



1.
1.
2
3.
4.
5.
6.

1776, 19.

QVAESTIO
IVRIS CONTROVERSI
AN

IN PROCESSV EXECVTIVO
PER REMEDIVM EX L. SI
CONTENDAT EXCEPTIONES TEMPORE
NON PERITVRAE IN IVDICIVM
DEDVCI POSSINT?

P. 488

QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA

PRAESIDE

D. CHRISTIANO HENR. BREVNING

PROFESS. PVBLIC. ORDINAR. IVR. NAT. ET GENT.

ET SOCIETAT. LITERAR. DVISBVRGENS.

SOCIO

IN AVDITORIO IVRIDICO

DIE XIX. APRIL. ANNO MDCCCLXXVI.

DEFENDET

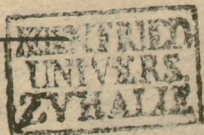
AVCTOR

CHRISTIANVS HENRICVS KLEMANN

SCHNEEBERGENS.

LIPSIAE

EX OFFICINA LANGENHEMIA.



QVAESTIO
IVIS CONROVRSI

IN PROCESSU EXECUTIVO
PER RATIONEM ET JUS
CONTINERE ET NON TRAHERE
NON TRAHERE IN IUDICIUM
DEI ET POSSINT

ILLUSTRISSIMO ORDINE GRATIA

D. CHRISTIANO HUBERTINO
PACIFICI

IN IUDICIO

DEI

DEI

CHRISTIANUS HUBERTINUS

ET



VIRO
AMPLISSIMO, CLARISSIMO ET CONSULTISSIMO
CAROLO TRAVGOTT
GLÜCK,
ACCISARVM ELECTORALIVM SAXONIC. QVAE
SCHNEEBERGAE PRAESTANTVR, INSPECTORI,
EIVSDEMQUE CIVITATIS DVVMVIRO

ET
VIRO
CLARISSIMO ATQVE DOCTISSIMO
CAROLO HENRICO
ANDREAE,
SCHOLAE SCHNEEBERGENSIS CONRECTORI,


FAVTOBIVS ATQVE PRAECEPTORI
MAXIMOPERE COLENDIS

HVNC
LIBELLVM ACADEMICVM
CVM
OMNIS GENERIS FELICITATIS
VOTO
OMNI
QVA PAR EST
OBSERVANTIA AC PIETATE
OFFERT

AVCTOR ET RESPONDENS
CHRISTIANVS HENRICVS KLEMANN



A N
IN PROCESSV EXECVTIVO PER
REMEDIVM EX L. SI CONTENDAT EXCEPTIONES
TEMPORE NON PERITVRAE IN IVDICIVM
DEDVCI POSSINT?

 Fortuito nuper incidi in GOTTLIEB WERNSDORFFII *dissertationem inauguralem de remedio Prouocatorio ex L. si contendat in processu executiuo, in qua, an per hoc remedium exceptiones tempore non periturae in iudicium deduci possint? disquiritur, Wittebergae MDCCCLXXIII.* propositam et defensam. Qua in dissertatione quum Auctor propositam quaestionem controuersam cum I. Ctis Wittebergensibus negando decidit, et hoc inprimis agit, vt negatiuam hanc suam sententiam contra I. Ctos Lipsienses, quibus contraria affirmatiua placuit, defendat. Ego vero, quoniam ea de re alia omnia sentio, hac mihi oblata occasione, de quodam iuris capite disserendi, apud animum constitui, eadem de quaestione paucis quidem exponere, sed diuersa plane



ratione. Proponam enim argumenta, quibus dictae dissertationis Auctor sententiam suam tueri conatur, et, quantum per ingenii vires et libelli angustias licebit, disquiram, quae eis vere insit probandi vis et efficacia. Quo facto, satis luculenter, ut opinor, apparebit, I. Ctos Lipsienses analogiae iuris forensis omnino conuenienter respondere potuisse: *per remedium prouocatorium ex L. si contendat omnino exceptiones non perituras in processu executiuo in iudicium posse deduci.* Et quoniam hoc tantum discriminis inter dictam dissertationem et haec pagellas intercedit, ut, quae in illa negando decisa sententia, in his affirmetur, eandem quoque fere inscriptionem, qua ista dissertatio insignita, hic retinendam censui. Ceterum, quoniam in causis iuris controuersis, neque legibus decisis, adeoque ex sola iuris analogia finiendis, cuique relictum iudicium, quid statuere velit, nemo, spero, vitio mihi dabit, quod et ego in eiusmodi causa dubia, quae mihi videantur, proponere non dubitauerim.

§. I.

Vt vero, quam de re potissimum nobis lis sit, eo melius possit intelligi, primum causam ipsam, quae saepe citatae dissertationi Wittebergenfi vere originem dedit, in quantum nimirum huc pertinet, ex eiusdem Spho VI. referam Ciuis Wittebergenfis C. contendebat, nobilem quendam ex vicina quadam prouincia, sibi thaleros CCC, in pretium conciliati matrimonii donasse, deinde autem eundem liberalitatis poenituisse, atque vi metuque coegisse, ut quasi de accepta in mutuum pecunia chirographum ei daret, ex quo documento lis intendebatur. Ut igitur C. securum se redderet, has exceptiones, donationis, et vi metuque ex-

to-



tori documenti, in litem deducebat, et per remedium provocatorium ex L. si contendat, reum ad forum suum extrahebat petebatque, vt nobilis ille D. ad has exceptiones in Curia oppidana Wittebergenſi responderet.

Senatus petitis locum dedit, et nobilem ad se citauit. Iam ad Auctorem allegatae dissertationis defensio rei in ius vocati deferebatur. Qui cum in termino petitionem actoris exceptionibus fori incompetentis, non rite instituti processus, cum prouocatio hic locum non haberet, et eiusmodi aliis submouere et responſionem ad prouocationem declinare conabatur, his effecit, vt Facultas Iuridica Wittebergenſis prouocantis intentionem hac sententia reiiceret: *Dafs I. F. C. ſol. 1. gegen den von D. angeſtellte Prouocation nicht ſtatt hat. Würde nun, &c.* Subiectae sententiae rationes: *Diweil I. F. C. den von D. ſol. 1. ex L. Si contendat prouociret, dieſes aber, da die in der Prouocation wider des von D. Ansprüche angeführte Exception, keine Exceptio tempore peritura, hierüber auch altioris indaginis, und der von D. ein Documentum guarentigiatum vor ſich hat, rechtsbeſtändiger Weiße nicht geſchehen mögen. BERGER in Eleſt. Proc. Prou. Th. XXVI. et LII. hiernächſt &c. So ſind wir &c.*

Minus haec prouocanti placebant. Suspendit itaque hanc sententiam, per interpositam leutationem, a viribus rei iudicatae, et acta ad I. Ctos Lipsienses mittuntur. Et, ecce, his alia omnia placent. Iniungunt enim reo responſionem ad libellum prouocatorium his verbis: *Dafs I. F. C. ſol. 1. angeſtellte Prouocation, für unſtatthafft nicht zu achten, ſondern es iſt Prouocat auf die erhobene Prouocation bey Verluſt der habenden Replik, und unter der Verwarnung, daſs auſſer dem Prouocant mit ſeinen Ausſüchten wider Prouocatens Ansprüche*



gesichert seyn solle, sich einzulassen schuldig, und darzu mit Einräumung einer völligen sächsischen Frist gebührend vorzuladen. Huic sententiae Wittebergenfisbus e diametro contrariae hae additae erant rationes: Obwohl insgemein dafür gehalten werden will, als ob das Remedium Prouocationis ex L. Si contendat blos in dem Fall Platz greife, wenn, das des Beklagten habende Ausflucht mit der Zeit ihre Krafft verlihren dürfte, zu besorgen. ESTORS Reichsprocess, Tit. V. §. 33. n. 13. wenigstens hierinnen der hauptsächlichste Nutzen angeregten Rechtsmittels sich äußert, hiernächst einige Rechtslehrer in denen Gedanken sehen, das mehr berührtes Remedium im Fall die Ausflucht altioris indaginis, und Gegentheil ein Documentum gnarentigiatum vor sich habe, keinesweges angestellt werden könne. BERGER *Elect. Proc. Prouocat. Th. LII.* STRYCK *Introduct. in Prax. C. V. §. 2.* Dennoch aber und dieweil die meisten Rechtslehrer obgedachtes Rechtsmittel überhaupt denen Beklagten gönnen und anrathen, so oft ihnen bey Gegentheils verzögerter Klage daran gelegen, das ihre Ausfluchte in Zeiten in iudicium deduciret, und wider Klägers Replik gesichert werden. BERGER *l. c. Th. L.* MENCKEN *Dis. Proem. II. §. 17. 18.* STRYCK *l. c. §. 3.* HAYME *de stylo curiae L. XI. Th. §. 17.* was aber von der Exceptione altioris indaginis gedacht worden, nur also zu verstehen, das dadurch Klägers Processus executiuus nicht behindert werde. MENCKEN *d. l. §. 18. in fin.* GRIEBNER *ad Ord. Proc. Recogn. T. V. p. 7.* welches auch allhier nicht geschehen, vielmehr ohne Eintrag desselben Prouocaten nach Vorschrift der Erl. Proc. Ordn. Tit. V. §. 7. aufzulegen gewesen. So ist, wie *Esc.*

§. II.

Haec vera causae facies. Totus nunc Auctor in defendenda Wittebergenfisum sententia contra Lipsiensium rationes



iones occupatur. Verum quibus rationibus et quam feliciter hoc perfecerit, age, paucis videamus.

§. III.

Ac primum quidem quod attinet argumentum, §. X. allegatae dissertationis, pro stabilienda Wittebergenſium ſententia, prolatum remedium nimirum ex *L. ſi contendat, eſſe extraordinarium, et locum non habere, ſi alio ordinario reus ius ſuum perſequi poſſit, ſecundum vulgatae iuris regulam ab VLPIANO in L. 16. D. de minor. traditam*, illud quidem omnino nihil contra nos efficere poteſt. Quemadmodum enim rationibus, quibus BERGERVS in *Elect. Proc. Prou. Th. VIII.* contra eos vitur, qui ſententiam ab Auctore fundamenti loco poſitam, actiones ſcilicet ex *L. diffamari aequae ac ex L. ſi contendat*, eſſe remedia extraordinaria, atque adeo, quoad ſuppeta ordinaria actio, exulare, erroneam vocant, CARPZOVIO *II. Reſp. 57. n. 5. ſequ.* nondum ita ſatisfactum eſt, vt non multa adhuc et ſane non contemnenda dubia contra moueri poſſint; (a) ita, ſi etiam hoc concedimus, et prouocationem noſtram cum BERGERO ad remedia extraordinaria referimus, hoc tamen ne tantillum quidem noſtrae ſententiae nocebit. Praeter alias enim exceptiones, quibus vulgatae regulae *L. 16. D. de minor. derogatur*, in eo profecto omnes, quos vidi, interpretes con-

ve-

(a) Forſan de tota quaestione, quae a BERGERO *l. c.* late pertractatur, haud male iudicauit DIETERICVS HERM. KEMMERICHVS in *Exercit. qua capita quaedam Iudicii Prouocatorii illuſtrantur*, quando in eiusdem §pho VI ita dicit: *utrum actio, an imploratio officii iudicis, conditio ex lege, vel ex moribus, remedium ordinarium an extraordinarium iſtud appellandum ſit, ſuperuacaneum fuerit diſputare: cum huiusmodi denominationes naturam remedii haud mutant, quippe quae vel ex legibus, vel ex vſu et obſeruantia eſt metienda,*



veniunt, istam regulam semper cessare, quando remedium extraordinarium ordinario magis proficuum, vel certe, ut MËNCKENIUS in *Pand. ad Tit. de Restit. §. 1.* monet, res dubia sit. Vtraque exceptio causae nostrae fauorabilis. Nam remedium hoc nostrum prouocatorium, quippe quo aduersarium ad iudicem meum comperentem arcessere possum, ratione fori pinguius omnino ac fauorabilius aliis ordinariis esse, quilibet, vel me non monente, perspiciet, ita, ut etiam BARTHIVS in *Hodeg. Forens. Cap. I. §. XXII. lit. a.* suadeat, ut, quoniam actor prudens, quantum fieri possit, eo allaborare debeat, ut in suum potius ad se trahat iudicium reum, quam ut illius sequatur forum, per modum potissimum prouocationis ex L. diffamari aut ex L. si contendar, hoc efficere studeat.

Quae deinde WERNSDORFIUS eodem §. X. amplius monet, *actionem nimirum quod metus causa potius hic fuisse instituendam*, ea profecto nihil ad nos. Ipsa enim natura actionis et exceptionis quod metus causa praecipere videtur, tunc demum actionem locum sibi vindicare, quando ex metu vere aliquid gestum, si vero tantum quid promissum, sola exceptione utendum esse. Quod ipse quoque VLPIANVS in *L. 9. §. 3. D. quod metus causa*, quem locum contra nos produxit auctor, diffiteri nequit, et POMPONIUM ita statuentem allegat: *in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum, et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem.* Quod si vero etiam largissimus essem, a POMPONII auctoritate discederem et cum Auctore VLPIANI sententiam, vi cuius, siue perfecta, siue imperfecta res sit, et actio et exceptio competit, admitterem, hoc tamen aliquid ad destruendam nostram sententiam efficere propterea nequit, quoniam I. Ctus ei, qui, metu adactus, aliquid pro-



promisit, electionem tantum, an agere, an excipere solummodo velit, permittit, minime vero agendi necessitatem ipsi iniungit,

§. IV.

Iam ubi primae nostrae sententiae factae obiectioni, quod nimirum prouocatio nostra remedium sit extraordinarium, ac eapropter hoc loco, ubi cum ordinariis concurrat, non admittendum, satis responsum esse arbitror, transire ad alia. Et quidem res mihi nunc erit cum BERGERO, quem cum multis aliis Auctor §. XI. et sequ. in rem suam producit, qui omnes vnanimiter docent: processum executionum eiusmodi esse indolis, vt nullas omnino exceptiones, nisi quae in continenti liquidae fieri possint, admittat. Plane, si non tam rationibus, quam auctoritatibus litem finiendam putarem, statim de salute causae meae desperarem. Sed optime res nostra se habet. Quod si enim BERGERI opinionem sequi, et nulla ratione exceptionem quandam, nisi in continenti liquidam, contra processum executionum admittere volumus, simul statuamus necesse est, reconuentionis usum in Saxonia nostra fere esse nullum. Omnis enim reconuentionio versatur circa exceptiones illiquidas, quoniam insanum esset, exceptionem liquidam per modum actionis in iudicium perferre, quae per se aduersarii intentioni cum effectu opponitur. Et ita patet, BERGERI opinionem, vt pote quodammodo absurdam, merito repudiari, cum ius nostrum forense alia omnia nos doceat. Neminem enim fugit, in Saxonia nostra, in primis post Ordin. Proc. Recogn. reconuentionem ad solum fere processum executionum restrictam esse, et in processu ordinario, ubi exceptiones rite oppositae per modum reprobationis possunt dedu-



ci, iuxta ORD. PROC. REC. *Tit. VI. §. 2.* (b) in totum exulare. Recte quidem BERGERVS ex mente ORD. PROC. VETER. omnem exceptionum turbidarum per anticipatam reconuentionem peractam deductionem illicitam esse asserit. Verum hoc fieri potuisse anticipando per separatam actionem, omnino cum BERLICHIO *P. I. Concl. 57. n. 92. et SCHILTERO Exerc. ad Pand. XIII. Th. 19.* statuendum, quidquid etiam contradicat idem BERGERVS in *Elect. Proc. Execut., Th. XLVI.* vt et in *Oecon. Iur. L. IV. Tit. XXI. n. 6.* et SCHAVMBURG in *Princip. Prax. Iurid. Iudic. Lib. II. Cap. II. §. 2.* quam meam sententiam denuo assertam vidi a RICCIO in *alleg. Comment. §. XLII.* Iam vero si dispositionem nouam ORD. PROC. *Tit. VI. §. 1.* vi cuius reconuentio non ante finitam solum, sed etiam ante coeptam conuentionem institui potest, respicimus, BERGERI eorumque, qui hac in causa cum eo faciunt, rationes omnino deferendae et alia omnia statuenda erunt. Vt paucis me expediam; Si verum hanc nostram prouocationem ex L. si contendat, reuera esse anticipatam reconuentionem, quod ipse fatetur WERNSDORFIVS in dissertationis suae §pho XVI. si verum deinde, reconuentionem omnem cadere in exceptiones illiquidas, id quod supra adstruxi, et denique si verum, anticipari licere reconuentionem in foris Saxonice, plane non possum perspiciere, quae ratio

- (b) Quae tamen iuris dispositio, quod obiter moneo, de solis exceptionibus cum conuentione connexis, aut praetermissis, aut desertis, per reconuentionem dein in iudicium non deducendis, intelligenda, quum ius agendi reo aduersus actorem suum ex causa prorsus separata ac diuersa depromptum, omnino ipsi saluum maneat atque integrum, quod etiam per separatam actionem bene sibi potest vindicare, vt pluribus probatum delicit CHRISTIANVS GOTTLIEB RICCIUS in *Commentatione de indole atque natura iudicii separati a reconuentionis iudicio distingi*, §. V. et IX.



ratio adfit, vt in causa praesenti actorem cum prouocatione sua a limine iudicii repellere debeamus. Etsi quidem GRIEBNERVS, in *Princ. Proc. Iudic. L. II. C. VIII. §. 3.* et alibi cum BERGERO docuerat: frustra eum, qui ex chirographo aut cambio debet, creditorem suum prouocare, vt ad exceptiones illiquidas respondeat, tamen Recogn. Ord. Proc. in lucem edita, hanc sententiam mutauit editor nouae editionis et loco allegato hanc notam apposuit: *Sed cum iure nouo reconuentio etiam ante conuentionem institui possit, O. R. T. VI. §. 1. probabile est, hanc quoque prouocationem eadem ratione fieri posse, add. O. R. T. V. §. 4.*

§. V.

At vero hoc pacto fraus fieret processui executiuo. Minime. Nihil enim impedit haec anticipata reconuentio creditorem, quo minus ex chirographo suo executiue agere, solutionem debiti vrgere, et omnibus commodis processus executiuui frui possit. Neque talis reconuentionis anticipatio cursum conuentionis remoratur, sed, si conuentio finita sit, actor in reconuentione progredi non cogitur, antequam conuentioni omnino satis fuerit factum, per ORD. REC. Tit. VI. §. 1. Quod etiam iam monuere I. Cti Lipsienses in supra relata sententia, quando ibi ita: was aber von der Exceptione altioris indaginis gedacht worden, nur also zu verstehen, daß dadurch Klägers Processus executiuus nicht behindert werde, welches auch allhier nicht geschehen, vielmehr ohne Eintrag desselben &c. Non agimus enim hic de quaestione: an quis per reconuentionem anticipatam processui executiuo praeiudicium possit inferre? sed de ea: an per reconuentionem exceptionem illiquidam anticipando in iudicium deducere liceat? quas duas tamen quaestiones,



inter se diuersissimas, WERNSDORFIUS, consulto forsan, confundit. Imputet sibi creditor reconuentus, si, quum iudicium instituendo principale, a reconuentionis iudicio statim se liberare potuisset, hoc non fecit, et debitorem exceptiones suas turbidas ad liquidum interea perducere passus est, quoniam hic iure suo vtendo nemini facit iniuriam. Sed ipse quoque Auctor leuitatem huius argumenti intellexisse videtur, quando in fine §phi XIV. totam fere causam nobis concedit, his verbis: *Nullius fere momenti est quaestio, an exceptiones, tempore non periturae, in iudicium deduci possint per reconuentionem anticipatam. Nam licet hoc per leges Saxonicas prohibitum non esse, concedamus, reus tamen ex hac instituta actione et praeuentione, vt offendimus, nihil commodi percipit.*

§. VI.

Quae tandem ab Auctore de exceptionibus tempore perituris et non perituris, et quod illas quidem, non vero has per prouocationem nostram in iudicium deducere possimus, proferuntur, multa sane grauissimaque huic asserto opponere possem, nisi hac in re BERGERVS in *Elect. Proc. Prouoc. Th. L.* otium nobis fecisset, quando ibi de vsu remedii nostri prouocatorii hanc regulam, certa iuris ratione subnixam vsuque forensi comprobata suppeditat: *Quoties, cunctante in agendo creditore, debitoris interest, exceptionem in praesens in iudicium deduci, siue ob periculum praescriptionis, siue ob commoditatem probandi, siue quacunque alia ratione, toties eidem licet pariter, ac vtile est, alterum ex L. si contendat prouocare.* Et quod cum primis debitores commode non raro hac nostra prouocatione vti possint, ostendit HENR. COCCIVS in *diff. qua actorem ad agendum inuitum exhibet, §. XIII.* vbi ita:



ita: tribuitur etiam hoc beneficium (remedium puta prouocatorium) omni debitori contra creditorem. Saepe enim accidit, quod debitor securitati heredum prospicere velit, ne se mortuo exceptionum ignari circumueniantur; vel si metuat, ne sibi exceptio sua peremptoria inutilis fiat, forte, quod saltem in praesenti per testes solutionem, compensationem, vel aliam similem exceptionem probare possit, quod in futurum efficere nequeat. Quae verba ea propter huc repetere sustinui, quoniam casui praesentis commode possunt applicari, et causae nostrae, in hisce pagellis defensionae praeclarum praestant patrocinium.



[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is arranged in several lines and is significantly faded.]



Leipzig, Diss., 1776 A-G



f
TA-706

aus 34 Stk. bisher verku.

VD
18





P. 488.

1776, 19.

QVAESTIO
IVRIS CONTROVERSI

AN

IN PROCESSV EXECVTIVO
PER REMEDIVM EX L. SI
CONTENDAT EXCEPTIONES TEMPORE
NON PERITVRAE IN IVDICIVM
DEDVCI POSSINT?

QVAM

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA

PRAESIDE

D. CHRISTIANO HENR. BREVNING

PROFESS. PVBLIC. ORDINAR. IVR. NAT. ET GENT.

ET SOCIETAT. LITERAR. DVISBVRGENS.

SOCIO

IN AVDITORIO IVRIDICO

DIE XIX. APRIL. ANNO MDCCCLXXVI.

DEFENDET

AVCTOR

CHRISTIANVS HENRICVS KLEMANN

SCHNEEBERGENS.

LIPSIAE

EX OFFICINA LANGENHEMIA.

