







9087.1

1773, 13.

QVAESTIO  
IVRIS CONTROVERSI  
DE  
INVUTILI CLAVSVLA EXE-  
CVTIVA ABSQVE PRAEMISSA  
CAVSAE COGNITIONE

QVAM

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA

PRAESIDE

D. CHRISTIANO HENR. BREVNING

PROFESSOR. PVBLIC. ORDIN. IVR. NAT. ET GENT.  
ET SOCIETAT. LITER. DVISEVVRG,  
SOCIO

IN AVDITORIO PETRINO

DIE XX. FEBR. ANNO MDCCCLXXIII.

DEFENDET

ERNESTVS LVDOVICVS HOERNIG,

NVMBVVRGENS.

---

LIPSAE  
LITERIS RVMPFIIS.





QUESTIO  
IN RE CONTRAVERSIS  
DE  
INVTILLI CLAVSULA EXE  
CUTIVA ABSQVE PRAEMISSA  
CAUSAE COGNITIONE

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA  
PRAESIDE  
D. CHRISTIANO HENR. BREVNING

PROFESSOR REBLIC. ORDIN. IVR. NAT. ET GENIT.  
ET SOCIETAT. LITER. DIVISOR.  
SIN. AVDITORIO PETRINO

ERNESTVS LVDOVICVS HORNIG







DE

INVTLI CLAVSVLA EXECVTI-  
VA ABSQVE PRAEMISSA CAVSAE  
COGNITIONE.

---



§. I.

Sollicita semper fuit Pragmaticorum et  
formulariorum hominum cohors de ex-  
cogitandis clausulis, quibus, quae docu-  
menta concipiunt, exornent, et hau-  
raro adeo nugis et inanibus verbis chartas impleant. Re-  
ferunt haec formularum et clausularum artifices inter ar-  
cana praxeos atque cautelarum titulo honestare student.  
Non negandus est honos iurisprudentiae parti eurenati-  
cae,

A 2



caae: laudabiliter in eo studio versabatur inter veteres  
 ICTOS, quorum capita in Digestis leguntur, MODESTINVS,  
 ex cuius *Libro Heurematicorum* adhuc fragmenta extant a  
 BRECKMANNO illustrata. Nec defuere formulae, qui-  
 bus cautionis loco veteres utebantur. Probant tot for-  
 mulae institutionum quasi Posthuminum, His adhibitis  
 cauebatur, ne testamentum quasi posthumi agnitione rum-  
 peretur. Neque nostrates haec studia deseruere, appa-  
 ret ex Labore STRYCKII, qui libros *de cautelis contractuum*  
 et *ultimarum voluntatum* congeffit. Non decerno, quot  
 cautiones seu heuremata in iis legantur, quibus recte hoc  
 nomen negari posset. Experientia et cautelarum com-  
 paratio cum ipsis legum iuriumque argumentis facillime  
 rectum de iis excitabit iudicium. Accedit, quod indu-  
 striosa haud raro hominum malitia ingeniose cautiones  
 illas forsitan maiorum nostrorum tempore proficuas, demum  
 inutiles reddiderit. Detecto enim contra fraudes remedio,  
 noua excogitatur ab improbis decipiendi machinatio.

§. II.

Sed, quid incitauerit homines ad cautelas, ut vocant  
 et eurementa excogitanda, ipsa notio ostendit. Quod si  
 homines semper ex bona fide, ut inter bonos bene agere  
 oporteret, egissent, subtilis in inueniendis his remediis  
 labor ICTORUM inuicilis futurus fuisset. At cum antiquam  
 illam animi integritatem morumque probitatem desere-  
 rent, facilesque ad fallendum decipiendumue alterum se  
 praeberent, prudentia suadebat, ut hanc fallendi decipien-  
 dique facilitatem compescerent. Quaeiebant itaque par-  
 tim ex experientia, qua de hominum dolosis machinatio-  
 nibus edocti erant, partim ex meditationibus propriis,  
 quo quis decipi, negotium aliter verti, conuentio aliter  
 interpretari posset, argumenta, quibus obuiam ire im-  
 pro-



❧   ❧   ❧   ❧

probitatibus et fraudibus possent, ne in negotio ipso gerendo alter posset decipi atque circumueniri. Vix autem hoc cauendi studium et artificium in systematis formam redigi poterit, nisi artem inueneris, hominum malitiam in systema redigere, quae tamen inexhausta esse videtur.

§. III.

Et quamuis fide sua inclaruerint maiores nostri, factum tamen est nihilominus postea, vt aliarum gentium vestigia premerent atque germanicam illam fidem desererent. Neque id mirandum; proprium enim huic genti fuit, et est, vt aliorum gentium vicia imitentur et proprias virtutes deserant. Factum itaque est, vt inter populares quoque existerent, qui, proavis dissimiles, fidem illam bonam deponerent, et aliis fallacias struerent, quo eos deciperent. Hinc etiam citius incepere de sua cogitare securitate, ne tam facile deciperentur. Suas ergo habuere formulas, quibus sibi ab aliorum fraudibus cauerent, vt ex illis, quas MARCVLFO debemus, quasque postea doctorum diligentia collegit, formulis satis patet. Quo magis crescebat malitia, eo magis auctae sunt formulae variaeque clausulae insertae instrumentis vt tutiores se redderent ab aliorum fraudibus. Cum demum peregrinum ius in Germania reciperetur, aucta fuit forensium hominum malitia, auctum quoque cauendi studium et necessitas. Non quidem animus mihi est, accusandi peregrinum ius, huic enim nihil omnino imputari potest: magis causam quaero partim in ignorantia eruditorum eorum temporum, qui praeterquam, quae a monachis insipientissimis didicerant latina, omnem humaniorum literarum scientiam ignorabant, sine qua tamen exotica illa iura nec recte interpretari, nec iuste applicari poterant: altera causa in improbitate euerforum iuris remedium et ipsarum legum scilicet rubularum ponenda. Contra





media quaerenda, ne postea aliter agerent, aliter simulant. Nec ab hoc hominum genere forum liberum est, qui sua calliditate, suis machinationibus iniustissimas causas defendunt, iustissimas corrumpunt. Auxilia erga adhuc saepissime in clausulis formulisque quaerenda, ne innocentes condemnentur, nocentes contra absoluantur.

§. IV.

Quanta quanta vero copia sit earum formularum atque clausularum, quibus adhuc utitur forum absque ulla utilitatis spe, ita unicam tantum clausulam examinabimus, quibus haud raro forenses utuntur in chyrographis, quo sibi magis prospiciunt creditores de promtiori solutione debitae pecuniae. Solet enim plerumque exprimi in chyrographo, *ut liceat creditori, ni debitor iusto tempore soluerit, statim absque praemissa institutaque actione et obtenta re iudicata, executionem atque immisionem in debitoris bona a iudice impetrare atque petere.* Itane ergo satis tutus creditor! Fac ergo solutionis terminum praeteriisse, neque comparuisse debitorem ad soluendum impleta crumena paratum: quid faciat creditor. Implorabitne ergo iudicem, ut sine ulteriori mora executionem decernat. Abeant itane statim lictores exmissuri ex suis bonis miserum eum debitorem, immisssuri creditorem? adimantne bona: ita sane voluisse videtur obaeratus debitor, ita subscriptione sua manufacta promissit; ita renunciauit prouocationi ad actionem, nolens prius conueniri, quo suas opponere posset exceptiones. Incipiat ergo iudex ab executione, forsitan, ut Processum in libello demum finiat. Videamus itaque, an hic sit clausulae usus.

§. V.

Equidem memini, quondam in obligationibus scriptis saepius debitores cum suis conuenisse creditoribus, ut liceat creditoribus, ni statim soluant debitores, propria priuataque



uataque autoritate sine iudicis auxilio, ipsos debitores depraedari vel pignorare, seu uti *PVTTERTVS* in *Element. Iur. Germ.* §. 666. formulas exhibuit: Und ob wir das nicht thäten, so sollen sie Moge und Macht haben uns zu pfenden in Hufz und Hof, in Felde, in Dorf, in der Gemark und aus der Gemark, also lang und viel, bis sie genugsam bezahlet seyn. Vel altera: So hat er gut Moge und Macht, uns oder unsere Erben darum an aller unser Haabe, liegender und fahrender, wo sie die finden oder bekommen mögen, mit Gericht und Recht, und ob er und seine Erben wolten, ohne Gericht oder ohne Recht, anzugreifen und zu ihren Händen zu nehmen. *Distinguere videtur haec clausula Gericht et Recht.* Illud absque dubio causae decisionem inuoluit, contra obne Recht non quidem per se iudicis videtur excludere autoritatem, sed possit commode excludere sententiam seu iudicatum, ut id contineat argumentum, quod continet clausula illa executiua, quam supra dedimus. At inter veteres populares illam pignorandi licentiam videntur improbasse leges. Ita sane in *LEG. BAIUVARIORVM Tit. XII. cap. 1.* expresse legitur *Pignorare nemini liceat, nisi per iussum iudicis.* Nihilominus tamen putarem Baiuariis non omnem priuata autoritate susceptam pignorationem prohibitam fuisse, ob vindictae priuatae ius popularibus nostris comprobatum, sed eam tantum, quae absque praecedente conuentione a creditore priuata autoritate suscipiebatur, quam et opinionem fouet *HEINECCIUS Elem. Iur. Germ. L. II. T. XVI. §. 160.* sed satis dixit *KOPP de iure pignorand. conuention.*

§. VI.

At, a quo tempore *MAXIMILIANVS I.* Imperator pacem publicam inter populares stabiliuit, perque eam priuatam vindictam antea vsitatissimam teste *STRVIO* diff. de vindicta priuata, penitus prohibuit, conuentionalis illa depraedandi pignorandique licentia necessario cessare debuit,



debit. Iudicis ergo autoritate opus est ad suum, quod debetur, consequendum atque ad executionem et in bona debitoris immissionem obtinendam. Iam quaeritur: an, qui conuentione permittit, ne iudex prius causam cognoscat, sed, si haud soluerit debitor, vt iudici liceat breui quasi manu executionem decernere, recte agat imo an haec promissio atque conuentio iudici potestatem re ipsa conferat, vt statim etiam intermissa omni causae cognitione atque re iudicata absque periculo decernere possit executionem.

§. VII.

Si ad naturam conuentionis respicias, cum cuiuslibet liberum esse debeat vt suo pro se introducto iure valide renunciare queat, posset placere adfirmatiua sententia. Iudicia enim ideo introducta, vt quiuis vel agendo, vel excipiendo suum ius vel persequi, vel defendere queat. Quis vero me coerceat, si de meo iure vel quid remittere velim, vel exceptionibus et beneficiis legum vti nolim. Remisi mea confessione necessitatem instituendae actionis. Sit mihi haec remissio incitamenti loco, vt iusto tempore soluam, sciens, me actionem coram iudicio instituendam expectare non posse. Qui sponte, qui lubens id me passurum promisi, vt statim ad executionem iudex veniat, quo iure post me laesum dicam, si ex mea voluntate iudex agat ad creditoris implorationem. Ita sane videri posset,

§. VIII.

Sed absit, vt haec probemus argumenta. Nam cum potestas illa iudicis, quam romani mixtum vocabant imperium, quod in coactione consistebat, tunc locum haberet, si iudicatum seu sententia, quae extremum erat in iurisdictione, adesset, et hinc iudicium antecedere executionem deberet, nunquam poterit conuentio illa priuata eum, qui iudicis officio praescriptus est ordo, tollere et immutare.

Hunc



Hunc procedendi ordinem definit **ORDIN. RECOGN. ELECT. SAX. Tit. XXXIX. §. 1.** Ait Legislator: So bald ein Urtheil oder Abschied seine Rechtskraft erlanget, soll auf Ansuchen des obliegenden Theiles wider den Gegner ungesäumt mit der Hülffe verfahren, und die Executoriales etc. Noluit Elector, vt iudex ad Executionem veniat ad solam creditoris implorationem, sed sobald ein Urtheil oder Abschied seine Rechtskraft erlanget. At vero sententia lata vel datum iudicis decretum requirit causae cognitionem. Fieri itaque non potest, vt haec, quam conuentionalem clausulam executiuam nominauimus, effectum aliquem legitimum habere possit.

§. IX.

Superest praeterea alia causa, quae efficit, vt inutilem clausulam putem illam executiuam absque praemissa iudicis cognitione. Nam potest utique facile fieri, vt post chyrographum datum creditori, debitori exceptiones obuenant, de quibus ne eo quidem tempore cogitare poterat, quo clausulam illam chyrographo inscripserat. Dabimus: Titium a Caio 10. Solidos mutuo accepisse dato chyrographo, cui inscripta illa clausula. Intra illud tempus ipsemet Caius debitor fit Titii sui debitoris, vt liceat debitori compensationis exceptionem opponere Caio agenti. Quid? si itaque Caius statim posset executionem impetrare contra Titium causa prius non cognita: quo iure fiat executio a iudice, quum debitor amplius Titius non sit, quod tamen ignorare poterat iudex. Quot iniustitiae committerentur, si a iudice prius condemnatio facta non sit. Est tritici iuris: neminem inauditum condemnandum esse, multo minus contra aliquem executio decernenda erit, nisi prius sua defensione satis auditus sit. Si itaque iudex statim ex chyrographo executionem

B

tionem



tionem ad actoris preces decerneret, inauditus vim iudicalem pateretur reus atque indefensus, hinc licet illa clausula chyrographo inserta sit, tamen prius conuentio contra reum instituenda est, quo, si quas habeat exceptiones liquidas, eas opponere possit.

§. X.

Tandem negari nequit, quemlibet iuri quidem suo atque beneficiis pro se introductis valide posse renunciare; at si reus debitor renunciando efficere velit, quominus prius conueniatur, sed, vt statim iudex ad executionem veniat, non suo iuri, non suis beneficiis renunciat, sed iudicis officio vim infert. Huic enim nouum quasi ordinem procedendi praescribit, qui ei ordini, quem leges definiunt plane contrarius est. Leges vero imponunt iudici officium, antequam ad condemnationem, et sic etiam ad executionem veniat, vt prius causam cognoscat. Si ergo clausulam illam sequi deberet iudex contra suum necessario agere deberet officium, a quo tamen sancte seruando partium conuentio eum liberare nequit. Quapropter concludo, si per conuentionem partium iudex a suo sancte seruando officio liberari nequit, sequi debere, clausulam illam executiuam supra notatam penitus inutilem esse atque chyrographis male inferi, imo potius defraudari creditores, qui sibi persuadent, se hae inani clausula securitatem et promptissimam contra debitorem non soluentem executionem nactos esse: hinc eandem magis in chyrographis omittendam, quam inferendam esse.

P. 244



ULB Halle  
004 758 501

3



*56*











9087.1

1773, 13.

QVAESTIO  
IVRIS CONTROVERSI  
DE  
INVUTILI CLAVSVLA EXE-  
CVTIVA ABSQVE PRAEMISSA  
CAVSAE COGNITIONE

QVAM  
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA  
PRAESIDE  
D. CHRISTIANO HENR. BREVNING  
PROFESSOR. PVBLIC. ORDIN. IVR. NAT. ET GENT.  
ET SOCIETAT. LITER. DVISVVRG.  
SOCIO  
IN AVDITORIO PETRINO  
DIE XX. FEBR. ANNO MDCCCLXXIII.  
DEFENDET  
ERNESTVS LVDOVICVS HOERNIG,  
NVMBVVRGENS.

---

LIPSI AE  
LITERIS RVMPFIIIS.

