Sed inde minus recte colligas, expressis modo aliquibus exceptionibus specialibus, subtextam exceptionem, generalem reliquas omnes, quæ quidem cum ex-
pres-

pressis nullam habent cognationem, sed ab iisdem substantia ipsa discrepant, valide ambitu suo complecti.

XXIII.

Quod autem Antonius Faber *in Codice lib. 9. tit. 22. Reus modus art. 17.* amplius tradit: neque illarum quidem exce-^{probandi}ptionum, quæ in specie ac nominatim oppositæ fuerint, iudicem habere rationem oportere, si non earum quoque media & extrema eodem actu contesta-^{exceptiones}tionis specificè deductæ sint &c. idem illud jure, vel ^{exprimere}Justiniano, vel Saxonico, & quod huic se conformavit, Imperii jure, vix obtinere videtur. Jure Justiniano quidem contestatio amplius necessaria non est, sed exceptiones indifferenter lite contestata opponuntur *l. 2. C. sent. resc. non posse Bachov. ad Trentl. vol. 2. Disp. 26. th. 5. lit. C.* & tractantur usque ad sententiam *l. 4. § 8. C. de except.* Saxonico autem & imperii novissimo jure certo certius est, reum partibus suis bene functum videri, si ubi litis contestationi exceptiones peremptorias, easque in universum omnes, simul subjecerit, *Ord. Proc. Elect. Sax. tit. 11. §. Es soll obet/Recess. Imp. de ann. 1654. §. 37. & 38.* Sufficit, inquam, exceptionum oppositio, quemadmodum ex verbis *einbringen/einwenden* / quæ dictis textibus habentur, lucide arguitur; neque requiritur, ut reus pariter argumenta probationis, quibus exceptiones oppositas probare intendat, exprimat ac designet, quod quidem fieri, licet actori ad tanto melius fundandam replicam, deducendosque articulos elisivos utile sit: tamen non est necesse, cum nusquam præceptum intelligatur, usus quoque judiciorum quotidianus aliud comprobet. Quamobrem aliam actori



cautelam, pro extrahenda scilicet commissione, ad
obtinendum illum scopum subministravimus §. 18.
Quod autem dixi: non necessariam esse modi pro-
bandi adjectionem, jure Saxon. est intelligendum de
sola probatione ordinaria. Namque reus, si velit
super una alterave exceptione deferre juramentum,
hoc ipsum statim post litem contestatam facere, vel
sibi saltem juramenti delationem reservare tenetur;
non-reservata deinde in sententia haud attenditur, &
frustra a reo urgetur. Quamquam sane æquius est,
a reo post litem contestationem reservatam, licet sen-
tentia expressis verbis non contineatur, tamen clau-
sula sententiæ apponi solita: *und andere rechtliche Noth-
durffe* / intelligi, Dn. Svendendörff. *Proc. Fibig. p. 139.*
Amplius necesse non est, ut reus exceptionum spe-
ciatim oppositarum speciales etiam circumstantias
adjiciat; sed sufficit omnino, eundem ipsas exceptiones
designasse, ut intelligatur, quænam objectæ fuerint.
Unde non repudianda est exceptio, cum reus litem
contestatus dicit: *Es sey eines und das andere auff die
libellirte Schuld bezahlt.* Quibus quidem verbis satis
liquido indicat exceptionem solutionis, nec magis
summam five quantitatem solutam designare tene-
tur, quam ipsum tradere probandi modum.

XXIII.

*Astor super
articulis eli-
sivis jura-
mentum de-
ferre potest.*

Hactenus ergo de formandis cauteque concipi-
endis articulis elisivis solliciti fuimus, juxtaque a-
ctori cautelam suggestimus, ne generale exceptio-
nes sibi opponi concedat, sed strenue urgeat, ut reus
causam specificè exprimat, quo suos articulos elisivos
concinne ac congrue formare queat; Neque ve-
ro sufficit, eos ipsos circumspicte confectos esse, sed
neces-

necessitatis ratio jubet porro atque possulat, ut legi-
 time probentur. Quod si igitur actor videat, se ar-
 ticulos suos elisivos, argute quidem conceptos, per
 testes tamen vel instrumenta probatos dare non pos-
 se, vel etiam illud ipsum sibi propter nimiam ordina-
 riæ probationis prolixitatem, non consultum profi-
 cuumque fore existimet, cardo quæstionis in eo ver-
 titur, utrum actor in defectu aliarum probationum,
 vel si citius se lite extricare, sumptibusque in produ-
 cendis testibus parcere velit, super articulis elisivis
 juramentum reo deferre queat? Jure quidem Civili *Jure Civili.*
 id licere, nulli dubitamus, quippe quo expressè con-
 stitutum legitur, juramentum in quovis judicii arti-
 culo deferri posse, *l. 12. C. de reb. cred. & jurejurand.*
 Quod quidem procedere volunt, etiam si actor pro-
 bare cæperit & a probando defiterit, imo probatu-
 rus defecerit. *Franzk. tit. de jurejurand. n. 108.* Am-
 plius eum, qui in prima instantia ob inopiam pro-
 bationum succubuit, in secunda adhuc juramentum
 deferre posse, statuit *Mevius Part. 4. Dec. 5.* Alii vi-
 cissim, termino etiam probatorio præterlapso, juris-
 jurandi delationi locum esse, quos commemorat ac
 sequitur *Brunnemannus ad d. l. 12. n. 15.* Ideoque non
 immerito dicitur maximum expediendarum litium
 remedium *l. 1. ff. de jurejurand.* omnis controversiæ
 finis, *ad Hebr. VI. 16.* & veniste *τοῦ ἁγίου πνεύματος, νο-*
τίζισσιν refugium. Nov. 73. cap. 4. vid. *Wissenb. Disputat.*
ad n. 24. ib. 18. Nemo itaque, opinor, fuerit, qui ju-
 re Civili super articulis elisivis juramentum deferri
 posse, vel leviter ambigat.

XXIV.

Jus verò Saxonicum quod attinet, id aliquibus *Jure Saxo-*
nos nico.

nos involvit dubiis, utpote quo, si vel gvaranda præ-
stita, vel lis pure absque reservatione contestata est,
actor jusjurandum deferre, & eventum litis causa-
que victoriam conscientiae rei committere non pot-
est, sed illud ipsum vel ante gvarandam præstitam,
vel litem pure riteque contestatam, pro more fori
Saxonici facere tenetur. Alterutro horum facto,
actor juramentum deferens ulterius non auditur,
Ord. Proc. Sax. Elect. tit. 18. pr. vers. jedoch das es etc. licet
ante litem contestatam, vel gvarandam præstitam,
protestando sibi facultatem deferendi juramentū re-
servasset *dict. Ord. tit. 18. §. 1. vers. ob er gleich zuvor derents
wegen protestiret.* Quemadmodum igitur replica
post litem demum contestatam ad elidendas exce-
ptiones opponitur; ita super ea, & quod huic confe-
quens est, super articulis elisivis non deferri posse
juramentum videtur. Verum enim vero actor re-
plicando fit reus, & replicatio nihil est aliud, quam
exceptio actori competens, ad exceptionem rei ex-
cludendam & refutandam. *l. 2. §. 1. ff. de except. princ.
Inst. de replicat.* Hinc etiam dicitur contraria exce-
ptio, quasi exceptionis exceptio *l. 22. §. 1. ff. de except.*
nec non privilegio exceptionum gaudet, *l. f. ibique
Dd. C. de edend.* Imo actoris replicantis partes favora-
biliores esse solent, quam quidem partes rei excipien-
tis, *Gloss. in dict. l. f. C. de edend.* Sicuti itaque reus,
jure etiam Saxonico, super exceptionibus post litem
contestatam oppositis deferre valet juramentum;
ita rationis est, actori quoque super replica, post li-
tem contestatam, id facere licere, maxime cum præ-
sagire & divinare facile non possit, quas exceptiones
reus animo suo complectatur, quibus elidendis statim
libel-

libello inferat replicam. Accedit, quod jus Saxonicum hac parte sit exorbitans a jure Communi, quemadmodum præcepimus, atque adeo, uti conceptis verbis solum de ipso libello, ejusque causa & fundamento, loquitur *Part. 1. Const. 11. ibi*: der Kläger nicht mehr Macht haben soll / den Grund der Klage dem beklagten wie auff Sächsischen Boden gebräuchlich / zu deferiren &c. & *Ord. Proc. tit. 18. §.* So der Kläger. ibi die Klage ins Gewissen schieben / und den Eyd derowegen deferiren wolte &c. ita de hoc solo casu explicandum: Ceterum idem jus Saxonicum de juramenti delatione, quia actor ad fundandam replicam utitur, mentionem facit nullam. Igitur in hoc processu articulo facultatem deferendi jusjurandum intactam illibatamqve dispositioni juris Civilis reliquisse censetur. Quam etiam sententiam autoritate consult. const. Sax. *Tom. 1. Part. 1. quest. 64. n. 2. sub. fin. §. 3.* innixus sequitur Berlichius *Part. 1. Concl. 29. n. 66. §. 67.* ac quotidiana in foro experientia comprobatur.

XXV.

Modo intelligamus, actorem debere statim in ipsa replica deferre reo juramentum, aut certe super ea delationem jurisjurandi, deinceps in articulis elisivis faciendam, sibi reservare. Quorum quidem alterutro non facto, res non est integra, ut actor postmodum super articulis elisivis juramentum deferre possit, argumento videlicet iterum a reo ducto, ut pote quem super exceptionibus, litis contestationi subnexis, ante injunctam acceptatamve reprobationem deferre jusjurandum oportet, *Ord. Proc. tit. 18. §. do aber.* idque vel formaliter ac realiter, vel certe virtualiter & verbaliter per reservationem, ut loqui amatur

Modo jure Sax. in ipsa statim replica juramentum vel deferat vel reserves.

Dn.



Dn. Svendendorfferus *Process. Fibig. p. 1391. n. 3.* Postea enim juramenti delatio non admittitur, siue fiat in articulis reprobatoriis, siue non. Quod itaque juris conceptis verbis in reo excipiente hoc loco constitutum legimus: idem etiam ad actorem replicantem, qui illius jure censetur, esse accommodandum, & ratio præcipit, & juris imperat analogia.

XXVI.

Caveat actor, ne replicam libello inserat, si falsius sit, nondum satis intelligat. Atque adeo expectet potius, donec reus excipiat, quo deinceps super eâ juramentum deferre velit.

Præjudiciū in praxi.

Ratio dubitandi.

Cautus tamen sit hoc loco actor, ne replicam libello statim inserat, maxime si quo pacto eam probatam dare possit, aut utro probandi genere uti, conlo inserat, si falsius sit, nondum satis intelligat. Atque adeo expectet potius, donec reus excipiat, quo deinceps super iplo probandæ replicæ modo sensa animi sui colligere queat. Alioqui replica, libello protinus inserta, habebitur pro parte libelli, de qua post litem a reo contestatam, vel gvarandam ab actore præstitam, jurisjurandi delatio in foro Saxonico locum sibi vendicat nullum, neque articuli inde formati proprie reputantur pro elisivis. Age vero, rem exemplo, quod in summo Provocationum judicio Elect. Saxon. accidit, illustremus: Actor instituit hereditatis petitionem, non simplicem tamen, sed qualificatam, puta nullitatis querelam; Ait enim: se esse quidem heredem ab intestato, reum vero possidere hereditatem, eamque prætextu testamenti, sed vitio nullitatis laborantis. Reus litem contestatur, atque testamenti exceptionem opponit. Actor autem replicat, testamentum esse nullum, formatque ex hac replica articulum elisivum, & reo de eodem juramentum defert. Quærebatur ergo, utrum locum haberet juramenti delatio? Qua de re variantibus Patrum sententiis

tentiis fuit pronunciatum. Pro affirmante quidem sententia militat, quod nullitas testamenti non principaliter, sed saltem incidenter & eventualiter in casum futurae exceptionis libello inserta fuerit; quandoquidem certo non constabat, utrum reus exceptionem testamenti oppositurus sit, nec ne; ut proinde articulis omnino haberi debeat pro elisivo, super quo jurisjurandi delatio licita est.

XXVII.

Contra vero sententia negans non minus suis se fulcit rationibus. Namque nullitas testamenti hoc casu omnino est pars libelli, atque adeo secundum regulas processus Saxonici iuramentum super eadem, tanquam libelli parte, ante litis contestationem deferri debuit. Quinimo re penitus exactiusque considerata, in exemplo proposito, non simplex hereditatis petitio, sed querela nullitatis, in iudicium est deducta, quæ, cum ad impugnandum testamentum sit comparata, non potest non simul exceptionem testamenti præsupponere. Querelæ nullitatis testamentariæ duo sunt fundamenta, alterum jus succedendi ab intestato, alterum nullitas testamenti, quæ quidem quo pacto concipi poterit absque prævio testamento, cujus obtentu uti se reus excipiens tueretur; ita contra actor idem statim in libello nullum esse queritur? Ac quemadmodum actori visum fuit, in eventum oppositæ exceptionis, replicam intertexere libello: ita idem poterat, imo debebat, in eundem eventum jusjurandum super ea deferre. Nec est, quod dicas, actori certo non constituisse, utrum etiam reus hanc, quam præsenferat, exceptionem, sit oppositurus; nec ne; siquidem actor sibi de facili

*Rationes
decidendi.*



perivadere potuit, reum tam obefæ maris non fore,
qvi, cum tabulas testamentarias in manibus habeat,
illas in medium non proferat, & sic exceptionem,
testamenti opponat, quod nisi illum facturum credi-
disset, replicam sane libello non inferuisset. Si in-
stes: actorem tamen ignorasse ea, quæ exceptionem
a reo deinceps oppositam circumstant, inprimis e-
jusdem probandæ rationem; in promptu est, quod
respondere possim, reum nempe, quemadmodum
supra præcepi, modum, quo probaturus sit excepti-
onem, exprimere neutiquam teneri. Et fac tan-
dem, illud, utrum reus exceptionem, cui elidendæ
replica libello inserta est, oppositurus sit, nec ne, a-
ctori certo non constituisse; nihilo tamen minus idem
haber, quod sibi imputet, & de seipso queratur,
quod nullis plane probationibus instructus, cæco
quodam quasi impetu, replicam libello inferuerit, aut
non statim super eadem juramentum detulerit, cum
nondum certus fuerit, utrum etiam reus exceptio-
nem, quam verebatur, sit oppositurus, nec ne. Si
igitur damnum aliquod se incurrere sentiat, discat in-
posterum cautius mercari *arg. l. 2. C. de furt.* Alio-
quin hac rationis generalitate admissa, eo etiam ca-
su, si tibi aliquid a reo negaretur, in cujus probatio-
ne actor deficeret, idem respondere posset, se non
putasse, reum sibi hoc inficiaturum, atque adeo ju-
ramentum deferre valeret, quod tamen juri Saxo-
nico oppido adversatur. Facit huc argumentum ab
inspectione oculari petitum. Hæc enim, licet regula-
riter etiam post conclusionem in causa, & ipsam quo-
que sententiam, admittatur, Berlich. *Part. 1. Concl. 47.*
§. 30. seqq. tamen sicubi ab alterutro litigantium, tan-
quam

*Argumentū
ab oculari
inspectione.*

quam caput probationis reprobationisve, inducta
fit, ad fatale adstricta censetur, neque eo deinceps
præterlapso, repeti potest. Similiter integrum qui-
dem est actori, super replica deferre juramentum,
modo eam naturæ suæ & ordini relinquat, nec sta-
tim libello interferat, ne alioqui beneficio replicæ se-
metipsum abdicasse intelligatur. Aut igitur actor
super replica, libello inserta, statim juramentum reo
deferat, aut si de modo probandi replicam adhuc
dum dubitet, eandem in libello omittat. Quamquam
in eo nihil interest, utrum actor super replica libello
intexta conjunctim, an separatim & demum in ter-
mino deferre velit juramentum, modo re integra,
h. e. ante litem contestatam vel præstitam gvaran-
dam deferat. Quenadmodum etiam eidem liberum
est integrumque, antea in libello factam juramenti
delationem deinceps in termino revocare. Neque
enim, cum ista saltem ad rationem probandæ inten-
tionis attingat, atque adeo partem solum externam
& accidentalem libelli constituat, libelli inde mutati
exceptio valide objici poterit.

*Juramentū
super repli-
ca in termi-
no deferri
& revocari
potest.*

XXIIX.

Actorem autem, sicubi id sibi proficuum existi-
maverit, & vel per juramenti delationem eventum
victoriamque litis conscientia statim rei committere
voluerit, vel etiam sese legitimis optime instructum
intellexerit probationibus, citra ineptitudinem libel-
lo replicam inferere posse, non refragamur. Illud
enim per se verum & jure maxime permissum est,
quod liceat facere mentionem exceptionis rei & re-
plicationis actoris adversus illam, velut occurrendo
tacite objectioni, quam fieri posse præsenferat actor.

*Replica li-
bello inferi
potest.*



prout testantur *ad l. 2. C. si advers. rem jud. restit. postul.* Bartolus, Baldus, Angelus, Fulgosius, Castrensis, & Franciscus Aretinus, quod & aliis locis traditum est ab Innocentio *ad c. 20. X. de Rescript. Et ad c. 18. circa fin. X. de sentent. Et re jud.* Quoniam sane idem ille concipiendi libellum modus, secus ac Interpretibus abs me commemoratis persvasum est, ex adducta *l. 2. C. si advers. rem jud.* non extruitur. Nam lis illa de patria potestate inter patrem & filium apud Proconsulem hic recitatur, ut ante acta & peracta, non quod ea nunc agatur, aut primum instituaturs eis verbis, quæ hic fertur dixisse pater: Nihil ergo prohibet dicere, non totum hoc, quod hic narratur patrem dixisse, una vice & in actionis suæ prima institutione, ab eo esse dictum, sed compendiose recitari verbis paucissimis actionem patris, cum diceret filium in sua potestate esse: exceptionem filii ex emancipatione, & replicationem patris, quod ea non jure esset facta. Sicut & causæ cognitio & Proconsulis pronuntiatio, quæ ad eandem litem pertinent, & quorum mox subjicitur mentio, non simul cum prædictis omnibus, sed ex ordine judiciorum justo intervallo intervenerunt & secuta sunt. Mudæus *ad d. l. 2. conf. Dn. Præfidis Comment. ad l. 2. C. qui Et advers. quos. novissime editum, ubi th. 28. seq.* eandem legem plane plenequæ interpretatur. Nihilò tamen secius sententiam istam non destituit juris nostri analogia, neque quicquam valide afferri potest, quod ei refragetur. Unde etiam praxis & usus fori eandem servat, ut recens docet præjudicium: Conjuges confecerant, pacta dotalia, prædefuncto vero marito, vidua, eo, quod in portione statutaria se nimis læsam intelligeret,

*Quoniam
id non pro-
betur per l.
2. C. si adv.
rem jud.*

*Præjudicium
in praxi.*

ret, voluntatem mutat; missisque pactis dotalibus, portionem pro illius loci consuetudine constitutam petit; sed cum vereatur, ne reus, i. e. præmortui mariti heres, excipiendo, pacta dotalia sit oppositurus, libello statim replicam restitutionis in integrum ex causa ætatis inferit, seqve eo tempore in minorenni adhuc ætate constitutam fuisse asserit, atqve adeo in casum futuræ exceptionis beneficium restitutionis in integrum ex capite minorennitatis implorat. Quem libellum Senatus in summo provocationum parlamento Elect. Sax. omnino valere pronunciavit in causa Schacherin contra Roberts Kinder Anno 1695. Termino Brumali.

XXIX.

Diligenter vero perpendat ac secum deliberet actor prius, quam replicam libello inferat, an sibi id etiam consultum videatur: Semper enim idem illud proficuum sibi non esse, sed multis interdum periculis expositum, sentiet; siquidem, cum exceptionis rei, suæqve adversus illam replicationis, in libello mentionem facit, reo suggerit exceptionem, de qua forte, vel nunquam cogitasset. Deinde, quod deterius est, reus relevatur ab onere probandi exceptionem ob allegationem actoris, quæ vim confessionis habet, Castrensis *ad l. 2. C. si advers. rem. jud. rest. in integ. postul.* Quod ipsum se experimento didicisse testatur Mudæus *ad eandem legem.* Amplius actor post litis contestationem super replica, libello inserta, in foro Saxonico juramentum deferre nequit, ut supra fuse tradidimus. Denique actor ad probandam replicam, quam libello inferuit, editionem instrumentorum a reo petere non valet, quippe qui infructus & paratus in ju-

*Non tamen
semper con-
sultum est.*



dicium venire debet. *l. 4. l. f. C. de edend.* Unde proprias probationes suæ intentionis, atque adeo etiam replicationis, quam libellus æque complectitur, afferre, non ab adversario petere tenetur *l. 7. C. de test.* Nemo enim proprio se gladio jugulare jubetur *l. 1. l. f. C. de edend.* Nimisque grave fuerit, urgeri reum ad editionem eorum, per quæ sibi negotium fiat *d. l. 7. C. de testib.* Cum vero actor libello replicationem non inseruit, ad eam probandam, a reo editionem instrumentorum postulare omnino potest. Replicando enim fit reus, & replicatio nihil est aliud, quam exceptio ex parte actoris proveniens. Quemadmodum igitur ad exceptionem fundandam reo actor tenetur edere documenta: ita similiter reus actori ad probandam replicationem *arg. l. ult. in fin. C. de edend.* Nec est, quod actori imputeretur, cur instructus non venerit in replicationibus ad elidendas exceptiones oppositis, præsertim cum ex facto alieno posteriori orientur, & ita eorum ignorantia probabilis sit *arg. l. f. §. f. ff. pro suo l. 42. ff. de R. J.* Atque pro eadem sententia facit textus in *l. penult. §. f. ff. ad L. Falcid.* ubi Scævola replicantibus legatariis contra heredem, objicientem Falcidiam, edenda esse omnia instrumenta docet. conf. Tellez. *ad c. 1. X. de probat. n. 17.* Berlich. *Part. 1. Concl. 45. n. 49.* Carpzov. *3. Resp. 78. n. 14. seq.* Ex quibus illud etiam consequitur, quum rei multis modis, ne fiat, intersit, non licere deinceps actori temere variare, & vel replicationem denovo libello inferere, vel insertam semel dimittere. Caute igitur actor circumspicteque omnino agat, cum tot periculis se suppositum intelligat, ne nimis festinet, & inconsulte, forsitan replicationem libello inserat, ex quo deinceps da-

damnum ferat, & vulnerata causa remedium quaerat,
sed vix inveniat.

XXX.

Tum vero maxime utile commodamque fuerit, *Replica al-*
replicam libello intexere, cum ea altioris est indaginis, *rioris inda-*
atque adeo non nisi per testes, delationemve juramen- *ginitis adver-*
ti, probari potest; contra vero exceptio, cui eliden- *sus exceptio-*
dae replica libello inferitur, liquida est, atque adeo in *nem in con-*
documento aliquo gvaentigionato innititur. Alio- *tinenti li-*
quin ubi actor, expectata prius exceptione, deinceps *quidam com-*
subnectit replicam, ad eam probandam non admitte- *sulto libello*
tur. *inferiur.* Quemadmodum enim actore ex documento
gvaentigionato executive agente, reus cum excep-
tione, eaque vel per testes vel juramenti delationem
probanda, omnino non, i. e. nec ante, nec post factam
documenti producti recognitionem, auditur: ita nec
gravabitur actor, missam facere replicam in altiori
consistentem indagine, adversus exceptionem rei in
continenti liquidabilem; cum sane actor plus sibi juris
arrogare adversus reum non valeat, quam reus ad-
versus actorem.

XXXI.

At enim vero hoc loco insigne exurgit dubi- *Rationes*
um, quod reus non possit praevenire actorem, & ad *dubitandi.*
impediendum processum executivum de exceptio-
nibus in continenti non-liquidabilibus actionem in-
stitueret ordinariam propterea, quoniam cui deneg-
gatur exceptio, eidem multo magis deneganda est a-
ctio; atque vicissim ea, quae ad agendum profunt,
multo magis proficiant ad excipiendum. Amplius
praeventio, ut locum habeat, praeriquirit paritatem
processus, cum aliqui creditor commodo proces-
sus

sis executivi, quod ipsi directo auferri nequit, indirecte & veluti per anticipationem reconventionis privaretur, Carpzoj, *Part. 1. Decis. 52.* Dn. Svendendörff, *Process. Fibig. p. 324. seq.* Ex quo consequitur, idem illud multo magis esse affirmandum de creditore, quo minus ille possit in fraudem exceptionis in continenti liquidæ replicam suam, in altiore indagine consistentem, libello statim inserere.

XXXII.

*Rationes
decidendi.*

Verum intelligendum est, doctrinam, ex Carpzojio & CL. Svendendörffero fundamenti loco adductam, sua non carere difficultate. Quodsi enim, in quo fortasse nec Carpzojovius nec ipse Dn. Svendendörfferus refragabuntur, actor replicam altioris indaginis ad impugnandam exceptionem in continenti liquidam libello inserere potest, consequens est, etiam reum posse prævenire actorem, quo minus executiva via experiri valeat. Aut itaque utrumque negandum, aut utrumque est afferendum. Affirmantis sententiæ ratio est æquitas, primum quidem in *actore*, ne dolo petat per viam processus executivi, quod reo mox in ordinario est restitutus. Deinde in *reo*, ne dolo detrectet solvere obtentu documentum cujusdam garentigionati, quod tamen postmodum soluturus est, instituto ad impugnandum documentum garentigionatum ordinario processu. Imo major esse ratio in actore videtur, ne a reo ex subtilitate processus executivi petat, quod deinde in judicio reconventionis eidem restituere tenetur, quam quidem in reo, subsidio instituti per præventionem judicii ordinarii aliquam saltem dilationem anhelante; Quandoquidem jura semper proniora sunt pro debitore.

liber-

liberando, quam pro petente creditore. Accedit, quod processus executivus moribus Germanicis præter, verius dixeris, contra juris communis rationem invaluerit, atque adeo strictam recipiat interpretationem, ut nihilo secius utrobique locus sit præventioni, & qua libertate reus actorem prævenire, suamque exceptionem per modum implorationis proponere potest: eadem etiam actor prævenire reum, atque replicam suam, in vim elidendæ exceptionis in continenti liquidæ, libello ordinario inferere valeat. Neque vero hæc ipsa, Carpzovii & CL. Svendendörf-^{CL. Schilteri} feri doctrinæ commemoratæ contraria, sententiæ ca-^{sententia.} ret autoritate. Namque vel ipse CL. Schilterus in suo nunquam satis laudando opere ad Pandectas, quancquam *Exerc. 22.* processum executivum ex genuinis fundamentis repetit, & maximopore amplificat, atque principia ex jure Romano, præsertim de natura & indole exceptionis non-numeratæ pecuniæ peregrina, moribusq; patriis oppido adversa, ad eundem processum perperam vulgo produci docet; nihilo tamen secius *Exerc. 13. th. 19.* pro cautione notandum scribit, ut, qui scripturam alteri dedit, adversus eam autem suam exceptionem non nisi per testes aut jurandum probare valet, adversarium præveniat, & ipse conditionem chirographi, aut pro re nata actionem ad edendum, vel similem non ineptam, quo tanto liberiori probationum campo deinceps gaudeat, in processu ordinario instituat.

XXXIII.

Enimvero, quo doctrinæ Carpzovii ac CL. Svendendörf-^{Carpzovius} feri sua quoque constet autoritas, non deesse ^{& CL. Svendendörf-feri} videtur ratio discriminis inter creditorem & debitorem <sup>defendum-
tur.</sup>

G



rem interjecti. Debitor enim, dum exceptione sua, in
altiore indagine adhuc consistente, creditorem præ-
venire satagit, actoris vicem pariter sustinet, atque
id saltem intendit, ut creditori tanto difficilius jus a-
gendi reddat, eidemque commodum processus exe-
cutivi eripiat. Jam cum debitor pariter ac creditor
actoris vice fungi volunt, ratio præcipit, ejus esse par-
tes potiores, qui faciliorem moribusque domesticis
magis convenientem insitit viam, puta creditoris, ut-
pote qui executiva agendi ratione experitur, cum
e contrario debitor ordinarium sibi saltem proposi-
tum habeat procedendi modum. At creditor, cum
replicam statim libello inserit, minus concurrentem
in agendo habet debitorem, neque ex illo solo fun-
damento, cui impugnando objici queat exceptio in
continenti liquida, instituit actionem, sed ex alio, eo-
que simul ad destruendam exceptionem assumto. Qua
igitur fronte reus se ruebitur sola exceptione, ejus-
que in continenti liquida probatione, cum ad eam in-
fringendam modo actum sit? Neque vero tam rei in-
terest, quo minus actor replicam altioris indaginis
statim adversus exceptionem in continenti liquidam
inferat libello, quam quidem actoris, quo mi-
nus reus eum, in instrumento garentigionato in-
nixum, exceptionem, in altiori etiam indagine,
consistentem, per modum actionis intentando præ-
veniat. Actor, quum via experitur executiva, pro-
tinus quod petit, consequitur, neque prius, quam
ipsi eo nomine satisfactum sit, reo reconvenienti te-
netur respondere. At reus, quum actor, prævisa
exceptione in continenti liquida, statim ad eam ex-
cludendam agit, non habet, de quo queratur, cum
acto-

actoris in arbitrio sit, utro modo experiri velit, ipsius etiam rei inter sit, duplici eum lite non vexari, sed potius statim replicam in iudicium deduci, de eaque disceptari.

XXXIV.

Stetit igitur immota, quam modo munivimus, *Actor replicam altioris* sententia, consultum esse actori, ut ad destruendam, *in delibello statim replicam, in continenti liquidam libello non inferens, & propterea, quod alioquin, opposita ad impediendum litis ingressum exceptione, replicaturus non audiat, sed pronuntietur: dasz Beklagter auff die Klage sich einzulassen nicht schuldig, vel: Dasz die Klage nicht stat cumbens, hat. Quid autem, numne actori liberum erit interpeccu- grumque, replicam deinceps nova separataque actione, ad destruendam convellendamque exceptionem, in iudicium deducere? Affirmans sententia mihi quidem verior benigniorque videtur, cui etiam additum esse Mevium *Part. 3, Dec. 226.* intelligo, multumque laetor. Ratio, quae in primis moveor, haec est, quod *Ratio deciden- di.* quae circa reorum exceptiones observantur, ea iure meritoque circa actorum replicas sequimur. H. Pistor. *Part. 4. qu. 23. n. 39.* Ut igitur illae (exceptiones) altioris indaginis non excludunt a iudicio super actione, imo ne tum quidem, cum reconventio per sententiam expresse non fuit reservata, Dn. Svenden-dörff. *Process. Fibig. p. 773.* ita nec haec (replicae) ab eo, quod super exceptione liquida pronuntiat. Actor replicando fit reus *l. 2. §. 1. ff. de except.* Non ergo ipsi reus invidet jus, quod, quae exceptionem, ipse habet; Reus ad probandam exceptionem, in processu executivo ob defectum probationis liquidae rejectam, *G 2* remit-*

remitteretur ad iudicium ordinarium. Quidni igitur, etiam actor, replicam, propter exceptionem in continenti liquidam, minus attentam probaturus, admittetur?

XXXV.

(1) Ratio dubitandi ob autoritatem rei iudicata. Sequitur, ut quæcumque huic sententiæ adversa fronte reclamare videntur, carptim breviterque perstringam. Et primum quidem obijci possit, pronuntiata semel sententia: daß *Deflaget auff die Klage sich einzulassen nicht schuldig* / exceptionem oriri rei iudicatæ, quæ se reus adversus creditorem, denuo agentem, præmunire queat, maxime cum hic sibi met ipsi imputare debeat, quod cautionem in ipso agendi modo non adhibuerit, & illud quidem actionis genus, quod sibi magis commodum esse videatur, non arripuerit, h. e. replicam libello non statim inferuerit. Verum, *Resolvitur.* enim vero, re probe accurateque, ut par est, ponderata, nullum inde tibicinem, cui quisquam firmiter innitatur, fabrefieri posse apparet. Namque intelligendum est, quo exceptio rei iudicatæ locum obtineat, prærequiri, ut ex eadem denuo agatur causa, ex qua jam antea actum sit, *l. 3. l. 14. pr. l. 27. ff. de except. rei iud.* Jam in præsens actor, cum replicam altioris indaginis, in processu antea instituto exceptioni liquidæ oppositam, sed rejectam, in iudicium denuo deducit, non ex eadem, ex qua antea egit, experitur causa. Antea actoris intentio ex fundamento simplici, nullo exceptionis habito respectu, deducta erat in iudicium. Nunc autem ex novo, eoque ad destruendam enervandamque exceptionem comparato, elicitur. Fac enim, heredem ab intestato instituisse hereditatis petitionem, sed exceptione testamenti aut pacto-

pactorum dotalium opposita succubuisse. Quidni
 vero idem heres ab intestato deinceps de nullitate te-
 stamenti, pactorumve dotalium, qveri valeat? Ante
 egit hoc solo fundamento, qvod sit ab intestato heres;
 jam agit assumta nova agendi causa, qvod testamen-
 tum, pactave dotalia, qvibus reus possessor se præ-
 munire voluit, nullitatis vitio laborent. Nemo non
 intelligit, aliam atqve aliam subesse agendi causam,
 atqve adeo rem judicatam in una causa, alteri præju-
 dicio non existere. Reus qvidem per sententiam de-
 claratus est liber, ne respondeat ad actionem, sed ad
 qvalem qvæso? Nullam sane aliam, quam quæ tum
 temporis instituta fuit v. c. simplicem hereditatis pe-
 titionem, non ad alteram, puta qverelam nullitatis,
 de qua libellus filet, cujus qvidem cancellos ac termi-
 nos egredi neqvit sententia, & qvatenus excedit, pro
 ipso jure nulla habetur. Neqve vero est, qvod ali-
 qua actori culpa imputetur, qvandoqvidem excep-
 tionem, priori in processu sibi oppositam, v. c. testa-
 menti, pactorumve dotalium, prævidere non potuit,
 cum facta aliena, qvorum invincibilis est ignorantia,
 complectatur.

XXXVI.

Alterum dubium inde nascitur, qvod reus, op- (2) Ratio
 ponens exceptionem, sed reprobationem, super ea *dubisandis*
 susceptam, deserens, in eave succumbens, non possit *ob argu-*
 denuo agere, propter autoritatem rei judicatæ, Car- *mentum a*
 pzo. *lib. 2. Resp. 4.* Quo argumento illud conficitur, *reo ductum,*
 nec actorem, in replica succumbentem, ad impu-
 gnandam exceptionem nova experiri posse actione.
 At enim vero Carpzovius conceptis verbis loquitur *Diluitur.*
 de processu ordinario, quemadmodum vel ex sola



ejusdem Responsi inscriptione liquet, atque adeo de eo casu, ubi probatio & reprobatio per sententiam, ad uberiorem plenioraque actionis, exceptionis, replicæ & similium discussionem fuit iuncta; quo quidem casu non minus actor replicam, quam reus exceptionem penitus amittit, ut nulla alia ratione factam jacturam reparare possint, cum ipsis omnino obstat rei judicatæ auctoritas, sive fatalia deseruerint, sive in ipsis causæ meritis succubuerint. Secus autem res habet eo casu, cum actor via experitur executiva. Tum enim, licet maxime reus vel terminum ad probandas in continenti exceptiones præterlabi pateretur, vel in probandi modo secundum indolem processus instituti deficeret; nihilo tamen fecius ipsi suppeteret copia atque potestas exceptiones in iudicium ordinarium reconventionis deducendi, quandoquidem probationis defectus, vel desertio, opponendi quidem modum, non tamen jus ipsum, alia ratione urgendum, excludit; Atque de desertione quidem probationis locus est apud Berlichium. *Part. 3. Dec. 271.* quem commemorat Dn. Svendendorfferus *Precess. Fibig. p. 773.* Neque vero est, quod quisquam Carpovium Berlichio hoc loco opponat. Namque Carpovius, quemadmodum præcepi, in tuetur processum ordinarium; Contra vero Berlichius executivum, in quo reo ratione exceptionum turbidarum reservatur reconventio. Neque Berlichius consultus de succumbentia rei circa probandam exceptionem in processu executivo aliud responderet, quam ipse paulo ante de desertione probationis conceptis verbis responderat. Neque eundem secus de utroque casu, quem CARPOVIUS tractat

Carpovius
Berlichio
consiliatus.

causationibus
reus de
a causa
sub eo

causationibus
reus de
a causa
sub eo

Etat in processu ordinario, censuisse probabile est; quemadmodum nulla apparet dubitandi ratio, Carpovium quoque de casu a Berlichio intento rogatum, in eandem sententiam fuisse concessurum, ut non sciam satis, num Dn. Svendendorfferus pag. seq. 774. Carpovii sententiam de eodem processu, quem Berlichius intuetur, atque adeo executivo intelligat, quod quidem legenti ex formula oppositionis ibidem factæ fortasse persuasum esse possit. Quamquam quod attinet ad Berlichium, is paulo obscurior, & circa finem de remedio ex L. Diffamari fluctuare videtur.

XXXVII.

Quibus quidem ita constitutis, non est, quod Carpovii doctrinam aliquis nobis objiciat, atque inde contra actorem, replicam seorsim per modum actionis deducturum, argumentum arcessat. Fac enim, actorem antea judicio egisse ordinario; tamen eo usque deventum non est, quod prærequirit Carpovius, ut probatio & reprobatio per sententiam, ad uberiorem discussionem meritorum causæ, fuerint, injunctæ; quin potius nos præ oculis illum habemus casum, ubi reus opponendo exceptionem, eamque in continenti probando obtinuit, quo minus, rejecta quippe actoris in altiore consistente indagine replica, ad actionem propositam respondere teneatur; quia quidem parte processus institutus ordinarius, vi exceptionis in continenti liquida a reo opposita, quodammodo degenerasse in executivum videtur; quandoquidem reus excipiendo vice actoris est *l. 19. ff. de prob.* Quemadmodum itaque reo non nocet defectus, desertive, probationis in processu executivo,

tivo, quo minus exceptiones deinceps in ordinari-
um deducere iudicium queat: ita nec actori, mutato
tantisper per exceptionem a reo oppositam in conti-
nenti liquidabilem processu, defectus probationis
ejusdem generis impedimento est, quo minus repli-
cam altioris indaginis, cujus ratione loco rei excipi-
entisqve habetur, novo iudicio ordinarie proban-
dam suscipiat. Amplius reus, cum in processu exe-
cutivo deseruit probationem, in eave succubuit, in-
telligendus est deseruisse probationem, in eave de-
fecisse, non omni omnino, sed ea saltem, quæ pro
ratione processus executivi requirebatur, h. e. in conti-
nenti liquida. Pariter comparatum est cum acto-
re: Hic enim, cum contra exceptionem in continen-
ti liquidam non valet eodem modo probare repli-
cam, intelligendus est, defecisse in probatione repli-
cæ, non omni sane, sed ea solum, quæ pro indole
processus, ad removendam exceptionem in conti-
nenti liquidam, desiderabatur, salva ceteroqui pro-
batione ordinaria seorsim suscipienda. Neque vero
sententia, utut indefinite concepta: *daß Beklagter auf
die Klage sich einzulassen nicht schuldig*, de alio actionis ge-
nere, quam quod tuit institutum, non de omni omni-
no, & ex quacunque causa proveniente, est intelli-
genda.

XXXIIX.

*Post juratã
documenti
liquidi dif-
fessionẽ loc9
est iudicio
ordinario.*

Quare etiam, cum vel reus executive conven-
tus documentum actoris, vel actor documentum a
reo ad impediendum litis ingressum productum ju-
rato diffitetur, neuter est prohibendus, quo minus
damnum sic acceptum ordinario reparet iudicio, at-
que adeo actor, reusve, deinceps per testes verita-
tem

tem documentum comprobet. Namque quemadmodum in processu executivo, five quotiescunque documentum in vim processus executivi, atque adeo vel ad condemnandum in continenti reum, vel eundem ab instituta actione eodem modo pramuniendum, producitur, ad declinandam juratam illius diffessionem, recognitio per testes locum non invenit, Dn. Svendendörff. *Process. Fibig. p. 739.* ita rationis est, ei, qui hoc processus genere succubuit, liberum relinqui, utrum remedio illo ordinario uti velit, ad impugnandam juratam diffessionem modo factam, utpote quæ loco juramenti non a parte, sed ab ipsa lege, delati habetur, atque adeo contraria deinceps probatione destrui ac infirmari potest *arg. l. 31. ff. de jurejurand.* Neque vero quicquid post juratam documentum guarentigionati diffessionem a iudice decretum, pronunciatumve, est, aliter, quam pro natura & indole instituti processus, intelligi potest, salvo ceteroquin integroque iudicio ordinario.

XXXIX.

Quodsi reus, ut evitet iusjurandum sibi super libello actionis delatum, conscientiam probationibus defendere velit, debet articulos super ipso actionis fundamento, atque adeo libello contentis, & a se in litis contestatione negatis, capitibus, concipere; neutiquam vero super exceptionibus, a se litis contestationi eventualiter, ut vulgo loquuntur, annexis. Est enim probatio pro exoneranda conscientia nihil aliud, quam quoddam delati iusjurandi surrogatum. Super quibus itaque capitibus, quæve forma delatum est iuramentum, super iisdem etiam, eademve forma, expediendum esse istud probationis genus, juris ratio dicitur.

H

Quia recognitio per testes cum non conceditur.

Quemadmodum reus in probatione pro exoneranda conscientia articulos super exceptionibus concipere nequit: (1) quia est surrogatum iuramenti delati.



dicitur. Et quis non videt, reum manifesto vitio
 probationem exceptionum confundere cum proba-
 tione pro exoneranda conscientia? Hæc eo saltem
 collineat, ut reus factam negatæ litis contestationem
 v. c. *se centum mutuo non accepisse, se non injuriasse*, susti-
 neat & tueatur, atque adeo minus vera esse, quæ ab
 actore in libello fundamenti loco sunt proposita, evin-
 cat; illa vero comparata est ad exceptiones proban-
 das, v. c. *se soluisse, factum libellatum esse verum*. Nec
 est, quod reus de aliqua sibi hoc loco facta injuria que-
 ratur. Ecce enim litem non contestatur affirmate,
 quo casu non minus probatione pro exoneranda con-
 scientia, quam præstatione ipsius sibi delati juramen-
 ti, facile supersedere, & operam studiumque suum
 probandis ocuis exceptionibus impendere poterit?
 Accedit, quod & relatio juramenti adjuncta qualitate
 & circumstantia, ex qua resultat exceptio peremptoria,
 non admittatur, ut ex Hilligero ad Donellum 24. *Com-
 ment. 21. lit. R.* recte monuit Dn. Svendendorfferus
*Process. Fibig. p. 1355. conf. Ant. Faber. in Codice lib. 4. tit. 1.
 def. 19.* Consequens igitur est, ut nec probationi pro
 exoneranda conscientia super ejusmodi circumstan-
 tia, indeque proveniente exceptione, locus relin-
 quatur.

XL.

*Ita nec actor
 in ejusmodi
 probatione
 articulos e-
 rivios super
 replica for-
 mare potest.*

Quibus ita præstructis illud valide infertur, nec
 actori permittendum esse, ut ad juramentum sibi a
 reo super exceptionibus oppositis delatum declinan-
 dum, articulis probatoriis pro exoneranda conscien-
 tia replica fundamenta immisceat. Neque enim
 hoc quoque loco aliæ actoris, aliæ rei constitui possunt
 partes, quum sane, quidquid de reo est dictum, idem
 omne

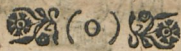
omne ad actorem replicantem optime quadret. Confiteatur igitur modo actor exceptionem a reo oppositam, & hoc modo se ab onere jurandi, defendendique conscientiam probationibus, immunem liberumque præstet, ac eo potius se convertat, quo replicam, ad convellendam exceptionem objectam, articulis complecti elisivis, probatamque dare valeat. Quod quidem ipsum eo pertinet, ut intelligamus, in probatione pro exoneranda conscientia neque ex actoris, neque ex rei parte admitti articulos elisivos, sed eos omnino pro impertinentibus haberi. Quamvis existimen, actorem, reumve, qui in probatione pro exoneranda conscientia ejusmodi, aliisve impertinentibus, articulis est usus, propterea non statim deserti juramenti poenam incurrere, utpote quæ Ordinatio non dinat. Proc. tit. 19. §. Wenn nun vers. da aber/ eo solum habet locū, casu, ubi alteruter litigantium susceptam pro exoneranda conscientia probationem deseruit, statuta legitur, atque adeo ad alios casus, imo ne quidem ad eum, cum quis probationi jam susceptæ renuntiavit, Dn. Svendendorff. Process. Fibig. p. 1348. temerè est proroganda. Sane regressus ad juramenti delati præstationem loco antea commemorato toties permittitur, quoties non probatum est; quod ad evitandum juramentum probari debebat. Jam conceptis articulis, ex quacunque causâ impertinentibus, quis negaverit, nihil etiam esse probatum?



Florentissimo Iuveni
AVCTORI - RESPONDENTI
S. P. D.
PRAESES.

NOlo deesse virtuti Tuae, diligentiamque, quae plurimum peraptum ad omnia ingenium adiuvit, vere laudo, propterea quod me duces studii tui delegisti, mihique potissimum publice privatimque ius tradenti morem laudis plenum approbasti. Nec vero materiam collaudandi altius repeto, sed conquiesco in praesenti specimine, quod animis omnium oculisque subiicis, atque adeo confirmas doctrinae nostrae existimatoribus, tanto longius te abfuisse ab inertia, quanto maiori industria ad argumentum propositum incubueris. Quam collocatam bene operam, quum comprobem, etsi non sum ignarus, plura eiusdem rei te linaturum, quum tempus ulusque rei forensis limaverit magis iudicium ac subegerit: tamen in praesenti mihi probatur animus, qui eo iam nititur, quo aliquando enitetur. Quare vehementer Tibi gratulor, auctorque sum ac svalor, urgeas propositum plenusque spei contendas ad honores, quos fori prudentia tibi & pollicetur, & deferet cumularos.

Vale.



Wittenberg, Diss., 1696-97

ULB Halle

005 607 612

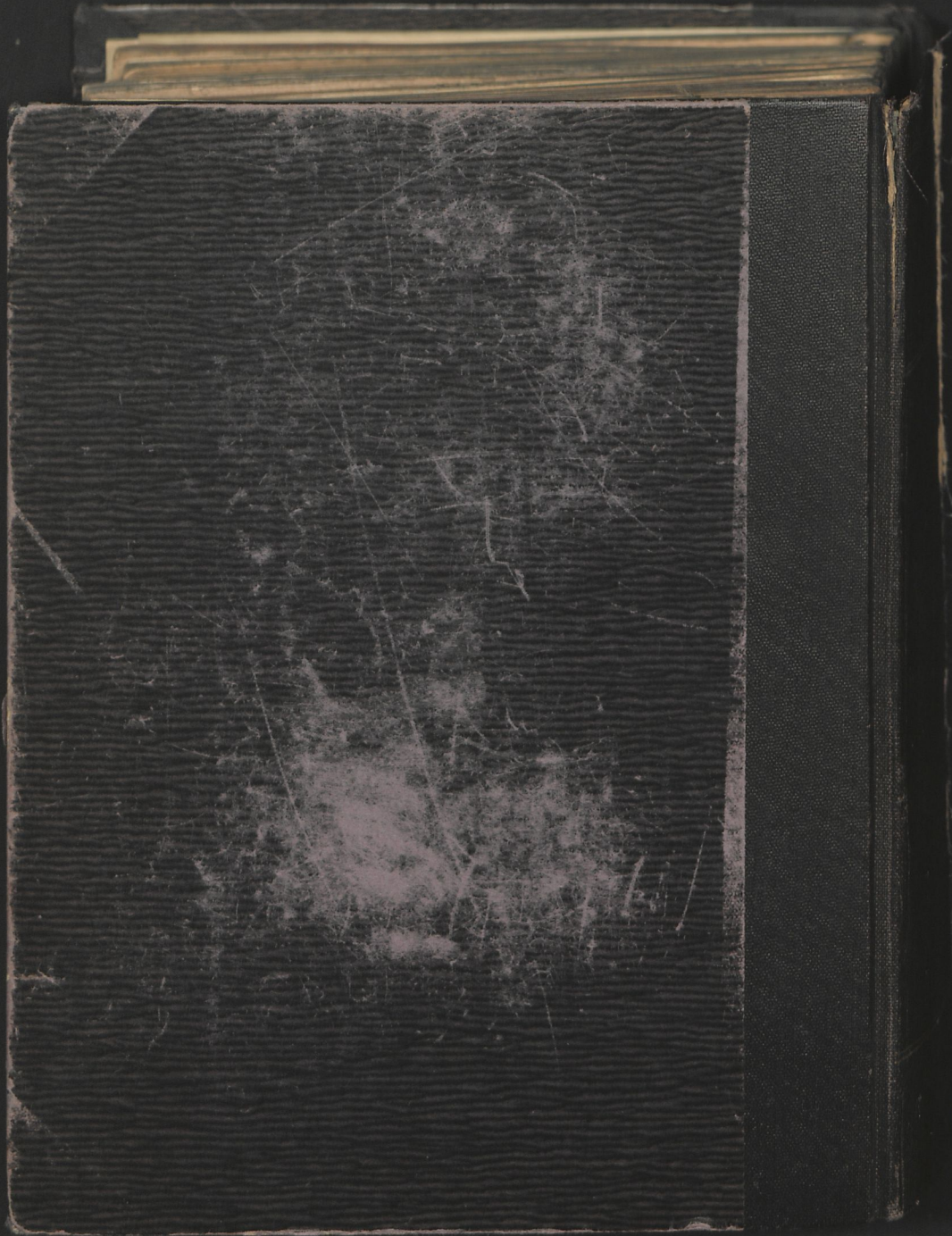
3



TA → α

VDM







ITATIO IVRIDICA
DE

**ICVLIS
ISIVIS, n. 41**

1596, 2a

QVAM
**PRAESIDE
RICO BERGERO.**

ff. Electoris Saxonis in sum-
mum Senatu Consiliario, Collegio-
rum, quæ Vittembergæ sunt,
Iudicii Inferioris Lusatiae

Affessore,
*ac Studiorum suorum Patrono,
hominibus submisit devenerando,
XV. Jul. clc lcc XCVI.*

publico examini submittit
HENRICVS EXSIVS,
Caula - Lufatus,
Auctor.

41

TEMBERGAE,
CHRISTIANI SCHRÖDTERI, Acad. Typ.