



g. 36. num. 4. 119

DISSERTATIO IVRIDICA 1739 66
DE
EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI
EIVSQVE VSV
IN CAVSSIS CRIMINALIBVS

QVAM
PRAESIDE

ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORE

DN. IVSTO HENNINGIO BOEHMERO

ICTO POTENTISS. REG. BORVSS. A CONSIL. SANCTIOR.

FACVLT. IVRID. PRAES. VICAR. ET P. P.

D. XXVII. IVNII MDCCXXXIX.

H. L. Q. C.

ERVDTORVM EXAMINI SVBIIICIT

AVCTOR

IOANNES GEORGIUS BVCHHOLTZ

BEROLINAS.



HALAE MAGDEBVRGICAE

TYPIS IOANNIS FRIDERICI GRYNERTII ACADEM. ET SENAT. TYPOGR.

(10)

DISSERTATIONES
EXCEPTIONE PRAE IUDICIALI

IN CAUSA CRIMINALI

ACADEMIAE UNIVERSITATIS
DR. IVSTO BENNINGHO BOHNERO

IOHANNES GEORGIVS BUCHNERUS



VIRO
REVERENDISSIMO ILLUSTRISSIMO
ATQUE
EXCELLENTISSIMO
DOMINO
SAMVELI L. B. DE MARSCHALL
POTENTISSIMI PRUSSORVM REGIS
IN SANCTIORI STATUS ET BELLI CONSILIO
ADMINISTRO
CORPORIS ORDINVM MARCHIAE PROVINCIALIVM
PRAESIDI
AERARII SVPPLENDIS NVMERIS MILITARIBVS DESTINATI
DIRECTORI
ECCLESIAE CATHEDRALIS HAVELBERGENSIS
VICARIO DECANO
GENATVS ECCLESIASTICI CATHEDRALIS ET
GYMNASII VALLIS IOACHIMICAE
VICARIO PRAEFECTO
REGII ORPHANOTROPHEI POTSDAMIENSIS
SVPREMO CVRATORI
ET CONSILIARIO PROVINCIALI CIRCVLI INFERIORIS
BARNIMENSIS
DYNASTAE IN DALLWITZ MVNCHEHOFFE TASTORFF RANFFT. &c.
DOMINO SVO INDVLGENTISSIMO
D. D. D.
AVCTOR

VIR
REVERENDISSIME, ILLVSTRISSE
ATQVE EXCELLENTISSIME,



*Quamvis fortasse insignis cuiusdam
audaciae argui me posse videar,
cum illustrissimo nomine TVO
VIR REVERENDISSIME
leue hoc academicum specimen
ornandi consilium ceperim, fecit tamen illa gratia
huma-*

humanitasque, quam omnes, qui TE adeundi facultatem
habent, non satis admirari possunt, ut qualemcun-
que hanc oppellam, pietatis documentum, TIBI offer-
re ausus fuerim. Nullus quidem negare possum, glo-
riam illam & famam, quam & ex honorum splendore,
& ex rerum gestarum magnitudine es consecutus, tan-
tam vim habuisse, ut me vel deterrere, vel ad aliud
commendationis auxilium quaerendum, impellere po-
tuerit. Etsane cum magnorum quotidie expediendo-
rum negotiorum cogitatio animum subiret, fere mihi
a consilio, tam rude & impolitum opus TIBI offeren-
di, desistere coactus videbar. At cum ex altera parte
alios mei ordinis homines eandem rationem esse sequu-
tos, ut prima doctrinae & bonae mentis documenta,
in pignus & teseram deuoti animi TIBI dedicarint,
nec eorum institutum abs TE improbatum viderem,
ambitosam mente spem concepi, fore, ut cum iisdem
virtutibus, quibus reliqui niterer, eundem quoque
geminumque exitum sim habiturus. Et cum iam fra-
tre meo aliisque cognatis gratiae TVAE & insignis pa-
trocinii TVI, VIR REVERENDISSIME, beneficio
utilicuit, animum induxi, TE non aegre laturum, si hac
licita via, hacque animi mei TIBI deuoti significatio-
ne mihi aditum quoque ad Te parare gratiamque
TVAM & patrocinium ambire auderem. Quodsi de-
siderio huic, votisque meis, ut spero, annuere non de-
dignatus fueris, beatum sane me felicemque dicam, &
id mihi negotii datum credam, ut immortalem huma-
narum

narum rerum moderatorem numquam non omni mentis religione obsecrem, ut TE, ornamentum augustissimae Regiae domus, tutorem salutis civium, multorumque perfugium, per multa annorum decennia conseruet incolumem, ut nec fortuna vim suam in TE exercere, nec infinitus negotiorum labor quidquam felicitati TVAE obesse possit. Vale, VIR REVERENDISSIME, hoc felici sidere natus, ut numquam valere possis, quin simul valeat respublica, mibique permitte, ut sim

REVERENDISSIMI ATQVE ILLV.
STRISSIMI NOMINIS TVI

Dabam Halae
d. vii. Calend. Iulii
c1o Io cc xxxix.

cultor deuotissimus

IO. GEORG. BVCHHOLTZ.



Q. D. B. V.

DE
EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI
EIVSQVE VSV
IN CAUSSIS CRIMINALIBVS
DISSERTATIO IVRIDICA.

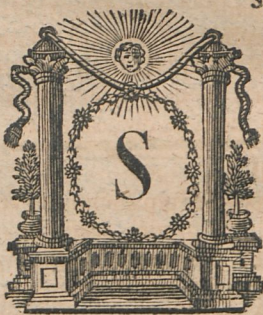
CAPVT PRIMVM.
DE
EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI
GENERATIM.

- §. I. **I**nstituti ratio & partitio dissertationis. §. II. Praetorii muneris origo. §. III. Illorum in iure dicundo potestas. §. IV. Praetores aequitatis studio ius strictum emollire studebant. §. V. Ideoque exceptiones inuentae sunt. §. VI. *Quid sit exceptio.* §. VII. *Vbi exceptiones postulandae erant.* §. VIII. *Quibus verbis concipiebantur.* §. IX. *Exceptionum diuisio.* §. X. *Quid sit praeiudicium.* §. XI. *Praeiudicialis exceptionis definitio.* §. XII. *Axiomata inde deducta.* §. XIII. *Praeiudicialis exceptio connexa est cum principali causa.* §. XIV. *A praeiudicial. except. dependet totius causae principalis discussio.* §. XV. *Exceptio praeiudicialis condemnationem non requirit.* §. XVI. *Prius de except. praei. iudicium*
- A con-

constituendum est, quam de principali causa cognoscatur.
 §. XVII. Interim in suspenso habenda est causa principalis,
 donec praeiudicialis exceptio fuerit definita. §. XVIII. An
 exceptio praeiudicialis dilatorii, an peremptorii adhue-
 randa. §. XIX. Vtrum ante lit. cont. sit opponenda, & an
 excipiens litem eventualiter contestari teneatur. §. XX. De
 actionibus praeiudicialibus. §. XXI. Raenardi de iis peculia-
 ris sententia.

§. I.

Institui ratio
 & partitio dis-
 sertationis.



i qua est iuris civilis doctri-
 na, cuius ob insignem sui
 vtilitatem, exactissima co-
 gnitio certissimum secum
 ferat praemium; eam esse
 profecto, quae de *exceptio-
 nibus* agit, qui ignoret, cre-
 do esse neminem. Quid enim frequentius in foris
 agitari posse arbitremur, quam quod omnes natura
 docuit, vt obstant iniuriae, & periculum a capite
 propulsare contendant, quorum vel opes, vel fama,
 vel vita, in iudicum invidiam adducuntur. Quare
 cum mentis bonae, & litterarum amantis documen-
 tum, qualecunque illud demum sit, exstare vo-
 luerim, vasa colligens, & vltimum sacratissimae huic
 bonarum artium fedi vale dicens, operam meam non
 male me collocaturum credidi, si in hoc argumento
 ingenium, quod quam sit exile sentio, exercuerim.
 Ne

Ne vero, si totum exceptionum campum mihi sumerem emetiendum, oneris gravitate vel supprimerer, vel summorum virorum de hoc prolixo argumento & plene dicentium & accurate, a) purpurae late splendenti, laciniam adfuisse viderer, vnum potius mihi EXCEPTIONVM genus constitui, idque PRAEVDICIALIVM, in quo versetur si non ars mea, certe industria; quodque quale sit, praemisissis paucis ad exceptionum *originem* pertinentibus, ostendam, quamque insignem usum in *causis*, quas dicunt, *criminalibus* praestent, commonstrare allaborabo. Cui opellae meae, LECTOR AMICE, si calculum album adiacere recuses, quam peccare sit cogita homini facile, quam idem condonare, homine dignissimum.

§. II.

Fuit ea olim Romanorum Regum auctoritas, vt, *Praetorii m. n. origo.* qui in hoc illustri loco positi erant viri, *publica* non solum exsequerentur negotia, verum etiam *privatis* suam interponerent auctoritatem. b) Sed dedit & haec

A 2 summa

a) Praeter eos, qui disputationibus hoc argumentum illustrarunt peculiaribus, libris illud explanarunt PAVLLVS AEMILIVS GALLVS, *tract. de except. Geneu. 1619. fol. CAROLVS DE GRASSIS de except. Venet. 1600. NICOL. RODERIC. FERMOVINVS, de exceptionibus praescript. &c. Lugd. 1662. IOHANNES ZANGER, tract. de exceptionibus, & alii,*

quorum nomina exhibet LIPPENIVS in *Bibliotheca iuridica*, qui tamen omnes ut plurimum exceptionum usum ad hodiernam procedendi rationem applicant, & *iuris canonici* placita subinde in subsidium vocant.

b) POMPONIVS in l. 2. D. §. 3. *de origine iuris* DIONYS. HALIC. *libr. X. antiq. Rom. p. 627. τὸ μὲν ἀρχαῖον δι βασιλεῖς αἰσίων ἐτάσσοντο τοῖς δεομένοις τοῖς δὲ*

summa Regum potestas, quam varia fit commutabilisque rerum humanarum ratio, documentum maximum. TARQUINII enim superbia & crudelitas, iniuriam populo, effecit, ut cum illo regia dignitas aboleretur, & illa iuris dicendi, quae penes Reges hactenus fuerat suprema potestas, una cum fascibus & securibus ad *Consules* transferretur. Cum vero hi summam rerum administrarent, adeo, ut non solum domi federe, senatum conuocare, patres legere, comitia habere, leges figere, seditiones sedare, cetera; sed etiam exercitus scribere, ducere ad proelia, & cum finitimis populis laceffentibus bella gerere tenerentur; saepius teste historia Romana eueniebat, ut nemo domi sederet, qui ciuium disceptantium causas cognosceret atque componeret, praesertim si sub vtriusque Consulis imperio vsque quaque esset debellandum. Ne igitur ciues, cum Consules apud hostes castram ponerent, ius suum in vi atque armis domi ponerent, & domesticis bellis rem publicam turbarent, alia via, qua huic malo mederi possent, populo Romano fuit incedendum. Quid enim de ea republica fieret, in qua, quoties bella gerantur, (quotannis autem gesta fuisse annales loquuntur) toties tabernae claudantur, leges fileant, iustitia edicantur, quae non nisi belli fine facta, & exercitu in urbem reducto, integritati suae restituerentur. Populus igitur Romanus, ubi centum & quadraginta fere annorum argumentis certissimis satis edoctus erat, consules munus tam graue,

καὶ τὸ δίκαιον ἔπ' ἐκείνων, τὸ το νόμος ἦν. Olim quamdum regnatum est in urbe, regum arbitrio dirimebantur lites, & quod iustum illi iudicassent, id erat pro lege.

ue, tamque varium, sine reipublicae detrimento sustinere haut posse, nouum & peculiarem magistratum elegerunt, qui iura, serue haut interrupta, redderet, quemque *praetorem* appellauerunt. c)

§. III.

Nouus iste magistratus cum iisdem comitiis & auspiciis, quibus consules creabantur, constitueretur, & iuris in urbe dicendi prouinciam a consulibus acciperet, collegaque eorum nominaretur, d) insignem nactus est dignitatem, adeo ut apud illum omnis esset *privati iuris potestas*. Erat enim Praetor, teste CICERONE, e) *iuris disceptator*, qui priuata iudicabat, iudicariue iudicabat, *iuris civilis custos*. Quare hunc virum adire oportebat, quicumque legibus experiri vellet, & quae intra priuatos parietes res peragi nequisset, in ea publicam fidem appellandi animum induxisset. Obseruatis igitur omnibus sollempnibus, quae vberius refert BARNABAS BRISSONIVS, f) si in ius ventum esset, is, qui actoris vicem sustinebat, causam Praetori enarrabat, de qua si non hic *extra ordinem*, seu *velo leuato* g) & *de plano*, decretum controuersiae inter-

Praetorum in iure dicendo potestas.

A 3

pone

e) POMPONIVS l. 2. §. 27. D. de origine iur. ubi praetorem ideo, creatum esse ait, quia consules auocarentur bellis finitimis, neque esset, qui in ciuitate ius reddere posset. Est & praeter hanc alia ratio, cur praetori tanta fuerit data potestas, nimirum, ut plus haberet auctoritatis patriciorum ordo. LIVIVS hist.

VI. vlt. VII. 1. III. HEINECCIUS antiq. Rom. ad Inst. libr. I. tit. II. §. 1. 9.

d) A. GELLIVS Libr. XIII. c. 15. Noct. Attic. edit. Gronou. p. 599.

e) de legibus Libr. III. c. III.

f) de formulis Libr. V.

g) Erant enim *vela* antiquitus in tribunalibus iudicum, quae,

poneret, *h*) cognoscebat, quo iure, quaque actione uti deberet. *i*) Peracta hac praetoria *cognitione*, uti vocatur *l*) & inquisita, audita, cognitaque utrinque causa, in verba litis ius componebat, actorique formulam dabat Praetor, qua data actor sibi iudicem poscebat. *m*) Consueverant enim Praetores, alium iudicem bonum quemque & ingenuum, (ut fidem exfoluerent, quam iure iurando adstrinxerant, *n*) seligere, & sollemnibus quibusdam verbis *o*) litigantibus ad ulteriorem causae cognitionem adiacere, vel ut onus cum praetura coniunctum, & ipsas Praetorum vires in tanta litium multitudine superans cum aliis

si causa ardua esset dirimenda, tribunali praetendebantur, utre perpensa accuratius, maiori etiam cum cura de re tota cognoscerent, & maturiori consilio, postquam omnia considerassent, pronunciarent sententiam; leuabantur autem vela, si causa leuior esset nec magni momenti, hinc cum *velo leuato causam cognoscere* in *L. pen. C. de naufr. it. L. ult. C. Theod. eod. idem est, ac de plano pronunciare sententiam*, conf. ANTONIVS MATTHAEI in libro de probationibus c. II. qui plura ad haec illustranda loca refert.

b) *L. I. §. 14. ff. de extraord. cognit.*

i) CICERO in *partit. c. 28. Ante iudicium de constituendo*

ipso iudicio solet esse contentio, cum, aut sitne actio illi qui agit, aut iamne sit, aut num iam esse desierit, aut illane lege hisce verbis sit actio, quaeritur.

l) *L. 1. D. de R. V.*

m) *L. 29. D. com. diuid. BRISONIVS Libr. V. p. 347. de form. cui videntur desiderantium verba haec fuisse: PRAETOR. IUDICEM. ARBITRVMVE. POSTVLO. VTI. DES, quae singularibus hisce litteris P. I. A. P. V. D. VALERIVS PROBVS testatur.*

n) CICERO pro *Cluentio: Deinde Praetores urbani, qui iurati debent optimum quemque in selectos iudices referre.*

o) CICERO in *Verr. Libr. II. c. 12. IVDIX. ESTO. SI. PARET. CONDEMNA.*

aliis communicatum leuius fieret, vel vt praeturam praetoriamque dignitatem, demandata aliis quoque viris cognoscendi iudicandique potestate, augustiorem & ampliorem redderet. Istiusmodi enim iudices solum modo a Praetore auctoritatem obtinebant, qui & huic iudicio *formulam* praescribebat, p) vt secundum eam praesens controuersia definitionem acciperet. Quo munere suscepto, (quod vix denegare cuiquam fas erat) iudex de *facti veritate*, iniuncta probatione inquirebat; nam vt Praetoris officium in *iuris cognitione* positum erat, q) ita huic sola tantum *notio r)* erat relicta, & secundum *Praetoris verba*, quam ne migraret normam, seuera lege cauebatur, sententiam ferebat.

§. IV.

Quemadmodum vero initio *ius Romanum* *directum* esset, *simplex*, & *asperum*, adeo vt nihil in eo reperias, quod mite aut moderatum dixeris, & adeo tenaces fuerint sollemnium verborum obseruatores, vt

Praetores aequitatis studio ius strictum emollire studebant.

his

p) B. BRISSON. l. c. GERARD. NOODT *de iurisdic. & imp.* p. III.

q) L. 30. D. de pact. dot. L. 22. §. 6. D. solut. matr.

r) L. 5. D. de re iudicat. GERARD. NOODT l. c. Hinc etiam imperitis litterarum haec prouincia pro re nata demandabatur, vt testatur SENECA de benef. Libr. III. c. 7. De quibusdam etiam imperitis iu-

dex dimittere tabellam potest, vbi fecisse aut non fecisse pronuntiandum est, vbi prolatis cautionibus res tollitur, vbi vero inter disputantes ratio ius dicit, ibi animi coniectura capienda est, vbi id, de quo sola sapientia discernit, in controuersiam incidit, non potest ad haec sumi iudex ex ordine selectorum, quem census in album & equestris hereditas misit.

his tamquam glebae adscripti viderentur iuris custodes, s) ita vix alia quam *pura* dabatur actionis formula, intra cuius limites tota controuersia erat definienda. Quae quamuis in *bonae fidei* negotiis ob adiectam clausulam: *ex bono & aequo*, nullum reo adferret praeciudicium; magis tamen officiebat in negotiis *stricti iuris*, in quibus sine praedicta clausula formula dabatur, t) adeo vt eam statim sequeretur condemnatio, vt ita neque vlla defensione, vel propter pactum, vel propter aliam rem reus iuari posset. v) At cum per superstitionem hanc sollemnium carminum obseruantiam haut raro eueniret, vt *summum ius summa feret iniuria*, & naturalis aequitas conceptis verbis in negotiis stricti iuris cederet, optimaque causa ex *regulis antiqui iuris* condemnaretur; ferre hoc non potuerunt iusti litium moderatores. Quare quamuis eo confidentiae progredi non potuerint, vt in *formularia* ista *iurisprudencia* aliquid mutarent, aut ius illud antiquum refrigerent, viam tamen aliquam ingressi sunt, qua aequitati magis consulere, & rigorem stricti iuris emollire possent. Saepius enim vsu venerat, vt *licet ipsa persecutio* (vti Imperator loquitur, w) *iusta*, h. e. iuri antiquo civili conformis esset, tamen iniustum esset, tali actione, aduersus eum, quicum agitur, vti.

§. V.

s) Quam verborum aucupationem ipse CICERO plus vice simpliciter irridet, non secus ac *magica sollemnia*, orat. pro Murena, Ceciana, & paslim. Conf. *Illustr.* 10H. GOTTL. HEINECCIUS in oratione de formulis Rom. iurispr. quam

exhibet sylloge opusculorum. t) DN. PRAESID. *diff. de offic. iudic.* §. 2.

v) FRANCISC. DVARENVS in comment. ad tit. D. de condictione indebiti p. 906. b.

w) Pr. *Inst. de except.*

GENERATIM.

§. V.

Vt igitur aequitati studerent, inuenerunt EX-
 CEPTIONES, quae ius actoris *stricto ac acerbo iure* in
 negotiis *stricti iuris* maxime fundatum veluti incide-
 rent, & aliquo modo infringerent. Et quum solis
 Praetoribus litium moderamen competeret, duriores
 istas formulas hisce suis exceptionibus emollire quo-
 dam modo haut factu difficile erat. x) Haec sunt,
 vnde repeti debet *exceptionum*, in *stricto ac primario*
 sensu sumtarum, origo, quae adeo in iurisprudencia
 ad posteritatis memoriam clara facta sunt, vt vix ad
 vltiorem illustrationem aliquid addi queat. Quare
 nobis propius nunc ad dissertationis nostrae argu-
 mentum accedentibus explicandum erit, quid per
 exceptionem intelligant iura nostra.

*Ideoq. exce-
 ptiones inueni-
 runt.*

§. VI.

Vidimus ex haecenus dictis, constitutas esse ex-
 ceptiones *reorum defendendorum gratia*, & in iis causis,
 in quibus *strictum ius* praeualebat, originem suam
 traxisse ex *naturali aequitate*, y) ideoque, ab omni-
 bus fere gentibus z) quasi communi suffragio fuisse re-
 ceptas, non est quod miremur. Quapropter euenit,

*Quid sit ex-
 ceptio.*

B vt,

x) vid. DN. PRAESID. *in-
 troducf. in ius Digest. §. 1. Tit. I.
 Libr. XLIV.*

y) *Pr. Inst. de except. L. 12.
 D. de dol. & met. except.*

z) Sic & maioribus nostris,
 quamuis numquam ius tot tri-
 cis inuolutum, quale Romanum

iis visum est, habuerint, varia ta-
 men exceptionum genera fuere,
 de quibus erudite diserit vir
 illustris & iudicii nostri testi-
 monio superior IO. GOTTL.
 HEINECCIUS *in element. iur.
 Germ. libr. III. tit. 5. §. CLXII.
 seq.*

vt, aliis eas *iuris naturae*, aliis *iuris gentium* dicentibus, de hoc argumento variis inter se contenderint disputationibus lreconfulti, quas vero plerique nullius esse aiunt utilitatis. a) Cum autem in iure ciuili earum vsus intelligeretur insignis, idque eam ipsam ob causam exceptionum numerum auxerit, variisque legibus corroborauerit, adeo, vt iam in foro nihil frequentius istis occurrat; ipsi legum latores & auspices maxime solliciti fuerunt, vt, quid per illas intelligeretur, planum fieret, ideoque plus vice simplici eas definiuerunt. Notissimae earum sunt, quas traderunt lreconfulti, VLPPIANVS & PAVLLVS, quorum ille exceptionem vocat: b) *exclusionem, quae opponi solet actioni cuiusque rei, ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemque deductum est.* Hic c) eam conditionem dicit, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. Sed cum inter Doctores lis fuerit mota, vtrum sub his definitionibus contineantur & dilatoriae exceptiones, quod vt negauit ZANGERVS, ita adfirmavit HAHNIVS; exceptionem in genere definitur malum CUIACIVM d) sequi, eamque *defensionem* vocare, *reo competentem*, e) & dum ad causas ciuiles respicimus, *defensionem rei, actionem*

a) VMMIVS ad *process. disput. 8. n. 15.* MARTINI in *commentar. forens. tit. XI. Ord. Sax. ind.*

b) L. 2. D. de *except. & praescript.*

c) L. 22. D. *cod. tit.*

d) In *paratit. ad Libr. XLIV. Dig. de except.*

e) *Defensio* vocatur in L. 52. D. de *iud. L. 11. Cod. de except. ibique* passim. Eleganter CICERO in *topicis: Actio est reum, exceptio clypeus & aries, quo actio infringitur.*

nem vel pro parte vel in totum elidentem aut differen-
tem. f) Ex qua posteriore definitione sua sponte
fluunt illa axiomata, quae omnem exceptionum ci-
uiliam naturam absoluunt. Horum primum erit:
*Nullam dari posse exceptionem civilem, nisi actio adsit, cui
opponatur.* Et cum porro ex iure Romano nullae da-
rentur actiones, nisi formulis ex legibus conceptae,
hae autem sua natura de iure Romano stricti iuris es-
sent, nisi adiecta esset clausula: *ex aequo et bono; nul-
la quoque exceptio erat, sine actione stricto iure fundata.* g)
Deinde, quoniam exceptio directa est contra actio-
nem, effectus, si quem habet, in eo consistit, *ut
vel actoris intentio prorsus elidatur, vel saltem condemna-
tio (quae, si actionem sequeretur, ferocius euenisse vi-
deretur) per illam minuat.* h)

§. VII.

Quoniam autem ante iudicium de ipso constituendo *Vbi exceptio-*
iudicio Romanis solebat esse contentio: ideo *in iure a* ^{nes postulandae erant.}
B 2 Prae-

f) CAROL. SIGONIVS de
iudiciis Libr. I. c. XXI.

g) IOSEPH. AVERRANIVS
interpret. iur. Libr. I. c. XIV.
n. 3. Loquimur hic de excep-
tione, in sensu rigorofo sumta,
& stricti iuris causis opposita.
Nam (I) negotiis bonae fidei
inerant ipso iure, L. 3. D. de re-
scind. vendit. L. 84. D. §. 5. de
legat. L. 7. §. adeo D. de pactis.
§. 30. instit. de except. GER-
ARD. NOODT, de iurisdic. &
imperio, p. 102. DN. PRAESES

in diss. de offic. iudic. p. 5. IO-
SEPH. AVERRANIVS Libr. I.
interpret. c. 24. n. 9. & 26. ne-
que opus erat praetoris auctori-
tate ad infirmendam actionem, &
eneruandas eius vires, sed actio
ipsa suapte natura euanescebat.
(II) Quae defensiones tollebant
ipso iure actiones, *exceptiones*
olim non dicebantur.

h) Hoc declarat exceptio-
nis definitio a PAVLLO data.
L. 22. D. de exceptionibus &
praescript.

Praetore exceptiones, vna cum iudicibus & actionibus, ⁱ⁾ antequam hic verba in ius componeret, postulabantur, ab illoque in causis stricti iuris impetrabantur, ^{l)} ita vt, nisi impetrasset reus exceptionem, condemnandus esset. Impetratae autem statim actionis formulae inferebantur, quae formula his verbis concipi solebat: SI PARET. TITIVM. DARE. OPORTERE. MEIVS. IVDEX. ESTO. EVMQVE. CONDEMNATO. Ipsum exceptiones petendi modum CICERO nobis reliquit, eumque his declaravit verbis: ^{m)} *Postulat is, cum quo agitur, a praetore exceptionem, & postea is, qui agit, iudicium purum postulat, ille, quo cum agitur, ait: Exceptionem addi oportere.* Quae verba certissimum praestant indicium, reum statim propositae actioni opponere debuisse exceptionem,

ⁱ⁾ Intererat autem hoc inter actionem & exceptionem, quod actio semper a Praetore postulanda erat, exceptio vero solum in strictis iudiciis. IOSEPH. AVERRANIVS *interp. iur. L. I. c. XXIV. n. 30.*

^{l)} Qua de causa in *L. except. D. de except.* exceptio dicitur *conditio* insita in actione, vt & replicatio in exceptione. *l. 6. b. t.* Hinc quoque praescriptiones vocabantur. *L. 91. ff. de solut. L. 7. D. qui satisfacere cog. l. 1. C. VIAC. in paratit. ad Dig. tit. de except.*

^{m)} CICERO *de inuentione*

libr. I. c. 20. de oratore libr. I. c. 37. Idem auctor in libr. II. de inuent. Atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, vt rarius incidant translationes, nam & praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones, & ita habemus ius civile constitutum, vt causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit: quare in iure plerumque verfantur, ibi enim & exceptiones postulantur, & quodammodo agendi potestas datur, & omnis exceptio priuatorum iudiciorum constituitur. B. BRISSONIVS de Formul. Libr. V. LXXIV. p. 379.

nem, quam deinde reus, inuidiam in actorem regens, eludere conabatur, ideoque in *iure* excipiendum fuisse reo, & regerendum actori ante litis contestationem, non in *iudicio*, quamuis ipsa exceptionis probatio, si modo illa actionis formula adiecta fuisset, ad iudicium differretur. Ne quid autem, quod ad illustrandum hunc veterem excipiendi modum pertineat, pratermittamus, pauca ex antiquitate repetenda esse, e re nostra censemus, ut intelligamus, qua ratione quibusque verbis exceptiones conceperint, quicumque apud Romanos ius administrabant. Idque eo lubentiori animo suscipimus, quo magis & in his formulis, ut in ceteris, quae nobis supersunt, solemniter conceptis verbis, illum sermonis prisconiorem inueniamus, quem haut satis admirandum omnibus commendant viri purioris Romanae dictionis peritissimi. *n*)

§. VIII.

Varia autem & tam multiplex erat exceptionum concipiendarum ratio, adeo, ut si, quae fuerit vel singularum, vel plerarumque natura, hic exponendum nobis sumeremus, aliud agendo recederemus a via, qua insistere constituimus; quapropter breuibus hic nos expediamus. Erant vero exceptiones *conditiones*, *o*) sub quibus Praetor excludens act-

*Quibus verbis
Romani excep-
tiones conci-
piebant.*

B 3

ris

n) GVILIELM. BVDAEVs, *uersa, cum quilibet sibi Tullianae dictionis iudicium arroget fastidio iniquissimo, & interdum putidissimo.*
In his & huiusmodi aliis prisconis conceptionibus multa erat latini sermonis gratia & elegantia: sed a paucissimis hodie animad-

o) L. 22. D. de Exceptionibus.

ris intentionem, reum a condemnatione eximebat, quam ob causam conditionate, & per particulas *conditionem* innuentes concipiendas fuisse, facile intelligi potest. Quid itaque mirum, si in omnibus excipiendi formulis, vel particulae, *SI. NON.*, vel *EXTRA. QVAM. QVOD. AT. SI. AVT. NISI* quibus *conditiones* proponi solebant,prehenduntur. Exempla ex ipso iure collecta exhibent *CVIACIVS* in *obseruationibus*, *p)* & *BARNAB. BRISSONIVS* in libro de *formulis*, *q)* quare hoc labore superfedemus, vnico tantum adlato exemplo, quo illustrauit *ILL. HEINECCIUS r)* hanc excipiendi rationem. Sic cum intenderet actor: *AIO. HVNC. HOMINEM. IVRE. QVIRITIVM. MEVM. ESSE.* statim addebat, qui rei causam agebat: *ET. EGO. NEGO. QVOD. IAM. RES. IVDICATA. SIT.* Sequiebantur *sponsiones* ex parte actoris: *SPONDESNE. QVINGENTOS. SI. HOMO. ISTE. EX. IVRE. QVIRITIVM. MEVS. SIT.?* *SPONDEO.* ex parte vero altera: *TV. VERO. SPONDESNE. NI. HOMO. TVVS. SIT. NIVE. RES. IVDICATA. SIT.?* *SPONDEO.* Denique & actio & exceptio inferebantur formulae, qua iudex dabatur, hoc modo: *SI. PARET. HVNC. HOMINEM. IVRE. QVIRITIVM. CAILE. ESSE. NEQVE. RES. IVDICATA. SIT. SEIVS. CONDEMNETVR.* Hic erat in foro Romano excipiendi ritus, in quo, quod saepius dictum est, formulis inhaerebant acerrime. At cum nostris moribus non sint recepta eiusmodi concepta &

p) *Libr. V. c. XXXIV. tom. mod. pignus. solu. L. II. §. 2. ff. IV. op. p. m. a. de pig. & hypoth.*

q) *Libr. V. c. LXXXVII. LXXXVII. r)* *Antiq. ad ord. Inst. L. IV. seq. p. 381. it. L. 8. §. 9. ff. quib. t. XIV. §. III.*

& follemnia verborum carmina, non adeo curamus, vtrum exceptiones conditionate, nec ne, scriptae, an minus proferantur. s)

§. IX.

Cum exceptiones ex tam variis, multisque causis fuerint necessariae, non potuerunt non inde oriri tot illarum species, t) vt vix quidquam in iure deprehendas, cuius plures sint constitutae. Aliae enim sunt *ciuiles*, aliae *Praetoriae*: v) aliae *perpetuae* & *peremptoriae*, aliae *temporariae* & *dilatoriae*: aliae *principales*, aliae *praeiudiciales*, de quibus speciebus hoc loco plurima proferre possemus, nisi modus adhibendus esset; quoniam tantum ea propter de *exceptionibus* quaedam praefati sumus, vt nobis via pandatur ad illas, quas *praeiudiciales* vocamus, perueniendi. Itaque misa faciamus, quae ad exceptionum diuisionem pertinent, & vt propius ad propositum nostrum accedamus, ipsas consideremus *exceptiones praeiudiciales*; quod vt eo rectius eueniat nobis, de vocis significato quaedam subiicienda arbitror, cum, vt GELLIVS eleganter ait, w) vocum latinarum scientia ad enodandos iuris laqueos multum vsu praestet.

Exceptionum diuisio.

§. X.

Dupliciter potissimum apud Romanos accipiebatur vox *praeiudicium*, ita, vt vel ad praeteritum, vel

Quid praeiudicium.

s) IOH. ZANGER. *tract. de except. Part. I. c. III. n. 20.*

t) §. 6. *Inst. tit. de Exceptionibus.*

v) *Non dicam de illis, quas ignorauit ius Romanum, quae*

tamen in nostris foris locum habent, maxime ex iuris canon. imo & Germanici vel statuarii suggestionibus.

w) *Noct. Attic. Libr. XIII. c. XIV.*

vel ad futurum tempus referretur, & nunc *praeiudicatum*, nunc *praeiudicandum* significet. x) PRAEIVDICARE autem proprie idem est, ac *prius iudicare*; ita hoc verbo utitur CICERO: y) *Quod enim senatus nondum censuit, nec populus Romanus iussit, id arroganter non praeiudico, nec reuoco ad arbitrium meum.* Et hinc *praeiudicium* quoque dicitur, quicquid iuris ante dicti iudicii exemplum aliquod adfert, quod sequuntur. Sic CICERO ait, *duobus praeiudiciis perditum ac iugulatum esse Opianicum*, z) Pari modo QVINCTILIANVS, a) *praeiudicia ad probationes refert, omnemque illorum vim in tribus generibus versari dicit, vel in rebus, quae aliquando ex paribus causis sunt iudicatae, quae exempla rectius dicuntur: vel in iudiciis ad ipsam causam pertinentibus, unde etiam nomen ductum est: vel cum de eadem causa pronunciatum est, confirmarique praecipue duobus, auctoritate illorum, qui pronunciarunt, & similitudine earum, de quibus quaeritur.* b) Verum & interdum, ut diximus, *praeiudicium ad futurum tempus est referendum, ut illud denotet, de quo prius, quam de alio negotio quaeratur, sit cognoscendum, statuendum, decernendumque.* c) Quem & hic obtinere significatum edicimus. Sed habent praeter dicta, quae *praeiudicii* vocabulo dent bene multa
Iuris

x) IACOB. RAEVARDVS
de *praeiudiciis* libr. I.

y) Libr. V. *epist. ad Brutum.*

z) *Orat. pro Cluentio.*

a) *Inst. Orat. L. V. c. II. p. 371.*
ed. Burman.

b) ita FESTVS: *Figurate*

sic etiam auctores probati praediudicium acceperunt, ut illud interdum ad res quasi praediudicatas, sola imagine & quadam translatione retulisse videantur.

c) BARN. BRIS. de *Verb. Sign. voc. Praeiuudicium.*

Iuris Consulti, quae collecta inuenies a RITTERS-
 HVSI^o in *comment. ad Instit. d)* Ita mox opponunt
 praeiudicium emolumento, e. c. *res inter alios actas
 absenti non praeiudicare: e)* mox fraudis notionem cum
 illo coniungunt. Sic saepius: *Donationem nullum
 praeiudicium dominis attulisse: f)* *veritati praeiudicium
 asserre: alimentorum causa non facit praeiudicium
 veritati, g)* &c. Nonnumquam sumitur pro interlo-
 cutione iudicis, quae sententiam antecedit, vnde &
praeiudicialis multa in Cod. Theodof. tit. de appellat:
 Praeter haec praeiudicii nomine & actio denotatur &
exceptio. Prius declarant VLPiani verba: *h)* *actionis*
verbo continetur, in rem, in personam, directa, utilis,
praeiudicium &c. Posterius patet ex inscriptione tituli
 in Digestis obuii, qui *de exceptionibus, praescriptionibus,*
& praeiudiciis agit. Modo autem singulari, & quod
 dicunt in scholis, *αὐτὸ ἐξ ἑξῆς*, datum hoc nomen est actio-
 nibus, quibus *de statu* quaeritur, quod his potissimum
 rationibus inductos sic statuisse legimus viros
 illarum rerum peritos, quod ex iis, quas dixi, si recte
 disceptentur causae, plurimarum controuersiarum de-
 pendeat decisio. Ita enim CVIACIVS: *i)* *Praeiudicium*
est omnis status quaestio, quod plerumque sequatur eam
alia, veluti de hereditate, de operis, de obsequiis, de alimen-
tis &c. & VLPIANVS: l) *Quotiens vero de hoc contendit-*
ur, an libertus quis sit, siue operae, siue obsequium de-
sideret.

C

- | | |
|--|---|
| d) <i>ad tit. XIV. L. IV. de except.</i> | b) <i>L. 37. D. de act. & obl.</i> |
| e) <i>L. ult. C. quibus res iudic.</i> | i) <i>Paratit. ad Digest. tit. III.</i> |
| f) <i>L. 19. D. de Locat.</i> | <i>Libr. 25.</i> |
| g) <i>L. 10. D. de his qui sui vel</i> | l) <i>L. ult. D. si ingenuus esse</i> |
| <i>al. iur.</i> | <i>dic.</i> |

sideretur, siue in ius vocetur, qui se patronum dicit, praeiudicium redditur. m)

§. XI.

*Praeiu-
dicial.
except. def.
nitio.*

Cum exceptionem, omnem exceptionum campum animo complexi generatim, (§. VI) *defensionem* diximus reo competentem; innuisse simul videmur, nullam exceptionem dari, nisi mota sit *actio* contra reum, seu, quod idem est, nisi adfit *causa* quaedam *principalis*, ob quam in ius vocatus sit reus. Iam vero accessuri propius ad eum, quem constituimus nobis finem, *praeiu- dicialem* exceptionem vocamus *defensionem*, de qua prius iudicium *separatum* reus postulat *instituentum*, quam de *principali causa*, interim suspendenda, quaeratur: cui addunt Dd. rationem hanc, *ne praeiudicium fiat maiori causae*. Idem illud IACOBVS RAEVARDVS, vir eruditissimus, dixisse mihi videtur, dum exceptionem praeu- dicialem, *defensionem* esse ait, *causam principalem*, ad quam pertinet, ita concernentem, ut nisi in iudicium deducatur, & prius ea, ad quam pertinet *causa*, definitionem accipiat, *finis rei*, de qua principaliter agitur, imponi non possit. Quae verba cum egregie illustrent exceptionis naturam, nostrae definitioni subiunximus, ut si quis in illa nostrum studium & diligentiam desideret, ei alia non desit, quae omnia exhibet ea, quibus *ex- ceptio*

m) it. BRISSONIVS de Verb. Sign. voc. praeiudic. Praeu- dicitium etiam vocatur quae- stio con- trouersa, causa, de qua prius cognoscendum, decernendum, pri- usquam de alio negotio quaera- tur, propter ea, quod ei praeiu- dicitium facit, unde ea iudicia, quae de statu personae redduntur, qui- bus disceptatur, an filius quis sit, an pater, an libertus, an patronus an seruus, praeiudicia vocantur.

ceptio *praeiudicialis* ab aliis omnibus dignosci queat
rectissime.

§. XII.

Ex ea autem, quam subministravimus, defini-
tione pronò alveo mihi fluere videntur axiomata, Axiomata inde
deducta.
quae omnem exceptionis *praeiudicialis* naturam ab-
soluunt. PRIMVM est: *Praeiudicialis exceptio cum
principali causa artissimo nexu cohaeret.* ALTERVM,
ab exceptione hac dependere totius litis *principalis discus-
sionem*, docet, ex quo inferimus TERTIVM: prius esse
*iudicium constituendum de exceptione hac, quam quidquam
de principali causa iudicetur.* Vnde QUARTVM deri-
vanum est: tam diu reponendam esse & suspendendam
*principalis causae cognitionem, donec iudicium de causa
huius exceptionis sit pronunciatum;* quo factò, consta-
bit, vtrum actio *principalis causae* sit adhuc admit-
tenda, vel probata exceptionis veritate protinus reii-
cienda. Has conclusiones, quas ex definitione nostra
duximus, nunc paullo accuratius considerabimus.

§. XIII.

Quod ad primum itaque attinet axioma, *praeiudicialis*
exceptionem cum causa principali artissimo Praeiudicialis
exceptio con-
nexa est cum
principali
causa.
vinculo esse connexam, nihil est quod monere
possimus, cum neminem futurum credo, qui de
eius veritate dubitet; modo perpenderit, ea inter se
connexa dici, quorum vnum alterius continet ratio-
nem. Cui notioni cum & Philosophi & Iure
consulti inhaereant, nihilo plus quam actum agere-
mus, si ea, quae non sexcenties, sed millies a Philo-
sophis decantata sunt, hic prolixiore demonstratione
repetere vellemus. Eadem enim est inter *exceptionem*
C 2 *prae-*

praeiudicalem, & *principalem causam* relatio, quae *conditionem* intercedit & *conditionatum*. Igitur vt ex *conditione* omnia, quae ex illa sequuntur, diiudicantur; ita & ex *exceptione* (quae re vera *conditio* est §. VII.) prout illa vel vera vel falsa a iudice *deprehenditur*, *actiones* & *principale iudicium* determinantur.

§. XIV.

A praediudiciali exceptione dependet totius negotii principalis discussio.

Dependet ergo a praediudiciali *exceptione principalis negotii discussio*, quod alterum nostrae definitionis *axioma* constituimus. Testantur hoc, quot sunt in iure nostro huius *exceptionis exempla*, & quoniam *ingens* illorum *numerus* & in *Digestis* *collectus* reperitur, & *plura* adhuc *Codicis* *tituli de cognitionum & iudiciorum ordine* subiiciunt, certe si in illis *explicandis* *desudaremus*, *verendum* nobis esset, ne *suffeni* *videremur*, vel *saltem* ab aliis *dicta iam satis*, *dicemus*. Igitur *vnum* potius atque *alterum* ex multis *proferamus*. Finge tibi *hominem*, ab alio, tamquam *liberto suo*, *operas* *postulantem*, *earum* *coram iudice* *exigentem*, *reum ingenuum* se *profitentem*: hoc *facto* *reponenda* *statim* est *principalis actio*, qua *operas* *exigit*, & *iudicium de ingenuitate* *constituendum*. Quodsi enim ille homo *liber & ingenuus* *declaratur*, *simul* quoque *gaudebit*, *quotquot* sunt, *ingenuitatis* *libertatisque* *privilegiis*. Quodsi *contra* quis *pronuncietur servus*, heu! quam illi *accedet* *simul* *omnium* *malorum* & *infortunii* *agmen* *acerbissimum*? quodsi *autem* *libertus* *cognoscatur*, & *simul* *omnia*, quae *libertus* *debet* *patrono* *officia*, & *colendi* & *faciendi* *necessitatem* *sibi* *deprehendet* *impositam*, quae quam *late*

late pateant, antiquitates Romanae docent. Aliud exemplum nobis suppeditat GAIUS. n) Fingit, actione *familiae eriscundae* contendere actorem, ut sibi hereditatis pars adiudicetur: reo suadet *exceptionem* SI. EA. IN. RE. QVA. DE. AGITVR. PRAEIVDICIVM. HEREDITATI. NON. FIAT.: & simul ostendit, omne actoris ius per illam exceptionem praeiudicalem determinari, qua iudicata constabit, utrum coheres sit actor, an vero spem, quam animo conceperat, misam facere debeat, seque inanibus sumtibus ipsum vexaverit.

§. XV.

Ex hoc, de quo iam locuti sumus, artificio inter *praeiudicalem* & *principalem* causam vinculo, quod adeo indissolubile est, ut si de vna tantum sit pronunciatum, alterius simul quaestionis facta sit decisio, repetendam esse rationem censeo, qua de praeiudiciis dicitur, *quod non semper requirant condemnationem*. Exempla, quae §. praec. dedimus, & hanc rem illustrent. Quod si enim quis patrono, operas exigenti, opponat, *se se ingenuum esse*: praeiudicium de ingenuitate est constituendum. Iam si iudex, cognita praeiudicali exceptione, de *praeiudicio* vel de *principali* causa pronunciauerit, semper de *utroque* pronunciatum esse intelliges. Quod si reum *ad operas* condemnauerit, simul illum in *praeiudicio* victum reperies. Absolvat denique eundem, & simul in *praeiudicio* secundum reum litem fuisse determinatam videbis. Sed quid exemplis opus est, ubi ipsa adsunt Iureconsultorum & legislatorum verba. THEOPHILVS paraphrastes manifesto

Exceptio praeiud. condemnationem non requirit.

C 3

id

n) L. 1. §. 1. D. de fam. erc.

id docet, o) dum generatim praeiudicium formulam vocat, sola intentione constantem, non condemnationem in se habentem. Et Imperator ALEXANDER ita hanc quaestionem dirimit. p) Si de hereditate mihi controversa est, & possessor hereditatis me servum dicit, praeiudicabitur omnino causa libertatis; sufficit vero ei, qui libertate vitur ad victoriam, de hereditate secundum illum esse pronunciatum. Neque haec bona sua ratione sunt destituta; breuib; enim & paucis, vnica nimirum pronunciatione, omne si absolui potest negotium, circuitiione quid opus est & anfractu? Ceterum tota res eo redit, vt iudicis in manu positum esse intelligamus, vtrum praeiudicio condemnationem adicere, an de principali causa cognoscere malit. Peculiaris hoc in argumento RAEVARDI q) est sententia, qui hanc rem in pulverem fecans subtiliter distinxit inter praeiudicia, quae in rem sunt, & quae in rem esse videntur; haec non requirere putat condemnationem, illa autem semper secum trahere existimat. Exemplo rem illustravit sequenti: Cum enim, inquit, per tuum fundum ad meum fundum viam peto, si fundum, ad quem viam peto, non meum, sed tuum esse contendis, fundo necessum est fieri praeiudicium, non autem sine praeiudicali pronunciatione. Pronunciatis enim, sic pergit, iudex de causa principali, puta viam deberi, non idcirco pronunciat, eius, cui via debetur, fundum esse, ad quem via petitur. Quae omnia quamvis sic se habuerint in Romanorum foris, tamen in nostris

o) Inst. §. 13. de Actionibus:
 ἐστὶ τύπος ἰντεντῖανος μόνης
 συγκείμενος, ἐδὲ γὰρ ἔχει κα-
 τὰ δικὴν ἐν ἑαυτῇ.

p) L. 2. C. de ord. cognit.
 q) de praeiudiciis lib. I.
 c. XV.

nostris foris vix vllum praestant vsum, cum separa-
tam hodie quaevis cognitio efflagitet sententiam.

§. XVI.

Quoniam igitur ab exceptione praeiudiciali de-
pendet principalis causae discussio; quilibet facile
intelligit, cur de exceptione praeiudiciali asseramus,
*quod prius iudicium de ea, quam de causa principali, cui
est contraria, sit constituendum.* Est enim haec supre-
ma methodi naturalis & communis philosophorum
lex, vt ordine praecedant, ex quibus intelligi pos-
sunt subsequencia. Quid igitur Iureconsultis veram,
non falsam affectantibus philosophiam, antiquius
fuisse credamus; quam vt eundem ordinem, quem
natura omnibus praescripsit, in iudiciis ordinandis
accurate sequerentur. Quare etiam ne quid prae-
postere in constituendo causarum ordine egisse vi-
derentur, ad hanc existimamus normam eum direxisse
homines prudentes, : *vt prius iudicentur, quae ceteris lu-
men affundunt.* r) Hinc quoque recte fecisse Praeto-
res existimamus, cum in eiusmodi causis connexis
actoribus *puram* denegarent actionem, reisque sui
copiam facerent, dum vel exceptione praeiudiciali
succurrerent, vel praeiudicium ei reddituros promitte-
ret, id est, se iudici praescripturos esse, de qua re prius
sit iudicandum. Quae omnia certissimum praebent
iudicium, praeiudicalem exceptionem semper in
actionem & *separatum iudicium* fuisse transmutatum,
quod prius, quam principalis causa, definiendum
erat, non a Praetore, vt quidam putarunt interpre-
tes,

*Prius de exci-
cept. praeiudi-
ciali est consti-
tuendum quam
de causa prin-
cipali cognosca-
tur.*

r) IOH. NIC. HERTII *diss. de ordin. causar. in iudicio tra-
standarum.* §. 11.

tes, fed a iudice ex praetoris formula, prout erudite contra ACCVRSIVM, & qui eum secuti sunt, observavit vir, de Romana iurisprudencia meritisimus, IACOBVS RAEVARDVS, s) Ecce, inquit, si, cum a te fundi Tusculani fructus peterem, tu fundum Tusculanum tuum diceres, nonne prius de fundi proprietate iudicandum erit, quam fructuum possit tractari conditio? Igitur quomodo Praetor actionem daturus est? purene? non utique: sed addita exceptione, quam in terminis suis non permanentem, sed in naturam & ordinem actionis transmigrantem Praetor hunc in modum daturus est: SI PARET. FVNDI TVSCVLANI FRVCTVS. SCAVRO. DEBERI. SI PRAEIVDICIVM. FVNDI. NON. FIAT. secundum ea, quae cap. 18. de except: AFRICANVS refert. Si fundi eius, ait, quem tu possides, & ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim, quaesitum est, an exceptio QUOD. PRAEIVDICIVM. FVNDI. PARTIVE. EIVS. NON. FIAT. obstet an deneganda sit? & utrobique putat Praetorem interuenire debere, nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet huiusmodi iudicii experiri. Haec AFRICANVS. Si igitur actor purum postularit iudicium, nimirum fructus deberi, & reus exceptionem hanc addendam contenderit, SI PRAEIVDICIVM. FVNDI. PARTIVE. EIVS. NON. FIAT. hoc est, ut AFRICANVS interpretari videtur, si non de fundi proprietate prius iudicandum sit, utrobique interueniet Praetor, reo nimirum pariter & actori sui auxilii facturus copiam; non pure, sed addita, quae in praeiudicium transitura est, exceptione actionem tribuens. Aliud exemplum VLPIANVS t) dedit, dum fingit, hominem bona fide possedissee hereditatem

s) de Praejud. lib. I. c. XI. t) L. 25. §. 17. D. de heredit. pet.

tatem, eundem vero hereditatis partem bona quoque fide distraxisse, neque vero pretio, (dum illud aut fors, aut infortunium abstulerit) factum esse locupletiozem, non multo post, cum nondum vsu-
 captae sint singulae hereditatis res, vero heredi innocere ius suum hereditarium, illumque, distractas res vindicaturum, possesorem earum in ius vocare. Quærit subinde, an non res hereditarias vindicans repelli possit exceptione, *quod praeiudicium non fiat inter actorem, & eum, qui venumdedit.* Alia exempla congestit laudatus HERTIVS in *dissertatione de ordine causar. in iudicio tractandarum.*

§. XVII.

Cum ex hactenus dictis constet, per *separatum* Causa principalis in suspensio habenda est donec praei. except. definitio- nem acceperit. iudicium praeiudiciale causam huius exceptionis fuisse dirimendam, recte inferimus, quod quarto loco posuimus axioma: *In suspensio habendam esse causam principalem, donec de praeiudicio lis fuerit finita, neque de principali causa actionem ante praeiudicii determinationem efficaciter natam censerit.* v) Non enim permittunt leges actionum cumulationem, vbi consequens sine antecedente explicari nequit, & vbi verendum est, ne vna actio alteram impediat, vel vt imperatores loquuntur, *perstrepere* possit. w) Hac de causa notanter leges constituunt, hac exceptione actorem *excludi*, seu interim repelli a persecutione causae principalis, donec praeiudicium finitum sit. Id indigat CAIVS x) *aiens: si is, qui possidet, neget, cum sibi coe-*
 D redem

v) L. 2. § 3. C. de Ord. Cognit.

x) L. 1. §. 1. D. famil.

w) L. 33. C. ad E. Iul. de adulter. herisc.

redem esse: potest eum EXCLUDERE per hanc exceptionem: si in ea re, de qua agitur, praeiudicium hereditati non fiat. Eundem in sensum accipiendus est pontifex y) in decisione hac: *inquisitioni tuae taliter duximus respondendum, quod cum, exceptione consanguinitatis probata, quaestio principalis perimatur, ante est cognoscendum de ipsa, quam ad definitionis articulum procedatur.* Ex quibus omnibus ultimo loco inferimus, exceptionis praeiudicialis discussionem operari *exceptionem rei iudicatae* in causa principali. Et hae sunt istae ex definitione nostra haustae conclusiones, quas adeo exceptioni praeiudiciali proprias deprehendes, ut si tibi vel totum sumas inspiciendum exceptionum gregem, non inuenias, cui id tribuere possis, quod dedimus praeiudicialibus. Hinc veram esse *regulam*, quam tradunt Iureconfulti, z) intelligimus, quod, quotiescunque reus conuentus obiiciat ea, quae prius probanda sunt, quam actionis intentio; toties adesse debeat exceptio praeiudicialis. Ea enim ceterarum exceptionum ratio habetur, ut non prius de illis cognoscatur, quam si actionis fundamentum aliqua saltem ex parte sit probatum. Actor enim vel probat actionis fundamentum, vel non; quodsi probare illud non possit, nec opus est, ut de *exceptionibus* cognoscatur; si vero probauerit, tunc demum de exceptionibus est iudicandum, videndumque, vtrum sint admittendae an potius reiiciendae. a). Quae aliter se in nostra exceptione habere, euictum iam satis esse credo.

§. XVII.

y) c. i. X. de ord. cognit.

inst. de except. §. 13.

z) VDALR. ZASIVS ad Tit.

a) L. 19. C. de Prob.

§. XVIII.

Exposita iam, prout vires suffecerunt, *exceptionis praeiudicialis* natura atque indole, videndum nobis adhuc erit, ad quod *exceptionum genus* eam aptissime referri posse credamus. Duo potissimum exceptionum genera constituunt Iureconsulti; quorum alterum *dilatorias* seu *temporales*: alterum *peremptorias* seu *perpetuas* complectitur. *Temporales & dilatoriae* vocantur, quae ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt. *Verzögerliche Schutz-Reden*. *Perpetuae & peremptoriae* sunt, quae semper rem, de qua agitur, perimunt. *Zerstörliche Schutz Reden*. b) Ad quodnam vero genus *exceptio praeiudicialis* est referenda? Plerique interpretum eam *dilatoriis* accensent. c) Verum cum illam accuratius consideramus animo, haut raro evenire animadvertimus, quod illa totam perimat litem, idque toties fieri cognoscimus, quoties reus in exceptione victor decedit, quod efficit, ut illi iure optimo etiam locum inter *peremptorias* vindicare non dubitemus. Cum autem hanc, de qua diximus, vim non semper habeant, nec iis inter *peremptorias* fixam sedem dare possumus; qua de causa nihil aliud superest, quam ut eas ad *anomalas* potius referamus, quarum ea est natura, ut modo *dilatoriae*, modo *peremptoriae* sint, & ex utriusque natura aliquid participant, prout probatae sunt, vel reiectae. Eo enim casu, quo actor eam non satis probare, nec extra omnem dubitationis aleam ponere valet, ad *dilatorias* referri posse praeiudicalem hanc exceptionem, nullum est dubium.

Verum Exceptio praeiud. dilatoriis an peremptoriis sit adnumeranda?

D 2

Re-

b) Inst. J. 8. 9. 10. de Except. L. 3. ff. t. eod.

c) IOH. ZANGER, intract. de except. P. II. c. X.

Reiecta enim illa, de principali negotio cognoscitur, neque quidquam aliud commodi reo euenit, quam vt intelligat, iudicium aliquantis per fuisse dilatatum, sibi que periculum imminere, vt reiecta exceptione in *expensas* condemnetur.

§. XIX.

*Verum ante
L. C. sit oppo-
nenda, & illi
euentualiter
L. C. subim-
genda.*

Supereft, vt prius, quam hoc argumentum dimittamus, adhuc inquiramus, *quonam tempore* exceptio praeciudicialis in iudiciis fit opponenda. Variam autem nec semper eandem esse exceptionum in iudiciis proferendarum rationem, ex eo constat, quod diuersum in *dilatoriis*: & rursus diuersum in *peremptoriis* obtineat. De dilatoriis exceptionibus notum factis est, eas, secundum commune ius, quouis tempore ante *litis contestationem* opponi posse & probari; *d*) neque enim ex legibus Romanis prius litem contestari tenebatur reus, quam exceptionibus suis fuerit satisfactum plene. *e*) *Peremptoriae*, quamuis olim in stricti iuris iudicii formulae infererentur: tamen leges iuris communis permiserunt, vt post litem contestatam referri atque opponi queant. *f*) Probatio vero illarum differebatur, donec actor intentionem suam probauerat. *g*) Verum cum nostra exceptio ad vtrumque genus referri possit, merito quaeritur: vtrum ante litis contestationem an post illam sit opponenda? Atque eam ante litis contestationem opponi semper debuisse, non est quod dubitemus, cum eius

d) L. 22. ff. de except. L. 13. eod.

e) L. 19. C. de Prob. MARTINI *com. forensi. ad ord. proc. Sax. tit. XI. §. 1. n. 79.*

f) L. 4. & 8. C. de except. PRAES. in Iur. Eccl. tom. II. tit. XXV. §. 8.

g) PRAESES l. c.

eius cognitio totum de *principali causa* iudicium praecedat, neque secundum ius commune reus ad litem contestandam in causa principali adstringi possit, donec de ea cognitum fuerit. Ast posteaquam & *recessu imperii de anno dlo lō oliv.* & plerisque *processuum ordinationibus* constitutum est, vt omnes dilatoriae exceptiones in primo termino sub poena praclusi proponantur, adeo vt hac in re neque rei neque iudicii arbitrio, vt olim obtinuit, *b)* quidquam relictum sit; necessarium quoque est, vt eae in primo termino opponantur actioni. Et cum iisdem quoque legibus cautum sit, vt exceptionibus euentualis adnectatur litis contestatio, *i)* reum consulere suis rebus censeo, si & praedudiciali exceptioni eandem subiungat, quippe quae, si exceptione vicerit aduersarium, illi praedudicio esse nequit. Si vero litem non fuerit contestatus, neque exceptione actorem remouerit,

D 3

nihil

b) c. 4. X. tit. de except.

i) Quod cum ad abbreviandum litium anfractus multum conducatur, stricte obseruant forae Saxonica, vid. MARTINI in *com. ad ordin. iud. Saxon. tit. XI. Ord. Proc. Magdeb. c. XVII. §. 1. & ordinat. do die 21. Jun. 1713.* qua Rex noster clementissimus, vt nefariae istae, quibus iustitiae cursus impeditur, circuitiones praescindantur, constituit; Weil auch der Lauf Rechts durch die unnötige dilatori-

sche Einwürffe am meisten unterbrochen wird, so soll hinkünftig nach geschehenem Vortrage, der Beklagte alle und iede exceptiones dilatorias, deren er sich zu bedienen vermeinet, zugleich opponiren, und euentualiter auf die Hauptsache mit antworten; würde aber iemand diesem nicht nachkommen, und nach der litis contestation einige dilatorische exceptiones vorschürzen wollen, so soll er damit ferner nicht geböret werden.

nihil certius euenturum illi credo, quam vt hac iudicis sententia condemnnetur: *Dass Beklagter seines Einwendens ungeachtet, auf die erhobene Klage sub poena confessi & conuicti sich einzulassen, und weil er solches anietzo nicht gethan, die Unkosten des Termins, so hiermit auf &c. &c. zu müssigen, Klägern zu erstatten schuldig. l)*

§. XX.

De actionibus
praeiudiciali-
bus.

Haec sunt, quae de *exceptione praeiudiciali* generatim, priusquam alterum disertationis nostrae caput aggredieremur, praemonenda esse censuimus. Vnum adhuc huic argumento subiungere liceat. Diximus iam supra, praeiudicia & *exceptionum* nomine, & *actionum* in iure contineri, & cum de *exceptionibus* iam locuti simus, nunc *actiones praeiudiciales* consideremus necesse est. Loquitur de iis Imperator in *Institutionibus* §. XIV. de *Actionibus*, easque hoc nomine denotat, quibus de alterius *statu ciuili* disceptatur. Cum vero omnis de *statu* quaestio aut sit de *libertate*, aut de *ingenuitate*, aut de *ciuitate*, aut de *familia*, totidem quoque praeiudicialium actionum species sunt constitutae, quae ab Imperatore loco citato recensentur. *m)* In denominationem harum actionum diuersis modis ab eruditis inquiritur. Putant enim alii, *praeiudiciales* eas vocari, quia harum iudicium ceteris omnibus praecedere debeat: alii, quia aliis causis quandoque praedictum adferunt; nec desunt, qui eas ea propter sic dictas arbitrentur, quoniam vt aliis causis

l) B. STRYK in *Diff. de euentual. lit. Contest. §. 18.*

m) De quibus omnibus ple-

ne diserit VINNIUS, & quotquot eruditis commentariis Institutiones illustrant.

causis praeiudicium faciant, ex professo instituuntur. n) CUIACIUS ob argumenti grauitatem hoc nomen illas exigere docet. o) *Causae liberales*, inquit, *ea propter praeiudicia vocantur, quod iudiciis liberalibus nulla grauiora esse possint, vt merito obstant ceteris litibus futuris, vel de alimentis, vel de operis, obsequiis, vel de rei vindicatione, vel de hereditate, vel de crimine, eique praeiudicium faciant, non etiam ipsa patiantur per eas, si forte praecesserint.*

§. XXI.

Verum inficias ire non possum, mihi magis ar-
 ridere Raenardi de il-
 lis pecuariis
 sententia. RAEVARDI sententiam, quam a communi
 Doctorum opinione segregatam habet. Argumentis
 vir laudatus suo pondere haut destitutus, declarat,
non omnes, quibus status conditionisue questio mouetur actio-
nes, praeiudiciales nominari posse, sed eas demum hoc no-
men mereri, quas causa aliqua principalis praecesserit, ad
quam vt exceptiones pertinent, adeo vt actiones praeiu-
diciales sint exceptiones in iudicium deductae. Ipsa
virum insignis verba hic inferere iuuabit: p) Vt vnum de
tot erroribus, quibus inuoluti sunt interpretes, recenseam,
existimant illi actiones omnes, quibus status conditionisue
questio tractatur, praeiudiciales nominatas; quo nihil pot-
 est

n) ARNOLD. VINNIUS in *enim de alimentis vel de crimi-*
Comment. ad Inst. §. 14. de nibus aut bonis, vel aliud quod-
 A7. *libet iudicium, & praeiudicium*

o) in *Paratitl. ad tit. D. denique aliis iudiciis faciunt, non*
de liberati causa, & in notis etiam patiuntur.

ad *Instit. tom. I. oper. pag. 62. p) De praeiudiciis libr. I.*
 haec nobis exhibet: *Impediunt c. XII.*

est dici absurdus. Quomodo enim liberalia iudicia ab actionibus illis differre aliter dixeris, quam quod haec ad causam aliquam pertineant, indeque nomen acceperint; illa vero quum per se sent, causae nullius respectu tractentur. Igitur sine praeiudiciis subsistunt iudicia, sine quibus praeiudicia non subsistunt. Idque mihi visus est diuus AMBROSIVS voluisse, sic de interpellat. libro II. c. 3. scribens: Non enim patitur praeiudicium cui non est iudicium. Itaque ad ingenuitatem & iudicio & praeiudicio proclamari solet: iudicio, si eius, qui pro seruo detinetur, nomine, domino liberalem quis scribat dicam, quo pertinet titulus de liberali causa, in quo ne semel quidem praeiudicii mentio fit; praeiudicio, si quum patronus in ius libertum duxisset, ille se declararet ingenuum, quo casu quod prius de liberti quam patroni intentione iudicetur, ideo ad ingenuitatem praeiudicio fieri proclamatio dicitur. Et eo haut dubie referendus est de actionibus praeiudicialibus Iustitiani locus, sub tractatu de actionibus Instit. Libr. IV. Non inde ergo praeiudiciales actiones dictae sunt, vel quod in iis magnum praeiudicium vertatur, vel quod aptae sint aliis praeiudicare causis, vel denique quod per illas impediri videatur, ne praeiudicium feratur, ut plurimi somniant; verum inde potius, quod prius ad quas pertinent causas per datum iudicem expediantur &c. Cui sententiae (si modestius fuerit prolata) conuictus subscriberem, nisi communis interpretum doctrina utique in foro esset recepta, quae omnia nunc ambitiosius inquirere & in digitos mittere, nihil attinet. Quare hunc potius disputationis nostrae statuimus finem, & ad praecipuum opellae nostrae caput progredimur.

CAPVT ALTERVM
DE
EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI
IN CAVSSIS CRIMINALIBVS.

§. I. **T**ransficio. §. II. Romanis delicta erant duplicis generis, a) priuata, b) publica. §. III. Publica quamuis a priuatis diuersa ratione iudicarentur, reo tamen in his iudiciis concedebantur exceptiones. §. IV. Inter quas & praeiudicialis locum habebat. §. V. Hinc variis praeiudiciis remoueri poterant accusatores. §. VI. Id quod & in Germanorum publicis iudiciis obtinebat. §. VII. Imitabantur enim Germani in his iudiciis Romanos. §. VIII. Vsque dum inquisitorius processus introductus est, qui tamen reis excipiendi facultatem saluam reliquit. §. IX. Regulae traduntur de iudiciorum ordine. §. X. De crimine prius cognoscendum regulariter, quam de civili causa. §. XI. Nonnumquam vero ob exceptionem praeiudicalem, prius indicatur de causa civili, quam criminali. §. XII. Id quod exemplis illustratur. a) In crimine plagii, b) si de vi publica agitur. §. XIII. In crimine turbae publicae. §. XIV. In crimine bigamiae. §. XV. Crimen per exceptionem praeiudicalem in iudicium deductum praeiudicatur crimine principaliter moto, quod illustratur exemplo. §. XVI. De iudice competente in exceptione praeiudicali, vel civili & criminali. §. XVII. vel criminali & ecclesiastica. §. XVIII. De abusu exceptionis praeiudicialis. §. XIX. Conclusio disertationis.



§. I.

Vm vsque adhuc de exceptionibus & prae- *Transficio.*
iudiciis disputauimus, & generatim
quaedam, de origine & antiquitate
harum rerum, iudiciorum priuato-
rum apud Romanos forma, aequitatisque & necessi-
tatis

tatis in concedendis exceptionibus confinio, & quae sunt huic generi familia, contemplati sumus; attulisse ea nobis videmur, sine quibus reliqua vel plane non, vel incertius saltim intelligi posunt. His itaque veluti fundamentis positis, quibus ea, quam nobis sumimus pertractandam, doctrina de *exceptionibus praeiudicialibus in causis criminalibus* superstrui debeat, iam manus operi diligentes admoveamus, & ad finem perducere conemur, quem tunc demum attigisse mihi videbor, si planum fecero, primo Romanos, & iustos illos homines, maiores nostros, neque ignorasse hoc exceptionum genus, neque usum earum in causis capitalibus neglexisse, & deinde secundo loco exemplis demonstrauero, quem usum, quemque insignem in causis, quae hodie aguntur, *criminalibus* habere soleant, effectum.

§. II.

Romanis duplicis generis erant delicta, priuata, & publica.

Promissa itaque vt impleamus, fidemque datam exsoluamus, rituum, qui apud Romanos olim obtinuerunt, studiosi, praecipuos ex iis, qui huic loco & argumento conueniunt, expendamus. Primum igitur, quod Romanis non omnia delicta paria fuerint, neque vno eodemque modo in illa animaduersum, nemini, qui eorum fora perlustrauit, ignotum esse potest. Semper enim, quot quot erant harum rerum periti, πολυθρύλλητον illud Stoicorum decretum, quo omnia peccata aequalia fuisse, veluti e sublimi loco pronuntiabant, derisui habebant. Quis enim eorum crediderit,

Tantumdem vt peccet idemque

Qui

*Qui teneros caules alieni fregerit horti
Et qui nocturnus diuum sacra legerit. a)*

Quare magnum semper inter delicta discrimen ad-
mittebant, quorum alia erant *privata*, alia publica
ipsa iudicandi ratione diuersissima. *Privata* quibus
& *maleficiorum* nomen erat, *b)* ea dicebantur, ex qui-
bus agebat *forensi actione c)* ille, qui vel dominus erat,
vel cuius, (quod leges habent) *d)* intererat, delictum
non esse commissum. Quorum persecutionem
omnia cum ceteris *ciuilibus actionibus* communia ha-
buisse, quum constat; neque diuersam fuisse *exci-*
piendi rationem legimus. Quare & in his causis prae-
iudicialibus exceptionibus locum fuisse statuimus.

§. III.

A priuatis maxime differebant *delicta publica* seu
crimina, *e)* quae grauius prae ceteris reipublicae sa-
lutem offendisse, Romanis videbantur, ac de qui-
bus publicae exstabant leges. *f)* Haec ubi in iudi-
cium

*Publica quam-
uis a priuatis
diuersa ratio-
ne iudicaren-
tur, reo tamen
in his iudiciis
concedebantur
exceptiones.*

E 2

a) HORAT. lib. 1. satyr. III.

b) Pr. Inst. de Obl. quae ex
delicto nasc.

c) Hae actiones erant vel *ci-*
uiles, veluti iniuriarum ex L. Cor-
nel. & damni ex L. Aquil. &
furti nec manifesti: vel *hono-*
rariae, vt furti manifesti, &
honor. raptorum vel etiam in-
iuriarum ex Praetoris edicto.

IAC. CUIAC. in paratit. ad D.
Libr. XLVII. tit. 1.

d) §. XIII. Inst. de Obl. quae
ex delict. nasc.

e) Delicta enim proprie sunt
privata, crimina publica. L. 131.
in f. de V. S.

f) L. 1. D. de publ. iud:
Non omnia iudicia, in quibus
vertitur crimen, *publica* sunt,
sed ea tantum, quae ex legi-
bus *iudiciorum publicorum* ve-
niunt, vt Iulia Maiestatis, Iulia
de adulteriis, Cornelia de Si-
cariis & venef. conf. CAROL.
SIGONIVS Libr. III. de iudic.
cap. II.

cium veniebant, ac animaduertendum erat publica vindicta in hominem scelestum, eorum & persecutio, totusque agendi modus, priuatorum delictorum discussionis adeo erat dissimilis, vt nec per *actiones* ordinarentur, neque quidquam simile haberent cum illis, magnaque eorum esset diuersitas & in *instituen- do & exercendo*. g) Quod insigne quamuis inter *iudicia publica & priuata* intercederet discrimen; nihilominus tamen & homo, in rempublicam iniquus, defensionum ope, & famae, & capitis periculum propulsare poterat. Crudele enim atque inhumanum, & a iustitia, sanctissimo iudiciorum fine, valde fuisset alienum, in leuioribus causis tot, tamque varias reo concedere exceptiones, eidem vero illas denegare in *iudiciis*, vbi non, vt Doctores loquuntur, de glande legenda, non de calce fodienda, non de partibus lucri ex societatis contractu debiti, non de tribus postumi capellis, neque de tritico cum oleo legato, sed de fortuna, fama, & sanguine hominis, quibus nihil est in orbe terrarum praestantius, disceptatur. Quare si vnquam reo concedendae fuerunt & admittendae exceptiones, quibus, vel feroces istas actiones prorsus elidere, vel saltem capitalem iudicum sententiam emollire aut suspendere posset, in his profecto tam arduis & maioribus causis illi non erant denegandae. Neque fuerunt Romani tam immanes, vt repellerent reorum defensores, quin potius magnum eorum numerum admitterent, vltroque reis, quoquo modo posset, se defendendi darent potestatem. h)

§. IV.

g) *Pr. Infl. de publ. iud.*

h) Pluribus hoc ostenderunt

§. IV.

Exceptiones *praeiudiciales* igitur, cum iuxta *Inter quas & exceptio praeiudicialis locum habet.* cum ceteris ipsam naturalem aequitatem, prout *cap. 1.* ostensum est, habeant veluti auctorem; vsus illarum in his grauisimis causis, quae publicis iudiciis agebantur, nequaquam negligi poterat. Immo illas ceteris frequentiores fuisse, nescio an non colligi possit ex antiquitatum documentis iudiciorumque apud Romanos publicorum forma, qua nihil tam adcommodatum ad rei salutem, nihil tam conueniens expediendi se laqueis fuisse constat, quam defendere se *exceptionis* huius praesidio praestantissimo. Quemadmodum enim haut leui macula adsperebatur vitae integritas, si cuius nomen inter reos fuerat receptum; id quod colligi licet ex *vestium mutatione*: ita egregie rebus suis consuluisse videbatur, si quis actori opponebat *exceptionem praeiudicialem*, cuius hic erat insignis effectus, vt sicuti in ciuilibus causis reus ex iure Romano litem contestari non teneretur, nisi exceptio haec fuisset remota: sic & accusatus non

E 3

prius

illi ingenio & doctrina praestantissimi viri, qui antiquam iudiciorum formam (rem hercle ancipitem & dubiam) obscurissimisque antiquitatum inuolucris obiectam non sine maxima nominis sui gloria illustrarunt. Horum praecipui sunt *BARNAE. BRISSONIVS* qui de hoc argumento *c. 1. Libr. 11. antiq. select.* egit. *CAROLVS SI-*

GONIVS qui de veterum iudicis duos composuit libros, quorum alterum formam priuatorum, alterum publicorum iudiciorum sistit, quibus merito iungendus *III. IOH. GOTTL. HEINECCIUS* qui *libr. IV. Antiq. Rom. tit. XVIII.* hoc argumentum erudite, id est, vt adfolet, explanauit.

prius inter reos reciperetur, nisi iudicium de exceptione fuerit constitutum, atque definitum. ^{z)}

§. V.

Hinc variis
praeiudiciis re-
moueri pote-
rant accusato-
res,

Varia autem ratione *praeiudiciis* submoueri poterant accusatores in Romanorum iudiciis. Primo enim quoniam Romani nihil praestantius putabant, quam integrum esse vitae, scelerisque purum, adeo ut his illis mori videretur, qui famam amisisset; admodum prouidi erant in eiusmodi causis, quae tantum ponderis habebant, ut Romani ciuis caput, vel fama in discrimen veniret. Quare cum scirent, homines scelestos non raro linguam manumque alere ciuium sanguine, atque fauce improba iurgii causam inferre sanctissimis moribus, non quemuis ad accusandum proflire patiebantur, ne effraenata accusandi licentia in calumniam abiret. Hinc eam ipsam ob causam repellebantur a foris serui, famae macula seu calumnia notati, iudicio publico damnati, & qui sunt eiusmodi farinae homines. ^{l)} Quod si igitur quis ex horum numero in ius vocasset aliquem, hic, antequam eius nomen inter reos deferretur, *praeiudicium* postulare poterat de *accusatoris statu*, quo clarum fieret, vtrum illi accusare liceret nec ne. ^{m)}

Dein-

^{z)} ULPIANVS L. 15. §. 7. ff. ad L. Iul. de adulter. praescriptio- nes, quae obici solent accusanti- bus adulterii, ante tractari dixit, quam quis inter reos reciperetur.

^{l)} L. 4. D. de accusat. & in- ser: Praeter hos & alii prohibe-

bantur ab accusando, alii pro- pter sexum, alii propter aetatem L. 3. D. eod. veluti pupilli, mu- lieres, nisi scil. parentum, li- berorumque mortem &c. vin- dicarent.

^{m)} CICERO ad HEREN- NIVM libr. 1. cap. XII. §. ult:

Deinde etiam nomen suum ex reorum numero liberare, & triste illud publicum iudicium declinare poterat accusatus, si accusatori per anticategoriam *n*) crimen obiiceret *maius & grauius*, quam illud, ob quod ipse in iudicium fuerat vocatus. Quod vbi factum erat a reo, causa *maioris criminis* praeferebatur *minori*, quamuis prius delato, *o*) excuius euentu iudex demum cognoscebat, an accusatori priori permittendum esset, accusationem prius depositam & suspensam vterius persequi. Denique cum id esset negotii datum oratoribus, vt reum quoquo modo defenderent, *p*) saepius in eorum scriptis ad *praeiudicia* eos prouocasse videmus, dum crimen rei quidem faterentur, sed iure id admisum exciperent, dum occidiste reum hominem vltro concederent, sed vt latronem, exsecasse, sed vt raptorem. *q*) &c. cuius rei plura exempla exstant in orationibus, a Romanis reorum defendendorum gratia habitis. *r*)

§. VI.

in publicis quaestionibus cauetur legibus, vt ante, si reo commo- dum sit, iudicium de accusatore fiat, vtrum illi liceat accusare, nec ne?

n) L. 19. C. qui accusare non poss. De hac ἀντικατηγορία vberius & erudite egit IAC. CUIACIUS *Libr. XX. Obs. VII.* & QVINCTIL. *Inst. Orat. Libr. VII. c. 2. p. 601. ed. PETR. BURMANN.* Cui anticategoriae non dissimile genus est, quod dicitur ἀνίσχυλημα

quae *defensio est*, & contraria insinulatio & recriminatio quaefique criminis relatio. QVINCTIL. *Libr. VII. c. IV. p. 625. seq. GVIL. BVDAEVS adnot. ad Pand. ex l. vlt. tit. IX. de senatoribus.*

o) L. 1. Cod. qui acc. non poss.

p) CAROL. SIGON. *Libr. II. de iudiciis c. 19.*

q) QVINCTIL. *Inst. Orat. Libr. VII. c. IV.*

r) Huc referri possunt im-

§. VI.

*Id quod & in
Germanorum
publicis iudiciis
obrinebat.*

Ex his, quae vsque adhuc attulimus, euictum iam satis esse arbitror, non alienas fuisse a iudiciis Romanorum publicis, quibus crimina perfequebantur, *exceptiones praeiudiciales*. Itaque nunc aliena fora relinquimus, patriamque nostram reuifimus, consideraturi, quid olim in nostris foris iuris sibi vindicarent *exceptiones praeiudiciales*, & deinde, quem hodie in causis criminalibus habeant effectum. Quod si vero antiquam Germanorum de criminibus iudicandi rationem contueamur accuratius, vix alium vllum iis cognitum fuisse causarum tractandarum ordinem, quam qui ab *accusatione* ordiebatur, deprehendimus. Vbique enim patriae leges inspicientibus nobis se offerunt variae multaeque de instituentis rite *accusationibus* leges, adeo vt numquam certis argumentis id a nobis probari possit, iudices Germanorum sua sponte obuiam iuisse sceleribus, aut ex *officio* compulsos flagitiosos traxisse in iudicium. Quid, quod prohibitum legibus erat omne iudicium, cui non praecederet *accusatio*. s) Et quamuis negari haut possit, praecipuum iustitiae praefectorum fuisse officium, vt flagitiis coopertos homines

primis CICERONIS pro Cluentio & Milone orationes.

s) Capitul. Libr. VII. c. 359. Placuit, vt nullus quemquam clericorum aut laicorum de suspitione aliqua iudicare praesumat, similiter nec sine accusatore legitimo, quia pessimum & peri-

culosum est, quemquam iudicare de suspitione, aut sine legitimo accusatore quempiam damnare. Huc etiam pertinet trita illa sermone paroemia, quam in veteribus in Specul. Saxon. Libr. 1. art. 62. Wo keyn Kläger ist, do sal och keyn Richter sien.

mines, ne se securos putarent, persequerentur, prehensis tamen ad reliqua progressum esse, iudiciorum ordine ab *accusatione* inchoato, *r*) constat.

§. VII.

Cum igitur Germanis iste causarum tractandarum in capitalibus iudiciis fuerit ordo, quem *accusatorum processum* vocamus, illique Romanos in iudicio formando potissimum fuerint imitati, *v*) legesque seculi (quo nomine maioribus nostris *Romanae* veniebant *w*) respexerint; non est quod miremur similitudinem, quae intercedit inter Germanorum Romanorumque iudicandi rationem. Quemadmodum enim accusandi libertatem, certis suis finibus circumscriptam habebant Romani, nec proletarium quemque admittit Praetor; ita eadem ratione, a maioribus nostris, legibus cautum fuisse deprehendimus, ut arcerentur ab accusationibus, infamia laborantes, *x*) criminis publici rei, *y*) quique in fide fallaces reperi essent, *z*) & homines, qui ad ima subsellia referendi censebantur. *a*) Ex quibus cum satis appareat, admodum similes fuisse Germanorum leges Romanis; haud dissimilem excipiendi modum fuisse colligimus. Quare nec magis dubium est, apud Germanos *praeiudicio* reum accusatorem submovere potuisse, si vel illi sta-

Imitabantur enim Germani in his iudiciis Romanos.

F tus

r) Ill. HEINECCIUS in *Elem. Iur. Germ. Libr. III. tit. IX. §. 309.* *y*) *Ibid. Libr. VI. §. 397. Libr. VII. §. 369. §. 453.*
v) Ill. HEINECCIUS *l. c. in nota §. 310. subiuncta.* *z*) *ibid. Lib. VII. §. 427.*
w) *Capitular. Libr. VII. §. 88.* *a*) Plura huc spectantia ubique reperiuntur in patriis legibus & speculis *Saxonico & Suevico.*
x) *Capitul. Libr. VII. §. 99.*

tus quaestionem moueret, vel maius aliquod crimen obiceret. Neque opposita *praeiudiciali exceptione*, in illa iudicanda aliter procedere poterant comites, seu illi, quibus maiores nostri iuris dicundi mandauerant potestatem, quam vt iudicium de principali causa (ne res tumultuarie peragerentur) tamdiu suspende- rent, donec de exceptione reo fuerit satisfactum. Id ipsum enim exceptionis nostrae natura efflagitat, cum nihil sit tam naturale, quam vt prius cognoscantur ea, de quibus cetera dependent.

§. VIII.

*Postea inquisi-
torius proces-
sus introductus
est qui tamen
aeque reis ex-
cipiendi facul-
tatem saluam
reliquit.*

Postquam nec incogititas omnino fuisse maio- ribus nostris *exceptiones praeiudiciales*, neque illos ab earum vsu abhorruisse vidimus, nunc ad sequentia secula animum adiungendum esse putamus, quaeque iis temporibus exceptionum fuerit conditio, quidque hodie praesent in causis, disquirendum. Immuta- tam nunc quidem videmus publicorum iudiciorum formam, posteaquam ius canonicum procesum in- trodixit, quem vocant *inquisitorium*, a) illumque Ca- rolina Nemesis recepit. Quo euenit, vt multo rariores nunc in foris nostris sint *accusationes*, quam *inquisitiones* ex iudicis officio institutae, imo pene ab illis exulent. b) Verum non omnia adeo hac muta- tione sunt perturbata, vt ima summis mixta esse pu- tandum sit, prout nonnullis quidem visum est, sed multa imo plurima adhuc veterum morum vbique depre-

a) CHRIST. THOMAS. in *diff. de origine proc. inquis.* Dn. PRAES. in Tom. IV. Iur. Eccl. tit. de accusat.

b) Celeb. IOH. SAMVEL. FRIDA. BOEHMER. in *elem. iurispr. crimi- nal.* Sect. I. c. IV. §. 84. edit. alt.

deprehendimus vestigia. c) Praesertim vero in exceptionibus concedendis semper fuerunt iudices admodum liberales, hominique, vel in famae, vel in vitae periculum adducto permiserunt quidquid est exceptionum, idque omne quantum est, ad salutem rei defensionemque adcommodarunt. Non enim, nisi ipsam aequitatem ex iudiciis proferbere velimus, eradicari possunt *exceptiones*, quas eam ipsam ob causam, contra strictum ius, in ciuilibus introduxisse vidimus Praetores. Quare & quotquot sunt rerum criminalium scriptores, vno ore suadent, omnes reo vias esse aperiundas, vltroque illi offerenda remedia, quibus quantum fieri possit, declinare queat, atque euitare inquisitionis incommoda funestissima, quibus vlla ex parte fama, vita, corpus, & facultates ipsius affici possunt. d) Qua propter non mirandum est, si in exceptionibus cumulandis, quibus *defensionem pro auerrenda* instruere satagunt, adeo deprehendamus occupatos in limine inquisitionum, inquisitorum defensores, vt veluti plaustra illaram nobis aduehant, & magnae molis libros de *exceptionibus* nobis conficiant.

F 2

§. IX.

c) Ill. HEINECCIUS in *elem. iur. Germ. libr. III. tit. IV. §. 344. 351.*

IAC. HEILS in *iudice & defensore inquisit. cap. III. §. 22. 23.*

d) CARPZOV. *Quaest. Criminal. 107. n. 66. Quaest. 115. n. 23. GRANTZIVS Defens. Inquisit. c. II. membr. 1. seq. CHRIST.*

IVST. OLDECKOP. *contr. CARPZ. Quaest. IX. p. 132. &c. Obs. Criminal. tit. I. obs. IV. tit. I. obs. X. n. 14.*

§. IX.

Regulae de iudiciorum ordine.

Inter has exceptiones, non vltimum sibi vindicare locum exceptionem *praeiudicialem*, rem esse credo extra omnem dubitationem positam. Igitur nunc potius eius vsum primariumque effectum pro viribus considerandum existimo, quam longa verborum circuitione rem demonstrare certissimam. Non autem video, qua ratione rectius officio meo satisfacere queam, quam si hic regulas istas commemorem, ad quarum normam exigi volunt omnes causarum cognitiones, viri, ad id iudicum provincia exornati, vt litigantium turbis adessent, & consilio, & sententiis & auctoritate sua. Quemadmodum enim ea est communis omnium rerum ratio, vt non rectius peragi queant, quam si, quo nihil pulcrius nihilque praestabilius censetur, cuiuslibet suus constet ordo; ita haec fuit iurconsultorum maxima cura, vt omnis in iudiciis, causisque tractandis, praepostere agendi modus, quo dubito an vquam quid esse possit deterius, euitaretur. Et eam ipsam ob causam duas has nobis constituerunt regulas, quae in recta ratione fundamentum suum habentes certissimum omnis mutationis sunt expertes, quarum altera est: *praecedant cognitiones, sine quibus reliqua intelligi non possunt*; altera: *praeponaturs causa, si concurrunt, grauior leuiori*. Prior rationem docet, cur de praediudicialis exceptionis causa prius sit cognoscendum, quam de ipso principali negotio. Hanc ob causam defensoribus curae cordique esse debet, vt hac exceptione inquisitionem auertere studeant, responsonemque ad articulos, quae litis contestationis vice est, hoc praesidio tutis-

tutissimo declinent, quod ea causa, vnde criminis obiecti decisio dependet, praecudicanda sit, nec ante eius discussionem, locus esse queat inquisitioni. Verum cum eam iam priori capite expendimus (§. XV.) non est, quod hic moremur diutius, sed ad alterius considerationem nobis est potius progrediendum, quam vt ipsa rerum natura efflagitavit, ita leges nostrae illi adhuc peculiare quoddam addiderunt robur. e)

§. X.

Quamquam vero in determinandis *causis grauioribus* mirifice semper laborarunt Doctores, diuersiffimaeque eorum de hoc argumento fuerunt iudicia; f) omnes tamen, veluti communi suffragio, criminales causas inter grauisimas retulerunt, illisque praeciuilibus ingens tribuerunt momentum. g) Quodsi enim in determinanda causarum grauitate ad praeciuilium est respiciendum, (est autem profecto,) quod ex causa redundare possit, certe de causarum criminalium momento, & quod sibi praetendunt, pondere grauisimo nemo dubitabit. Sunt enim illae, quarum discussio boni publici causa negligi nequaquam potest, quaeque si minus vindicentur, ipsae secum trahere paullatim possunt rerum publicarum exitium funestissimum. Aequum igitur & nostrae iustissimae leges esse iudicarunt, de vita cogitare & de maiore re quaeri prius, h) regulamque illam, de qua

*De crimine re-
gulariter prius
cognoscendum
est, quam de
civili causa.*

F 3

e) L. 54. D. de iudiciis. OLDECKOP. in obs. crim. tit. I. obs. IV. n. 19. CARPZ. prax. crim. P. III. q. 116. n. 20.
f) Dn. PRAES. diff. de causis arduis & maioribus c. I. §. 12. b) QVINCTILIANVS Declam. 319.
g) Dn. PRAES. l. c. §. 16.

qua §. *praec.* locuti sumus, ad *criminales* causas applicarunt, saepiusque constituerunt, vt de crimine, si in eodem negotio *ciuilis causa* vertatur, prius cognoscatur, *i)* vtque finis criminalis causae, ex eo die, quo inter partes lata fuerit sententia, initium ciuili cognitioni tribuat. *l)* Et quamuis nulla vmquam de morte hominis cunctatio longa sit, tamen, ne per *ciuilem cognitionem* publico iudicio obex ponatur, & tam graui negotio ex improbitate hominum quid tarditatis adferatur, leges sanxerunt, vt quantocyus fieri possit, remotis ciuilibus causis, criminale exerceatur iudicium. *m)*

§. XI.

Quae omnia quamuis adhuc obseruentur in foris, maneantque iudicibus leges positae, non adeo tamen sancte coli eas finit aequitas, vt ne transuersum qui-

Notumquam vero ob exceptionem praec. iudicalem prius indicatur de causa ciuili quam criminali.

i) L. 33. Cod. ad L. Iul. de adulter. L. 20. C. ad L. Cornel. de falsis. L. 5. D. ad L. Iul. de vi publ.

l) L. vlt. Cod. de ord. cognit.

m) L. 30. C. ad L. Iul. de adulteris. Illustrat idem illud QVINTILIANVS Declam. 319. p. 637. *Naturalis est, inquit, improbis hominibus dilationis cupiditas. Quaeretur de adulterio, & quaeretur diu, & extrahet iudicium, sicut adhuc extrahit. Alii iudices, & alia sortitionis forma. Interim vt nihil artes*

valent, multum facta possunt, multum citra scelus quoque impedimenti ipsa mortalitas adfert. GVILIELM. BVDAEVS in adnot. ad π. p. 240. *Criminum inuidia, quae recenti accusatione calere solet, & ad animaduersionem vindicationemque iudicum animos adpellere, comperendinata re, (vt ad solet forensi artificio) refrigescit. Etenim longa die accusatorum iusta ira languescit & lacrimae iudicum exarescunt, qui prius viduarum orborumque calamitati ingemiscente videbantur.*

quidem vnguem hinc recedere liceat. Manet immo-
 tus quidem iste, de quo diximus, causarum tractan-
 darum ordo, si ex diuersis causis nascuntur actio *cri-*
minalis & ciuilis, n) sicque intelligi volunt regulam,
 quam §. *praec.* exhibuit, iura nostra. Verum enim
 primo, cum ex eadem causa & ciuilis nascitur actio
 & criminalis, tunc *ciuili causa* publico iudicio pra-
 iudicium fieri posse finunt leges *o)* Deinde si in cri-
 minale iudicium quaestio incidit ciuilis, de cuius
 discussione criminalis causae definitio dependet, ite-
 rum a regula communi recedi volunt leges, priusque
 de *ciuili causa* iudicium decernunt. *p)* Quod cum
 per exempla clarum reddi possit, subiiciamus nunc
 quaedam, ex quibus appareat, de *praeiudicialis* ex-
 ceptionis causa, quamuis illa sit ciuilis, prius iudi-
 candum esse, quam de crimine cognosci possit.

§. XII.

Exemplum nobis praebet ius ciuile in crimine pla-
 gii, quod committi dicitur, si quis liberum hominem
 vel seruum alienum vel emit vel vendit, abducit &c. *q)*
 Ponas, aliquem crimine plagii infimulari, eundem vero
 excipere, se cum *mancipio suo* rem habuisse; reponen-
 da est statim de crimine quaestio, donec de *dominii*
iure res manifesta sit. Haec difertis verbis praecipit
 impe-

*Quod exemplis
 illustratur.*

*a) In crimine
 plagii.*

n) IAC. CUIACIVS obs. lib. 20. c. 25.

o) L. 4. D. de publ. iudiciis. Interdum euenit, vt praeciudicium iudicio publico fiat, sicut in actione legis aquiliae, & furti, & vi bonorum raptorum, & interdico vnde vi, & de tabulis testamenti exhibendis.

p) L. 1. Cod. de appellat. Dn. PRAES. Iur. eccl. protest. Libr. II. tit. X. §. 6.

q) L. 1. 3. 4. 5. 6. ff. de lege Fabia de plagiaris. conf. Celler. IOH. SAMVEL. FRIDR. BOEHMER. in element. iurispr. Criminal. sect. II. cap. XV. p. 193.

imperator. Praefes, inquit, r) *provinciae discreto prius iure dominii intelligat, an audiendum sit plagii crimen nec, ne? Nam si proprietatis tuae mancipium esse constiterit, exspirasse criminis intentionem, emersa dominii luce, manifestabit. Si vero seruum alienum esse constiterit, post disceptatam proprietatis quaestionem & criminis causam audiet.* Pari ratione iudiciorum seruatur ordo in caeteris. Sit aliquis criminis de *vi publica* reus, incidat vero in illud iudicium *possessionis* causa, quis non videt, nihil tam aequum & iustum esse, quam vt reponatur de crimine cognitio, vsque dum de *possessione* res omnis sit exacta. Quodsi enim in *possessionis* causa secundum reum sententia data sit, manifestum quoque erit, eum non vim intulisse cuiquam, qui manibus pedibusque obnixè omnia fecit, vt defenderet opes suas ab aliorum iniuria. Permittunt enim, quin volunt iustissimae leges, vt si quis noxam dare rei tuae infelici opera admittatur, vim & iniuriam quacunquè ope possis propellas, & ipse, & aliorum auxilio adiutus; s) neque tum te iniuria adfescisse quemquam, qui iure tuo vfus sis, decernunt. Documento esse posunt, quae illustris academiae nostrae Ictorum ordo in eiusmodi controuersia respondit quaerentibus, cuius facti speciem nunc enarrare lubet. Ecclesiae quidam minister pratum aliquod inde a longo tempore certa possessione tenuerat, qua vt depelleretur, administrator praedii nobilis quidam multum adlaborabat. Ecclesiastes vero quidquid erat minarum spernens in prato foenum secabat, omniaque agebat pro iure suo. At administrator vindicaturus domino suo hoc pratum,

β) Si de vi publica agitur.

r) L. 8. C. ad L. Fab. de plagiaris. s) l. 155. §. 1. ff. de R. I.

tum, plaustrum & vernas mittit, vt foenum exfectum & iam praeparatum domum deducerent. Ecclesiales vero vbi primum intelligit, vim sibi parari, quantum est seruorum ancillarumque secum ducens, vna cum fratre, qui quondam insignem inter praefectos militum locum tenuerat, bombardam, quam secum gestare consuevit, portante, ereptum it denuo administratoris seruis, quidquid abstulerint. Qui vbi adueniri ecclesialen sentiunt, veriti praesentiam ipsius, bombardamque timentes diffugiunt, & plaustrum foeno onustum praefecti iusu in praedium ecclesiae fratris auehi patiuntur. Quo facto aduocatus fisci actionem aduersus praefectum de *vi publica* coadunatis hominibus facta instituit, illumque prehensum, custoditumque, variis machinationibus cogere voluit, vt ad articulos responderet positionales. Hic vero postquam se defenderat, vt specialior inquisitio auerteretur, totum negotium iudicio & sententiae facultatis Marpurgensis committit, quae reum quidem ab vltiore inquisitione eximendum, multam vero XX. Imperialium, quod fines securitatis egressus esset, ipsi soluendam, omnemque sumtuum restitutionem ei imponendam edicebat. Reus autem sententiae dietae feueritatem maiorem esse, quam vt ferre eam aequo animo posset, arbitratus, rem hanc ad illustres Iurisconsultos huius loci referens, hanc tulit respon-
sionem:

Dass ob zwar wohl der Herr O. L. dieses vor sich angeführet; dass er keine vim publicam ausgeübet, geschweige denn ein crimen fractae pacis publicae begangen, und daher von fernerer inquisition absoluiet worden, dennoch aus

G

den

den Acten zu ersehen, daß er dabei excedirer, und also zu bestraffen gewesen, *cum etiam, qui in defendendo ius suum vel alterius excessit, ad satisfactionem teneatur.*

c. 12. in f. de restit. spol.

Anerwogen, aus denen in duplicis von adiuncto fisci angeführten documenten erhellet, daß der Herr O. L. aus Animosität gegen den Verwalter an welchem er mehrmalen Gewaltthätigkeit ausgeübet, und zweitens nicht nötig gehabt, um seinen Herrn Bruder bei der possess zu maintainiren, mit so vielen gewaffneten Leuten gegen den unbewaffneten Knecht des Verwalters anzu ziehen, auch wohl zu glauben, daß dieser Aufzug mit gutem Vorbedacht geschehen, und er drittens willens gewesen, vim publicam zu gebrauchen, zumahl er eine Flinte bei sich geführet, und mit derselben den weggelaufenen Knecht verfolget, und wenigstens geschrecket, daß er davon gehen, und das Heustehen lassen müssen, *id quod etiam pro vi habendum, vt pote quam etiam terror armorum incutit.*

L. 3. §. 5. de vi & vi armat.

zumahl er 4) der Zeugen Aussage nach, ihm zugeruft haben soll, daß er stehen solte, und damit genugsam an den Tag gegeben, daß er an dem Knecht, der doch in seines Herrn Verrichtung gewesen, Gewalt ausüben wollen, und ob wohl 5) die testes defensuales von keinem Drauen etwas wissen vollen, dennoch testis 5. ad int. 4. deponirer, daß der Knecht und Verwalter ihm den Hintersten gewiesen, mit Vermelden, daß er dahin schießen solle; woraus denn zu schließsen, daß der Herr O. L. vorhin mit schießen gedrohet, haben müsse, und es dabero 6) das Ansehen gewinnen will, daß solches Drohen auf öffentlicher Strassen contra mermes vor eine unerlaubte Gewalt zu halten, und die limites

limites defensionis überschritten, weswegen eine poena pecuniaria dictiret werden mag, und weil er dadurch zur inquisition Gelegenheit gegeben hat, auch die Unkosten erstatten müsse.

Dierweil aber dennoch 1) diese gantze affaire von der causa possessionis der streitigen 5. Ruthen ihren Ursprung herleitet, und der Verwalter nicht allein in protocollo von 5. Aug. 1733. angegeben, daß der Herr Pastor 5 Jahre lang solche 5 Ruthen inne gehabt, mithin in dessen possess tempore contradictionis geständiger maassen gewesen, und was er dabei von einem precario aniebet, altioris indaginis ist, von dem Herrn Pastor aber geleugnet wird, nicht weniger solches der punctation vom 3. Nou. 1727. vermöge dessen er von dem vermeinten Pfarr-Acker sich 10. Ruthen in der Kavel-Wiese nebst andern referiret, und darinn keines praecarii gedacht ist, zuwiederlauffet: hierüber die abgehörten Zeugen von 8. oder 9. lähriger possess aussagen, daraus diefermach erhellet, daß der Herr Pastor tempore contradictionis in obnstreitiger possess, und also besugt gewesen, das Heu mähen und kehren zu lassen, wodurch er denn ebenfalls die possession des gemäheten Heues offenbahr acquiriret, *Et sic etiam spoliū in res mobiles committi potuit.*

BOEHMER Tom. I. iur. eccl. Tit. de restit. spoliat. §. 3.

mithin 2) der Verwalter offenbahr wiederrechtlich gehandelt, daß er sowohl den Herrn Pastorem in der possess ders. quaeft. Ruthen turbiret, als auch ratione des weggeführten Heues ein unstreitiges spoliū begangen, im Gegentheil 3) dem Herrn Pastori nicht zu verdencken gewesen, wenn er pro omni praecudio auertendo mit seinem Herrn Bruder, und andern bei sich habenden Leuten in continenti das Heu, da

es noch nicht im Dorffe eingefahren gewesen, wegnehmen und solches auf seinen Hoff fahren lassen, *cum etiam possessionem vi ereptam in continenti per vim possessor recuperare possit, id quod potius pro defensione accipiendum.*

L. 3. §. 9. l. 17. de vi & vi arm.

dergestalt das wenn alles angebrachter massen wahr sein sollte, wierwobl das wenigste noch erwiesen, nichts weniger als eine *vis publica* oder *crimen fractae pacis publicae*, ja auch nicht einmahl ein excess dabei committiret worden, *cum qui iure suo vitur, nemini iniuriam aut vim faciat, sed vis illata vi repelli possit;*

L. 135. §. 1. ff. de R. I.

und obgleich 4) der Knecht W. auf Befehl des Verwalters das Heu eingefahren, dennoch solches ihn nicht excusiren kann, *cum non excusatus sit, qui iussu alterius aliquem turbat vel possessione priuat;*

L. 1. §. 13. de vi & vi arm.

dem zu folge denn 5) keine geringe Ubereilung gewesen, daß man auf blosses Anbringen und Aussage einiger unbeeidigten Zeugen eine so schwere inquisition gegen den Herrn O. L. verhänget, ihn mit Soldaten in Arrest gebracht, und ihn schlechterdinges auf die positional-articul zu antworten nöthigen wollen; da man doch aus der unbeeidigten Zeugen Aussage, ja aus des Verwalters vom 5. Aug. 1733. an welchem Tage die arrestirung geschehen, gethanen Bekänntnisse wahrnehmen können, und müssen, daß die ganze Anklage aus der *causa possessionis* entsprungen, und man daher ohnmöglich *proposito iure*, mit der criminali *causa* verfahren können, ehe nicht die *causa possessionis* erwörtert worden, *cum prius de possessione pronunciantum & ita demum crimen violentiae excutiendum sit.*

L. 1.

L. 1. Cod. de Appellat.

Neque enim constare poterit, utrum vis illata fuerit, nisi prius consliterit, penes quem ex litigantibus possessio antea fuerit.

HERT. de Ord. Cognit. causf. in iud. tract. §. 13.

si enim vim fecit, qui in possessione fuit, iure suo usus est, cum liceat possessionem suam priuata manu defendere.

MEV. P. 1. dec. 27. & P. 6. dec. 173. P. 8. dec. 324.

aus welchem allen so viel erbeller,

Daß das Marpurgische Urtheil zu reformiren, und die Inquisition gegen den Herrn O. L. gar nicht statt finde.

vt vero intelligamus, quod non impune faciant, qui omisso hoc causarum tractandarum ordine inquisitione contra reum procedunt, subiciamus ea, quae idem Ill. consesus Iureconsultorum in eadem causa contra adiunctum fisci pronunciauit.

Daß weil der Adiunctus fisci aus der denunciation des Verwalters selber wahrnehmen können, daß die so hoch angegebene Händel einzig und allein daher entsprungen, weil der Herr Pastor das Heu auf den quaest. 5. Ruthen mühen lassen, und ob er wohl solche 5. Ruthen bishero besessen, dennoch der Verwalter solches Heu von den 5 Ruthen spoliatiue aufladen und wegfabren lassen, und dabero als ein iuris peritus daraus erkennen müssen, daß noch zur Zeit keine quaestio criminis vel vis publicae per denunciationem gerüget und tractiret werden könne, sondern vorbero die quaestio possessionis ciuils als praeciuicialis erörtert werden müsse.

L. 1. C. de appell.

Welches er auch 2) noch klärer aus dem am 5. Aug. gehaltenen

nen protocoll wahrnehmen müssen, als worinn der Verwalter, daß der Herr Pastor die 5. Ruthen wenigstens 5. Jahr besessen, bekannt, und weil er sich dabei zu maintainiren gesucht, und das Heu darauf vor sich, und den Verwalter mahen lassen, er von selbstn daraus schliessen müssen, daß noch zur Zeit keine inquisition noch denunciation statt finden könne, als welchem die offenbahren Rechte wieder sprechen, welches alles er doch 3) hindann gesetzet, und einiges Befehls unerwartet mit einer harten denunciation sich überleitet, die sache höchstgefahrlich vorgestellt, und das factum als eine vim publicam in crimen fraclae pacis publicae angegeben, da er doch leicht sehen und mercken können, daß das erstere vor der Erörterung der posesionis causae nicht gesaget werden könne; zu dem andern aber das angegebene factum nochweniger qualificiret sei, keinem aduocato fisci aber erlaubt ist, crimina atrocissima, absonderlich aber einem vornehmen Officirer ohne wichtigen Grunde aufzubürden, in welcher Absicht auch 4) die Herren Marpurgenses erkannt, daß er keines von den requisitis huius criminis dargethan, &c. und ob er gleich seinem Amte nach zur denunciation befugt, er doch dabei vorsichtig verfahren, und wohl überlegen muß: an causa criminis iam adsit, an vero differri debeat? zumahl wenn auch jemand, der einen ex officio anklagen muß, parum prudenter, & sine fundamento einen deferiret, er dieservwegen billig responsable sein muß, vtpote quod vindicandum in exemplum, ne quid & aliis postea tale facere moliatur.

L. 6. in f. D. de custod. & ex hibit. reor.

welches absonderlich bei einem aduocato fisci in acht zu nehmen, der, da er in publico officio sitzet, desto bebutsamer sich aufführen, und keinen unrechtmässigen Arrest verhängen

gen muß, *alioquin ad damna, interesse, & expensas tenetur.*

c. 7. X. de iniur. & damn. dat.

de LYNCKER. decis. 656.

de WERNER P. I. obs. 7.

Gleichwohl diesem zuwider der *adiunctus fisci* den Herrn O. L. mit Arrest übereilet, eine Ehrenrübrige aber ungegründete Klage gegen ihn angestellet, und ihn zwingen wollen, auf *positionalis articulos* zu antworten, welches doch, bewandten Umständen nach, gantz illegal gewesen, vielmehr alles lediglich auf die *causam possessionis* zuförderst angekommen,

So erhellet hieraus so viel, daß der *Adiunctus fisci* nicht allein abzuweisen, sondern auch alle Unkosten dem Herrn O. L. zu restituiren schuldig und zu bestraffen sey.

§. XIII.

Plura huc spectantia exempla exstant in Domini PRAESIDIS *consultationibus & decisionibus iuris*, quas ex paternis schedis collegit, & edi curavit *celeberimuseius filius D. CAROLVS AVGVSTVS BOEHMERVS. Potent. Regis Borufs. a Consiliis bellicis &c. fautor meus semper mihi cum honore nominandus.* Ex his, ne nimis prolixi videamur, vnicum hic afferamus responsum, quod in causa obiecti criminis fractae pacis *publicae* datum est, quodque exceptionis nostrae naturam illustrat egregie. *) Monasterium quoddam catholicum pecus, quod ibi alebatur, in pascuum euangelicorum agere iusserat, & cum, ge

In crimine turbae publicae.

*) Tom. II. Argument. MCLIV. Quaest. IX. n. 65. 72.

ge illo ab euangelicis pignori capto, pari ratione pecus euangelicorum vi caperent monasterio adscripti, factum est, vt hi concursu magno monasterium cingerent, & pecora eadem, qua capta erant ratione, rursus vindicarent. Cum igitur eam ob causam criminis fractae pacis publicae accusarentur euangelici, quaestio instituta est;

Ob nicht zuzörderst die Haupt-Sache und ob das Kloster auf dem K. Berge die possess zu hüten, und die repignoration auszuüben berechtiget gewesen, aus zu machen sey, ehe es zu einer kostbaren commissison komme? Ad hanc vero responsum est:

Rationes dubit.

Hierbey will nun zwar dieses Haupt Dubium vorfallen, daß die causa possessionis wegen der streitigen Hütung mere civilis sei, welche billig post criminalem ausgesetzt, und suspendiret bleiben muß, donec causa maior, quae criminalis est, decisa fuerit.

L. 4. C. de ordin. cognit.

L. 33. C. ad L. lul. de adult.

L. 20. ad L. Cornel. de falsis.

Quodsi ergo de vi & possessione vel dominio quaeritur, ante cognoscendum de vi, quam de proprietate rei. Sic Diuus Pius rescriptit, vt prius de vi quaeratur, quam de iure domini sue possessionis

L. 5. §. 1. ad L. lul. de vi publ.

L. 37. de iudic.

Welche decisio so klabr, und dessen application auf gegenwärtigen casum so richtig zu sein scheint, daß die causa possessionis die inquisition nicht wohl hemmen, noch weniger

zu-

zuförderst zu untersuchen sein mögte, ob das Kloster zu St. M. auf den K. Berge zu hüten befugt gewesen oder nicht?

Weil aber dennoch die gemeine doctrina de praeferen- Rationes de-
da causa criminali & postponenda ciuili, alsdenn ihren ^{caus.}
bekanntem Abfall gewinnet, si causa criminis inuoluit caus-
sam possessionis, & ab ea originem ducit;

HERTIUS de ord. causar. in iud. tract. §. 13.

welchen Fall auch die Rechte selbst ausnehmen, und verord-
nen: prius de possessione & ita (h. e. deinceps) crimen vio-
lentiae praeses prouinciae excutere debuit, quod cum non
fecerit, iuste ab eo prouocatum est.

L. 1. Cod. de appellat.

Qua de causa ei, quem constiterit expulsum, omniae
possessionis iura reparanda, eademque protinus restituta,
criminalis quaestio peragenda.

L. 7. Cod. ad L. lul. de vi publ.

Welches auch vernünftig nicht wohl anders verordnet wer-
den können, weil eben der Ausschlag der causae crimina-
lis alsdenn von der causa ciuili, quae praeeudicialis est,
dependiret, und wenn gleich das crimen dadurch nicht in
totum elidiret und decliniret werden könnte, (daraon dennoch
zur Zeit kein gewisses Urtheil gefället werden mag,) den-
noch wenigstens dasselbe dadurch seine gröste Force und
schlimmstes Ansehen verlieret, wenn ausfindig gemacht
werden kann, daß die Bürgersehafti bishero bei ruhiger Be-
sitz der Huth und Weide auf dem K. Berge gewesen: daß
das Kloster de facto der Hütung sich neuerlich und wieder-
rechtlich unterstanden, und also rechtmäßig gepfändet wor-
den: daß die doppelte unjusficirliche Gegenpfändung nicht
anders als eine vis publica & spoliun nach des Wohlseeligen
Herrn Reichs-Hofraths des Freyherrn von Lynckers iudicio

H

an-

anzusehen: daß die Bürger-schafft in statu defensionis und pro declinando grauiori praeiudicio, die restitution ihres spoliirten Viehes gesucht, und vindictam intendiret, endlich daß die erfolgten Suiten aus solchen vorhergehenden gewaltigen spoliis und turbationibus entsprungen, dieserwegen denn meines Erachtens nöthig sein will, daß denen vorhin-gesetzten principis und klaren legibus nach, die causa possessionis & spoliu vorher untersucht werden muß, welches denn durch die rationes dubitandi nicht enerviret werden kann, angesehen die angeführten textus de possessione proprie sic dicta nicht, wohl aber de petitorio seu proprietate verstanden werden müssen, welches aus den Worten des l. 5. §. 1. ad L. Iul. de vi publ. am deutlichsten erhellet: Si de vi & possessione quaeratur, prius cognoscendum est de vi, quam proprietate rei; daraus man klärlich ersiehet, daß das Wort POSSESSIO, wie in andern textibus, von der proprietate rei zu verstehen ist, und also alles dahin rouliret, daß wenn die quaestio criminis mit dem petitorio zugleich vorkommt, dieses zurück stehe, und jenes vorhero auszumachen ist, welches man gerne zugiebet, da man alhier in dergleichen Umständen nicht versiret

HERTIUS de ord. cognit. in iudic. tranctand. §. 13.
IAC. GOTHOPREDVS ad L. 3. C. Theodos. ad L.
Iul. de vi publ.

So erhellet hieraus so viel, daß zuzörderst die Hauptsache wegen des Klosters würcklich unternommenen Hütung auf dem K. Berge und erfolgten repignorationen ausgemacht werden müsse.

§. XIV.

Aliud adhuc proferamus exemplum, ex quo elucebit, qua ratione bigamiae reus nostrae exceptionis

Bigamiae.

nis ope funestissimum a capite suo declinauerit periculum. Infimulauerat enim vxorem suam adulterii crimine, & actione coram iudice ecclesiastico ciuili instituta, quod pudicitiam in propatulo habuisset, vitiumque adulterio commisso addi sibi pasla esset, petiit, vt res suas sibi haberet, repudiumque illi renunciaretur. Cum vero in multos haec causa traheretur annos, neque liti finem sententia imponeret iudicum, sibi melius prospectum iri, rei que suae familiari consultius iudicauit, si desponderi sibi curaret aliam, quacum vitam exigeret, tam tristis infortunii exsortem. Consilium hoc secutus cum virgine nouum matrimonium contraxit. De quo foedere cum rumor percrebuisset, aggreditur maritum fiscus, illumque vt bigamum in iudicum inuidiam adducere conatur, suppliciumque capitale, crimini huic a legibus constitutum, ab illo poscit. Ille vero exceptione criminationis acerrimum telum declinat. Seconiugali vinculo adstrictum fuisse negat, cum secundum iniisset matrimonium; nihil enim certius esse, neque magis iustum, quam, toto violato, *ipso iure* pactum coniugale dissolui. Prius ab vxore factum affirmat, ideoque de hac causa iam per annos aliquot mota, praeiudicium postulat, quo peracto videat fiscus, vtrum vltiori inquisitioni maneat obnoxius. Exceptionem iustam agnouerunt iudices de hac causa quaesiti, veritateque adulterii a priore vxore commissi euicta, ab inquisitione & ordinaria poena reum liberarunt. Similem casum exhibet IOH. HENRIC. BERGERVS in Responsis. v)

H 2 §. XV.

v) Part. I. Resp. CCLXIII.



Si de iniuriis
agitur.

§. XV.

Ex his, quae adduximus, exemplis satis constabit, toties ciuilem causam criminali esse praeiudicandam, quoties dependet ab illa criminis discussio, neque prius inquisitionem institui posse, nisi ciuilis causa sit definita. Quare (quod quidem per singula crimina eundo facile demonstrari posset) ne ultra limites academicae disertationi praefixos progrediamur, de hac re plura exempla proferre nolumus. Verum nunc potius consideremus, qua via iudici sit incedendum, si quis criminis accusatus excipiendo, accusatoremque sceleris arguendo, omnem in illum criminis culpam transferat. Quo facto illud, a quo alterum dependet, praeiudicandum esse, iterum affirmamus. Ponas enim, aliquem propter verbera accepta iniuriarum actionem criminaliter instituere, reum vero excipere, se optimo suo iure usum fuisse in hominem, qui vel adulterium vel furtum in aedibus suis committere voluisset. Casu ita proposito, quis non videt, prius de furto seu adulterio seu crimine ei impacto, quam de iniuriis esse iudicandum. Hoc enim probato, nulla prorsus locum habet inquisitio, neque suspicio iniuriarum superest. Hinc sane optimo iure colligere posse videmur, vt toties praeiudicium institui debeat, quoties ille, qui iniuriarum fuerit accusatus, veritatis exceptione se defendere alborat.

§. XVI.

De iudice com-
petente in ex-
cept. praes.

Quemadmodum vero nihil in iudicio actum videtur, nisi lis coram iudice competente fuerit mota: ita merito verendum esset, ne & nos parum egisse videamur.

mur, nisi coram *quo iudice* exceptio praeiudicialis sit cognoscenda, ostenderit. Quae quaestio tunc inprimis difficilius solutionis videtur, si & causa *praeiudicialis*, & causa *principalis* ad diuersorum iudicum pertineat tribunalia. Licet vero in eadem euoluenda explicandaque accuratissimam operam posuerint Iurisconsulti magni nominis, IOANNES NICOLAVS HERTIVS, w) SAMVEL STRYKIVS x) & Dominus PRAESES: y) ne tamen hoc argumentum plane omittamus, quaedam tantum monenda censuimus. Primo igitur tenendum est, exceptionem *praeiudicialem* ea propter, quod actioni principali opponatur, tamquam *eius partem* considerandam esse, ex quo inferimus, iudicem causae principalis recte suscipere *praeiudicialis* exceptionis cognitionem. Deinde, cum ei, qui litibus dirimendis studet, ius quoque remediis vtendi competere oporteat: quis vniquam dubitauerit, quin ei, cui ius est, dirimendae causae principalem, tribuenda sit facultas iudicandi ea, sine quibus litis potioris definitio fieri nequeat, seu quae rationem sufficientem decidendae litis principalis contineant, id quod in exceptionibus praeiudicialibus animaduertimus. Denique cum id, quod litis decisionem determinat, actionis sit fundamentum: iudicis vero notioni inprimis illud sit relinquendum, (hoc enim non cognito, qua ratione litem iudicabit, & officio satisfaciet suo?) necesse-

H 3

ces-

w) In *Dissert. de ord. caus. dente. in iudic. tract.*

y) *Tom. I. Iur. Eccl. Protest.*

x) In *Dissert. de caus. inci-* *Libr. II. Tit. X.*



cesarium est, vt de praeiudiciali exceptione tamquam principalis actionis fundamento cognoscere debeat iudex: quid quod, ipsae leges hoc a iudice exigant. 2) Quibus rationibus motus Imperator ALEXANDER rescri-

2) Euincitur & illustratur hoc egregie, exemplo, quod habent libri βασιλικών, l. VII. tit. III. §. 33. p. 275. Scripserat quidam testamento heredem extraneum. Mortuo testatore vxor se grauidam dicit, & haur multo post partum edit. Quo nato postulat, vt testamentum rumpatur. Verum se opponit heres ille extraneus, testamentum valere ait, contendens posthumum illum non ex defuncti vxore, sed ex ancilla natum esse, illique insignem hanc status quaestionem mouet. Igitur quaesitum fuit vtrumne de praeiudiciali quaestione separato iudicio eslet agendum. Negauit illud

Imperator & ita rescripsit: Οτι κληρονομία της τῆς κληρονομίας απαιτουσῆς ἀγωγῆς, προσκει τῆ δικασθῆν πῶσαν ἀνευδάτετῆ ἑαυτῆν ἀκωντρουσαν ἕτασι, καὶ διαφεροσται τῆ ταυτῆ ἀγωγῆ διακλῆσι. Οὐ λῆγα ὅτι ἐν δὲ ἀρχῆν ἐπαρχίας δικάζει ο δυναμῆος καὶ περὶ τυχῆος κλησῆν, ἀλλ' ἐν τῆ ταυτῆος καὶ ο δικασθῆος ὅς ἐν καὶ προτοσῆος ἐπιπῆτο ἢ περὶ τῆς τυχῆος ἕτασι, καὶ ἡδύτατο ταυτῆ

δικάζειν. ἀλλ' οὐν προσκει ἄς κερῆλαιος τῆς ἀγωγῆς τῆς απαιτουσῆς τῆν κληρονομίας, καὶ περὶ αὐτῆ δικακλῆσῆν ἢ γὰρ ἀπόφασις ἐν μῆκῆ περὶ τῆς τυχῆος ἐκφεροσθῆαι, ἀλλ' ἀ καὶ τῆς κληρονομίας ἕτα. quod, instituta petitione hereditatis, pertineat ad officium iudicis, vt omnem qualemcunque extrinsecus incidentem quaestionem eiusmodi quoque actioni profuturam dirimat. Non dico, si praesens provincia nunc iudicet, qui de statu cognoscere potest, sed & si talis iudex sit, vt si principaliter causa status ageretur, non posset de ea iudicare. Pertingit igitur ad officium iudicis, vt de statu quoque discerneret, tamquam de capite & portione actionis, qua hereditas petitur: sententia enim de statu ferri non debet, sed de hereditate. Ex quibus verbis, quae illustrationi L. i. C. de ordin. cognit. egregie inferunt, manifestum est, 1) actionis primariae caput seu fundamentum esse in exceptionis praeiudicialis discussione: 2) ad officium iudicis referri de

referipfit, 22) vt quoties quaestio status in aliam causam incidat, seu per modum exceptionis praeiudicialis huic opponatur, ipsa apud eum quoque iudicem, qui alioquin de eadem cognoscere nequit, discutatur. Exceptione itaque praeiudiciali *criminali*, in causam civilem incidente, iudex civilis etiam de *criminali exceptione* iudicium dabit. Vnde si hereditatis petitione agenti, exceptio criminis falsi in testamento commissi opponatur; de hoc idem iudex, ad cuius cognitionem hereditatis petitio pertinet, iudicat. Pari ratione vbi vxori, dotem repetenti, *adulterii crimen* obiicitur, iudicis secularis, de dote iudicantis, est cognitio de adulterio. E contrario vero, exceptione praeiudiciali civili, in criminalem causam incidente, iudex criminalis, de tota lite, cuius pars est exceptio civilis, iudicans, etiam hanc sententia sua dirimit. Siquis igitur, vt supra exempla subieciimus, *de vi* criminaliter agenti obiiciat, rem, de qua agitur, eo tempore, cum vis illata fuerit, non in aëtoris fuisse possessione; quin potius possessorem, suo iure, dum vim vi repulerit, fuisse vsu: breuiter, si haec de *possessione* contentio sit decidenda, illi iudici haec cognitio competit, eorum cuius tribunali de crimine actum fuit prius. a)

Quae

eadem cognoscere: 3) illam tamquam *principalis causae partem* ad huius iudicem pertinere.

22) L. 3. C. de iudiciis.

a) Hoc enim clare definiunt imperatores VALERIANVS & GALLIENVS in L. 3. C. de

ord. iudic. Cum civili disceptationi principaliter motae quaestio criminis incidit, vel crimini prius instituto, (seu quaestioni criminali prius institutae vt habent Basilic. l. c. p. 276.) civilis causa adiungitur: potest

Quae quamuis ita se habeant, tamen neque multis analogibus iudici uti licet, in diiudicandis his exceptionibus, verum remotis processus ordinarii apicibus summarie tantum in illam inquirere, illi permittunt leges. Incidenter enim de exceptione illa agitur: causas vero *incidentes* summarie esse tractandas, ubique legibus est constitutum. *b)*

§. XVII.

*Vel criminali
& ecclesiastica.*

Quae §. antec. generatim diximus, eadem quoque obtinent, si in causam ecclesiasticam praeiudiciali exceptione causa criminalis sit deducta. Finge tibi sponfam, sponso ad consummendum matrimonium agenti, vel lenocinii vel stupri crimen vel aliud adhuc grauius obiicere; tunc huius praeiudicialis causae cognitio iudici ecclesiastico omni iure est relinquenda. Fuerunt quidem, & inter quos STRYKIVS *c)* nomen profitetur, qui hic in diuersa abeuntes, praeiudicialis exceptionis discussionem iudici criminali relinquendam, eamque ab ecclesiastico iudice ad hunc criminalem transferendam esse censuerunt. Quorum tamen sententiam accuratiori examini subiecit Dn. PRAESES, *d)* pluribusque argumentis demonstratum dedit, hanc remissionem, seu commutationem, neutiquam esse necessariam. Quae cum ita se habeant, merito quoque iudicis criminalis iudi-

*iudex eodem tempore utramque
discepcionem sua sententia di-
rimere.*

b) vid. STRYKII *disf. de
causa incident. cap. II.*

c) de *causf. incid. c. II. §.
XIX.*

d) in *iur. eccl. prot. Libr.
II. tit. X. §. IV.*

dicio quaestio praevudicialis ecclesiastica in causam criminalem incidens est definienda. Verum iuris Canonici principia, quae omnem iudicem civilem & multo magis criminalem, cuius tribunalia sanguine madent, inhabilem prorsus ad causas ecclesiasticas diiudicandas declarant, vt, euerfis huius opinionis fundamentis, luculentur ostendit Dn. PRAESES. e) obstiterunt; quamuis melius fortasse rei iudiciariae protestantium consultum fuisset, si pontificiis decisionibus relictis, ea maiori studio, quae analogiae iuris minus convenire videbantur, emendasent. Vti tamen protestantes pleraque, quae ad procesum pertinent, ex iure canonico hauserunt, ita & haec sententia vsu fori & constitutionibus nonnullarum prouinciarum particularibus constituta & probata ex eodem fonte dimanauit.

§. XVIII.

Cum in iis, quae antea dicta sunt, satis sit ostensum, quod tempestiuus harum exceptionum vsus reo vltioris inquisitionis molestiam auferat, eumque contra calumniam accusatorum defendat, neminem fore credo, quin, si hoc negotium vtilitate metiri diiudicareque velit, insignia, quae iis insunt commoda, statim deprehendat. Attamen magnum quoque malum ex praepostero intempestiuoque harum exceptionum vsu reipublicae oriri posse, nullus inficias ibo; praesertim, si inconsultam temerariamque defensorum nonnullorum mentem consideremus, qui accuratam diligentemque omnium harum excep-

De abusu except. praeci.

e) *Libr. II. Tom. I. tit. 2. p. 1101.*

prionum requisitorum contemplationem negligentes, id tantummodo agunt, vt reum supplicio poënaque per abufum huius exceptionis intolerabilem eripiant. Hoc autem euenire, ea caufa, quam narrabo, docebit, & plura exempla experientiam confulenti deesse non poffunt. In quadam Germaniae prouincia, princeps bello orto, tributum vltra morem, vt fubditi foluerent, iuferat. Finito bello fubditi immunitatem eorum onerum, quae belli caufa impofita erant, efflagitabant, quam cum a principe, qui eadem, quae belli tempore tributa exegerat, fibi adhuc dari poffulabat, impetrare non poffent, eandem in imperii Camera quaerere conftituebant. Hic cum principem in ius vocarent, tota vero caufa ftatim finiri non poffet, fubditi pendente lite immunes fe iam efse putabant ab iis oneribus, quorum tamen immunitatem adhuc a Camerae fententia expectabant. Hinc cum princeps vi executiua contra eos vt conabatur, non dubitarunt concurrere, & , feditione facta, fe aduerfus principem defendere. Captos autem & in carcerem coniectos huius tumultus auctores, defenfor quidam fatis afute, huius *exceptionis* clypeo protegere conabatur. Nam locum efse inquisitioni negabat, quoniam a Camera nondum efset definitum, vtrum iure an iniuria princeps tanta onera exegifset. Et cum inquisitio ex decifione hac dependeat, fole meridiano clarius defenfor efse putabat, iniuftum efse, eos, quorum caufam fufceperat, inquisitioni fubiicere velle. Verum quam lubrica illius fuerint argumenta, ex fequentis refponfi

ponfi parte, quod illustris academiae nostrae Iure-
consultorum ordo dedit, vberius patebit.

Dagegen denn dasjenige, was überhaupt denen pein-
lich Angeklagten zum Besten angeführet worden, ihnen kei-
nes weges zu statten kommen kann, anerwogen, des de-
fenfors ganze aber fehlsame Absicht dahin gegangen, durch
Misbrauch der exceptionis praevdicialis die ganze inquisi-
tion zu Wasser zu machen, als wenn solche a quaestione
causae principalis & eius decisione dependire, ob die Unter-
thanen der Aemter N. N. die ausgeschriebenen Krieges-Gel-
der zu zahlen schuldig gewesen, und dieserwegen mit Recht
exquiret werden können oder nicht? da im letzten Fall,
und wenn sie praegraviret worden, die seditio enormis kein
crimen gewesen sein soll, sondern mit dem velamine defen-
sionis naturalis beschöniget werden wollen, welches gleich-
wohl propitio iure nicht defendiret werden mag, wo man
nicht allen seditionibus derer Unterthanen Thür und Thor
auffperren, und die Landes Hobeit, dergestalt exinaniren
will, vt magis in auctoritate suadendi, quam imperandi
constat; den Gehorsam aber bei den Unterthanen in eine
Willkürigkeit zu versetzen gedenccket, welches mit den
Landes-Verfassungen der teutschen Provinzen so wenig
übereinkommt, als überhaupt mit dem ordine imperandi &
parendi keines weges bestehen kan, wenn man nicht sich
selbst widersprechende Dinge zugleich behaupten will, zu-
mahl exceptio praevdicii eigentlich eine solche defensio ist,
qua ideo suspendendam esse dicimus causam criminalem,
vel civilem, quod eius decisio vnicè dependeat ab alia caus-
sa principali in litem deducta prius decidenda.

L. 18. pr. de probat. l. 16. D. de except.

L. 25. §. 17. de heredit. pet.

Vnde si de hoc contenditur, an quis libertus sit, siue operae petantur, siue obsequium desideretur, prius reddendum praeiudicium, & causa operarum atque obsequii interim suspendenda.

L. fin. D. si ingenuus esse dicat.

Im Gegentheile wenn nicht gezweifelt wird, reum esse libertum, und nur die exceptio desselben darinn bestehet, se operis & obsequio praegravari, alsdenn niemand behaupten wird, daß die exceptio praeiudicialis daselbstens statt finde, wenn man nicht alle und jede exceptiones und defensiones reorum, als praeiudiciales ansehen und betrachten wolte, bei solcher Beschaffenheit man hierbei die exceptionem praeiudicii nicht anders, als alsdenn admittiren kann, wenn die Beklagten darüber mit jemand im Streit verfallen wären, virum eius subditi essent, und pendente lite, Steuern, und Contributiones, und andere subiectionis argumenta von ihnen gefordert würden, alsdenn die Widersezlichkeit noch vor kein crimen gehalten, sondern zuförderst die quaestio subiectionis ausgemacht werden müste, welches sich doch hier nicht befindet, da die beyde Aemter S. H. F. D. vno ore vor ihren Landes-Herrn erkennen, denselben gebuldet, zu allem Gehorsam sich verbunden erachten, und keine quaestionem ratione subiectionis darüber mouiren, sondern sich nur darüber bei der Hochlöblichen Reichs-Cammer beschweret, daß sie indebitis collectorum exactionibus praegraviret würden, und also in modo excediret sey, worüber auch damahls die Sache zum ordentlichen Rechts Verfahren gekommen, aber nicht decidiret worden, weil, ohne Zweifel die meisten den Process liegen lassen, bis in an. 1736. die beyden Aemter per conspirationem criminalem auf suggestion und Anreizung der dreien Haupt-Auctorum sich beredet, nichts weiter

weiter zu zahlen, auch sich nicht pfänden zu lassen, sondern der Pfändung zu widerstehen, dadurch sie aber eingeräumt, daß sie bishero als gehorsame Unterthanen etiam pendente lite gezahlet, und desto inexcusabler sind, als sie auf einmahl den Gehorsam in diesem Punct dem Landes-Herrn aufgekünndiget, eine höchst straffbahre Reuolte erreget, und die enormsten insolentien dabei begangen, welcher Aufstand ein crimen enorme bleibet, es mag gleich die quæstio, ob die H. F. Herrschafft die collectas indebitas exigiret? ausfallen wie sie wolle; anerwogen keinem Unterthanen in solchen Fällen, da sie mit ihrem Landes-Herrn in gerichtlichen Process gerathen, frey stehet, einen aller gefunden Vernunft und statui rerum public. zuwiederlauffenden Aufstand zu erregen, und mit demselben ein bellum intestinum anzufangen, als welche potestas resistendi unmöglich mit dem ordine imperandi & parendi bestehen kann, wie gleich im Anfange der rationum decidendi dargethan ist, und hierbei gar recht Aeneas Sylvius saget: tolerandum est & patienter ferendum, quidquid princeps facit inique, expectandaque est vel succesforâ emendatio, vel superioris correctio iudicis, qui violentias & iniurias non sinit esse perpetuas.

AENEAS SYLVIVS libr. de ort. & auctorit. Imp.
Rom. c. 16.

Im Gegentheil aus solchem seditioso principio, daß denen Unterthanen das ius resistendi, & obedientiam denegandi in Fällen, da sie sich praegrauiren achten, frey stehet, die allerbetrübtsten, und höchst gefährlichsten sünden folgen, welche ein jeder Rechts-Gelehrter billig verabscheuet, hier aber um desto weniger zu der Unterthanen beiden Aemtern excusation und defension dienen kann, als sie die Sache schon seit an. 1733. klagbar gemacht und an. 1736. wieder ad motum

tum gebracht, mithin deren Entscheidung erwarten sollen, und müssen, ehe sich in einen solchen Zustand zu verwickeln, vielmehr die Hoffnung sicher fassen können, daß wenn sie indebite praegrauirt worden wären, das indebitum solum ihnen notwendig wieder zu Guthe geben müssen, mithin es ad 1) ein gantz verkehrtes principium ist, daß weil bei der Reichs-Cammer nicht so fort die remedirung zu hoffen gewesen, sie so fort durch defension sich zu wiedersetzen gemüßiget gesehen, welches zwar ad statum Hobbesianum, vbi bellum est omnium contra omnes, aber nicht ad statum civilem applicabile ist: noch weniger ad 2) die Bestätigten Freiheiten und Gerechtigkeiten ihnen ein Recht zum Aufstand, wohl aber ad fundandam actionem intentaram, geben können, daßer auch non obstante liti pendencia in Camera die Hochlöbliche Reichs-Cammer selbst erkennt, daß dem Landes-Herrn unbenommen, gegen die Urheber solcher Widerspenstigkeit mit legaler inquisition zu verfahren und nach Einholung unparteiischer Rechts Gelehrten Gutachten dieselbe zu bestraffen, eo ipso also gar wohl eingesehen, daß die exceptio praevindicii hier nicht anzutreffen, noch applicabile sei, vielmehr ad 3. & 4) da diese Sache bereits Rechtshängig gemacht worden, deren Ausgang abgewartet, und der Process continuiret werden sollen, zumahl ob sie gleich ein mandatum de non praegrauando erhalten, jedoch eo non obstante die Sache zum rechtlichen Verfahren gediehen, und dabero zu erwarten gewesen, ob es bei solchem mandato verbleiben würde, oder nicht? welches ad 5) noch nicht in gedachter sententia decidiret, sondern theils ratione futuri, wie es mit dergleichen Ausschreibung zu halten sei, bestimmter, ratione praeteriti aber erst interloquiret worden, und die Haupt-decision deswegen zu erwarten stehet, inzwi-
schen

schen doch zugleich *via inquirendi* in eben demselben Urtheil eröffnet, und ad 6) ungegründet ist, daß hier eine *exceptio praeiudicialis* vorhanden sei, *videte quae suspendit causam a priori dependentem*, welches dem Cammer-Gerichts-Urtheil par tout entgegen läuffet, und bei solchen groben criminibus & factis per se illicitis es sehr ungeräümet ist, dolum zu leugnen & fatuam causam pro eius remotione anführen zu wollen. &c.

THOMASS. *dissert. an fatua causa excuset a dolo.*

§. XIX.

Cum igitur ea attulimus, quae difficili de exceptione Praeiuiciali quaestioni lucem aliquam affundere posse videntur, finem nunc huic disertationi imponimus, Teque lector beneuole rogamus, vt boni aequique de studio nostro tibi inferuendi pro humanitate consulas. Deo vero T. O. M. humanarum rerum moderatori, cuius numen per omnem aetatem mihi praesentissimum expertus sum, ea qua debeo reuerentia gratias ago, supplexque veneror, vt ea, quae suscepi, suscipiamque negotia, in honorem nominis sui dirigere benignissime velit.

Conclusio disertationis.

T A N T V M.



CLARISSIMO AVTORI, RESPONDENTI

S. P. D.

PRAESES



Si quorumcunque negotiorum, in quibus
vita hominum quotidiana versatur, ea
ratio & conditio, ut, nisi ordine legi-
timo & praescripto peragantur, & quae
praecedere debent, sequentibus praemit-
tantur, summa rerum confusio indu-
catur, ex hac vero nodi emergant in-
explicabiles. Quae cum ita sint, lau-
danda merito legum providentia, quae ordinem causarum
iudicialium exacte quoque determinarunt, & quae in iis
praecedere, quae vero sequi debeant, perspicue ordinarunt,
atque hanc ob causam illa, quae praecedere debent, prio-
ra, quae vero deinceps & post illa agenda sunt, sequen-
tia notaverunt dixerunt. Talem oeconomiam inter ipsos litigan-
tes deprehendimus, ut is, cui defensio primum competit,
prior, ille vero sequens vocetur, contra quem amissa cau-
sa competit regressus. a) In ordine succedendi dantur prio-
res, & sequentes. b) Etiam ipsos inter creditores qui-
dam sunt priores: quidam sequentes, ita ut his satis fieri
ante illos nequeat, nisi ius prioris creditoris in eos transie-
rit, c) vel ius sequentis privilegio munitum fuerit. d) Sunt
etiam

a) l. 63. D. de re iudic.

b) l. 1. §. 8. de success. edict.

c) l. 7. in f. D. de reb. eor.

qui, sub tut. vel cura sunt.

d) l. 5. D. qui pot. in pign. ha-
bentur

etiam fideiſſores principales: ſunt praeterea ſequentes,
qui illi indemnitatem promiſerunt. e) Sequens actio vocatur,
quae ex priori nata eſt, f) & ſic poſt illam mouenda. Prae
ceteris vero ordo talis in praeeudiciis occurrit, id quod
in ſpecimine eruditionis, quod Tu, CLARISSIME RE-
SPONDENS, in publicum edere conſtituiſti, optime & ac-
curate monſtras, ſimulque uſum legitimum & abuſum huius
argumenti perſpicue tradis, ut quae cognitio prior, quae
ſequens eſſe debeat, inde facile liqueat. Ita enim inſti-
tuiſti & tenuiſti ſtudiorum Tuorum curſum, ut quae prio-
rem locum in iis obtinere debuerint, h. e. fundamenta ſoli-
da iurisprudentiae, ante omnia praemiſeris, & ſtrenue
ſecutus fueris; nunc vero ſequentia etiam addas, h. e.
profectuum Tuorum egregiorum teſtimonium exhibeas publi-
cum, quo iter ad gloriam, Sapientiam excolendam, &
reipublicae munia capeſſenda Tibi aperuiſti. Iſta diſſerta-
tio a Te elaborata & edita, vires animi Tui in iuris ſtudio corro-
boratas, eruditionem ſolidam, & diligentiam, qua prae ce-
teris inclaruiſti, comprobat, meque conuincit, Te ſcopum,
quem Tibi in hac paleſtra regia propoſuiſti, attingiſſe, &
ad ipſam expeditionem in militia rogata ſuſcipiendam habi-
lem & apriſſimum factum fuiſſe. Sicuti vero hic Tuorum la-
borum fructus me miriſce delectauit, ita equum etiam eſt,
ut de hoc ſpecimine Academico tibi gratuler tibiſque quaeuis
ſecunda votis ardentiffimis apprecer. Dab. e. Muſ. d. XVIII.
Iun. MDCCXXXIX.

e) l. 27. §. 2. de fideiſſ. f) l. 9. §. ult. de pecut.

CLARISSIMO
DOMINO RESPONDENTI

S. P. D.

IO. SAMVEL. FRIDERICVS BOEHMERVS ICT.

Vtinam TIBI insulam doctorem gratulari possem!
Tales enim sunt TVI in iurisperdientia profectus, vt
iis nihil desit, quo TE legitimare ad istam spartam pos-
ses, si modo e re TVA foret, eam ambire. Documen-
tum eius rei omni exceptione maius vel solum praesens, quod in
publicum prodit, specimen constituit, erudite a TE elaboratum,
dignumque tanto honoris fastigio. Sed quum nihil fiat sine ratio-
ne sufficiente: neque TIBI defutura esse momenta confido, qui-
bus permotus sine laurea hinc secedere, & ad patrios lares caelebs, re-
cusato cum Themide matrimonio, redire constituisi. Gratulor
interim TIBI ex animo de hoc exoptato studiorum TVORVM suc-
cessu, & nil magis opto, quam, vt omnia TIBI in posterum ex
voto succedant. Hec est summa votorum, quibus TE abeuntem
dimitto & quaecumque animi mei TIBI TVISQVE deivntissimi-
mi, edo documentum. Vale, & recordare absens, quem TIBI,
dum hic delituisi, hospitem & doctorem elegisti. Dabam in Eri-
dericiana d. XX. Iun. MDCCXXXIX.

A Equas ausa spei. Nec & inferiora sinebant
Mentis opes, vigilesque Tui sperare labores.
Omen, Amice, Tuum dignis virtutibus imples.
Reddat foecundo Tibi praemia foenore sudor;
Signent quamque diem propriam sibi prospera fata:
Sicuti Tu signas hanc tam praestantibus ausis.

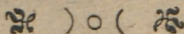
CAROLVS AVGVSTVS BOEHMER.
Potentiss. Pruss. Regi a Consiliis bellicis

Quid culta praestet pectoris insoles,
Somnique parcus quid valeat labor;
Hoc in palaestra, tanquam honoris
Limine nunc aperis futuri.

Virtus inertem desidia fugit,
Laetisque pennis nititur altius.

Tu perge surgendo, Tibique
Vtere forte pari per aeuum.

GEORGIVS LVDOVICVS BOEHMER. I. V. D.



Halle, Diss., 1739 (1)

ULB Halle

003 254 070

3





Inches

Centimetres

Farbkarte #13

B.I.G.

Blue

Cyan

Green

Yellow

Red

Magenta

White

3/Color

Black

g.36. num. 4. 110
1739 64 9

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI
EIVSQVE VSV
IN CAVSSIS CRIMINALIBVS

QVAM
PRAESIDE
ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORE
DN. IVSTO HENNINGIO BOEHMERO
ICTO POTENTISS. REG. BORVSS. A CONSIL. SANCTIOR.
FACVLT. IVRID. PRAES. VICAR. ET P. P.

D. XXVII. IVNII MDCCXXXIX.

H. L. Q. C.

ERVVDITORVM EXAMINI SVBIICIT

AVCTOR

IOANNES GEORGIVS BVCHHOLTZ
BEROLINAS.



HALAE MAGDEBVRGICAE
TYPIS IOANNIS FRIDERICI GRVNERTI ACADEM. ET SENAT. TYPOGR.

(10)