





Pa. 23. num. 13.

30

1773

7

DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE

REMEDIO PROVOCATORIO

EX L. SI CONTENDAT

IN PROCESSV EXECVTIVO

IN QVA

AN PER HOC REMEDIVM EXCEPTIONES

TEMPORE NON PERITVRAE

IN IVDICIVM DEDVCI POSSINT

DISQVIRITVR

QVAM

PRO SVMMIS OBTINENDIS IN IVRE HONORIBVS

SINE PRAESIDE

QVAE EST SERENISSIMI SAXONIAE ELECTORIS

GRATIA

D. XI. OCTOBR. A. MDCCLXXIII

IN AVDITORIO MAIORI

H. L. Q. C.

PVBLCO ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTIT

GOTTLIEB WERNSDORFIVS GEDANENSIS

IVR. VTR. CANDIDATVS ET ACADEMIAE WITTEBERGENSIS

PROTONOTARIVS.

WITTENBERGAE

LITTERIS CAROLI CHRISTIANI DÜRRII ACAD. A TYPIS



P. 488



Am 22. Junii 1773

REMEDIO PROVOGATORIO
 EX L. ET CONSTAT
 IN PROCESSU EXECUTIVO
 AN PER HOC REMEDIUM EXCEPTIONES
 TEMPORE NON PERMITTANTUR
 IN IUDICIO HABERE LOCUM
 QUAE EST SENTENTIA SACRAE ELECTORIS
 IN CAUSA
 IN CAUSIS MAIORI
 GOTTFRIDUS WERNERUS
 ET ALII CANDIDATI ET ACADEMICI WITTEBERGENSIS
 PROTONOTARIUS

WITTEBERGAE
 CAROLUS CHRISTIANUS WITTEBERGENSIS



ILLVSTRISSIMO
AC EXCELLENTISSIMO DOMINO
D O M I N O
LEOPOLDO NICOLAO
S. R. I. LIBERO BARONI
A B E N D E

DYNASTAE IN ALTIESSNITZ TRINVM ROITZSCH
DEVTSCHENBOHRA OBER · EVLA RELIQ.
SERENISSIMO PRINCIPI AC ELECTORI SAXONIAE
PRIMARIO STATVS ADMINISTRO INTIMO
ORDINIS EQVESTRIS S. HENRICI EQVITI
PRIMAE DIGNITATIS EIVSDEMQUE
CANCELLARIO

DOMINO INDVLGENTISSIMO

HVNC LIBELLVM ACADEMICVM
RELIGIONIS OBSERVANTIAE AC PIETATIS TESTEM
VETERI CLIENTVM MORE
SVBMISSISSIME OFFERT

LEOPOLD VON NICOLOAI
E T
ILLVSTRISSIMAE EIVS EXCELLENTIAE
GRATIAE ATQVE PATROCINIO
SE OMNESQVE FORTVNAS SVAS
DEMISISSIME COMMENDAT

ILLVSTRISSIMAE EIVS EXCELLENTIAE
PRIMARIO STATUS ADMINISTRATIO INTIMO
ORDINIS EQUESTRIIS S. HENRICI EQVITI
PRIMAE DIGNITATIS EIVSDEMQUE
CANCELLARIO.

addictissimus devotissimusque

GOTTLIEB WERNSDORFIVS.





§. I.

Quamvis incertitudo atque dubia legum, quibus
vtemur, auctoritas, iurisprudentiae nostrae ad-
ferat detrimenti, si multis exemplis comprobare
vellemus, actum ageremus, et omnem perderemus ope-
ram. Tot enim diuersae Iure consultorum sententiae satis
probant, ius nostrum licet satis limatum perpolitumque sit,
multos adhuc naeuos habere, atque ipsa sua mole laborare.
Nam in tanta iurium, quibus vtemur, diuersitate, necesse
est, vt dubia sit legum auctoritas, quae quantas pariat ca-
lamitates dici non potest. In magna enim legum farrage
facile est aliquam inuenire, quam in partes tuas, li-
cet interdum oborto collo fiat, trahere possis, mox in
iure

A

iure



iure patrio, mox in peregrino, quod recepimus, sententiae tuae praesidium inueniens. Iure igitur optauere iam ollm viri cordati, vt legistatores tandem huic rei medelam afferrent. Ita enim Ill. GRIBNERVS in *Dissert. de Iure incerto, ex dubia legum, quibus vitimur, auctoritate oriundo* §. 22. „Salus omnium posita est in definitione controuersiarum, illarum inprimis, quae ipsas leges in dubium vocant, et earum debilitant auctoritatem. Neque vero spes deficit medelae, sed praestare eam soli possunt, qui leges dare, et in fine cit. *Dissert.* quae extat in *Opuscul. Tom. IV. S. III. Finitus voto, vt post Epocham iuris controuersi et incerti redeat aetas Iurisprudentiae certioris, componantur aut minuuntur Iureconsultorum dissensiones, atque saluberrima consilia virorum illustrium, qui nunc pluribus in locis emendationi legum incumbunt, superatis, quae obiiciuntur, difficultatibus, feliciter procedant. Magna enim et rara reipublicae est felicitas, ius habere planum, aequum, ad vtilitatem communem accommodatum et inprimis certum. Et licet haec vota non prorsus inania fuerint, nostrum tamen ius nondum omnino certum est, sed multae causae etiam nunc inueniuntur*





niuntur, in quibus inter medias leges dubius fluctuat animus, et quae adhuc legislatorum decisiones expectant, ne inter diuersas Iureconfultorum sententias; ii, de quorum re agitur, causae iustitiae fidentes, licem prosequantur et licet in re ipsa tandem, victores, compensatis expensis, suo damno ius, quam maxime incertum esse sentiant.

§. 2.

Ab omni quidem tempore Serenissimi Saxoniae Principes, qui aequam iustitiam ciuibus administrare consueuerunt, in eo operam posuere, vt ad exemplum Iustiniani, leges antea confusas in luculentam redigerent consonantiam, diuersarum sectarum controuersias componerent, ius denique ex incerto certum redderent; tamen id nondum omni industria efficere potuerunt, vt in omnibus causis ius certum sit, quod ii in primis experiundo discant, qui in foro causarum patrocinium suscipiunt. Quamuis enim omnes fere Saxoniae Principes nouis legibus causas controuersas decidere consueuerint, vt docent leges Augusti Electoris, Georgiorum, vtriusque regis Friderici Augusti, recentiores etiam, quae quotidie prodeunt Constitutiones,



stitutiones, nondum tamen Saxonibus ita felicibus esse contigit, ut ius omnino certum ita habeant, ut de ipso iure nullae oriri possint controuersiae. Sed causa huius iuris incerti, non semper est legum inter se discrepantium pugna, sed saepius interpretatio, quam Iureconfulti, in causis lege expressa non decisis, faciunt, ubi, cum si a iure discefferis, nulla sit iustitia, ut ait CICERO, fieri non potest, ut non diuersae sint, pro ingeniorum diuersitate, de aliqua re opiniones, uti egregie et pro more suo erudite docuit, is, quem supra iam nominauimus Ill. MICH. HENR. GRIBNERVS, nostrae etiam quondam Academiae decus, in *Dissert. de Obseruantis Collegiorum iuridicorum ad §. 49. Resolut. Grauum. de A. 1661.* qui cum omnibus viris cordatis censet, ingens damnum ex obseruantis in Iurisprudentiam redundare, easque iuris contemptum parere atque incertitudinem. Quod cum animaduertent Serenissimi Saxoniae legislatores, sedulo cauere, ne obseruantiae auctoritatem aliquam haberent, quippe quae etiam iuri Principum, quod in legibus condendis, iisdemque ex arbitrio interpretandis atque abrogandis versatur, aliquid detrahunt.



hunt. Saluberrima est ac vtilissima de hac re Constitutio
Serenissimi Electoris IOANNIS GEORGII II. in §. 49.
Resolut. Grauamin. de A. 1661. Rubr. von Iustitien-Sachen,
cuius vindicias in saepius iam a me laudata Dissertatione
exhibet GRIENERVS. Verba huius Constitutionis haec
sunt: *damit aber inskünftige dergleichen zweifelhaftige
Meynungen nachbleiben, und allenthalben eine Gewisheit
und Gleichheit im Sprechen seyn möge, so ordnen und setzen
Wir hiermit befehlende, daß kein Collegium iuridicum
Macht haben solle, in denen Punkten, welche nicht mit deut-
lichen Worten, in Constitutionibus, Landes-Gerichts- und
Policeyordnungen exprimiret, sondern per consequentias,
und Folgerungen daraus gezogen werden wollen, vor sich
ohne Unser Vorwissen wider das andere Collegium ex in-
terpretatione einige Observanz zu machen, sondern es sol-
len Uns dergleichen casus dubii jedesmal aus denen hinc inde
angezogenen rationibus iuris eingesendet, und mit Zuzie-
hung der getreuen Landschaft dieselben decidiret werden.*
Eodem modo Serenissimus Potentissimusque Rex Polo-
niarum atque Elector Saxoniae FRIDERICVS AVGVSTVS,





cum ordinationem Processus Saxonici Recognitam A. CIO DCCCXXIV. ederet, prouidit, ne interpretatione vsuali haec lex incerta redderetur, et Iurisperitos commentarios illae, incio legislatore, applicare, et verbositate legis compendium confundere vetuit, vt vtar verbis IVSTINIANI in *Constit. Deo auctore de Concept. Digest. §. 12.* qui eadem sanctione Pandectarum libros a Commentatorum glossis intemeratos praestare voluit.

§. 3.

Sed cum obseruante GRIENERO in *Dissert. de iure incerto, ex dubia legum, quibus vtimur, auctoritate, oriundo §. 8.* leges nouae etiam saepius interpretem postulent, neque omnes, qui in rebus humanis obueniunt, casus lege scripta definiri possunt, interpretatione doctrinali, quam vocant, Respublica carere penitus non potest. Neque enim suspendi causae et negotia possunt, donec noua lex sanciat, vel a principe interpretatio authentica petatur; inde Iureconsultorum tunc est, verba legis interpretari, in qua re pro ingeniorum varietate, variae oriuntur dissensiones, vt apud veteres Romanos in scholis Sabinorum, et

Pro.





Proculianorum, et iure Iustiniano in Italia restituito, in
sectis Gofianorum Bulgarianorumque fuere. Eiusmodi
casus dubii etiam hodie adhuc, in tanta legum farragine
occurrunt, ut non solum de facto, sed de iure ipso, non
tantum inter partes, sed inter ipsos etiam iudices, saepius
acerrime disputetur. Ne autem haec sine omni causa di-
cere videar, ea, quae a me dicta sunt, exemplo quodam
probabo, in quo incerta interpretatio eius, cuius causam
defendebam, petitioni moras iniecit, et in quo ipse varias
Iureconsultorum opiniones, atque dissensiones expertus
sum, cum alii leges extenderent, alii easdem restringerent,
alii ex analogia patrii iuris principia interpretationis dedu-
cerent, alii commune ius sequerentur, in causa, in qua
ius patrium, nihil certi definiuisset.

§. 4.

Nullum dubium est, secundum iura Saxonica, Recon-
ventionem non solum cum actione principali vno eodem-
que tempore institui, sed et ante actionem principalem in-
litem deduci posse, quod disertis verbis Serenissimus Le-
gislator, AVGVSTVS Rex in Tit. VI. §. 1. *Ordin. Proc.*

recogn.





recogn. statuit. Sed an Exceptiones, quibus quis Proceffum, vt aiunt, executiuum, vel actionem ex chirographo eludere conatur, nondum actione principali instituta, per Remedium prouocatorium *ex L. Si contendat 28. D. de fe deiuss.* in iudicium deduci possint, dubium omnino est, et nulla, quantum scio, lege decisum. Cum igitur haec causa eiusmodi sit indolis, vt et pro affirmante sententia, et pro negante, varia adduci possint argumenta, nec illa vel legibus patriis, vel iure Romano decisa sit, et adhuc legislatoris decisionem expectet, Collegia Iureconsultorum in diuersas partes discedunt, quorum alii, si creditor ex instrumento, quod dicunt guarentigionatum, agere possit, prouocationem *ex L. si contendat* locum habere negant, nisi exceptiones debitoris, tempore perire possint, alii autem etiam in processu executiuo, exceptiones licet tempore non perituras, per hoc remedium, in litem deduci posse statuunt, quam sententiam suam fecere, Iureconsulti Lipsienses.

§. 5.

Vt autem res, de qua agere, apud animum constitui, eo melius intelligatur, primum causam ipsam, in qua haec senten-

sententiarum diuersitatem expertus sum, enarrabo; deinde
disquiram, an per Prouocationem ex *L. Si contendat* 28.
D. de Fideiussoribus Exceptiones, quibus quis processum,
vt aiunt, executiuum, seu actionem ex chirographo, re-
morari studet, in iudicium deduci possint, et reo ad has
Exceptiones responsio iniungenda sit.

§. 6.

Rei ipsius haec erat facies. Cuius quidam Wittebergen-
sis C. contendebat, nobilem quendam ex vicina quadam
prouincia, sibi 300 thaleros donasse, in pretium scilicet
conciliati matrimonii, deinde autem eundem liberalitatis
poenituisse, seque vi metuque coegisse, vt de accepta in
mutuum pecunia chirographum ei daret, ex quo docu-
mento lis intendebatur. Vt igitur C. actionem ex chiro-
grapho effugeret, has exceptiones donationis, et vi metu-
que extorri documenti, in litem deducebat, et per remedium
prouocatorium ex *L. si contendat*, quod secundum iura
Saxonica et ORD. PROC. RECOGN. *Tit. V. §. 6.* in foro rei
principalis est instituendum, reum ad forum suum extra-
hebat, petebatque, vt nobilis ille D. ad has exceptiones
B in



in Curia oppidana Wittebergenſi reſponderet, eique reſponſio ſub poena perpetui ſilentii iniungeretur.

Senatus petitis locum dedit, et nobilem illum ex vicina prouincia, vt Wittebergae in curia oppidana ad exceptiones reſponderet, citauit. Iam res ad me deferebatur, vt reum in ius vocatum defenderem, et actionem principalem, conditionem ſcilicet ex mutuo inſtituerem. Amicus quidam mihi ſuaſebat, vt eo beneficio vterer, quod ORD. PROC. REC. Tit. VI. §. 6. ei, qui ex L. Diffamari prouocatus eſt, concedit, vt ſcilicet prouocantem, quatuor ante diem iudicii hebdomades, ad recognitionem ſcripti ab eo chirographi citandum curarem, vt in ipſo Termino chirographum ſcripſiſſe fateretur. Multa quidem contra monebam, et in primis, hoc beneficium in Proceſſu prouocatorio ex L. Diffamari tantum locum habere, in altero autem prouocatorio remedio ex L. Si contendat, nullius uſus eſſe; tandem vero ſuaſu eius, ad hanc legem conſugiebam, productoque chirographo me ab actione, vel prouocatione liberari poſtulabam, quia exceptiones turbidae contra documentum guarentigionatum quo munitus eram, locum habere nullo modo poſſent.

Iam





Iam aderat dies iudicii, frustra que tentata amicabili compositione, de ipso iure partium disceptabatur. Adversa pars, exceptione nimis angusti termini, petitionem meam submouebat, ego vero exceptionibus, fori incompetentis, non rite instituti processus, cum prouocatio hic locum non haberet, et quae sunt eiusmodi aliae, oppositis, me a responsione ad libellum prouocantis liberabam. Vterque alterum contumaciae accusabat, ille me ob neglectam ad libellum responsionem, ego illum ob non recognitum chirographum.

Sed vanae erant hae lites. Actis enim iudicialibus ad Iureconsultos Wittebergenses transmissis, pronuntiabatur, utriusque petitionem locum non habere. Haec autem erant sententiae verba: *daß I. F. C. fol. 1. gegen den von D. angestellte Prouocation nicht statt hat. Würde nun ermeldeter D. I. F. — um zur Recognition des Fol. 17. in Abschrift befindlichen Documents mit Einräumung einer völligen sächsischen Frist sub poena recogniti anderweit gebührend vorladen lassen, so erget im übrigen des fol. 14. befindlichen Suchens wegen, ferner was Recht ist.* Subiectis his sententiae rationibus. *Diemeil I. F. C. den von D. fol. 1. ex L. Si contendat provociret, dieses aber, da die in der Prouocation wieder*



des von D. Ansprüche angeführte Exception, keine Exceptio tempore peritura, hierüber auch altioris indaginis, und der von D. ein Documentum guarentigiatum vor sich hat, rechtsbeständiger Weise nicht geschehen mögen. BERGER in Elect. Process. Prouocar. Th. 26. et 52. hiernächst — da die fol. 19. sub poena recogniti erlassene Citation eine völlige sächsische Frist nicht in sich fasset, und dasjenige was in der Erl. Proceß-Ordn. Tit. 5. §. 6. von einer 4 wöchentlichen Frist disponiret, zu befinden, von der gegenwärtig nicht angestellten Prouocation ex L. Diffamari lediglich anzunehmen, auf anderweite Vorladung mit Einräumung einer völligen sächsischen Frist, das Erkenntniß zu richten gewesen, so sind Wir nach Inhalt Unsers Urthels zu sprechen, bewogen worden.

§. 7.

Actor aegre ferens, se causa sua cecidisse, remedium prouocatorium in hac etiam causa locum habere, contendeat, ordinationem enim Processus Saxonici Recognitam T. V. §. 5. 6. et 7. Reconuentionem permittere, Bergerique opinionem analogiae iuris contrariam esse dicebat.

Si.



Si enim prouocatio ex L. Si contendat, demum locum haberet, aiebat, si prouocantis exceptiones liquidae essent, totum hoc remedium inane futurum, praeterea, eum, cui vi metuque documentum extortum sit, nullum aliud habere refugium, nisi hoc legis Si contendat beneficium, quod cum ipsi per sententiam Wittebergenfium Iureconfultorum ereptum esset, hoc se grauatum putabat, Leu-terationeque interposita, acta ad aliud Dicafterium, vt transmitterentur, petebat.

Srenue quidem Iureconfultorum nostratium sententiam defendebam, beneficium hoc tantum in Exceptionibus tempore perituris locum habere, nec alias exceptiones in processu executiuo, mediante hoc remedio in litem deduci posse, cum LAVTERBACHIO in *Diff. de Remedio L. Si contendat* §. 66. GRIBNERO in *Princip. Process. Iudic. L. II. c. 8. §. 3.* BERGERO in *Elect. Process. Prouocat. Th. 26. et 52.* et KRAVSIO in *Process. L. II. C. 4. S. 2. §. 4.* contendebam, nec ab actore et prouocante laudata *Ord. Proc. Rec. loca*, ipsius partibus fauere concedebam, nec hoc remedio opus esse, cum aliae adessent actiones,



quibus si exceptio vi metuque extorti documenti veritate niteretur, ius suum actor persequi posset.

Sed Iureconsulti Lipsienses, acceptis actis, secus sentiebant, reoque responsonem ad libellum prouocatorium iniungebant his verbis: *Daß I. F. C. fol. 1. angestellte Prouocation für unstatthaft nicht zu achten, sondern es ist Pronocat, auf die erhobene Prouocation bey Verlust der habenden Replic, und unter der Verwarung, daß ausserdem Prouocant mit seinen Ausflüchten wider Prouocatens Ansprüche gesichert seyn solle, sich einzulassen schuldig, und darzu mit Einräumung einer völligen sächsischen Frist gebührend vorzuladen.* Huic sententiae Wittebergenfium e diametro contrariae hae subiectae erant rationes: *Obwohl insgemein dafür gehalten werden will, als ob das Remedium Prouocationis ex L. Si contendat bloß in dem Falle Platz greife, wenn, daß des Beklagten habende Ausflucht mit der Zeit ihre Kraft verlieren dürfte, zu besorgen.* ESTORS Reichsprocess Tit. V. §. 33. n. 13. wenigstens hierinnen der hauptsächlichste Nutzen angeregten Rechtsmittels sich aufsert, hiernaechst einige Rechtslehrer in denen Gedanken stehen

hen, daß mehr berührtes Remedium im Fall die Ausflucht
altioris indaginis, und Gegenheil ein Documentum gua-
rentigiatum vor sich habe, keinesweges angestellet werden
könne. BERGER Elect. Proc. Prouoc. Th. 52. STRYCK.
Introduct. in Prax. C. 5. §. 2. Dennoch aber und dieweil
die meisten Rechtslehrer ofigedachtes Rechtsmittel überhaupt
aienen Beklagten gönnen und anrathen, so oft ihnen bey Ge-
genheils verzögerter Klage daran gelegen, daß ihre Aus-
flüchte in Zeiten in iudicium deduciret, und wider Klägers
Replie gesichert werden. BERGER. l. c. Th. 50. MEN-
CKEN. Disp. Proem. II. §. 17. 18. STRYCK. l. c. §. 3.
HAYME de Stylo curiae L. XI. Th. §. 77. was aber von der
Exceptione altioris indaginis gedacht worden, nur also zu
verstehen, daß dadurch Klägers Processus executius nicht
behindert werde. MENCKEN d. l. §. 18. in fin. GRIEB-
NER. ad Ord. Process. Recogn. T. V. p. 7. welches auch all-
hier nicht geschehen, vielmehr ohne Eintrag desselben Pro-
uocaten die Einlassung auf die Prouocation nach Vorschrift
der Erl. Proc. Ord. Tit. V. §. 7. aufzuerlegen gewesen, so ist,
wie im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt worden.

Hanc



Hanc sententiam, quae et causae, quam defendebam minus commoda videbatur, et quae mihi, ob illud inprimis iuris nostri principium, quod extraordinaria remedia cessare dicit, si adfunt ordinaria, non probabatur, rem iudicatam fieri non patiebar, sed ad Illustrem Curiam prouincialem, quae Wittebergae est, prouocabam, quae etiam prouocationi detulit, et partibus vtrisque auditis, tandem priorem sententiam confirmauit, pronunciauitque: *daß wohl appelliret, dahero es nicht bey dem letztern Urtheil, sondern bey dem erstern zu lassen, und wird diese Sache an den vorigen Richter billig remittirt.* Sed ne hac quidem sententia lis decisa erat, cum enim pars aduersa se spe sua iterum excidisse videret, ad Serenissimum Saxoniae Electorem, summumque eius tribunal prouocabat, sed cum apostolos non redimeret, appellationemque defereret, res adhuc indecisa est.

§. 8.

Iam igitur harum diuersarum sententiarum, quae analogiae iuris magis conueniat dispiciamus. Nam vulgatum illud: Iureconsultus sine lege loquens erubescit, nihil ad



nos pertinet, vt taceamus illud ex male intellectu Nouellae loco ortum esse, vt egregie docuit pro more suo immortalis A. a LEYSER in *Meditat. ad Pandect. Spec. 2. Med. 3.* Quamuis indecorum sit Iureconsulto priuato contra leges disputare, recteque instituta maiorum dicendo peruertere, *minime enim mutanda sunt*, inquit PAVLVS in *L. 23. D. de Legibus, quae interpretationem certam semper habuerunt*; licet tamen ei in re dubia, nec legibus, nec diuturna consuetudine, quae legis instar est, decisa, sententiam proferre, legesque interpretari. Primarium enim Iurisperiti munus est interpretatio legum, qua tot iura noua atque reipublicae utilia introducta sunt, vt id, quod ex responsis prudentum ius collectum sit, maximam fere artis nostrae partem obtineat. Sed in hac ipsa interpretatione caute satis est procedendum, ne utilissima disciplina detrimenti aliquid capiat, atque interpretatione ipsa ius nostrum dubium ac incertum fiat. Sola igitur, quam vocant, iuris analogia interpretationis fundamentum esse debet, quod iam vidit IULIANVS in notissima lege *L. 12. D. de Legibus*. Ait enim: *Non possunt omnes articuli sigillatim aut*
lidia
C
Legi-



Legibus aut Senatusconsultis comprehendit, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praest, ad similia procedere, atque ita ius dicere debet. Quam hic potestatem Iulianus iudici dat, eandem Iureconsulto etiam concedendam esse, dubium non est.

§. 9.

In hac autem, de qua disputamus, causa leges certi nihil definiunt, quod ipsum Remedium prouocatorium, tum illud *ex lege Diffamari*, tum id, de quo agimus *ex L. Si contendat*, disputatione fori potius, quam legibus est introductum, in qua re omnes consentiunt interpretes. Nam in *L. 28. D. de Fideiussoribus*, cui hoc remedium originem debet, PAVLLVS fideiussori, qui metuit, ne reliqui fideiussionis socii bonis labantur, non permittit, vt eum, cui fidem dedit, in iudicium vocet, probationeque suscepta, reliquos fideiussores soluendo esse, se ab actione liberaret, sed concedit ei tantum exceptionem diuisionis scribens:

SI CONTENDAT FIDEIVSSOR, CAETEROS SOLVENDO ESSE: ETIAM EI EXCEPTIONEM DANDAM. SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT.

Igitur in hac lege nihil

nihil de actione, sed tantum de exceptione, quam reus in iudicium vocatus opponit. Recte enim obseruat BERGERVS in *Elect. Proc. Prouoc. §. 44. L. 28. D. de Fideiuss. loqui de casu, quo fideiussor a creditore iam iam fuit in ius vocatus, et actio contra ipsum coram praetore proposita, ut vel ex adiecta ibidem consueta formula exceptionis: SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT, colligitur.*

Sunt quidem multi, ut LVDOVICI in *Doctr. Paudect. L. V. Tom. I. §. 31.* qui ex hac lege deducunt a fideiussore cogi posse creditorem, cum dies debiti exigendi venit, ut contra debitorem agat, vel se deinde a fideiussione liberet. Sed quam parum hac opinio ex haec lege deduci possit, omnes, qui verba legis, a me iam allata, paulo accuratius considerauerint, perspicient.

§. 10.

Certum igitur est, remedium prouocatorium magis usu fori esse introductum, quam legi scriptae deberi v. BERGER *Elect. Proc. Prouoc. §. 46.* Ex quo sequitur, hoc remedium extraordinarium esse, et locum non habere, si alia actione, iure ciuili prodita, reus ius suum persequi possit,



possit, secundum vulgatum illam iuris regulam: Extraordinaria remedia cessant, si adfunt ordinaria, vel ut eandem regulam exprimit *VLPIANVS in L. 16. D. de Minoribus. Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.* In causa autem, quam enarrauimus, is, qui chirographum sibi vi metuque extortum querebatur, omnino communi auxilio munitus erat, cum actionem, quod metus causa instituere potuisset, de simili enim huic, qui fingebatur, casu, respondit *VLPIANVS in L. 9. §. 3. D. quod metus causa. Sed ex facto scio, cum Campani, metu cuidam illato, extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare, et Praetorem me adsistente, interlocutum esse, ut siue actione vellet aduersus Campanos experiri, esse propositam: siue exceptione aduersus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua Constitutione colligitur, ut siue perfecta, siue imperfecta res sit, et actio, et exceptio detur.*

§. II.

Praeter hanc, quam iam adduximus, alia adhuc adest ratio, cur remedio prouocatorio locus non esset, in ea,
de

de qua disputamus controuersia, quia scilicet processus executiuus, ut vocant, seu actio ex chirographo eiusmodi est indolis, ut nullas exceptiones, nisi quae in continenti liquidae sint, aut fieri facile possint, admittat. Sunt autem eiusmodi exceptiones, quae ex documentis oriuntur, vel quas pars aduersa veras esse confitetur. v. *App. Ord. Proc. Rec.* §. 8. Nam probationi per testes, aut delationi iurisiurandi, in his ex chirographo conditionibus, ex totius Germaniae praxi locus non est. v. SCHILTER. *Exerc. ad Pandect. Exerc. XIII. Tb. 16. seq.* Et quamuis sint nonnulli, qui testes coram Notario, vel alio iudice examinatos, et instrumentum insuper confectum, ad probandas exceptiones in processu executiuo admittant, ut facit CARPZOVIVS in *P. I. Const. 8. Def. 30.* hanc tamen sententiam egregie refutauit BERGERVS in *Elect. Proc. execut. §. 28.* qui docuit eiusmodi instrumenta, super depositione testium confecta, pro documentis guarentigionatis, cuiusmodi etiam in hoc processu, a parte rei, requiruntur, minime habenda esse. Ait enim: *Testimonium et documentum perpetuo inuicem opponuntur, ut perperam alterum cum altero misceatur,*



tur, quum et momentum causae facilius probatur documentis, quam testibus, ut BRUNNEMANNVS docuit ad L. 15. C. de fide instr. n. 3. atque intersit aduersae partis, contra quam testes producuntur, citari ad videndum, eos iurare, et admitti cum interrogatoriis.

Hanc ob causam omnes, quos vidi, iuris interpretes negant, debitorem praeuenire posse creditorem, qui in processu executiuo fundatam habet intentionem, instituendo aduersus eundem iudicium ordinarium, quia scilicet praeuentio requirat paritatem processus, et creditor indirecte per anticipationem reconventionis commodo processus executiuo priuaretur, hoc autem esset legi fraudem facere, inde saepius teste BERGERO in *Elect. Process. Execut.* §. 36. debitor ab usu illius cautelae repulsus, et opposita liquidae reconventionis exceptione pronunciatum est: *daß Klägers Suchen noch zur Zeit nicht statt hat, sondern es ist derselbe vor allen Dingen v. c. das rückstaendige Kaufgeld zu erstatten schuldig.* Et quamuis in eiusmodi causa contra tritam illam L. 125. D. de Regul. iur. regulam, rei deterior conditio sit; nulla tamen hic adest iniquitas, ut eleganter docet

cet SCHILTERVS in *Exercit. XIII. §. 17.* cum reipublicae interfit, fidem inter ciues conseruari. Verba autem SCHILTERI *l. c.* haec sunt: *Quare quantumuis casus incidere potest, ubi durior accidit conditio rei, hoc procedendi genere; tamen hoc incommodi minus est isto, contra instrumentum guarentigionatum, summam securitatem continens, admittere processum ordinarium, et in eo omnis generis exceptionibus, cuiuscunque indaginis diuexari actorem, vt intra plures annos vix sententiam definitiuam, nedum solutionem, aut executionem consequatur.* Inde nullo modo exceptiones turbidae contra processum executiuum admittuntur, siue proferantur per modum exceptionis, siue per modum actionis, ne, quod vna via prohibitum est, alia in fraudem legis permittatur. Inde BERGERVS in *Elect. Process. Prou. §. 49.* LAVTERBACHIVS in *Diff. de Remedio ex L. Si contendat §. 66.* GRIBNERVS in *Prot. Iudic. L. II. C. VIII. §. 3.* et KRAVSIVS in *Process. L. II. C. IV. Sect. II. §. 4.* negant, eum, qui ex chirographo, vel cambio debet, remedio Legis *Si contendat* vti, atque creditorem prouocare posse, vt ad exceptiones illiquidas respondeat.



§. 12. At ais: quid hi Doctores ad nos, qui si **KRAVSIVM**
 et **GRIBNERVM** exceperis, omnes ante editam Ordina-
 tionem Processus Recognitam libellos composuere, et
 omnia alia scripserint, si reconuentionem nondum insti-
 tuta conuentione institui posse, sciuerint. Sed non de-
 sunt, quae ad haec respondeam, quamuis non ignorem
GRIBNERVM postea sententiam mutasse, et in repetita li-
 belli sui editione, loco a me supra excitato hancnotam ap-
 posuisse: *Sed cum iure nouo reconuentione etiam ante conuen-
 tionem institui possit.* O. P. R. T. VI. §. I. *probabile est,*
hanc quoque prouocationem eadem ratione fieri posse. add. O.
P. R. T. V. §. 4.

§. 13. Iam igitur ad leges Saxoniae nouissimas transeamus,
 quibus processus iudiciarius in Saxonia a Serenissimo ac
 Potentissimo Poloniarum Rege, ac Electore Saxoniae Fri-
 derico Augusto A. 1724. est constitutus, in quibus Lipsien-
 ses Iureconsulti, qui prouocationi ex L. Si contendat, au-
 ctore **GRIBNERO** in Proc. Iudic. L. H. C. VIII. §. 3. in
 processu

processu executiuo etiam locum esse contendunt, praesidium ponunt.

Hae leges permittunt, vt reconuentio non solum eodem tempore, quo causa principalis adhuc tractatur, id est, nondum finita conuentione, institui possit, sed etiam pro lubitu rei possit anticipari, ita tamen ne processus executiuus vilo modo per hanc institutam reconuentionem impediatur. *O. P. R. Tit. VI. §. 1.* In hac lege Saxonica omne praesidium ponunt ii, qui Remedio prouocatorio ex *L. Si contendat*, etiam in exceptionibus tempore non perituris, contra processum executiuum locum habere statuunt. Aiunt enim reconuentionem tantum in foris Saxonis in processu executiuo concedi, quia in processu ordinario hac reconuentione, cum reus exceptiones suas in reprobatione deducere, atque stabilire possit, non opus sit. *O. P. R. Tit. VI. §. 2.* et hoc est, quod impulit GRIENERVM vt scriberet in *Process. iud. L. II. c. 8. §. 3. n. a.* Sed cum iure nouo reconuentio etiam ante conuentionem institui possit, probabile est, hanc quoque prouocationem sc. ex *L. Si contendat*, eadem ratione fieri posse.

Quae quamuis omnino vera sint, illud tamen dubium non est, anticipationem reconventionis in fraudem processus executiui non admitti. Auctoritatibus hic opus non est Iureconsultorum, alias enim SCHILTERVM *Exerc. ad Pand. XIII. §. 17.* et WERNHERVM *in Obseru. forens. P. I. Obs. 166.* aliosque excitare possem. WERNHERVS enim *d. l.* negat, debitorem, qui instrumentum gaurentignatum creditori dedit, et contra hoc exceptionem habet, sed quae non in continenti, verum per testes, vel delationem iurisiurandi probari queat, aduersarium, instituto iudicio ordinario, praeuenire posse. Sed ipsa ORD. PROC. REC. *Tit. VI. §. 1.* fanciuit, ne per anticipatam reconventionem processui executiuo noceatur, his verbis: *daß durch die angestellte Reconuention die Anstellung und Fortsetzung der Conuention, nebst der Execution, insonderheit auch das Verfahren nach Wechselrecht, im geringsten nicht differiret, noch verhindert werde, gestalt denn, wenn Klæger den Beklagten wirklich ausgeklaget, jener sodann wieder seinen Willen in der Reconuention Sache sich einzulassen nicht schuldig, bis Beklagter durch völlige Zahlung sich der*



der Reconuention *gaenzlich entbrochen*. Ex quo patet, hac reconuentionis anticipatione processui executiuo vel instituto vel instituendo fraudem fieri non debere. Ex quo porro intelligitur anticipationem reconuentionis nihil prodesse reo, qui ex documento guarentigionato, cui nulla conditio, vel causae, vel temporis inest, debet. Nam si reconuentionem instituit, aduersarius eodem tempore condicione ex chirographo agit, et hoc modo reconuentionem irritam facit, nam debitor, cum chirographo nullae exceptiones obiici possint, per sententiam, vt soluat, condemnatur. Nullius igitur fere momenti est, quaestio, an exceptiones, tempore non periturae, in iudicium deduci possint per reconuentionem anticipatam. Nam licet hoc per leges Saxonicas prohibitum non esse, concedamus, reus tamen ex hac instituta actione et praeuentione, vt ostendimus, nihil commodi percipit.

§. 15.

In Exceptionibus tempore perituris, aliter se res habet, quoniam reorum interest, vt iusto tempore, antea, quam praescriptio his obiici possit, in iudicium deducantur, v. c. si quis chirographum sub spe mutui dedit, postea
autem



autem pecuniam non accepit, intra biennium secundum ius Romanum *L. 14. C. de non numer. pecun.* intra quinquennium autem secundum ius Saxonicum nouissimum *Decis. Reg. de A. 1746. Dec. 23.* chirographum condicere potest, vel querelam non numeratae pecuniae in iudicium deducere, ne, si post biennium deinum, vel quinquennium, actione a creditore instituta, ab hac exceptione repellatur. Sanciuit enim Imper. IVSTINIANVS in *d. L. 14. C. de non numer. pec. ut eo sc. biennio elapso NULLO MODO querela non numeratae pecuniae introduci possit.* et §. 3. *Illo videlicet semper obseruando: vt in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum: in his nec iusiurandum offerre liceat,* quae fere iisdem verbis, restituito eo, quod ante Iustinianum fuerat, legali quinquennii spatio, in suam *Decisionem Decis. nouiss. 23. de A. 1746.* transtulit Serenissimus Saxoniae Legislator Rex FRIDERICVS AVGVSTVS. In eiusmodi causa igitur exceptionem non numeratae pecuniae, eum, qui debere dicitur, si creditor in actione instituenda moras nectat, vt exceptioni praescriptionem obuiere possit, per prouocationem ex *L. Si contendat, in iudicium*

iudicium deducere posse, dubium non est, vt fatentur
 omnes, quos vidi, Iuris interpretes. Cum enim exceptio
 sit temporalis, interest actoris, vt iusto tempore in iudi-
 cium deducatur, ne praescriptionis exceptione hac exce-
 ptio submoueri possit, et eandem ob causam leges etiam
 querelam non numeratae pecuniae debitori concessere, cum
 remedium ex Lege Si contendat nondum inuentum esset,
 quod interpretatione prudentum, receptioribus demum
 temporibus, introductum esse, supra docuimus. Ita enim
 Imp. ALEXANDER in L. 7. C. de non num. pecun. *Si quasi
 accepturi mutuam pecuniam aduersario cauisis, quae nume-
 rata non est, per conditionem obligationem repetere, si actor
 non petat: vel exceptione non numeratae pecuniae aduersus
 agentem vti potestis.* Igitur quoties rei, qui actionem ini-
 iustam metuit, interest, vt exceptiones eius antea, quam
 temporis lapsu, pereant, liquidae fiant, leges actionem
 ei dedere, vt exempla de non numerata pecunia, et actio,
 quod metus causa, docet, ne scilicet iniustas postea lites
 expectare reus debeat.

§. 16.

Ex quibus omnibus apparet, Remedium prouocato-
 rium ex Lege Si contendat, nullius fere usus esse, cum
 eo demum tempore locum habeat, quo leges ei, qui ex-
 ceptione quadam tutus est contra actionem, quam metuit,

D §

propter



propter hanc ipsam actionem, actionem concessere. Est enim hoc remedium nihil aliud, quam anticipata reconuentio. Cum autem reconuentio ex iure Saxonico in Processu ordinario locum non habeat, *O. P. R. Tit. VI. §. 2.* in quo reus exceptiones suas in reprobatione deducere potest, sequitur reconuentioni tantum in processu executiuo locum esse. At hac reconuentionis anticipatio, ut docuimus ex *O. P. R. Tit. VI. §. 1.* processui executiuo nocere non potest, igitur nullius usus est prouocatio, si ex instrumento gaurentiatiato pure debeatur. Nam hoc non inuitis legibus, et saluis eis, quae supra disputauimus, concedere me posse sentio, debitorem, qui ex instrumento gaurentiatiato quidem, sed non pure, sed vel in tempus, vel sub conditione debet, aduersarium ad replicandum ad exceptiones, ut dicunt, prouocare, seu reconuentionem anticipare posse, ante quam tempus solutionis, vel conditionis euentus existit. Tunc enim reconuentio iam finita esse potest, cum venit tempus, ex quo conuentio institui possit. Igitur doctrinam GRIBNERI, KRAVSII aliorumque omnino rectam sanamque esse censeo, qui docent, eum qui ex chirographo, vel cambio debet, frustra creditorem suum prouocare, ut ad exceptiones illiquidas respondeat, exceptionem tamen hanc addendam esse statuo, nisi in tempus certum, vel sub conditione debeatur, quo casu

propter

D

is





is, qui chirographum accepit, non omni, quo vult tempore, conditionem ex chirographo instituere potest, sed ne exceptio plus petitionis obiiciatur, certum tempus vel conditionis euentum expectare debet, nam ante diem debiti recte prouocationi ex L. Si contendat, vel anticipationi reconventionis locus datur.

§. 17.

In ea autem causa, quam superius enarraui, et quae huic Dissertationi occasionem dedit, Iureconfulti Wittembergenses, quantum ego video, recte negauerunt: Prouocationi ex L. Si contendat, locum esse. Nulla enim iam temporis, vel causa ipsius conditio actionem ex chirographo, quam creditor iam instituerat, morabatur, debitoris autem exceptiones illiquidae erant, nec tempore periturae, inde si prouocatio concessa fuisset, processui executiuo fraudi fuisset. Praeterea exceptio vi metuque extorti documenti, in qua inprimis reus praesidium ponebat, eiusmodi erat conditionis, vt debitor, si causae fiduciam habuisset, separata actione, quam ius civile, et in specie L. 9. §. 3. *D. quod metus causa* ei, cui metu illato, cautio pollicitationis extorta est, concedit, vti potuisset, nec ei ad remedium extraordinarium confugiendum fuisset, quod, vt docet *VLPIANVS* in L. 16. *D. de Minoribus*, semper cessat, si quis communi iuris auxilio munitus sit.

§. 18.



Haec sunt, quae de dubia iura iuris quaestione, an *Ex-
 ceptiones illiquidae nec tempore periturae, in processu exe-
 cutiuo per remedium ex Lege Si contendat, in iudicium de-
 duci possint*, deficientibus legibus scriptis, ex iuris nostri
 analogia disputanda duxi. Quae si rei peritioribus placue-
 rint, me multum profecisse putabo. Rarius forsan in ipso
 rerum actu, quaestio haec occurreret, quia pro fori nostri
 usu, ii, qui libellos concipiunt, nunquam fere actionis no-
 men exprimunt, indeque eiusmodi lites, ubi actor ad re-
 plicandum prouocatur, ubique fere anticipatae reconuentio-
 nes putantur, quas nondum instituta etiam actione princi-
 pali, in Saxonia institui posse, nullum dubium est, propter
 expressa verba ORD. PROC. RECOGN. *Tit. VI. §. I.* inde
 etiam factum est, ut nullas Collegiorum sententias, prae-
 ter has, quae ipsam, de qua disputatur, litem spectant,
 in hoc libello academico adducere, quae vel sua auctori-
 tate meam sententiam confirmarent, vel eandem refelle-
 rent, cum etiam per longius tempus, ut comperi, nulla
 eiusmodi controuersia in Summo Prouocationum Senatu,
 ventilata sit.



Wittenberg, Diss., 1770-73

X 228 32 35

Inches

Centimetres

Farbkarte #13

B.I.G.

Blue

Cyan

Green

Yellow

Red

Magenta

White

3/Color

Black

Pa. 23. num. 13.

30

1773

7

P 488

DISSERTATIO INAUGURALIS
DE

REMEDIO PROVOCATORIO
EX L. SI CONTENDAT
IN PROCESSV EXECVTIVO

IN QVA

AN PER HOC REMEDIVM EXCEPTIONES
TEMPORE NON PERITVRAE
IN IVDICIVM DEDVCI POSSINT

DISQVIRITVR

QVAM

PRO SVMMIS OBTINENDIS IN IVRE HONORIBVS
SINE PRAESIDE

QVAE EST SERENISSIMI SAXONIAE ELECTORIS
GRATIA

D. XI. OCTOBR. A. MDCCLXXIII

IN AVDITORIO MAIORI

H. L. Q. C.

PVBLCO ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTIT

GOTTLIEB WERNSDORFIVS GEDANENSIS

IVR. VTR. CANDIDATVS ET ACADEMIAE WITTEBERGENSIS
PROTONOTARIVS.

WITTENBERGAE

LITTERIS CAROLI CHRISTIANI DÜRRER ACAD. A TYPIS.

