DISSERTATIO INAVGVRALIS IVRIDICA.

DE

NATVRA ET INDOLE EXCEPTIONIS IMPLEMENTI NON SECVTI

SEV

PACTI ET CONTRACTVS NON IMPLETI.

§. I.

RATIO ET AEQVITAS IVRIS PERFECTI ET IRREVOCABILIS PER PACTA QVAESITI.

Ius *perfectum* & *irreuocabile*, quod per *pacta* conuenta & *contractus* nobis adquiritur, *rationem naturalem* & manifestam *aequitatem* habet. Vt enim nullum *pactum* esse *plenum* & *perfectum* potest, nisi vtraque pars de ea re consentiat, de qua pactio fit, ita sana, quae insidet animis hominum ratio, cuilibet ea recte vtenti dictitat, isthunc consensum tam diu durare, dum

factum ſit id, quod panxerunt, neque ſine inſigni *contradictionis* ſiue *ſtultitiae* nota, aut *fallendi* decipiendique *animo*, qui a *pactis* & *contractibus* longe abeſſe debet, tolli poſſe *pactum*, quod vel *vterque*, vel *alteruter* ſeruari vult, quamuis vterque paciſcentium, per *conuentionem* de pacto tollendo, *voluntariae obligationis* vinculo exſolui poſſit, quia nihil magis ſecundum naturam eſt, quam eodem genere quid diſſolui, quo colligatum eſt, ſeu, vt, quibus modis obligamur, iisdem etiam in contrarium actis liberemur (*a*). Sicut ergo initio libera poteſtas vnicuique eſt, paciſcendi & habendi, vel non habendi contractus; ita renunciare contra ſemel conſtitutae obligationi, quae non eſt contra bonos mores, nemo poteſt, niſi aduerſario conſentiente (*b*). Vnde non ſolum *vtilitatis*, ſed quam maxime etiam *iuſtitiae* & *aequitatis* eſt, vt quædam ſit dictorum factorumque *conſtantia*, quæ *fides* adpellatur, quam non poteſt non fallere, qui poſtea declarat, ſe nolle ſeruare promiſſum, quod tamen antea *irreuocabiliter* ſe ſeruaturum eſſe, ſeria voluntate ſpopondit.

§. II.

DIFFERENTIA PACTORVM ET CONTRACTVVM QVOAD OBLIGATIONIS FIRMITATEM IVRE ROMANO INTRODVCTA.

Enimuero, vt *modi* commutationum ex diuerſo eorum, qui de facto aliquo inter ſe conſentiunt, ſcopo, in

(*a*) *L. 35. L. 100. D. de R. I.* (*b*) *L. 5. C. de obl. & act.*

in varietate quadam conſtituti, multiplicesque aliae ſunt conuentionum *relationes* & *conſiderationes*; ita quoque *diuiſiones* earum diuerſae & *nomina* coorta ſunt varia, quæ, licet ſecundum iuris naturae principia idem obligationis robur habent, a quiritibus tamen circa hanc non nihil differentiae inter *pacta* & *contractus* introductum eſt, quippe qui *eandem* quidem in vtrisque cuſtodiendis, ſed non *parem* aequitatem ſubeſſe rati, *ſimilem* etiam obſeruationem *contractuum*, nec non *conſtitutorum* & *pactorum conuentorum*, ſed non *tantam* eſſe voluerunt. Praeterquam enim, quod certam ac determinatam *formam*, quae in quibusdam negotiis contrahendis, vel apud plerasque gentes vſu inualuit, vel a romanis introducta eſt, aliamque, præter nudum conſenſum, ſuperuenientem obligationis conſtituendae *cauſam* verae ac ſeriae voluntatis mutuae inſigne eſſe, rati ſunt, in ea etiam fuerunt opinione, communis *vtilitatis* rationem minorem *pactis conuentis*, quam *conſtitutis* ineſſe. Communi itaque vtilitate, quae aequitatis mater eſt, motus & praeceptum LL. XII. Tabb. (*c*) ſecutus praetor, quantum ad *pacta* attinet, generatim edixit, *pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque aduerſus leges, plebiſcita, ſenatusconſulta, edicta principum, neque, quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, ſeruabo* (*d*). Quandoquidem

(*c*) *Tab.* I. vbi IAC. GOTHOFR. hoc praeceptum his verbis : ENDO VIA REM VTI PAICVNT ORATO, reſtituit.

(*d*) apud VLPIANVM *L. IV. ad edictum, in L. 7. §. 7. D. de pact.*

doquidem vero populus romanus fidem, quam teste SEXTO CAECILIO ICto (*e*), ex omnibus virtutibus praecipue coluit, maxime in pecuniae *mutuatitiae* vsu atque commercio sanxit, ne, si debitorum perfidia sine graui poena eluderet, adimeretur hoc subsidium inopiae temporariae, quo communis omnium vita indiget, facile est ad intelligendum, rationem, ob quam rei *constitutae* fidem frangere (*f*) grauius, quam rei cuiuslibet *pactae* fallere (*g*) visum sit, nullam esse aliam, quam, quod *constituta* non solum *deliberatiora* & magis *seria*, quam pacta haberentur, sed etiam in *rebus creditis*, quorum causa praecipue introducta sunt, (*h*) summum & singularem vsum praestarent. (*i*).

§. III.

IVRIS EX PACTIS ET CONTRACTIBVS QVAESITI DIVERSITAS, REMEDIA ILLVD TVENDI ET PERSEQVENDI DIVERSA.

Duplex igitur ius ex *pactis* & *contractibus* apud romanos inualuit, *minus plenum* scilicet, siue *imperfectum* & *plenum*, siue *perfectum*; illud ex *pactis nudis* siue *conuentis*, hoc ex *constitutis* nec non ex *contractibus*, tam *nominatis*, quam *innominatis*, manauit. Quamuis autem nec *mi-*

(*e*) Apud GELLIVM *N. A. L. XX. c. I.*
(*f*) *L. 25. pr. D. de constit. pec.*
(*g*) *L. I. pr. eod.*
(*h*) patet hoc ex *L. 14. D. de iureiur. L. I. §. I. L. 18. §. I. D. de constit. pec.*
(*i*) *vid* IO. GEORG. CRVSII *diss. de pact. conuent. §. VI.*

minus plenum & *imperfectum* ius, ſine omni *effectu*, tam *principali*, quam *acceſſorio* fuerit; obligatio enim naturalis, quae ex pactis conuentis oritur, tam efficax quoque in foro romano fuit, vt, ſicut ob eam *retinendi* facultas conceſſa fuit, ſiquidem is, qui dedit, repetere quidpiam contra aequitatem naturalem voluit, quò cum alterius damno locupletior fieret (*k*); ita ad *conſtitutum* quoque debitum *natura* ſuffecerit (*l*), in *compenſationem* venerit (*m*), & praeter *pignus* eiusdem *fideiuſſor* accipi (*n*) & verbis *nouari* (*o*) potuerit: attamen, cum *pacta conuenta* nec ſecundum certam ac determinatam *formam* inirentur, nec *cauſa*, praeter conuentionem ſubeſſet, igitur nuda pactio *exceptionem* quidem, ſed non *actionem proprie* & *expreſſè* ſic dictam, peperit (*p*), quippe quae, vt ad perſecutionem *iuris perfecti*, ſiue ex *conſtituto*, ſiue ex *contractu* quæſitum ſit, tendit; ita quoque ſine hoc dari nequit.

§. IV.

(*k*) *L. 13. L. 14 L. 64. D. de condict. indeb.* add. *L. 47. D. de O. & A.*

(*l*) *L. 1. §. 7. D. de conſtit. pec.*

(*m*) *L. 6. D. de compenſat.*

(*n*) *L. 14. §. 1. de pignor. L. 6. §. fin. L. 7. L. 16. §. 3. D. de fideiuſſ.*

(*o*) *L. 1. §. 1. D. de nouat.*

(*p*) *L. 7. §. 4. D. de pact.*

§. IV.

DIVERSA ACTIONIS ET EXCEPTIONIS NATVRA ET INDOLES.

Ex eo autem, quod in bene conſtituta republica negantes debitores non armata vi terreri (*q*), nec ſingulis concedi oportet, quod publica magiſtratus auctoritate & interuentu fieri poteſt (*r*), manifeſtam eſſe puto rationem, ob quam romani omnem vim externam cogendi, quam leges ciuibus romanis ſubminiſtrarunt, non aliter exerceri permiſerint, quam per *actiones*, quae, vt vt in latiori ſenſu, aliae *actoris*, aliae *rei* ſunt: nam VLPIANO (*s*) agere etiam is videtur, qui exceptione vtitur, & quia, vt idem VLPIANVS (*t*) loquitur, reus in exceptione *actor* eſt, vel ſaltim partibus actoris in ea fungitur (*v*), is quoque *inſtructus* ad *agendum venire* (*x*) & *exceptionem*, velut intentionem ſuam, *probare* debet (*y*): recte tamen PAVLVS (*z*) *actionis* verbo, ſi nimirum *proprie* id accipitur, *exceptionem* contineri negat, quia inter vtramque actionem inſigne quoddam & idem fere diſcrimen intercedit, quod inter *telum*, ſiue *arma offenſiua* & *clypeum*, ſiue arma *defenſiua* eſſe

(*q*) *L. 9. C. de O: & A.*
(*r*) *L. 176. pr. D. de R. I.*
(*s*) *L. 1. D. de except.*
(*t*) *c. l. 1. D. de except.* inprimis in edicto de *dolo* exceptiones actiones adpellatione continentur CVIAC. *in paratitl. ad codic. tit. de except.*
(*v*) *L. 19. D. de probat.*
(*x*) *L. 1. pr. D. de edend.*
(*y*) *c. l. 19. D. de probat.*
(*z*) *in L. 8. §. 1. D. de V. S.*

ſe ſcimus. Vnde, ſicuti *actio* occaſionem dat iudicio, ita vis *exceptionis* non in eo conſiſtit, vt actor in id, quod in exceptione deducitur, *condemnetur*, ſed, ut iudicium auferat, actorem excludat, & ſic petitore per exceptionem (*a*) ſubmoto, *reus abſoluatur*, quem alias ab actore conuictum condemnari ac iuris remediis ad ſolutionem vrgeri conuenit (*b*).

§. V.

CAVSA ACTIONIS EX CONTRACTV ORIVNDAE PROXIMA ET REMOTA.

Ius *plenum* & *perfectum*, quod ex *contractu* oritur, non ſolum ex ſanae rationis principiis, ſed etiam ſecundum LL. ciuiles romanas *actionem* proprie ſic dictam parit, qua in foro externo vis cogendi alterum inuitum exerceri poteſt: vt enim omnium aliarum *actionum* ciuilium *cauſa* remota eſt lex *ciuilis*, ſic eadem quoque fons & origo eſt omnium actionum ex contractibus oriundarum. Nam ſi lex ciuilis aequitatem naturalem, in qua *obligationes naturales*, quae ex *conuentionibus* naſcuntur, innixae ſunt, ad effectum agendi in foro externo non corroboraſſet ac firmam reddidiſſet, ſine dubio haec, perinde vt obligatio ex *pacto nudo* ſiue *conuento*, inefficax ad agendum fuiſſet. Ergo *contractus* & conſenſus in idem placitum, *cauſa* quidem *actionis*, quam

(*a*) *Cap. I. in fin. X. de except. Cap. 2. §. 1. X. de ord. cognit.*

(*b*) *L. 9. C. de obl. & act.*

quam parit ius *plenum* & *perfectum* ex eo quaesitum, *proxima*, sed *remota* nulla est alia, quam *lex ciuilis*, sine cuius praesidio & adiumento, omne iudicis auxilium in foro externo desinit, neque vis agendi ex contractu, vltra, quam vires ex lege ciuili adsumsit, porrigi potest, sublato ac remoto omni discrimine, inter *quasi* & *veros* contractus, *nominatos* & *innominatos*, siue illi *consensuales*, siue *reales* sint, siue solemnitate *verborum voce articulata* prolatorum, aut *scriptorum*, perficiantur, & *vltro citroque* vel *ex vna* duntaxat *parte* obligatorii sint.

§. VI.

NATVRA ACTIONIS EX CONTRACTV HVIVS IMPLEMENTVM CONTINETVR.

Quoniam supra confeci, fidem quamcunque bonis moribus non contrariam, *efficaciter* & *irreuocabiliter* seruandam esse, non potest non id quoque ex eo necessario sequi, nullam *actionem*, quae *ex contractu* oritur, per se ad eum *dissoluendum* aut *promissum reuocandum* comparatam esse, sed omnes ad eius *implementum* tendere. Neque conturbari debemus, quod & LABEO & SABINVS & VLPIANVS (*c*) probauerunt, redhibitionem *empti* quoque *iudicio* contineri, ex quo enim aediles emptori per venditionem rei vitiosae decepto omnibusque ad quos ea res pertinet, iudicium se, vt ea res redhibeatur, daturos esse, polliciti sunt (*d*), ICti successu temporis

(*c*) *L. II. §. 3. & 5. D. de act. empt.*
(*d*) *L. 1. §. I. D. de aedilit. edict.*

temporis *redhibitionem* ad actionem *empti*, in qua, cum *bonae fidei* ſit, iudici poteſtas fuit, ex aequo & bono iudicandi, quid reum actori præſtare oporteat, nullam aliam ob cauſſam porrexerunt, quam quod aequo & bono non conuenire rati ſunt, ex venditione rei vitioſae, aut lucrum venditorem, cum damno emptoris, aut emptorem, ſi *redhibitio* ei negetur, damnum ſentire, per venditoris lucrum (*e*). Quamobrem, ſicut *redhibitio* non per ſe *actione empti* continetur, ſed ſolum quatenus *aedilitium edictum* ad eam porrectum & adcommodatum eſt; ita & *empti actio* vel *venditi*, ſi non ab initio aliud *conuenit*, per ſe ad *diſſoluendum* contractum ſeu *reuocandum* promiſſum, quippe quod *natura* eius non continetur, facile inſtitui nequit (*f*).

§. VII.

POENITENDI ET REVOCANDI IVS PERMISSVM IN CONTRACTIBVS INNOMINATIS.

Sed vt nihil ambigi poteſt, quin praeceptum de *ſeruanda* conuentorum *fide*, in omnibus *reciprocis* & *correſpectiuis* conuentionibus, adeoque in *contractibus* etiam *ultro citroque* obligatoriis, vtrumque contrahentem peraeque obſtringat; ita ſine vlla controuerſia *bonae fidei* conſequens eſt, vt, qui *conſtantiam* promiſſorum ab altero exigit, ex ſua parte dictorum conuentorumque

(*e*) *L. 6. §. 2. D. de iur. dot.*
(*f*) *L. 6. C. de act. empt. vendit.*

rumque *fidem* non diſtraxerit, quia nullo iure ſibi quis *fidem* ab eo ſeruari poſtulat, cui ipſe *fidem* a ſe praeſtitam ſeruare recuſat (*g*). Recte igitur rationes mihi ſubduxiſſe videntur quirites, qui in contractibus *innominatis*, ei, qui dedit; atque adeo ex ſua parte obligationem impleuit, non ſolum *praeſcriptis verbis* ad *implementum* ſi velit, agere, permiſerunt, ſed *poenitendi* licentiam amplius ex perſona alterius ceſſantis (*h*), liberam eſſe voluerunt, cum poteſtate *repetendi* per *condictionem*, quod datum eſt, (*i*), vt nequidem eum, qui ab initio implere promiſſum ceſſauit, iuuare potuerit, ſi deinde, poſtquam ſcilicet ſemel ceſſauit, ad implendum ſe paratum eſſe, declarauerit, ac *praeparatoria* iam fecerit (*k*), quia non ſolum *reuocatio*, qua verbis, de non ſeruando promiſſo, voluntas declaratur, *fidei* violationem inuoluit, ſed *perfidiae* crimen ei etiam adtribui poteſt, qui ſine ſolida & iuſta cauſa implere deſiit, quod ſe daturum facturumque promiſit, Quod autem *poenitere* etiam licuit, *negotio* adhuc *pendente*, licet per eum, qui accepit, non ſtetit, quo minus impleuiſſet promiſſum, id *abſonantem* ex parte ab *aequitate* naturali *rationem* habere videtur, quamuis apud quirites quoque hoc caſu, ſi ſcilicet alter *praeparatoria* iam fecerit, indemnem eum ſeruare obſtrictus fuerit is, qui dedit, quippe

(*g*) *vid. Dn.* PRAESID. *progr. de permutatione pact. diſplicentiae ad form. leg. commiſſor. vallata p. 10.* add. LYNCKER *deciſ. 943.*

(*h*) *vid. L. 5. D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.*

(*i*) *L. 3. §. 2. & 3. eod.*

(k) *c. l. 3. §. 3. eod.*

quippe quem ICti romani *ab instanti*, per ipsam *dationem*, ad hanc *indemnitatem* praestandam obligatum esse, rati sunt (*l*).

§. VIII.

COMMVNIS OPINIO IN CONTRACTIBVS NOMINATIS IVRI POENITENDI LOCVM NON CONCEDIT.

Si ex principiis *aequitatis* naturalis vnice decidenda esset perdifficilis illa quaestio, an, *cessante* & iusto tempore promissis *non stante* altero, qui ea quidem *potuit*, sed implere *noluit*, etiamsi expressis verbis contractum non reuocauit, eodem modo, ei, qui ex sua parte contractum *nominatum* impleuit, poenitere, &, quod dedit, *repetere liceat?* adfirmantium sententiam eo magis pro certa sumerem, quo certius mihi persuasum est, nihil prorsus iniquitatis habere, si alteri eripiatur ius ex contractu quaesitum, quem primus ipse violare non dubitauit, sed anceps disputatio, quid quirites senserint? me admonet, vt de eo paulo curatius dispiciam. Fundus rei sine dubio in rescriptis imperatoriis est, quae TRIBONIANVS maximam partem in *codice*, sub rubricis de *Rei vindicatione*, *contrahenda* & *rescindenda venditione* nec non *de action. empt. vend.* collocauit, ex quibus constat, ex duplici axiomate & principio, quod scilicet & *bonae fidei* congruum, & ipsorum *contrahentium* interfit, ratos manere semper *contractus* iure perfectos

(*l*) *L. 5. pr. & §. 1. sq. D. de Condict. caus. dat. caus. non secut.*

ctos (*m*), vniuersas decisiones, in quibuslibet speciebus manasse. Quia igitur, praeterquam, si *natura* & *indoles contractus*, vt in *deposito*, *mandato* & *societate*, ita comparata sit, vt *poenitentiam* vnilateralem admittat, aut alia *grauissima* & *adprobata* legibus adsit, vel *contractui nominato*, aut *constituto*, vel etiam *pacto legitimo* superueniat causa, quae vni parti, altera inuita, *poenitendi* tribuit facultatem, *bona fides* non patitur, de *contractu* iure *perfecto recedere*, nullo id *tempore*, nec ex *rescripto* principis licere, eodemque iure ipsius quoque principis fiscum vti, saepe constitutum esse, DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS *augusti martianae* rescripserunt (*n*). Quemadmodum igitur iidem augusti *Diogeni* responderunt (*o*), ob pretium, ab emptore non numeratum, actionem quidem *pretii*, seu ad exigendum *pretium*, sed non eorum, quae dedit, *repetitionem* competere; sic *mutiano* quoque emptori, cui traditio rei venditae, iuxta emptionis legem, procacia venditoris facta non fuit, non ipsius *pretii* soluti *repetitionem*, sed *actionem*

(*m*) *L. 7. C. de resc. vendit.*

(*n*) *L. 3. C. eod.*

(*o*) *L. 8. C. de contr. empt.* idem quoque responsum *Alexandro* dederunt, quod aduersarium suum de *pretio*, si non hoc ante probatum fuerit, recepisse, *conuenire* debeat, inciuile vero & inusitatum esse, quod is postulauit, vt mancipium, cuius dominium transtulit, inuito eo, cui tradidit, ex *rescripto* Imperatorum sibi adsignetur, in *L. 12. C. de R. V.*

actionem tantum ad *interesse* concesserunt (*p*). Haec fere sunt illa, saltim potiora, iura & constitutiones principum, quibus *communis opinio* suffulta est, quae omnem vnius partis *poenitentiam*, etiam ob *moram* vel *perfidiam* alterius, in contractibus *nominatis* exulem esse vult, quam a MELCHIORE HOLLERO (*q*) oppugnatam vindicauit eruditeque ac copiose quaedam HOLLERI argumenta discussit B. REINHARTHVS (*r*).

§. IX.

FVNDAMENTVM SENTENTIAE CONTRARIAE ADFIRMANTIS.

Album meum calculum huic sententiae adiicere nec egomet refragarer, nisi praeter alias leges (*s*), maximam difficultatem pertimescerem, quam habet rescriptum impp. CARI, CARINI & NVMERIANI (*t*), quo *Rimulo*, se certae rei *contemplatione* fundum suum exiguo pretio

(*p*) *L. 4. C. de act. empt.*

(*q*) *in dissert. de poenitentia in contract. nominat. obtinente. Traiecti ad Rhenum A.* CIↃ IↃ CCXXXIV.

(*r*) *diss. de poenitent. vnius part. ob moram vel perfidiam alterius in contractib. nominatis exule. add.* LEYSER *med. ad Dig. sp. XLVI. med. V.*

(*s*) *L. 14. L. 41. C. de transact. L. 6. §. 2. D. de contrah. empt. L. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. L. 135. §. 2. D de V. O.*

(*t*) *in L. 6. C. de pact. inter empt. & vendit.*

pretio in alium transtuliſſe, commemoranti reſponderunt, iudicem competentem adeundum eſſe, vt is fundum, cuius mentionem fecit, reſtitui ſibi cum fructibus ſuis, ſine vlla *ludificatione*, ſua *autoritate* perficiat, quoniam non poſſit ea res ſibi *fraudi* eſſe, quando, *non impleta promiſſi fide*, dominii ſui ius in ſuam cauſam *reuerti* conueniat, praecipue, cum aduerſa pars, receptis *numis*, *nullam* poſſit videri paſſam eſſe *iniuriam*. Fallor enim, aut verum eſt, praeter rubricam, ſub qua reſcriptum hoc collocatum eſt, ipſa legis verba ſatis euincere, *principale* negotium, de quo in hac ſpecie ſermo eſt, non *innominatum* permutationis *contractum*, ſed *emptionem venditionem* fuiſſe. Nam primum, *pretio* rem in aliquem transferre, nihil aliud ſignificat, quam rem *vendere*, deinde ex eo, quod, *receptis numis*, dominii ius in ſuam cauſam reuerti debuit, recte colligitur, non rem illam *certam*, cuius contemplatione contrahentes inter ſe conuenerunt, ſed numos, *ſiue pretium principale* fuiſſe, pro quo fundus in emtorem translatus fuit, ergo contractus a *potiori* & *principali*, non etiam ab *acceſſorio* aeſtimandus & nominandus eſt. Quamuis autem forte reſponſum hoc imperatorium non incongrue ad hanc ſpeciem reſtringi queat, in qua *pacto adiecto* conuentum fuit, vt non ſolius *pretii*, ſed ſimul *certae rei* ſiue *cauſae* contemplatione venditio *exiguo* pretio celebrata eſſe debeat, cum, ſicut in contractibus *innominatis*, adiecta *ſtipulationis* ſolemnitate, conſenſus hoc effectu pure declarari potuit, vt non amplius in euentum certae rei adhibitus cenſeri poſſit (*u*); ita non

(*u*) *L. 3. C. de rer. permut,*

non minus *pacto*, quod contractui bonae fidei *nominato* ſtatim, ſiue in *continenti* adiectum fuit, ſine dubio conſenſus, quo alias ex regula *venditionis* contractus *pure* & ſine certae cuiusdam alterius rei *contemplatione*, ſolius *pretii* ab emptore accipiendi gratia perficitur, ad certum promiſſionis *euentum* abſciſſe reſtringi potuit, vt, euentu illo non ſecuto, cuius contemplatione res vendita & tradita fuit, hanc repetere liceat, pacta enim dant legem contractui (*x*), & prouiſio hominis tollit prouiſionem legis (*y*): attamen quia *cauſa* reſcripti *principalis* haec allegatur, quod *mora* emtoris *promiſſi fidem non implentis*, venditori *fraudi* eſſe non debeat & praeterea ratio generalis, quae verbis expreſſis, & quidem, vt praecipua ſubiicitur, in eo ponitur, quod aduerſa pars, *receptis numis* ſuis, nullam paſſam videri poſſit iniuriam, vereor, vt ſufficiens adſit ratio, cur timide dicam, quod animoſe fortiterque HOLLERVS (*z*) adfirmare & adſerere

(*x*) *L. 7. §. 5. D. de pact.*

(*y*) *L. 2. C. de execut. rei iudicat. L. 5. §. 14. D. commodat.*

(*z*) *cit. diſſert.* conſentit LYNCKER *tom. II.* Reſp. 101. n. 33. vbi, promiſſionem pecuniae omnino reſolui poſſe, ob hoc, quod praeſtita loco bonorum non fuerit, per textum elegantem in *L. 6. C. de pact. inter emt. & vendit.* ſtatuit hic atque ex eo porro concludit, quod poſt tempus, quo ipſi ſatisfieri debuit creditori, non poſſit arctari ad contractum, cuius legi debitores non ſatisfecere, vt quaſi in poenam perfidiae creditori reſilire liceat. *L. 113. pr. D. de V. O. L. 7. §. 1. D. de diſtract. pign.* add. *not. ſeq. g.*

re non dubitauit, quod nimirum nan tantum, ſi ita *conuentum* ſit (*a*), & ex *quibusdam cauſis*, quae conceptis verbis in lege quadam ſpeciali probatae leguntur, puta in emtione venditione, ob *vitium* rei venditae (*b*), vel *laeſionem* enormem (*c*), aut *locationi* ſuperuenientem propriam locatoris *indigentiam* (*d*), ſed *generatim* & *regulariter*, etiamſi *ita conuentum non ſit*, ſine vllo *aetatis* & *conditionis* contrahentium diſcrimine, *vnilateralis poenitentia* & *diſceſſus* a contractu *nominato*, quamuis non *facile* (*e*), toties tamen locum habeat, quoties per alterum, qui implere debuit, ſtetit, is vero, quod *potuit* & *debuit*, non fecit, veri namque vix ſimile mihi videtur, quirites, quibus in omnibus iudiciis *aequitatis* magis, quam *ſtricti iuris* rationem habendam eſſe placuit (*f*), in contractibus *nominatis*, contra *aequitatem* & *indolem* conuentionum *naturalem* (*g*), adeo nullam prorſus

(*a*) *L. 6. C. de act. emt.*
(*b*) *ſupra §. VII.*
(*c*) *L. 2. C. de reſcind. vendit.*
(*d*) *L. 3. C. de locat. & conduct.*
(*e*) *L. 6. C. de act. empt. vend.*
(*f*) *L. 8. C. de iudic.*
(*g*) *vid. ſupr. §. VIII.* & not. praec. (*z*) agnouit hanc *aequitatem*, & conuentionum *indolem* SCIPIO, qui ANNIBALI in hanc ſententiam reſpondit: Non me fallebat, aduentus tui ſpe carthaginenſes & praeſentem induciarum *fidem* & ſpem pacis *turbaſſe*. Neque tu id ſane diſſimulas, qui *de conditionibus* ſuperioribus pacis *omnia ſubtrahas*, praeter ea, quae iam pridem in poteſtate noſtra

ſus *fidei violatae* rationem habuiſſe, vt nec ob *moram* ac *perfidiam* obligationis nexum ſuſtulerint.

§. X.

ADFIRMANTIVM SENTENTIA CVM DISTINCTIONE CONFIRMATVR.

Sed ne, Themide inuita, ſententiam ex rectae rationis principiis prolatam legibus romanis adfingere velle videar, recta iam harum legum adcommodatio ad certos caſus, ſecundum *humanitatem* & *aequitatem* legalem, quae in ipſis legibus & earum mente latet, ſic facienda erit, vt ab iis, quae quodammodo exundare & quaſi extra limites vagari videntur, eximam, in quae ratio earum non quadrat, ſubiiciam vero, in quae haec conuenit. Quam rem totam, vt θέλκῶς & quaſi in ſummam exſequar, quaedam diſtinctiones in hoc tractatu neceſſariae ſunt, antequam ipſae leges, per vim & rationum conſequentias, ad tenorem aequabiliorem reduci poſſunt. *Prima* diſtinctio haec ſit, an e duobus alter *fidem* promiſſi *implere non potuit*, an *noluit*? ſi non *potuit*, diſtinguendum eſt, an *mora* praeceſſerit, nec

noſtra ſunt. Ceterum, ſicut tibi curae eſt, ſentire ciues tuos, quanto per te onere leuantur: ſic mihi laborandum eſt, ne, quae tunc *pepigerunt*, hodie ſubtracta ex conditionibus pacis *praemia perfidiae* habeant. *Indigni, quibus eadem pateat conditio, vt etiam proſit vobis fraus, petitis.* apud LIVIVM Lib. XXX. C. XXXI. n. 1, ſq.

nec ne? *nulla* praecedente *mora*, exulare *vnilateralem* illam *poenitentiam* in contractibus *nominatis* prorsus voluerunt quirites, licet in contractibus *innominatis* eam admiserint (*h*), quoniam id, nec *bonae fidei* congruere, nec e re *contrahentium* esse rati sunt, si, cum *negotio* adhuc *pendente* emptor paratus sit, venditori vniuersam pecuniam soluere, quam hic accipere noluit, atque adeo per emptorem, quo minus reliquum solueret, non steterit, venditori tamen a contractu iure perfecto recedere, eumque irritum facere permitteretur, vnde hoc casu, non obstante venditoris *poenitentia*, emptori ad rei venditae traditionem agere licuit (*i*), quod & in contractibus *innominatis* aequitatis rationem suadere, supra (*k*) dixi, quamuis romanis in his aliud statuere placuerit. Quodsi vero mora quaedam praecesserit, *temporis* ratio habenda est, aut enim *longum*, aut *modicum* duntaxat *tempus* interpositum fuit, hoc casu, vel *venditoris*, propter eam *moram* quidquam interest, vel non, si nihil *interest* & emptor non multo post, quam soluere debuit, pecuniam venditori obtulisset, prorsus a mente contrahentium & legum romanarum alienum esse videtur, vt, ob *minimam* hanc *causam*, res bona fide vendita inempta fiat (*l*), sed

(*h*) *supr. §. VII.*

(*i*) *L. 135. §. 2. D. de V. O.* imputari non debet ei, per quem non stat, si non faciat, quod per eum fuerat faciendum, *cap. XLI. de R. I. in VIto* Perillustr. Dn. PVFENDORF *Tom. II. Obs. iuris vniuers. obs. 163,*

(*k*) *cit. §. VII.*

(*l*) *L. 54. D. de contr. empt.*

ſed ſi *venditoris* quidquam intereſt, ei nec *exigui*, nedum *longioris* temporis *mora* & multo minus emptoris *perfidia*, promiſſi fidem implere nolentis, quam tamen *implere potuit*, fraudi eſſe debet. Eſt tamen, ſi emptor *moram* aut *perfidiam* a ſe commiſſam eſſe neget, omne id ad *iudicis* cognitionem remittendum, vt SCAEVOLA reſpondit (*m*). Aditus autem competens iudex in hac cognitione ſic verſari debet, vt, *re non* amplius integra, emptorem, nulla eius *perfidia* aut *longioris temporis mora* probata, vel ob deficiens, in caſu *morae exigui* temporis, venditoris *intereſſe*, abſoluat, vel ad *implendam* promiſſi *fidem condemnet*, ſi venditor *actione* ex *contractu* ad *implendum*, contra illum *experiri* magis, quam rem venditam *repetere* voluit, ſin ſecus, iudex *autoritate* ſua *perficere* debet, quod venditor actione ordinaria conſequi non potuit, ne ſcilicet *mora* emtoris venditori *fraudi* fiat, ſed venditor rem ſuam in emptorem translatam ab hoc, ſine vlla *ludificatione*, recipiat, ne re ſua inuitus carere cogatur, donec improbo & perfidioſo emptori pretium promiſſum ſoluere opportunum viſum

(*m*) *cit. L. 135. §. 2. D. de V. O.* concidit ergo diſtinctio illuſtr. LEYSERI *Medit. ad Digeſt. Spec. XLII. med. VII. & VIII.* inter *priuatos* & liberos *principes* ac *gentes*, vt illis licere non debeat, ſibi ipſi ius dicere & *violatam* ſibi *fidem* alia *perfidia* vlciſci, quod his per modum *repreſaliarum* conceſſum ſit. Praeterea ex hoc reſponſo SCAEVOLAE patet ſimul ratio, ob quam imperatores ex *reſcripto*, rem, cuius dominium translatum eſt, priori domino adſignare noluerunt. *L. 8. C. de contr. empt.* ſupra §. VIII. not. (*o*)

visum fuerit. Quibus ita praestructis, intellectu iam non est difficile, quod legibus romanis, quibus contraria sententia suffulta est, nullae aliae species subiici debeant, quam quae vel huiusmodi sunt, vt in illis nulla prorsus *perfidia* & *mora*, vel saltim mora *longioris temporis* non sit commissa, vel in quibus venditoris plane nihil *interfuit*, per *modicum temporis interuallum* contractus *implementum* dilatum fuisse. Tantum etiam abest, vt per hanc interpretationem iuri romano, contra mentem imperatorum, aliquid adfingatur, vt potius ratione alia ad aequabiliorem tenorem reduci nequeat.

§. XI.

DEFICIENTE ACTIONE AD REVOCANDVM NON DEFICIT EXCEPTIO.

Admissa *actione* ad repetendum id, quod datum est, non potest ambigi, quin detur quoque *exceptio*. Cui enim damus actiones eidem & exceptionem competere multo magis quis dixerit (*n*). Quod si vero concesserim, *re non* amplius *integra* poenitentiam vnilateralem in contractibus *nominatis*, licet *mora* aliqua vel *perfidia* praecessit, omnem *agendi* viam ad *reuocandum* dissoluendumque contractum & *repetendam* rem, in alterum iam translatam, propterea praeclusam esse, quod per implementum non secutum, contractus *nominatus* sublatus non

(*n*) L. 156. §. 1. D. de R. I. cap. qui ad agendum 71. de R. I. in VIto vid. ANDR. MYLIVS *de remed. quae per mod. act. & except. propon. poss. cap. I. sq.*

non creditur *o*) adeoque ad implementum agi oportere, si quid deficiat *p*). Minus recte tamen ex eo colligitur, quod nec *re integra* per *exceptionem* is, quem poenitet, subleuandus, & ab impetitione improbi & perfidiosi actoris liberandus sit, cum enim tam certum sit, quam quod certissimum, non *reuocare*, multo minus nouam *perfidiam* committere, vt illustri LEYSERO *q*) videtur, qui iam *implere* definit contractum, etiam *nominatum*, quem alter violauit primus *r*), multum interesse puto, quaeras, vtrum alter, qui *fidem* promissi *im-*

o) LYNCKER. *tom. II. Resp. 101. n. 16. vid. tn. §. praec. IX. not. 2*)

p) idem cit. *tom. II Resp. 132. n. 15.*

q) vid. *§. praec. X. not. m*).

r) Verissima est conclusio, inquit FVLVIVS PACIANVS *consil 1. n. 95.* qua dicitur, quod quando mutua conuentio facta est, a duobus, si vnus prior contravenerit, alter ad obseruantiam contractus non teneatur, vt manifestis verbis cautum est in Cap. *constitutus 7. X. de poen. cap. frustra 75. de R. I. in VIto can. si infidelis 17. caus. 28. qu. 1.* Et hoc quidem *n. 46.* procedere dicit PACIANVS, etiamsi in contractu iuramentum fuerit adpositum, quia, si vnus pacta non seruauerit, poterit alter a conuentione recedere absque metu periurii, cum quilibet intelligatur, sub tacita conditione iurare, quatenus sibi promissa adimpleantur, vt patet in *cap. peruenit 2. X, de iureiur.* & elegantius id expressum est *in cap. sicut 13. §. 1. X. eod.*

implere desiit, *obligetur* ad *restituendum*, quod accepit, an vero is, qui *implere* paratus fuit, sed, vt id fieret, per eum, ob *moram* & *perfidiam* alterius, non stetit, ab *actione*, quam *morosus* & *perfidus* intendere vult, absoluendus sit. Quamobrem, si vel maxime, vbi de *obligando* perfido ac moroso *promissore* quaeritur, ob dissensum communis opinionis, ad *negandum* propensior esse velim, non possum tamen non etiam facilior esse, ad *liberationem*, vbi de *liberando* reo quaeritur & ad eum liberandum occasio subministratur. Nam & ICti romani, propensiores ad *liberandum*, quam ad *obligandum s*), facilius *exceptionem*, quam *actionem* proprie sic dictam admiserunt, licet ergo maxime a contractibus *nominatis* non possit recedi, sub praetextu implementi non secuti, *agendo*, bene tamen recedi potest per viam *exceptionis t*).

§. XII.

EXCEPTIONIS ETYMOLOGIA.

Notatio vocabuli *exceptionis v*) duplex est, alia grammatica, alia logica, illa vox euoluitur, hac vero vocabuli vis & significatio enodatur; dicunt autem grammatici *excipere*; cum aliquid ab vniuersali regula eximunt,

s) *L. arrianus* 47. *D. de O. & A.*

t) MANTICA *de tac. & ambig. conuent. L. III. Tit. XII. n.* 53. ROLAND a VALLE. *vol. IIII.* cons. LXIX. n. 43. sq.

v) in vernacula dicitur, *ein Auszug*, *ein*-siue *Schuzrede*, item *Einwurff und Schuz-Wehr* vid. HERM. VVLTEI Lib. *II. de iudic. c. VII. n. 16. sq. pag. 398. sq. & n. 25. p. 400.*

munt, vel detrahunt, quod in *exceptione* forenſi, quae ab *excipiendo* ſine dubio dicta eſt, quoque fieri ſolet: nam & reus *exceptionis* remedio *x*) ſiue auxilio, quod certis ex cauſis ei tribuitur *y*), vel damnatione eximitur, vel ſaltim haec minuitur, *z*), ſed ſecundum logicam notationem, exceptio dicta eſt, quaſi quaedam *excluſio a*). Vtraque notatio metaphoricam locutionem continet, vt enim quis tela clypeo, pilam manu excipit & reflectit, ita tutiſſimo hoc iuris remedio rei aduerſus actorum in iudicio agentium tela & arma offenſiua, quae clypeo hoc excipiuntur, ſe defendunt *b*), quod propterea etiam clypeum & arietem, quo actoris telum infringitur & euertitur, cum M. TVLLIO eleganter adpellauit IAC. CVIACIVS. *c*)

§. XIII.

x) L. 14. *C.* ad SCt. Vellei.

y) L. 10. C, de except,

z) ita PAVLVS in L. 22. D. eod ab *effectu* exceptionem deſcripſit, ſimulque eam a *forma* conditionem vocauit, nam *conditionis* vocabulum formam arguit. vid. VULTEI c. l. n. 53. ſq. pag. 404.

a) apud VLPIANVM Libr. 74. ad edict. in L. 2. pr. D. de except. Ergo in hac lege non eſt exceptionis *definitio*, ſed nominis tantum *notatio*, ab effectu deſumta. vid. HERM. VULTEI *Lib. II. de iudic. cap. VII. n. 21. ſq. p. 400. & n. 50. ſq. p. 404.*

b) ſupra §. IV.

c) *in paratitl. ad Cod. tit. de Except.*

§. XIII.

HOMONYMIA ET SYNONIMIA VOCABVLI EXCEPTIONIS.

Vt varia & multiplex huius vocabuli eſt *ſignificatio* *d*), ita apud ICtos vel *late* & *abſolute*, pro quauis *defenſione* *e*) & *allegatione* *f*), tam *actoris*, quam *rei* accipitur, nam & *replicationes*, quae a parte actoris veniunt, nihil aliud ſunt, quam *exceptiones*, idcirco obiectae, vt *rei* exceptionem oppugnent *g*), vel *ſtricte* & *relate* ad *actio-*

d) vid. VULTEI *c. l. n. 16 ſq. p. 398. ſq.*

e) *L. 5. D. L. 11. C. de except. L. 30. in fin. D. de pact. dot.*

f) *L. vnic. C. de ſatisd. L. 3. C. de inutil. ſtipul.* Equidem aliquando *allegari* dicitur exceptio L. 21. D. de vſur. quid? quod vox graeca δικαιολογία, qua THEOPHILVS in *paraphr. in pr. h. t.* in definitione exceptionis vtitur, in *vet. gloſſ.* pro *allegatione* accipitur. Attamen, ſicut ſimpliciter *allegari* dicitur illud, quod *ipſo iure* actionem tollit, illud vero, quod eam *exceptionis ope* elidit, eludit, excludit vel perimit, *opponi* dicitur, quamuis vtrumque rei defendendi cauſa fieret, atque adeo omnis defenſio rei conſiſteret, vel in *allegatione* vel in *exceptione*; ita allegatio ſimplex quoque diuerſa eſt, ab exceptione proprie ſic dicta CVIAC. *ad L. 36. D. de minor.* quippe quae eſt *actionis* adhuc a praetore *tollendae*, allegatio vero eſt *actionis* iam a iure ſublatae. Quod igitur in *allegatione* praeſtabat *ius ipſum*, illud in *exceptione* praeſtabat *praetor* iuris miniſter. HERM. VULTEI *Lib. II. de iudic. cap. VII. n. 25. p. 400. & n. 99. ſq. pag. 404. ſq.*

g) *L. 2. §. 1. D. de except.* idem de duplicationibus, triplicationibus & quadruplicationibus eſt, quippe quas *exceptiones*

ctionem vel actoris *intentionem* ſumitur. Velut autem reus *actione* ſe teneri vel prorſus negat, vel eam, *ſummo* ſiue ſtricto & mero iure efficacem fatetur quidem, ſed per defenſionem *iuris* elidere ac excludere intendit, ita vocabulum *exceptionis* iterum vel *impropriam* vel *propriam* ſignificationem habet, *exceptionemque* vel *facti* vel *iuris* denotat. *i*) Nam, quod DD. *exceptiones facti* ab exceptionibus *iuris* ſeparant, non fit per veram diſtinctionem *generis* in *ſpecies*, ſed vocabuli aequiuoci in ſua aequivocata. Quamobrem *facti* exceptiones non niſi *improprie* exceptiones nominari queunt, quippe quae nihil aliud ſunt, quam *negationes* ſiue *inficiationes*, quae non ipſi *actioni*, ſed actoris *intentioni*, vnde etiam exceptiones *intentionis* vocantur, obiiciuntur, ad negandum vel excludendum *ius* ſiue *perſonarum*, ſiue *rerum*, vel *factum*, quod actor

ceptiones adpellare nihil impedit. ZANGER *in tract. de except.* part. II. C. III. n. 1. pag. 27. edit. nou.

h) L. 3. C. *de transact.*

i) Etſi iure peremtae *actioni* ſeu *liberationi*, quae *ipſo iure* contingit, opponitur *actio*, quae per *exceptionem* ſublata eſt; ſeu, aduerſus quam reo per *exceptionem* ſuccurritur *L. 34. §. 1. D. de ſolut.* vid. VULTEI *Libr. II. de iudic. cap. VII. n. 82. ſq. pag. 408. & n. 98. ſq. 409.* nihil tamen vel ſaltim non multum intereſt, *ipſo iure* quis actionem non habeat, an per *exceptionem* infirmetur *L. 112. D. de R.I.* quod enim ad effectum attinet, tam nihil conſequitur, qui prorſus nullam actionem habet, quam is nihil conſequitur, qui actionem quidem habet, ſed cuius vis per exceptionem peremptoriam infirmetur. VULTEI c. l. n. 96. vid. infra §. XXII.

actor in iudicium de facto deduxit. *k*), modo non ſit *nuda* ac *ſimplex*, ſed ſub certa *qualitate* facta *negatio*, ſeu *inficiatio*, illi enim, maxime, ſi non circa *ius*, ſed *factum* contingit, cum reus, actioni per eam directo contradicendo, litem conteſtetur, v. c. ſi mutuatitiam pecuniam, quam actor condicit, ſe accepiſſe, ſimpliciter inficiatur, nomen exceptionis vix tribui poteſt, ſed hae potiſſimum *inficiationes* heic intelliguntur, quae ſub certa qualitate fiunt, atque adeo praegnantes ſunt, quia praeterea aliquid ponunt, & cum adfirmatione noui facti, ad inſtar aliarum *exceptionum* probandi, coniunctae ſunt, negantque *factum* non *ſimpliciter*, ſed quia facta eſt compenſatio, acceptilatio, ſolutio, nouatio, delegatio, vel ſimile quid, quod intentionem actoris prorſus excludit *l*). *Iuris* vero ſiue *proprie* ſic dicta exceptio vel aduerſus ipſam actionem *ſummo* ſiue *ſtricto* ac *mero* iure ſubſiſtentem, vel aduerſus aliud, quod reo aduerſari videtur, certis ex cauſis *m*) auxilium tribuit *n*), huiusque

k) vid. ANDREAS MYLIVS diſſ. *de inueniend. & caute obiic. except. §. IV. ſq.*

l) an de his olim praetor cognouerit vid. infra §. XVI. not. *p*)

m) aut quia factum ſit, quod fieri *oportet*, aut quia factum ſit, quod fieri *non oportuit*, aut quia *factum non ſit*, quod *fieri debuerat*. Quia factum eſt, quod fieri oportuit, datur exceptio *rei venditae* & *traditae* & *rei iudicatae*. Quia factum eſt, quod fieri non oportuit, datur exceptio *doli mali*. Quia non factum eſt, quod fieri debuit, ut *bonorum poſſeſſionis* non datae, ita PAVLVS Libr. ſingul. de concept. formul. *in L. 20. D. de except.* adde *exceptionem implementi non ſecuti*.

n) *L. 10. C. de except. pr. inſtit. eod.*

iusque ſynonimum non ſolum *defenſio o)* et *depulſio*, ſed *praeſcriptio* quoque eſt, quamquam enim plerumque illa *defenſio*, quae actionem non directo adgreditur, ſed a loci, temporis aliisque circumſtantiis *extra cauſam* petitur, *praeſcriptionis* nomine venit *p)*: attamen in genere omnem *exceptionem* proprie ſic dictam, vt apud graecos voce παραγραφῆς *q)*; ita apud latinos quoque autores *r)*, & in iure romano, ſiue quod *exceptio* quaſi *modum* praeſcribat *regulae*, cui innititur is, qui agit, ſiue quod per eam praeſcribat & dictet reus actori, quomodo actionem ſibi dari, poſtulare debuerit, ſiue quod aduerſario, quod ei fuerat faciendum vel ommittendum in actione inſtituenda praeſcribat, praeſcriptionis nomine ſignificari, nihilque prorſus differentiae inter *exceptionem* & *praeſcriptionem*

o) *L. 4. & 11. C. de except.* vbi *defenſiones* ſiue *exceptiones* ad interceſſiones extendi dicuntur. A veteris franciae pragmaticis in formula: *propoſes barres* & *exceptione* non male *clauſtra* & *cancellos*, quibus *actiones* circumſcribantur, *exceptiones* dictas eſſe putat, IAN. a COSTA *ad pr. Inſtit. de except.*

p) praeſcripto fori *L. vlt. D. de except.* moratoria L. 2. C. de precib. imp. offer. Praeſcriptiones temporales *tit. D. de diuerſ. & temp. praeſcript.* HEINECC. *El. iur. ciu. ad Dig. §. 356. tit. de except.*

q) Non ſolum THEOPHILO *Libr. IV. paraphr. rubrica XIII.* περὶ παραγραφῶν, ſed etiam gloſſ. Gr. lat. *praeſcriptio* & *exceptio* idem eſt.

r) vid. SENECA *Epiſt. 48. in fin.* vbi LVCILIO ſuadet, vt ſe, quantum poſſit, ab *exceptionibus* & *praeſcriptionibus* philoſophorum reducat.

ſcriptionem eſſe, ſed vtramque idem poſſe, vt nihil interſit, ſiue *exceptionem*, ſiue *praeſcriptionem* rei iudicatae, tranſactionis, doli mali, metus &c. dixeris, non ſolum ex coniunctione SIVE *s*), quae connexio vocum eſt idem ſignificantium *t*), recte colligitur, ſed leges quoque expreſſae *v*) luculenter id euincunt. Speciale vero nomen *praeiudicii*, quod quibusdam exceptionibus tribuitur, quae ſcilicet actionem eo nomine excludunt, quod per eam praeiudicium fiat, quaeſtioni de re maioris momenti *x*) pro ſynonimo *exceptionis* haberi nequit.

§. XIV.

s) in rubr. Cod. quae de *exceptionibus* ſiue *praeſcriptionibus* agit.

t) IACOB. CVIAC. *in paratit. ad tit. D. & C. de except.*

v) per *praeſcriptionem* peremtoriam, quam quandoque obiicere, donec ſententia feratur, licere DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS AVRELIO reſcripſerunt in *L. 8. C. de except.*. ſine dubio omnis *exceptio* peremptoria *proprie* ſic dicta intelligitur. Sic exceptionem quoque *transactionis* factae transactionis praeſcriptionem VLPIANVS in *L. 9. pr. D. de transact.* exceptionem rei iudicatae MODESTINVS in L. II. D. de Except. ALFENVS VARIIS vero in *L. 14.* & LABEO in *L. 23. D. eod. & in L. 91. D. de ſolut.* quamlibet in *factum* datam, nec non *doli mali exceptionem*, quae *certae litis finitae* dici nequit, *praeſcriptionem* vocauit. vid. HEINEC. *cit. §. 356. not.* * & IVLIO AQVILIAE *libr. reſponſorum in L. vlt. D. de ſuſpect. tut.* nec non MACRO *L. 1. publicor. iudic.* in *L. 3. §. 1. D. de praeuaricat*, generatim *praeſcribere* idem ſignificat, quod excipere vid. HERM. VULTEI *L. 11. de iudic. c. VII. n. 26. ſq. p. 400. ſq.*

x) *L. 16. L. 18. L. 21. D. de except.* vid. VULTEI *c. l. n. 34. ſq. p. 402.*

§. XIV.

PROPRIE ET STRICTE SIC DICTAE EXCEPTIONIS IVRIS DEFINITIO.

Iuris *praeſcriptio* ſiue *exceptio* ſtricte & proprie ſic dicta varie a variis definitur, THEOPHILVS *allegationem* quandam reo competentem eſſe dicit, aduerſus actionem, quae iure ciuili *efficax* ſit, ſed *natura* iniquas vires habet, SCIPIO GENTILIS *z*) eam definit per *eliſionem* & *negationem* eius rei, quae ab actore in iudicium deducitur IACOBVS CVIACIVS *a*) per *exceptionem* intelligit *intentionem rei* ſiue ejus, cum quo agitur, *actioni* contrariam ſeu intentioni actoris oppoſitam, eamque defenſionem quoque vocat *b*), quae eludit, elidit, excludit actionem *c*), placetque tantum non omnibus ICtis *d*) generis loco ponere

y) in *paraphr. inſtit.*

z) *libr. ſing. orig. ad pandectas* voce *exceptio.*

a) *paratit. ad Dig. tit. de except. & ad L. 36. D. de minor.*

b) *ad cit. L. 36. D. de minor.* vid. HERM. VULTEI. *L. II. de iudic. c. VII. n. 56. ſq. p. 405.*

c) Illud, inquit VLPIANVS *Libr. 74. ad edict. in L. 2. §. 2. D. de except.* tenendum eſt, omnem *exceptionem* vel *replicationem* excluſoriam eſſe, *exceptio* actorem excludit, replicatio reum, non veram hanc definitionem ſed nominis duntaxat notationem eſſe ſupra §. XII. not. *d* monitum iam eſt.

d) vid. B. BOEHMERVS *in doctrina Pand. tit. de except. §. I.* B. HEINECCIVS *in Elem. ad π. eod. tit. §. I.* ceteri.

ponere *defensionem.* Quandoquidem vero haec vox *exceptionis* est synonima *e*), *exceptio* autem, vt & actio huiumodi media sunt, quibus ceu instrumentis vtimur, quod nobis debetur, vel nostrum est, *persequendi* & *conseruandi*, nihil impedit, quo minus vocabulum *iuris*, quo CELSVS *f*) in finienda *actione* vsus est, in definitione *exceptionis* retineamus. Est igitur *exceptio* nihil aliud, quam *ius* reo competens, excludendi ex aequitate actionem, cuiusque rei, ad eludendum *g*) id, quod *ciuili* iure ab actore in intentionem condemnationemue deductum est, vel reo quocunque modo aduersari potest. Nam sicut *actio* non est ipsa iudicialis persecutio, sed *ius*, seu *facultas iure* competens persequendi in iudicio quod debetur; ita quoque *exceptionum iuris* natura & essentia rectius per *ius*, seu legitimam *facultatem* excludendi intentionem *actoris*, vel omnino, vel ad tempus, quam per iudicialem *allegationem*, expriuni videtur. Vterque igitur & *actor* & *reus* in iure se fundat, ille in iure *persequendi*, hic in iure *infringendi* ius actoris.

§. XV.

e) §. praeced. XIII. not. *o*)

f) *Libr. 3. D. in L. 51. D. de O. & A.*

g) Ita vulgo legitur *in L. 2. §. 1. D. de except.* sed in Florentinis Pandectis antique *cludendum* pro *claudendum* in aliis *elidendum* legitur, quod magis cum vsu ICtorum conuenire putat SCIPIO GENTILIS *libr. sing. orig. ad D. voce exceptio.*

§. XV.

IVRIS CIVILIS EX AEQVITATE NATVRALI PER EXCEPTIONES TEMPERATIO.

Enim vero *persecutiones & actiones*, quas ex *ciuili* iure, quatenus hoc olim *formularium* fuit, subtilis ICtorum philosophia elicuit, *per se & simpliciter*, seu quatenus *actiones* sunt, secundum ius *summum*, *merum & asperum legitimae* & iustae fuerunt, sed quia, cum primum in iudicium deductae essent, *iniustae & iniquae* esse coeperunt, quatenus aduersus eum intendebantur, qui *defensione* aliqua munitus esset, qua; vt CICERO *h*) loquitur, *actionis iniquitatem*, excipere potuit, praetores romani, aequitatem naturalem secuti, subtilis iuris ciuilis rigorem, seu τὴν τȣ̃ νόμȣ ακριβειαν, vt THEOPHILVS *i*) loquitur, cum nullam directo mutationem facere quiuerint

h) *in dialog. de partit. actionem excipere, vt apud* GAIVM *in L. 13. D. de noxal. act.* legitur, idem est, ac *pati* actionem, vt GAIVS *in L. 8. D. de iudic* & FVRIVS ANTHIANVS *in L. f. D. de R. V.* vel *suscipere*, vt VLPIANVS in L. 52. D. eod. loquitur, in vernacula *sich auf die Klage einlassen.*

i) *In paraphr. Instit. h. t. in* pr. rigor ergo iuris *aequitatem* saepe elicit, quae, cum iustitiae maxime propria sit, non potest non, vt MARCELLVS apud IVLIANVM *in L. 66. de R. I.* definit, desinere esse debitor, qui nactus est exceptionem iustam, nec ab aequitate abhorrentem, ne summum ius, summa sit iniuria.

uerint, *per indirectum ſiue anfractum* temperaturi, *exceptiones* dederunt, quibus actiones *ſummo* ſiue *ſtricto* iure *iuſtae* & *non origine* tantum, vt IABOBVS CVIACIVS *k*) putauit, ſed *exitu* quoque *efficaces*, inſpecta autem *aequitate* naturali, *iniquae* impugnarentur, & in effectu *inefficaces* redderentur *l*), ſeu, vt VLPIANVS loquitur, eluderetur id, quod in intentionem condemnationemue ab actore deductum eſſet *m*). Quae quidem temperatio iuris eo facilius fieri a praetoribus potuit, quo minus negotii fuit in conſtituendis iudiciis *actionum* formulis *exceptiones* adiungere.

§. XVI.

MODVS CONSTITVENDI IVDICIA DVPLEX DIFFERENTIA INTER IVDICIA STRICTI IVRIS ET B. F.

Vnde duplex modus conſtituendi iudicia apud romanos introductus fuit; vel enim *pure* vel *coniuncte* praetor iudicium conſtituebat, & *pure* quidem conſtituebatur iudicium, cum nihil, quod ad rei defenſionem pertineat, adiectum eſt, veluti; *ſi patet intentionem actoris veram eſſe, neque reus ei ſatisfaciat, tum illum damnato o*): ſed *coniuncte* iudicium conſtituebatur, cum aliquid

k) *in pr. Inſtit. de except. not. z.*

l) L. 30. *D. de inutil. ſtipulat.*

m) cit. L. 66. & L. 112. D. de R. I. L. 1. C. *ſi aduerſus credit.* add IOSEPHVS NERIVS *L. 2. annal. c. 7.*

n) c. L. 1. *pr. D. de except*

o) Si ante ſententiam pronunciatam reus actori ſatisfecerit

quid vel ad *defensionem* rei, vel ad actionis firmamentum annectebatur, exceptio nimirum *iuris p)*, vel replicatio. Quia enim *stricto* iure *ciuili* actio fundata erat, cum huius generis exceptiones ad exinguendam *ipso iure* actionem comparatae non essent, praetor, qui non rei conuenti sed actoris ius spectabat, hunc, si de causa exceptionis non protinus constaret, a limine iudicii repellere non potuit, sed eum admittere tenebatur, iudicem igitur

rit *absolui* & *liberari* ab instituta actione oportebat. Vnde olim omnia iudicia absolutoria dicebantur. FRANCISCVS HOTTOMANNVS in *partit. iur. ciuil.* element. p. 176. sq. vid. tamen IAN. a COSTA ad *Instit. de pertpet & temp. act.*

p) V. CAROL. BRETI *de perantiqu. ord. iud. ciuil. c. XXVII.* De his exceptionibus *facti* siue *allegationibus*, quae ipso iure ciuili ad actiones tollendas & extinguendas institutae erant. v. supr. §. XIII. not. *f)* & *i)* ipsum praetorem cognouisse, quoniam illis modis obligatio & actio *ipso iure* & sine *iudicio* dissoluitur, opinatur HOTOMANN. c. l. p. 209. sed hanc opinationem in dubium vocat HERM. VVLTEI L. II. de iudic. c. VII. n. 88. sq. p. 408. Cum enim a praetore, vt iudicium constitueretur & iudex daretur, non *rei* conuenti sed *actoris* ius spectaretur, quod peremtum esset, nec ne? incertum erat, etiamsi a reo diceretur peremtum esse, neque de hoc prius constaret, quam si de facto etiam esset cognitum, firmam differentiae rationem se non videre ait VULTEIVS, cur de hoc facto non aeque potuerit iudex datus cognoscere, atque de eo facto, quod ope exceptionis infirmatur vid. infra §. XXI.

igitur dabat, qui de ſubiecta *formulae actionis exceptione* a reo propoſita cognoſceret, eaque probata reum abſolueret *q*). *ſubiici* igitur actioni exceptio ideo dicitur, quod vtraque ſimul atque coniunctim a praetore detur, actionique exceptio vno tenore atque contextu addatur *r*) & velut *conditio s*) quaedam inſeratur, hoc fere modo: *Lucius Titius iudex eſto, ſi paret C. Sejum L. Titio ex cauſa crediti centum dare oportere, niſi de non petenda ea pecunia inter ſe pepigerint C. Seium L. Titio iudex condemna t*). Vnde PAVLVS *v*) exceptionem *conditionem* eſſe,

q) v. L. 7. D. *de cond. inſtitut.* HERMANN. VVLTEI *L. II. c. VII. n.* 12. *ſq. p. 398, & n. 89. ſq. p. 409. &* CVIACIVS *ad D. tit. de in ius voc.* Recte igitur iam PAVLVS in *L. 112. D. de R. I. nihil intereſſe* dixit, *ipſo iure quis actionem non haberet, an per exceptionem infirmetur.*

r) L. *vlt. C. ex quib. cauſ. mai.*

s) Interdum quidem exceptio non figura *conditionis*, ſed hoc modo concipiebatur: *quod* praeiudicium hereditati non ſiat, quod pecunia ob hominem illum expromiſſa non eſt, qui exhibiturus eſt; quod praeiudicium praedio non fiat *L. 13. L. 14. L. 16. D. de except.* nihilo tamen ſecius vi & poteſtate conditionem continebat, actorisque intentionem excludebat, & inefficacem actionem faciebat cum idem eſſet, ac ſi diceretur: *Si praeiudicium hereditati vel praedio non fiat.*

t) De formulis exceptionum, de quarum conceptione PAVLVS, vt ex inſcriptione *L. 20. D. de except.* patet, librum ſingularem ſcripſit. vid. IACOBVS CVIACIVS *Lib. V.* obſ. *c. XXXIV.*

esse, eleganter dixit. Quamuis enim is, qui agit iudicium *purum* postulet, attamen ille, quo cum agitur, *exceptionem* addi ait oportere *x*). Fuit haec adiectio exceptionis in actionibus stricti iuris omnino necessaria; quia enim haec ex subtili *iuris* ratione, nihil, nisi quod formula iudici praescripta expressum esset, admittebant, atque adeo iudex formulam *pure* ac *stricte* conceptam amussim sequi tenebatur, consequens est, vt iudex, actionibus *stricti iuris* addictus, *exceptionis*, quantumuis *iustae* & *receptae*, aliter rationem habere non potuerit, quam si postulata, impetrata & formulae actionis subiecta & contestata esset *y*), quod in actionibus b. f., quamuis reus

XXXIV. & in paratit. ad Dig. tit. de except. BARN. BRISSONIVS *de formulis Lib. V. p. 402.* CAROL. BRETI *de perantiqu. ord. iud. ciuil. c. XXVII.*

v) in *L. 22. D. de except.*

x) vid. *L. 1. §. 6. D. ne quid in flum. publ. L. 7. D. de condit. instit.* CICERO *L. II. de inuent. C. XX.* BARNAB. BRISSON. *de form. Lib. V. pag. 402.* CVIACIVS *paratitl. ad C. tit. de except.* vid. HERM. VULTEI *L. II. de iudic. c. VII. n. 876. pag. 506.*

y) *L. 8. & 9. de except. L. 9. de Rei vindicat. L. 99. D. de V. O.* vid. IO. GEORG. GRAEVII *Epist.* apud SCHILTERVM *Ex ad π. VII. p. 222. sq.* semel tamen contestata, deinde omitti potuit. *L. 2. C. sentent. resc. non poss.*, quia contestata exceptio non erat necessario in iudicio proponenda & probanda, sed hoc erat in arbitrio rei, qui eam deinde, cum in iudicium ventum esset, vel protinus, vel ex interuallo opponere potuit, modo id fieret ante sententiam latam, *L. 8. C. de except.* vid. VULTEI *c. l. n. 880. sq. pag. 506. sq.*

reus in iis exceptiones ſibi dari petere potuerit, non neceſſe, ſed in ipſius libero arbitrio fuit, cum enim his exceptiones ſua natura ineſſe & contineri dicantur z), iudex actioni b. f. addictus ex vi & poteſtate formulae, qua ex aequo & bono poteſtatem adeptus eſt, iudicandi, quid reum actori praeſtare oporteat, exceptionem quoque, quae nominatim & expreſſe formulae inſerta non fuit, admittere potuit ac debuit, adeoque reo per officium iudicis conſultum fuit.

§. XVII.

DIVISIONES EXCEPTIONVM IN EAS QVAE IVRIS GENTIVM SVNT IN CIVILES PRAETORIAS DIRECTAS NOMINATAS VTILES INNOMINATAS ET IN FACTVM.

Cum nulla ſit *exceptio*, quae, vt recte MARCELLVS *b*) definiuit, ab aequitate naturali abhorreat, non poteſt non ex eo ſequi, nullam eſſe exceptionem, quae non *abſolute* & ſine reſpectu ad hanc vel illam rempublicam, ſed tanquam defenſio, quae iuris naturae eſt, conſiderata, *iuris naturae* & *gentium* eſſe dici poſſit *c*). Quatenus vero exceptiones *non in ſe* ſed reſpectu reipublicae romanae *& relate* ad leges, SCta & Conſtitutiones principum

z) L. *3. D. de reſc. vendit.* L. *7. §. 6. D. de pact.* L. *21. D. ſolut. matr.* L. *84. §. 5. D. de legat. 1.*

a) L. *38. D. de hered. petit.* IAN. a COSTA *ad pr. inſt. de except.* VVLTEI *c. l. n. 877. ſq.*

b) apud IVLIANVM *Libr. 60. Dig. in* L. *66. D. de R. I.*

c) vid. VVLTEI *c. l. n. 43. ſq. p. 404.*

cipum, de iisdem poſtea factas, aut *edicta* propoſita conſiderantur, iuris *ciuilis* eſſe dicuntur *d)*, quae rurſum ſubdiuiduntur in *ciuiles* & *praetorias*, illae iure ciuili introductae ſunt, & vel ex *LL. XII. Tabb. e)*, vel ex alia *lege* populi romani *f)*, aut iure quodam, vicem legis obtinente, ſeu quod legi ſimile eſt, *ſenatusconſultis g)* puta & *conſtitutionibus* principum *h)* naſcuntur. Hae vero

d) vid. late HENRICVS HAHN *diſſ. de Except. th. XVII. ſq.*

e) ex hac lege exceptio *pacti* eſt, qua actiones *furti* & *iniuriarum* euaneſcunt *L. 7. §. 14.* L. *17. §. 1. D. de pact.* L. *54. §. fin.* L. *56, §. 4. D. de furt.* L. *13. C. eod.* vid. IAC. GOTHOFR. Tab. II. vbi verba legis ſic reſtituit. SI PRO FVRE DAMNVM DECISVM ESCIT FVRTI NE ADORATO i. e. de furto paciſci ius eſto, &, ſi pactum interceſſerit, furti amplius agere, ius non eſto.

f) Si quis vltra modum donauit, ex lege *cincia* vid. DN. PRAESES *in progr. de legitima donandi ratione* pag. 2. ſq. ex lege *iulia*, exceptio, niſi bonis ceſſerit, *§. vlt. inſt. de replicat.* nec non ex aliis legibus veteribus, quibus aliquid fieri prohibetur, exceptiones bene multae introductae ſunt.

g) v. c. SCti Macedoniani, Velleiani &c. vid. HERMANN. VULTEI Libr. II. de iudic. cap. VII. n. 70. pag. 406.

h) v. c. ſi pecunia credita ſit ſeruo praediis colendis praepoſito, ſine ſpeciali iuſſu domini, L. *vlt. C. quod cum eo, qui in al. poteſt.* IAN. a COSTA ad §. 6. *inſt. de except.* exceptio non numeratae pecuniae &c. vid. VULTEI c. l. n. 71.

vero *edicto praetoris* originem debent *i*), ad iuris veteris ciuilis rigorem, vt dixi *k*), temperandum introductae. Cum enim nec legislatores ſtrictum ius ciuile, niſi totam eius rationem perturbare vellent, nec ICti illud tollere quiuerint, praetoris auxilio opus fuit, qui, quod *directo* fieri non potuit, per *indirectum* ſiue anfractum efficeret, dum formulae actionis conditionem inſerebat, ſub qua reus a iudice damnatione eximendus eſſet, quamuis ita non *ipſo iure*, ſed ope demum *exceptionis* actio tolleretur. Quemadmodum vero actiones quaedam *vtiles* & *in factum*, propterea dicebantur, quod non ex legis & edicti verbis concederentur, nec certam verborum conceptionem & formulam haberent, ſed *facti* ipſius & *negotii* verbis conciperentur, adeoque *praeſcriptis verbis* res geſta demonſtraretur *l*); ita pariter exceptiones quaedam *directae* ac *nominatae* & *ſpeciales*, quae ſcilicet in *verbis* legis vel edicti fundatae erant, certamque in iure deſcriptionem *m*), vnde, qua forma, quibusue verbis proponendae eſſent, intelligi potuit, & nomen *artificiale* habebant, quaedam vero *vtiles*, *generales*, *innominatae* vagae & in *factum* vocantur, quae ſcilicet ex mente legis aut edicti per interpretationem naſcuntur, nec certa *verborum conceptione* ac *formula* ſed διηγεματικῶς, vt THEO-

i) huiusmodi ſunt exceptiones metus, doli, erroris ceterae vid. *§. 1. & ſq. inſt. de except.* VULTEI c. l. n. 73.

k) §. praec. XIV.

l) L. *6. in fin. C. de transact.*

m) vid. B. BOEHMER *in doctr. pandect. tit. de except. §. 11, ſq.* VULTEI *c. l. n. 74. ſq. pag. 407. ſq.*

THEOPHILVS *n*) docet, i. e. *narratiue*, ſeu facto narrato opponuntur *o*), cuiusmodi eſt praeſcriptio *doli mali generalis p*), cui toties locus conceditur, quoties aliquid petitur contra *aequitatem* naturalem, quae iudici facto inſpecto patet, pluresque aliae ab HAHNIO *q*) enumeratae.

§. XVIII.

DISTRIBVTIO EXCEPTIONVM IN PERSONALES REALES DILATORIAS PEREMTORIAS MIXTAS ET ANOMALAS.

Siue autem *nominata* ſit exceptio, ſiue *innominata*, *perſonalis* vel *realis* eſſe dicitur. *perſonales* exceptiones, cum ſtatum & qualitatem ei cohaerentem, qui vel *excipit*, vel aduerſus quem *excipitur*, aliamque particularem circumſtantiam reſpiciunt, adeoque ad perſonam reſtrictae ſunt, aliis prodeſſe nequeunt *r*), ſed quae *rei* ſiue *negotio* cohaerent *reales* dicuntur, hae non ſoli reo & heredibus eius, ſed aliis quoque v. c. fideiuſſoribus *s*), inuito quoque reo

n) in paraphr. *§. 1. in fin. tit. de except.*

o) L. *vlt. D. ad SCt. Maced.* L. *23. D. de except.*

p) *cit. diſſert. de except. §. XXIII.*

r) L. *7. pr. D. de except. L. 16.* L. *17. D. de re iud.* HEINEC. *Elem. iur. ciuil. ad dig. tit. de except. §. 358.*

s) L. *7. §. 1. D. de except.*

reo *t*), & omnibus quorum intereſt *v*), quamuis non ſemper *x*), competunt. Omnium vero potiſſima ab *effectu* deſumpta, a GAIO *y*) tradita exceptionum diuiſio haec eſt, quod quaedam ſint *perpetuae* ſiue *peremtoriae*, quaedam vero *temporales* ſiue *dilatoriae*. *Perpetuae* ſemper agentibus obſtant, vbi & quandocunque agunt, vt ex iis actio perimatur & inutilis reddatur *z*), quae, quia actionem ipſam contingunt, nomen exceptionis ſibi quaſi proprium fecerunt, vt per eminentiam quandam *exceptiones* dicantur *a*). Cumque omnes ordinarie nullo temporis lapſu excluduntur *b*), etiam *perpetuae* vocantur, quibus *temporales*, quae certo temporis lapſu extinguntur *c*), opponuntur, vt exceptio non numeratae pecuniae ac dotis *d*): ſed *temporales* etiam dicuntur *dilatoriae*, quas CAROLVS BRETI cum rhetoribus *translationes* ideo adpellauit, quia, cum aliunde, quam ex principali controuerſia petuntur, dum de his contenditur, tempus differendum eſt conſtituendi iudicii. Sunt qui exceptiones

t) L. *19. D. de except.*

v) L. *17. §. 5.* L. *18. D. de pact.* vid. IO. FRIED. OLEAR. *de Except ius tertii concernent.*

x) vid. CVIAC. *Libr. XIX. obſ. cap. XXIX.*

y) *in* L. *3. D. de except.*

z) *§. 9. Inſtit. de except. & cit.* L. 3. *D. eod.*

a) vid. HERM. VULTEI *Libr. II. de iudic. c. VII. n. 64. ſq.* p. *406. & n. 78. ſq.* p. *407. ſq.*

b) L. *5. §. vlt. D. de dol. mal. & met. except.*

c) L. 8. *§. 3. D. de inoff. teſt.*

d) *§. unic. inſt. de literar. oblig.* L. *14. C. de non num. pec.*

nes quasdam *mixtas* & *anomalas* ſtatuunt, per quas alii intelligunt illas peremtorias exceptiones, quae etiam *litis* finitae & litis ingreſſum impedientes vocari ſolent *f*), alii vero *mixtas* & *anomalas* illas exceptiones, quae aliquid participant de *dilatoriis* & *peremptoriis*, diuiſioni VLPIANI *g*) & GAII *h*) addunt, quaſi haec manca ac deficiens ſit, ſed ſine ſufficiente ratione. Quamuis enim excommunicationis excepti ,ob animorum periculum, tam ante, quam poſt litem conteſtatam opponi poſſit; non tamen propterea dilatoria eſſe definit *i*), quia non eſt de natura exceptionum dilatoriarum, quod vel *ante* vel *poſt* litem conteſtatam opponantur, ſed tantum quod ſint *temporales* & ad tempus actionem excludunt *k*). Idem dicen-

e) *de ord. iud. ciuil. Cap. XXV. & Cap. XXVII.* quia pleraeque ea reſpiciunt, quae *iudicium* potiſſimum conſtituunt, & *perſonas*, quibus iudicia conſtant, plane neceſſe eſt, ante iudicium, aut in eius exordio eas opponi, excuti, diſceptarique; ageretur enim praepoſtere de iudicio conſtituendo, eo iam conſtituto. L. *pen. C. de except.* vid. CVIAC. L. *XVIII. obſeru. cap. XXXIII.* & BRETI *cit. cap. XXVII. in fin.*

f) vid. HERM. VULTEI *Lib. II. de iudic. c. VII. n. 129. ſq. p. 413.*

g) in *L. 2. §. 4. de except.*

h) in *L. 3. D. eod.*

i) probatur hoc aperte ex *cap. 12.* X. *de except.*

k) GREGOR. LOPEZ. *cap. XXVIII. animaduers iur. ciuil.*

cendum de exceptione *excussionis*, quia fideiussor, dum hanc exceptionem opponit, non hoc agit, vt ab actione absoluatur, seu vt haec in totum perimatur, sed solum, vt differatur actio, donec principalis debitor excussus sit *l*). Quod vero, soluente principali debitore, liberetur fideiussor, non fit *directo* vi huius exceptionis, sed per solutionem ipsam, quae obligationem *principalem* & vna *accessoriam* tollit, ergo mere *dilatoria* est *m*).

§. XIX.

ETYMOLOGIA ET HOMONYMIA VOCABVLI IMPLEMENTI SYNONIMIA EXCEPTIONIS IMPLEMENTI NON SECVTI.

Quibus prouisis, tempus esse opinor, vt ad illam exceptionem transeam, quae actionis iniquitatem, ob *implementum* pacti vel contractus non secutum, excipit & in foro admodum celebris ac frequens esse solet. Cum *implementum* vsurpetur pro *complemento* vel *explemento*, quae composita ab antiquo verbo *pleo* supersunt, nam & *implere*, idem quod *complere* & *explere* significat, facile

l) vnde etiam pronunciatur: dass die Klage wieder beklagten noch zur Zeit nicht statt hatt. CARPZOV. p. *1. c. 3. d. 17.*

m) LYNCKER. *resol. 356.* GVNDLING *de benefic. excussion. cap. 5. §. 1. 2.* dissentit BERGER *Oec. iur. pag. 622.* qui, vt & STRUVIVS *S. I. C. Ex. 46. th. 6. & 8.* eam regulariter *dilatoriam*, sed *peremtoriam* tum esse putant, si debitor soluendo sit.

cile eſt ad intelligendum, *implementi* nomine heic eam praeſtationem venire, quae ad *exſecutionem pacti* vel *contractus* pertinet, qui enim placitum conuentionis *n*), vel venditionem *o*), aliumque b. f. contractum *p*), vel ſtipulationem *q*) impleri poſtulat, nihil aliud petit, quam, vt praeſtetur id, quod ad *placiti*, *contractus* vel *ſtipulationis* exſecutionem pertinet. Interdum quidem *implere* idem eſt, quod *probare r*) ſed haec ſignificatio non eſt huius loci. Exceptio haec aliquando *circumſcripte* tu non impleuiſti ex latere tuo *s*), aliquando *ſimpliciter* exceptio *implementi* ſeu *adimplementi t*), *ſpecialiter* vero exceptio *pacti* vel *contractus* non impleti adpellari ſolet.

n) *L. 1. in fin. C. commodat.*
o) *L. 46. D. de act. empt.*
p) *L. 1. C. de furt.*
q) L. 3. *D. de fideiuſſ.* L. 7. *D. de nouat.*
r) L. 23. *D. de probat.* L. 1. *C. eod.*
s) ZANGER *de except. part. III. C. XX. n. 1.*
t) Non ſatis idoneum huic exceptioni hoc nomen eſſe putat D. FRIEDERIC. ALEXANDER KÜHNHOLD *diſſert. de vſu except. non adimplet. contract. hodierno*, *praecipue Saxonico occaſ. §. IV. adpendic. ord. proc. Sax. nouiſs. §. 2. not. 3.* ex hac ratione, quod non opus ſit, in re clara obſcure loqui & in mente retinere, quae rectius proferuntur, ſed quia ipſemet fatetur, ſupereſſe aliquam obſcuritatem, in nomine exceptionis non adimpleti contractus, non videtur haec ratio ſufficiens eſſe, vt impediat eam, a peritis in arte iuris, ſimpliciter exceptionem *implementi* nominare.

let. Enimuero, cum exceptio haec detur, quia *factum non est*, quod fieri debuit, exceptio autem rei *venditae* & *traditae* datur, quia *factum* est, quod *fieri debuit v)*, haec certe exceptio non potest esse synonima exceptionis *implementi non secuti*, quae tamen exceptionem rei *venditae*, sed *non traditae*, quae etiam datur, quia *factum non est*, quod *fieri debuit*, sine dubio complectitur, si quidem *implementum* contractus *traditionem*, quae nondum secuta est, requirat, sed nec cognatio illa, quae est inter exceptionem *non numeratae pecuniae* & exceptionem *implementi non secuti* efficit, vt pro iisdem habendae sint *x)*, neque etiam *imperfecti contractus* aut *euictionis* exceptiones, eaedem cum exceptione *non secuti implementi* haberi possunt, quia haec *perfectionem* pacti vel contractus supponit, sed exceptio *imperfecti* contractus prorsus actionem competere, ob pacti vel contractus *imperfectionem*, negat, adeoque *facti* magis, quam *iuris* est, cum *tractatus nudi*, Handlungs Vorschlaege, vulgo *tractaten y)* nec hodie in germania obligent z). Estque etiam

v) supra §. XIII. not. *k*.

x) vid. LAVTERB. *in tr. synopt. tit. de mutuo §. fin. in fin.* dissentit. CARPZ. *p. 3. d. 157. n. 17.*

y) Si sub nomine *tractatus perfecta conuentio* intelligitur, quam saepe vocabulum hoc significat, vid. ill. LEYSER *Med. ad D. vol. VIII. spec. 554. med. 14. sq. p. 365.* SCHILTER *Ex. ad π XXX. §. 132.* etiam *tractatus* obligant, saltim ad praestandum id, quod *interest* LYNCKER *decis. 1390.*

etiam exceptio *euictionis* longe diuersa ab hac *implementi* exceptione *a*).

§. XX.

DEFINITIO EXCEPTIONIS IMPLEMENTI NON SECVTI.

Sub nomine autem exceptionis *implementi* non secuti, seu pacti vel contractus non impleti, intelligo exceptionem illam *iuris ciuilis peremptoriam* ac *perpetuam realem*, quae opponitur *actioni*, ex *conuentione* qualibet *correspectiua* & *contractu vltro citroque* obligatorio competenti ad *excludendum* seu *elidendum* id, quod in *intentionem condemnationemue* deductum est ab actore, qui non praestitit id, cuius contemplatione reus ad eam rem, de qua agitur, praestandam sese obligauit, vel quod actor ex sua parte vicissim promisit *b*).

§. XXI.

ORDINARIE IN IVDICIVM DEDVCENDA ALIQVANDO LITIS FINITAE EST.

Quoniam haec exceptio non *facti* siue *intentionis*, sed *iuris* est, sine dubio *actionem* ciuili siue summo ac stricto iure *constitutam* praesupponit *c*). Iam vero, cum exce-

z) LEYSER *cit. loc. spec. 39. m. 2. spec. 40. medit. 2. & 3.* & cit. *spec. 554. med. 12. sq. pag. 463. vol. VIII.* vid. BRVCKNER *de vi. pactor hodierna §. 15. sq.* 10. GEORG. BREMEN *dissert. de tractatibus.*

a) LEYSER. *c. l. vol. IV. p. 815.*

b) paulo aliter eam finiuit GABRIEL SCHWEDER *tom. 1. Ex. VII. de Except. non impleti contr. conclus. 1. pag. 360.*

c) supr. *§. XIII. & XIV.*

exceptiones, quae *actionem ſubſiſtentem* praeſupponunt, in iudicium deducendae & opponendae ſint, ex eo ſequitur, hanc exceptionem *ordinarie* ſine iudicio diſſolui non poſſe *d*). Quandoquidem vero praetor ad hoc duntaxat iudicem dedit, vt de exceptione cognoſceret, cum de iuſta eius cauſa non protinus conſtaret *e*), ea vero illico ante oculos poſita, actionem prorſus denegauit *f*), non ſemper neceſſe fuit, vt reus, hac exceptione munitus, actionem exciperet *g*), quin potius, ſi de non ſecuto implemento apertiſſime & ſine circuitione conſtaret, praetor actorem ſtatim a limine iudicii repulit, quia conſtitutione iudicii opus non fuit. Vnde & hodie quaelibet exceptio, quae litis ingreſſum impedit, litis finitae eſſe dicitur. Nulla enim *ſpecialis* eſt exceptio, quae exceptio *litis finitae* eſſe dicitur, ſed eſt haec generalis adpellatio, ſub qua comprehenduntur exceptiones omnes, quibus controuerſia, vel *ipſo iure h*), vel *ope exceptionis* perimitur *i*), quoniam quarumcunque exceptionum ope, quae altiorem indaginem non requirunt, reus confeſtim ſe liti ſubducere, eiusque conteſtationem euitare poteſt. Paulo igitur licentius errare videntur, qui aliquot duntaxat exceptiones hoc quaſi priuilegio munitas eſſe exiſtimant, vt reum ſecundum

d) ſupr. §. *XVI.*
e) ſupr. *cit.* §. *XVI.*
f) *tot tit. D. quar. rer. act. non dat.*
g) ſupr. §. *XV. not. h*)
h) vid. ſupr. §. *XVI. not. p*)
i) HERM. VULTEI *L. u. de iudic. cap. VII. n 115. pag. 412.*

dum iuris canonici diſpoſitionem, licet haec in Saxonia non ſeruetur, omni lite ſic eximant, vt prorſus actionem excipere litemque conteſtari non teneatur, licet non ſint in continenti liquidae *k*). Ex his quidam, vltra *tres* numero eſſe, negant *l*), alii vero plures *m*) & tot quidem addunt,

k) WERNHER in *comp. iur. Lib. IV. tit. XI. §. 2. add.* 10. FRIED. KONHARD *diſſ. de exceptionibus litis finitae §. 11. ſq.*

l) Hi pontificis quidem innocentii IV, qui in *cap. I. de litis conteſt. in VIto* peremtorias exceptiones litis conteſtationem non impedire, niſi ſint de re, per rem iudicatam vel transactionem, ſemel finita, ſtatuit, autoritate magis, quam ratione, attamen ſic pugnant, vt *iurisiurandi* exceptionem, quoniam delatio iuramenti vim transactionis habet, duabus exceptionibus a pontifice nominatis addant. De poteſtate pontificis, certum numerum exceptionum litis finitae definiendi, nullum eſt dubium, cum valeat legis diſpoſitio, quae nulli litis finitae exceptioni locum concedit, quo iure in ducatu Wurtenbergico vtuntur, teſte BARDILI *concl. theor. pract. Ex. XXIV. th. 6.* An autem binarium vel ternarium numerum definiuerit, voluntatis quaeſtio eſt, quae in vtramque partem diſputatur, qui numerum certum ac finitum negant, ex verbis pontificis *transacta ſeu finita*, conficere volunt, ſub voce *finita* omnes reliquas exceptiones peremptorias, quatenus litis finitae ſunt, comprehendi.

m) MEVIVS *part. IX. deciſ. 124. n. 2.* addendo exceptionem *praeſcriptionis*, quatuor ſpecies refert, illuſtr. de COCCEI *in iur. controuerſ. tit. de LL. Actis & long. conſuetud.*

addunt, quot cuilibet eorum libet, ſolutionis ſcilicet, compenſationis, implementi non ſecuti, non competentis actionis *n*), ceteras. Quoniam vero nemo adeo fori imperitus eſt, qui adſerere auſit, hodie non niſi *tres* aut *quatuor* eſſe *litis finitae* exceptiones, quae ante litem conteſtatam opponi poſſunt, non timide, ſed fidenter dico, *omnes* exceptiones *peremtorias*, quae altiorem indaginem non requirunt, ſed *in continenti* probari poſſunt, deficiente ſpeciali lege contraria *o*), ad claſſem exceptionum, quae *litis finitae* eſſe dicuntur, referendas *p*), nec opus eſſe diſtinctione, inter exceptiones *litis finitae* in *ſpecie* ac *proprie* tales, & inter *improprie* tales, ſiue *anomolas*, quam IO. FRIEDERICVS KONHARDVS

ſuetud. qu. 15. adiicit exceptionem *conſuetudinis*, quia conſuetudo notoria legi ſcriptae aequiparatur, MEV. *p. 2. d. 377. n. 5.*

n) Non eſſe hanc ſpecialem exceptionem recte monuit HERM. VULTEI *L. II. de iudic. c. VII. n. 114. pag. 411.*

o) *vid. not. praec. lit. l*)

p) Quia *litis finitae* eſſe exceptionem & ea oppoſita *actionem denegari* idem ſignificat, actio autem *non dari* vel *denegari*, dicitur, non modo, quando actor per aliam actionem ſubmoueri poteſt, verum etiam, quando *exceptio* in *continenti* probari poteſt, vt late probat *coll. iur. Arg. L. 44. digeſt. tit. 5.* conſequens eſt, vt hodie actor, non ſolum, cum *nullam*, ſed etiam cum *iniuſtam* actionem habet, ex officio etiam a iudice repelli ac prohiberi poſſit. MEV. *part. I. deciſ. 42.*

DVS *q*) commentus eſt. Nam nec *rei iudicatae*, nec *transactionis* exceptiones, nec generalis illa *non competentis actionis*, aliter *litis finitae* dici poſſunt, aut ante litis aonteſtationem, vt hanc impedire queant, admittuntur, niſi *in continenti* probari poſſint *r*).

§. XXII.

IVDICI EAM EX OFFICIO SVPPLERE LICET.

Vt iudex exceptionem admittere queat, debito *tempore* ac *modo* eam opponi *s*) & probari conuenit. Quamuis enim id ipſum in iudiciis b. f. officio iudicis contineatur *t*), vt exceptionem ſupplere quiuerit, hoc tamen non aliter intelligendum eſt, quam quod easdem in formula exprimi neceſſe non erat, verum iudex eas a parte allegatas nihilominus attendere debuerit *u*), minime vero ſic accipiendum eſt, ac ſi coram iudice pedaneo

q) *cit. diſſert. §. IV. vbi §. XXIX.* reiecta ſententia ZANGERI *qui part. III. de except. cap. XXII. n. 2.* eam recte ad exceptiones *litis finitae* proprie tales retulit, *anomalam* hanc exceptionem male vocat.

r) LYNCKER *Tom. II. R. 130. n. 9.* & in *anal. ad* STRUVII *S. I. C. Lib. 44. tit. V. th 44. p. 428.* MEV. *p. V. decis. 388. in fin.* illuſtr. LEYSER *med. ad dig. ſpec. 512. med. 14.*

s) ſupr. *§. XIII. not. f)* & §. ſq. XXIII.

t) *L. 38. D. de hered. petit.*

v) vid. ſupr. *§. XVI. in fin.*

daneo non proponendae fuerint, hoc enim in b. f. quoque iudiciis adeo neceſſarium fuit, vt iudex exceptionum *proprie* dictarum, niſi oppoſitae eſſent, nullam rationem habere potuerit, quippe qui officium ſuum in cauſis priuatorum, non niſi imploratus, impertiri debuit *x*), ne patrocinari ipſe magis, quam iudicare videatur *y*). Vnde, an idem quoque dicendum ſit, de exceptione *non ſecuti implementi*, nec non *rei venditae* nec *traditae*, quae ex ipſo contractu oriuntur, iam diſpiciendum eſt. Equidem, quod ad modum *allegandi*, inter *facti* ſiue *intentionis* & *iuris* exceptiones, ſeu vtrum *ipſo iure* non competat *actio*, an competat quidem ipſo iure, ſed *exceptione* oppoſita infirmetur *z*), hoc intereſt, vt exceptiones quidem *iuris* opponi debeant, *facti* vero ſiue *intentionis* exceptiones iudex ſupplere queat *a*), vsque adeo, vt exceptionum *intentionis*, quae meri iuris ſunt, rationem non eo minus haberi oporteat, quod aduocatus vel procurator dixerit, nihil habere ſe, quod aduerſario obiiciat *b*); Verum enim vero, quemadmodum ſuppletorium iudicis officium non niſi perraro in exceptionibus *intentionis*, quoniam pleraeque ex facto pendent, atque adeo aliquam facti quaeſtionem implicitam

x) *L. 4. §. 8. D. de damn. infect.* vid. MEV. *part.* I. *deciſ.* 42.

y) A. FABER. *L. II. cod. Tit. VII. def. 1. n. 1.*

z) HERM. VUTEI *Lib. II. de except. cap. VII. n. 98. pag. 409.*

a) *tot. tit. cod. vt quae aduocat deſunt iud. ſuppl.* A FABER *cit. def. 1.*

b) vid. A FABER *c. l. def. 2.*

citam habent, locum habere poteſt; ita multo minus exceptiones *iuris* ſiue *proprie* tales ex officio ſupplere iudici permittetur, quia factum nunquam ſupplendum eſt *c*). Quoniam tamen haec regula hanc exceptionem habet, niſi tale ſit factum, quod exactis & inſtrumentis litis non modo coniici, ſed etiam probari poteſt, cum enim vere non ſuppleatur, quod exactis ipſis probatur, diſtingui ſolet, an exceptio *iuris* ex ipſo contractu & inſtrumento, ex quo agit actor, naſcatur, atque adeo manifeſte ex actis de ea conſtet nec ne *d*)? ſitque hinc conſequens, vt exceptionis *implementi non ſecuti* reique *venditae nec traditae*, bonus iudex non minus, quam ipſius *actionis* rationem habere debeat *e*), ſiquidem ea ex actis manifeſte adpareat, quippe quae ipſi obligationi & actioni, cum qua ſimul oritur, ſic quaſi infixa eſt, vt actor vna cum actione, quae ex obligationibus quas temperat, quaſi ex ventre, vt DD. loquuntur, nata eſt, propoſuiſſe cenſeatur, licet nominatim illam reus non oppoſuerit, eſt enim tam certum, quam quod certiſſimum, quod iudex hac ratione vere non ſuppleat exceptionem, quae exactis ipſis euidenter probatur. Semper tamen tutius eſſe puto

c) HARMENOP. *L. 1. Tit. 4.* A. FABER *cit. def. 1. n. 9.*

d) A. FABER *c. l. n. 5.*

e) GABRIEL SCHWEDER *tom. 1. diſſ. 7. de except. non impl. contr. §. 21. pag. 374 ſq.* LAUTERB. *coll. th. pr. tit. de act. empt. vend. §. 4.* LYNKER *anal. Struv. Lib. 44. tit. 1. th. 12. Dn.* KÜHNHOLD *de vſu exc. non adimplet. contr. hodiern, §. 9.*

puto, ſi reus eam opponat, ne omittendo eam abdicare voluiſſe videri queat, cum omiſſio vim abdicationis habeat *f*).

§. XXIII.

TEMPVS ET MODVS HANC EXCEPTIONEM OPPONENDI ET PROBANDI.

Opponenda eſt haec exceptio iuſto *tempore* & *modo*, ſi igitur reus per eam litis ingreſſum impedire vult, oppoſitio fieri debet ante litem conteſtatam, & quidem non *tumultuarie* & *generatim* ſed *clare* ac *ſpecifice*, cnm ſpecifica mentione eius, quod adimpletum non eſt *g*), habita *connexitatis* & *concluſionis* ratione, ne in eo, quod facile fieri poſſe DVRANDVS *h*) monuit, error comittatur. Quare, vt actor libellum ſecundum formam ſyllogiſticam concipere ſolet, ita reus quoque exceptionem hanc in eadem forma ſic proponere poteſt, vt maior propoſitio *ius* contineat, minor *detrahat* ius taliter experiundi, concluſio tandem praemiſſis recte aptata & adaequata ipſum *petitum* contineat *i*). Proponit ergo reus bre-

f) *L. 12. D. de nouat.* MEVIVS *part. V. d. 42. n. 5.*

g) RIVIN, *ad o. p. ſ. Tit. XI. Enunc. 54.* WERNHER *in comp. iur. Lib. IV. tit. IX. §. 3. & in Enunciat. hodiern. enunc. 210. p. 391. Dn.* IO. ERNST. SCHROEDER *de except. quibus oppoſ. onus prob. actori iniungitur cap. III. §. V.*

h) *in ſpecul. L. 2. part. 1. §. viſo.*

i) vid. COLER *de proc. execut. p. 4. C. III. n. §. ſq.* vbi plures formulas habet add. RHETIVS *vol. II. diſp. 26. de ex*

breuiter, ex conuentione *correſpectiua*, vel contractu *vltro citroque* obligatorio neminem agere poſſe, antequam ipſe id, de quo fuit inter partes conuentum praeſtiterit, adeoque ex ſua parte conuentionem impleuerit *k*): licet autem reus non neget contractum, ex quo agitur, quia tamen per actorem ſteterit, quo minus reus ab eo id acceperit, cuius contemplatione ad eam rem, quam actor petit, praeſtandam ſeſe obligauerit, vel quod actor viciſſim promiſit, ideo petit reus, petitorem de praeſenti repelli a limine iudicii, refuſis expenſis. Si actor hanc *exceptionem* per *replicationem* implementi ſecuti excludere intendit, aut reus negat implementum eius, quod continetur in inſtrumento, ex quo agitur, aut de eo, quod impletum eſſe negat, nec in inſtrumento quidquam *dictum*, *nec aliunde id notorium* eſt, priori caſu non reo, ſed *actori* probatio incumbit *l*), cui ea iniungitur per ſententiam interlocutoriam *m*), poſteriori

exceptionibus execut. impedientib. cap. VI. SVENDENDOERFER *ad Fibig.* p. 361.

k) *L. 13. §. 8 D. de act. empt. vendit.*

l) ZANGER *part. III. de except. cap. XXII. n. 28.* PACIAN. *de probat. Lib. 1. c. 51. n. 45. ſq.* CARPZ. *in proc. Tit. 22. art. 3. n. 18.* LYNKER. *Tom. 1. Reſp. 148. n. 42.* WERNHER *c. l. §. 8.* vid. GABRIEL SCHWEDER *tom. I. diſſ. VII. de except. non impl. contr. §. XXVI. ſq. pag. 376.* Ill. LEYSER *med. ad Dig. ſp. 208. m. 1. vol. 3. pag. 605. & ſp. 238. m. 3. vol. IV. p. 815.*

m) Daſs Klaeger vor allen dingen daſs auff ſeiner ſeit dem contract nachgelebet, vel, daſs er dem contract ein genügen gethan, zu beſcheinigen ſchuldig: poteſt etiam

ſteriori vero caſu *reus* ad probandam ſuam exceptionem adſtringitur, maxime ſi actorem impleuiſſe praeſumi poſſit *n*). Quae probatio, niſi *in continenti* fiat, reo litis conteſtatio iniungitur *o*), reiecta exceptione poſt litis conteſtationem *p*). Videtur autem *in continenti* probare, qui ex *claris inſtrumentis* probare poteſt *q*), extra Saxoniam *r*) tamen, modus etiam probandi per *iura-*

addi, ehe und bevor ſolches geſchiehet, iſt Beklagter auff die Klage ſich einzulaſſen nicht ſchuldig.

n) LYNCKER *reſol.* 582.

o) daſs Beklagter, ſeines Einwendens ohngehindert, auff die Klage ſich einzulaſſen vnd zu antworthen ſchuldig, ſi euentualem litis conteſtationem adfirmatiuam adiunxit, ei ſimul probatio exceptionis iniungitur, quoniam reus ex intentione actoris, vtut probata, non protinus condemnandus, ſed prius audiendus eſt cum probatione ſuae exceptionis, qua actionem elidere poteſt. MEV. *p. 6. deciſ. 116.* etiamſi haec ſit turbida adhuc & illiquida alterioremque indaginem requirat, ſiquidem actor *ordinarium* proceſſum inſtituerit B. REINHARTH *obſ. 69. ad chriſtin. deciſ. vol. 1. p. 169. vid. §. ſq. XXVII.*

p) quod tacite factum intelligitur, ſi litis conteſtatio iniungitur, ill. LEYSER *med. ad dig. ſpec. 512. med. 17.* poteſt tamen etiam expreſſe addi formula, es bleibet ihm aber ſeine vorgeſchützte exception nach der Kriegsbefeſtigung zerſtörlicherweiſe einzuwenden vnbenomen.

q) illuſtr. LEYSER. *Med. ad D. Sp. 512. med. 6.*

r) in Saxonia hunc probandi modum ideo reiiciunt, quoniam altiorem indaginem requirat.

iuramentum admittitur *s*), poteſtque *ſuppletorio* quoque *iuramento t*), nec non probationi *artificiali* per *coniecturas v*) locus concedi, licet autem probatio per *teſtes* regulariter reiiciatur, fallit tamen hoc, ſi aequitate & circumſtantiis id ſuadentibus iudici, a cuius arbitrio aeſtimatio, liquidae ſint exceptiones, nec ne? vnice pendet *x*), aliter viſum ſit *y*). Probatione ſufficienter peracta, pronunciatur: daſs beklagter ſich auf die Klage einzulaſſen nicht ſchuldig *z*).

§. XXIV.

AEQVITAS NATVRALIS ET FAVOR EXCEPTIONIS NON SECVTI IMPLEMENTI.

Quamuis haec exceptio, *relate* conſiderata, *iuris ciuilis* ſit; eſt tamen *abſolute* ſpectata *iuris naturae* & *gen-*

s) illuſtr. LEYSER *c. l. med. 7.* SCHAVMBVRG *in princ. prax. iurid. iud. Libr. 1. Sect. 1. membr. 2. §. 10. not.* (*) *pag. 133.* adprobata eſt in iudiciis electoralibus brunſuico luneburgicis haec ſententia expreſſa lege vid. iuſtiz reglement. §. 5. B. PVFENDORF. *in inirod. ad proc. ciuil. brunſuico luneburg. part. II. c. V. §. 10. pag. 284.*

t) illuſtr. LEYSER *c. l. med. 8.*

v) idem *c. l. med. 8.*

x) idem *c. l. m. 5.* & *8. Dn.* KÜNHOLD. *diſſ. de vſu except. non adimpl. contr. hodiern. §. XIV.*

y) MEV. *part. 8. deciſ. 315.*

z) idem *part. 9. deciſ. 129.*

gentium a), quia aequitatem naturalem manifeſtam continet: cum enim conuentionum *reciprocarum*, contractuumque *vltro citroque* obligatoriorum ea ſit natura, vt vtrumque contrahentem pariter & viciſſim obligent, non poteſt non hinc conſequi, vtrique etiam contrahentium peraeque incumbere, vt illud adimpleat, ad quod vnus quisque fidem ſuam obſtrinxit. Qui ergo fidem violauit primus, *non faciendo* vel *differendo* id, quod facere debuit, nullam iuſtam querendi cauſam habet, ſi non petere poſſit, nec recipiat, quod oportet, eique debetur, cum *natura* duce repellatur contra nos actio, antequam nobis praebetur, pro quo debemus *b*). Licet igitur vel maxime contractus *nominatus*, ob contrauentionem partis vnius, nec *reſcindatur*, vt vult MANTICA *c*), nec, quae ROLANDI a VALLE *d*) & HERTII *e*) eſt ſententia, quaſi ex defectu *conditionis*, *nullus* reddatur *f*): valde tamen durum foret, abſonantemque ab aequitate naturali rationem haberet, eum rei emolumentum, perfidiaeque praemium accipere, qui conditionem, quam primus adimplere

a) ſupr. §. *XVII.*

b) ROLAND a VALLE *vol. 4. conſ. 69. n. 4.* BRVNNEMANN *ad L. 13. §. 8. D. de act. empt.* MEV. *Part. VII. deciſ. 318. n. 5.*

c) *Libr. III. de tacit. & amb. conuent. Tit. XII. n. 53.*

d) *cit. conſ. 69. n. 37. & 43. ſq.*

e) *Reſp. XCV. n. 4.*

f) LYNCKER *tom. II. Reſp. 101. n. 1. & Reſp. 132. n. 15.* vid. ſupr. §. *IX, not. z)*

plere obſtrictus fuit, implere recuſauit *g*). Tantum etiam abeſt, vt *nouae fraudis* ſuſpicionem incurrere poſſit is, qui iam *implere detrectat* conuentionem, quam alter perfidiae macula adſecit primus, vt potius *exceptio doli* contra perfidum actorem, ei profutura *h*), in ſumma & naturali aequitate innitatur. Veriſſima igitur & aequiſſima eſt concluſio, qua dicitur, quod, quando *mutua* facta eſt *conuentio* a duobus, ſi vnus prior contrauenerit, alter ad obſeruantiam contractus non teneatur *i*), quod & manifeſtis verbis in iure romano *k*), non ſolum caeſareo, ſed in pontificio quoque ac canonico cautum eſt, cum fruſtra quis ſibi fidem poſtulet ab eo ſeruari, cui fidem a ſe praeſtitam ſeruare recuſauit *l*), eſt enim im-

g) *L. 41. §. 11. D. de fidec. libert. L. 8. pr. D. de peric. & comm. rei vend.* LYNCKER *Tom. II. R. 72. n. 14.* vid. ſupr. *§. IX. ſq.*

h) *L. 2. §. 3. D. de dol. mal. & met. except. L. 54. §. 1. D. locat.* quem textum ad omnes contractus, in quibus vltro citroque quid promittitur, generaliter notandum eſſe, poſt BARTOLVM DD. communiter docent ROL. a VALLE *cit. conſ. 69. n. 3.* FVLV. PACIAN. *conſ. 1. n. 100.* non enim poteſt arguere alium, qui ipſe non implet, quod ei implere incumbit. MEV. *p. VII. dec. 100. n. 7.*

i) ſupr. *§. XI. not.* r).

k) *cit. LL. & L. 13. §. 8. D. de act. empt.* LEYSER *ſp. 103. n. 1.*

l) *cap. conſtitutus 7. X. de poen. cap. fruſtra 75. de R. in VI. can. ſi infideles 17. cauſ. 28. qu. 2.*

implementum conditio, ſine qua non agitur ex contractu *m*), etiamſi reus ſoluere promiſiſſet, omni *moleſtia* & *exceptione remota n*), vel *iusiurandum* in contractu adpoſitum fuerit, quia & hoc ſub tacita *conditione* praeſtitum cenſetur, ſi ab altero promiſſa adimpleantur *o*). Quando quidem vero per omnia *aequitatem* honorare debemus *p*), facile eſt ad intelligendum, cur ſummus, tantusque & *naturalis*, huius exceptionis *fauor* eſſe dicatur, vt ei locus dandus ſit, quamuis ſtatutum reiiciat ac excludat omnes exceptiones *q*).

§. XXV.

NON DILATORIA NEC ANOMOLA SED PEREMPTORIA ET PERPETVA EST HÆC EXCEPTIO.

Quod autem dixi *r*), hanc exceptionem *peremtoriam* eſſe, id iam in controuerſia & contentione verſatur, an ad claſſem *peremtoriarum* recte referatur, an vero *dilatoria* magis, vel *anomola* dicenda ſit? eſt enim haec quaeſtio

m) LYNCKER *anal. ad* STRUV. *S. I. C. p. 223.* B. BOEHMER *tom. II. part. 1. Resp. 347. n. 16. & 17. resp. 41. 1. n. 24. & 25.*

n) GABRIEL SCHWEDER *tom. 1. diss. VII. de except. non implet. contr. §. 24.*

o) *cap. peruenit. 2. cap. sicut. 13. §. iuramentum X. de iureiur.*

p) *Nov. 97. c. I.*

q) SCHWEDER *cit. dissert. §. 23. p. 375.*

r) *§. XX.* supr.

quaeſtio perdifficilis & diſſenſionis plena inter ICtos. Nam praeter MEIERVM *s*), VULTEIVM *t*), & alios a SCHWEDERO *v*) nominatos DD. BARTHOLOMAEVS SVENDENDOERFERVS *x*) eam ad *dilatorias*, ipſam actionem reſpicientes retulit; ſed *peremtoriam* eſſe dicit MEVIVS *y*) STRUVIVS *z*) ceterique a SCHWEDERO citati *a*), ipſe vero SCHWEDERVS priorem ſententiam, quod nimirum ſua natura *dilatoria*, ſed tamen ex earum numero ſit, quas DD. *anomolas* vocant, iuri conuenientiorem eſſe, probaturus, ad eandem legem *b*), in qua MEVIVS, eam *peremptoriam* eſſe, ſe inueniſſe exiſtimauit, prouocat. Quam ſententiam etiam DN. KVNHOLD *c*) adoptauit, reiecta contraria ſententia, quae eam, nulla diſtinctione adhibita, *peremtoriis* adnumerat, tanquam male fundata; ſed videamus ex quibus rationibus id adſerere auſus ſit; putat nimirum primo, actorem non ſemper in probatione implementi ex ſua parte ſecuti defice-

s) in *coll. iur. arg. L. 44. tit. th. 4.*

t) *Libr. II. de iudic. cap. II. n. 915. pag. 511.*

v) *de Except. non implet. contr. §. XX. tom. I. diſſ. VII. p. 374.*

x) *ad Fibig. proc. part. 1. membr. III. obſ. 194. p. 356. & 361. ſq.*

y) *part. 3. dec. 27. n. 4.*

z) *S. I. C. Ex. 46. th. 8.*

a) *c. l. p. 374.*

b) Scilicet ex *L. 13. §. 8. D. de Act. Emt. Vendit.* addit SCHWEDER. *L. 25. D. eod. & L. 2. §. 4. D. de Except.*

c) *diſſ. de vſ. except. non adimpl. contr. hodierno. §. III.*

ficere, ergo ſi *deficiat in probatione*, eam *peremptoriam* eſſe, quia ſic abſoluitur reus, atque adeo perimitur actio, idque etiam eo caſu contingere putat, ſi exceptio haec iis opponatur, qui praeſtare non poſſunt praeſtanda v. c. ſi venditor *rei alienae* a vero domino *euictae*, nihilominus actione venditi aduerſus emptorem, cui res euicta eſt, experiri velit, quo quidem caſu, cum eadem euitari non poſſit, vt GAIVS *d*) loquitur, adeoque litem prorſus perimat, eam *peremtoriam* eſſe, ipſemet non dubitat, ſed ſi *non deficiat* in probatione actor, *dilatoriam* tantum eſſe adſerit. Deinde hanc rationem addit, quam apud VLPIANVM *e*) legit, qui differentiam inter *dilatorias* & *peremtorias* exceptiones in eo ponit, quod in illis, is qui dicit, v. c. non licere procuratorio nomine agere, *non prorſus litem inficietur* ſed *perſonam euitet*. Quemadmodum autem iam ſupra *f*) genus *anomolarum* exceptionum prorſus reieci; ita hanc *implementi non ſecuti* exceptionem ad claſſem exceptionum *peremptoriarum*, ſine vlla diſtinctione adhibita, referre eo minus dubito, quo magis analogiae iuris conuenit, vt petitore non implente ſuam intentionem, vel per exceptionem ſubmoto, reus *abſoluatur*, vt impp. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS *Glyconi* reſcripſerunt *g*). Quod vero, eo implente ſiue probante ſuam intentionem, *implementum* ſcilicet ſecutum, ſeu

d) in *L. 3. D. de except.*
e) in *L. 2. §. 4. D. de except.*
f) *§. XVIII.*
g) *L. 9. C. de obl. & act. vid. infr. §. XXIX.*

ſeu contractum adimpletum eſſe, reum conuictum condemnari, ac iuris remediis ad ſolutionem vrgeri conueniat *h*), id non ſolum in hac exceptione, ſed in omnibus aliis *peremtoriis* euenit, cum nulla exceptio fundamento & iuſta cauſa deſtituta petitorem ſubmouere poſſit. Quando igitur GAIVS dicit *i*), *peremptorias* ſemper locum habere, nec *euitari* poſſe, id, quod ad *exceptionem implementi* non ſecuti, perinde, vt in aliis *peremtoriis* exceptionibus, intelligendum eſt, niſi actor per *replicationem* ſuam ſe hanc ſibi oppoſitam exceptionem excluſiſſe *probauerit k*), quando enim *exceptio* ſemel excluſa eſt per *replicationem* actoris, nec litem *inficiari* reum iuuabit, nec *petitoris* perſonam euitabit, ſed omnino condemnandus eſt, contra, natura huius exceptionis, per replicationem actoris haud excluſae, mutari nequit, ſiquidem reus eam non ad perimendam *actionem*, ſed ad litem tantum differendam obiicere velit, quia nulla exceptio in perpetuum *excluſoria* eſt, niſi *reo volente*, cum volenti non fiat iniuria. Facile igitur his argumentis conuincuntur rationes a DN. KVNHOLD adductae, fluitque porro ex iis, quae dicta ſunt, hanc quoque exceptionem ratione *temporis* eſſe *perpetuam* Nam vt *ordinarie* omnes *peremptoriae* exceptiones *l*), ita haec quoque nullo temporis lapſu excluditur.

§. XXVI.

h) *cit. L. 9. C. de O. & A.*
i) cit. *L. 3. D. de except.*
k) *L. 2. §. 2. D. de except.*
l) ſupr. *§. XVIII. not. b*)

§. XXVI.

DATVR HAEC EXCEPTIO OMNIBVS QVORVM INTEREST.

Cum haec exceptio, nisi conuentione speciali placuerit, personae contrahentium eam cohaerere debere, in rem concepta sit *m*), non solum ab eo, cui promissio facta, seu cui implendum est, opponi potest, sed etiam ad alios transit, quorum *interest n*), quorum enim plane non interest, iis *de iure tertii* excipere non permittitur *o*). Interest autem regulariter *heredum p*), nec non *fideiussorum*, quippe quibus, inuito quoque reo, omnes exceptiones *reales* competunt *q*). Datnr ergo haec exceptio *heredibus*, nisi euidenter constet, eorum plane non interesse, frustra igitur filiae vasalli, sine masculis mortui, actioni, ob pecuniam feudalem *lehnstamm*, ab heredibus feudalibus institutae, propterea, quod nec pater actorum hanc pecuniam feudalem reliquerit, quam patri rearum promisit, exceptionem non adimpletae conuentionis obiecerunt, cum quia casus obligationis patris actorum, qui

m) supra §. XX.

n) MEVIVS *p. V. d. 33.* IO. FRIED. OLEAR. *de exceptione ius tertii concernent. cap. III. §. 2.*

o) LYNCKER *tom. 1. Resp. 116. n. 10. sq.* quando igitur nullum prorsus resultat ex non implemento damnum, adeoque opponentis plane nihil interest, sibi non fuisse impletum, cessat exceptio non secuti implementi OLIVER BELTRAM *Decis. rot. rom.* 347. in not. n. 20.

p) L. *17. §. 4.* L. *21. §. 1.* L. *27. §. vlt. D. de pact.* L. *143.* L. *196. D. de R. I.* in heredes etiam ius poenitendi transit MEV. *part. 8. dec 115.*

q) L. *7. §. 1.* L. *19. D. de except.*

qui in horum persona heredes *feudales* reliquit, non extitit, tum quia reae, in tali pecunia ad feudum pro heredibus feudalibus debita, nullum prorsus *interesse* habuerunt *r*). Datur porro *fideiussoribus*, quoniam liberato principali censetur etiam liberatus fideiussor, cui ius per liberationem semel factam, quaesitum, facto rei principalis rursus auferri nequit *s*), etiamsi fideiussores omni legum auxilio renunciauerint, quia haec renunciatio non extenditur ad exceptiones, quas fideiussores habent *mediate*, propter principalis debitoris personam *t*). Quandoquidem vero haec exceptio magis in *violatione fidei*, quam in *interesse* radicata esse videtur, sufficit qualecunque interesse, licet non sit *magni momenti* *v*).

§. XXVII.

OMNIBVS ACTIONIBVS PETITORIIS HAEC EXCEPTIO OPPONITVR DISCRIMEN INTER PROCESSVM ORDINARIVM SVMMARIVM ET EXECVTIVVM.

Actio, cui haec exceptio opponitur *x*), vel *possessoriá*, vel *petitoria* est. Quandoquidem vero haec exceptio

r) LYNCKER *decis.* 394.
s) ROLAND *a* VALLE *vol. IV. cons.* 69. *n.* 45. *sq.*
t) OLEARIVS *cit. dissert. cap. III. §.* 2.
v) SCHWEDER *dissert. de except. non implet contr. §.* 12. *tom.* 1. *dissert. VII. p.* 370. vid. *not. praec. o*).
x) supra §. *XX.*

ceptio, quae ex *pacto* vel *contractu* nascitur, & *conuentionum* complementum concernit, non ad *possessorium*, sed ad *petitorium* iudicium pertinet, consequens est, vt manutentionem in *possessorio* iudicio retardare nequeat *y*). *Petitoriis* autem actionibus, quilibet ius, quod sibi debetur, persequitur processu vel *ordinario* vel *summario* *z*), eodemque vel in *specie* sic dicto, vel *executiuo*, aut *cambiali*. In *summario* non minus, quam *ordinario* processu admittenda est haec exceptio, in vim exceptionis *peremptoriae*, post *litem contestatam* deducendae & probandae *zerstoerlicher weise einzubringen*, siue *illiquida*, siue *liquida* sit & in continenti probari queat, vel minus *a*). Neque haec exceptio, tanquam ea, quae ex ventre obligationis oritur, sub praetextu debiti actoris liquidi & a reo confessati, ad *reconuentionem* reiicienda est *b*), etiamsi litis contestationi adnexa non fuerit. Nam, sicut exceptiones *facti* siue *intentionis* post litem contestatam admittuntur *c*); ita eundem fauorem haec exceptio ex ipso contractu oriunda meretur *d*). Quemadmodum autem inter ICtos haec contentio est, an ex instrumento guarentigiato mutuas praestationes continente *executiue*

y) LYNCKER *Tom.* I. *Resp.* 145. *n.* 16.

z) in Saxonia electorali differentia haec processus in *petitoriis* iudiciis sublata est, vid. *Ord. proc. Sax Elect. nouiss.* §. 1. *pag.* 300.

a) *supr.* §. XXIII. *not.* o)

b) HERT. *Resp.* 229. *n.* 9. *add. cit.* §. XXIII. *not.* o)

c) WERNHER *comp. iur. libr.* IV. *tit.* XI. §. 7.

d) supr. §. XXII.

cutiue agere liceat, quod quidam ideo negant, quoniam huiusmodi documento, eodem modo, quo ex eo, quod ſuper vnilaterali negotio confectum eſt, fieri poteſt, omnia facta, quibus proceſſus *executiuus* innititur, verificari nequeunt *e)*: alii vero id adfirmant *f)*; ita adfirmantium ſententia admiſſa, nullum eſt dubium, quin, nulla lege prohibitiua obſtante *g)*, proceſſus *executiuus*, ſi

e) vid. LYNCKER *reſol. 643.*

f) Hanc ſententiam ICti Witembergenſes amplexi ſunt in cauſa Hartwig Hartungs Erben contra Waltzberg zu Nordhauſen menſe Ianuario 1730. pronunciarunt igitur: wurde Klaeger auf die erfüllung des kauff-contracts klagen, vnd ſolchen dem Beklagten originaliter vorlegen, auch ihn zu der recognition vorladen laſſen, ſo iſt Beklagter ſolchen zu recognoſciren verbunden, vnd ergehet ſodann ferner was recht iſt, adiecta. in rationibus decidendi, hac limitatione, daſs auch ex contractu bilaterali ad recognitionem geklaget werden könne, iedoch, dafern das implementum contractus nicht ſofort aus dem inſtrumento erhellet, ſolches zu erweiſen, Klaegern oblieget, oder auch Beklagten mit ſeinen darwider habenden exceptionibus zuforderſt zu hoeren iſt, ergo, licet iniuncta ſit recognitio per ſententiam, nihilominus de non ſecuto implemento excipere licet. WERNHER *part. IV. obſ. 98. pag. 517.*

g) RIUIN. *ad O. P. S. Tit. XI. en. 55.* vbi Scabini Lipſienſes in diſpoſitione ordinationis prouincialis principatus Anhaltini Tit. XI. ſe fundantes, ob quam haec exceptio in proceſſu executiuo non admitti, ſed in reconuentio-

ſi reus, facta recognitione, de implemento non ſecuto excipiat, tantisper ſuſpendendus, actorique, niſi implementum ſecutum eſſe, vel ex ipſo inſtrumento liqueat, vel alias ex actis notorium ſit *h*), demonſtratio iniungenda eſt, reſeruata vtrique parti iuramenti delatione *i*). Reo autem probatione incumbente, haec aut *in continenti* fieri poteſt; aut altiorem requirit indaginem, illo caſu, nec in *executiuo* proceſſu exceptio implementi non

nem reiici debet, confirmarunt ſententiam facult. iurid. marburg. qua haec exceptio in reconuentionem reiecta fuit.

h) hoc caſu reus condemnandus eſt: daſs Beklagter dem contract annoch nachzukommen, vnd die vor 140. Thl. behandelte gerſten nach Altenburg vm den verglichenen werth zu liefern, auch weil ſolches bis anhero verblieben, dem Klaeger die daraus entſtandene beweiſsliche ſchaeden vnd vnkoſten zu erſtatten ſchuldig, apud LYNCKER. *Deciſ.* 70. fruſtra ergo detrectat emptor ſolutionem pretii, qui a venditore prius adimpleri vult ea, quae hunc promiſiſſe non conſtat, aut impleuiſſe praeſumitur, LYNCKER *reſol.* 582.

i) hac formula: dieweil Beklagter den kauff-oder pacht contracft ſub A fol. 10. recognoſciret, darneben aber exceptionem non ſecuti implementi vorgeſchüzet: ſo hatt es dabey ſein bewenden, vnd iſt Klaeger, daſs er zuforderſt ſeines orths beſagten contract erfüllet, in ordnungs-friſt, Beklagtens gegenbeſcheinigung, auch beyden theilen die eydes delation vnd andere rechtliche nothdurft vor behaltlich, beyzubringen ſchuldig.

non ſecuti in *reconuentionem* reiici poteſt *k*), hoc vero caſu in *reconuentionem* reiicienda eſt *l*), quoniam haec exceptio retardari nequit executionem, niſi de faciendis vel praeſtandis res *liquida* ſit *m*), vel *incontinenti* liquida fieri poſſit *n*): fruſtra enim petitioni eius, quod ex contractu certitudinem habet, illud opponitur, de quo, an & quomodo debeatur, in iudicio adhuc contenditur *o*), pariter in cauſis *cambialibus* non ſimpliciter haec exceptio excludi poteſt *p*).

§. XXVIII.

OPPONI POTEST OMNIBVS ACTIONIBVS QVAE EX QVACVNQVE CONVENTIONE CORRESPECTIVA ET CONTRACTV VLTRO CITROQVE OBLIGATORI NASCVNTVR.

Cum conuentionum *correſpectiuarum*, & *vltro citroque obligatoriarum*, de quarum complemento diſceptari

k) B. BOEHMER *tom.* II. *part. 1. Reſp. 502. n. 2.* BERGER *Elect. proc. execut. §. 30.* SCHWEDER *diſſert. de except. non impleti contract. §. 19.*

l) LYNKER *reſol. 123. & deciſ. 161.* add. PVFENDORF *intr. ad proc. ciuil. Brunſuic. Luneburg. part. 1. c. 4. §. 20.*

m) MEV. p. 7. *d. 202.*

n) ſupr. §. XXII. quando liquidum non habeatur, quod ex contractu ſuſpecto petitur, vid. MEV. *p. 6. dec. 214.*

o) MEV. p. *8. dec. 168.* B. BOEHMER *ad* X. *Libr.* II. *Tit.* 19. §. 11. pag. 1176. *ſq.* de poena reorum friuole implementum negantium vid. *adpend. ad ord. proc. Sax. Elect.* §. 4.

p) Dn. KÜHNHOLD *de vſ. except. non ſecut. implem. hodiern.* §. XVII.

ſceptari poteſt inter actorem & reum, duo ſint genera, *pactum* ſcilicet & *contractus*, *pactum* autem in germania, perinde, vt *ſtipulatio* apud romanos, *efcax* ad *agendum* in iudiciis eſt, recte ex eo concluditur, in *pactis* non ſolum *legitimis* & *contractibus* b. f. in *continenti* adiectis, ex quibus iure quoque romano actio naſcebatur *q*), ſed in quibuscunque *correſpectiuis* & mutuas praeſtationes continentibus *conuentionibus nudis*, hanc exceptionem, non ſecus atque in *contractibus* vltro citroque obligatioriis locum habere: cum enim correlatorum eadem ſit ratio, & paciſcentium vterque fidem implere teneatur, ſequitur, vt nec *pactum nudum correſpectiuum* & quod mutuas continet praeſtationes ei ſeruandum ſit, qui ipſe illud neglexit *r*). Quodſi igitur vidua, quae dotem promiſſam re ipſa, viuo marito

q) vid. Dn. KVNHOLD *cit. diſſ.* §. II.

r) idem *c. l.* §. VIII. veriſſima igitur eſt ſententia illuſtr. autoris *der vollſtaendiegen Beantwortung der vnſtatthafften vbel geprüfften und ſchlecht begrundeten Heſſen Caſſelſchen Wiederlegung ad N. 1. not. 37. pag 3.* quam his verbis aperuit: dieweilen aber anfangs die herrſchafftliche raethe von der inſtantia auſtregali ſelbſt abgegannen, vnd mit areſten vnd repreſalien, dem bericht nach, zugefahren, welchemnach in dem berührten pacto de A. 1617. eben durch das veraccordirte austrags-recht proſpiciret werden ſollen, folglich es auch hierunter, wie in allen andern vertraegen heiſet, quod ille, qui ab initio pacta migret, ad illa poſtea nequeat reuocare, CVNO *de pact. cap.* II. §. 18. praeſertim, ſi vtraque pars in eodem genere ad pacta prouocat, quae altera violauit prius.

to, non intulit, aduerſus praedefuncti mariti heredes agat, ad donationem propter nuptias conſtituendam vel conſequendam, fundata eſt vtique exceptio *non ſecuti implementi*, quia enim dosdata tantum donationem propter nuptias meretur *s*), nihil omnino percipiet ex donatione propter nuptias, quae nihil ex dote conſcripta praeſtitit *t*): dote vero illata, non poteſt denegari viduae donatio propter nuptias per exceptionem non praeſtiti defuncto marito debiti coniugalis, ceu *non ſecuti implementi v*). Quod ad *tranſactionem* attinet, huius quidem tantus videtur eſſe fauor, tantaque autoritas, ut non protinus ab ea, altero non implente, recedere & priorem actionem, ſi ita *conuentum* non ſit, inſtituere liceat *x*): ſed tamen tanta eſſe nequit vis eius & poteſtas, vt etiam exceptionem non ſecuti implementi excludat *y*), quippe quae omnium exceptionum eſt fauorabiliſſima & efficaciſſima *z*) in aequitate naturali fundata *a*). Etiamſi igitur

s) *Nov. 91. c. 2. auth. dosdata C. de donat. ante nupt.*

t) *auth. ſed quae C. de pact. conuent.* vid. SCHWEDER. *de except non implet. contr.* §. IX. *tom.* I. *diſſ.* VII. *p. 369.* vbi hoc ad dotalitium adcommodat.

v) LYNCKER *Reſol. 543.*

x) LYNCKER *deciſ. 389.* M. ANTONIVS NATTA *tom. 1. conſ. 133. n. 3. vid.* §. XXIX. *in fin.*

y) ſupra §. XI.

z) SCHWEDER *diſſ. de except. non impleti contract.* §. XI. *tom. 1. diſſert.* VII. *p. 370.* MEV. *part. 1. deciſ. 127. n. 5. 6. & 7.*

a) ſupra §. XXIV.

tur transactio *iuramento* firmata sit, nihilominus tamen alter, qui eam violauit primus, *exceptione* non secuti *implementi* submouebitur, pluribus etiam aliis poenis ex ARCADII & HONORII constitutione *b*) coercendus *c*), nisi vterque contrahentium mutuo dissensu ab eadem recesserit *d*), quo tamen casu, vt actoris *intentio*, qui nondum restituto eo, quod *transactionis* causa accepit, pristinam actionem mouet, per *exceptionem* excludatur, aequitas naturalis suadet *e*). Non solum autem actiones *expactis* nudis, sed eas etiam, quae ex *contractibus* cum *innominatis f*), tum *nominatis g*) nascuntur *h*), haec exceptio excludit. Vnde sicut emphy-

b) *in L. 41. C. de transact.*

c) SCHWEDER *c. l. §. 33. p. 379.*

d) *L. 14. C. de transact.* SCHWEDER *c. l. §. 35.*

e) *idem c. l. §. 8. p. 368.*

f) *idem c. l. §. 7.* p. *367. & §. 30. pag. 377.* MEVIVS *part. 1. decis. 175. n. 5. Dn.* KÜHNHOLD *dissert. de vsu except. non adimpl. contr. hodiern. §. VI.* actioni ex contractu *innominato*, si exceptio haec opponitur, replicae *prioris* aut *paris* implementi non est locus MEVIVS p. VIII. *dec. 319.*

g) supra §. XI. SCHWEDER *c. l. §. 11.* p. *370. Dn.* KÜNHOLD *c. l. §. 5.*

h) modo quis agat ex illo contractu, in quo obligatur adimplere, secus, si ex diuerso contractu agatur, quod etiam M. ANTON. NATTA *tom. 1. cons. 133. n. 5.* ad *diuersa & non connexa* capitula vnius contractus (vid. §. sq. XXIX. not. *l*) ex hac ratione extendit, quod sic non ad *defen-*

phyteuta, contra dominum, ad reſtitutionem fundi emphyteutici agens, ſi canonem non ſoluit, *i*) exceptione *non impleti* contractus ſubmoueri poteſt; ita nec emphyteutae ea, contra dominum canonem petentem, etiamſi ex inſtrumento liquido agat, deneganda eſt *k*).

§. XXIX.

EXCEPTIONIS NON SECVTI IMPLEMENTI VIS ET EFFECTVS EXCLVDENDI ACTIONEM ET IMPEDIENDI EXECVTIONEM.

Quemadmodum nullius *exceptionis* vis in eo conſiſtit, vt actor in id, quod in *exceptionem* deducitur *condemnetur*, ſed vt iudicium auferat, actorem excludat *l*), & ſic, petitore per exceptionem ſubmoto, *reus abſoluatur m*); ita non poteſt non exceptioni *implementi* non ſecuti eadem vis *excluſoria* ineſſe; iam vero, quia haec exceptio

defenſionem ſui, vt fit in capitulis *connexis*, ſeu vbi vnum & idem eſt capitulum, ſed ad *offenſionem*, fides frangi dicatur, illud vero licere, non autem hoc; ſed haec ratio non ſufficiens eſſe videtur, vt actio ex eodem contractu, non adimplenti eum, concedatur.

i) SCHWEDER *c.* l. §. *6.* p. *367.*

k) *ill.* LEYSER *Medit. ad dig. vol.* II. *ſpec. 130. med. 1. pag. 392.*

l) ſupr. §. *XIV.*

m) ſupr. §. *IV. in fin. pag. 11.*

excepio excludit, quod in *intentionem condemnationemue* deductum eſt *n*), etiamſi haec praeterita ſit *o*), ſequitur, vt haec exceptio non ſolum ipſam *actionem* perimat & excludat *p*), ſed executionem quoque rei iudicatae impediat: cumque, *actione* ſemel *perempta*, reus prorſus litem inficietur, quia nihil intereſt, *ipſo iure* quis actionem non habeat, an per exceptionem *infirmetur* *q*), porro ex eo recte colligitur, hanc exceptionem, quæ non *dilatoria*, ſed *peremptoria* eſt *r*), ſemper locum habere, nec ab actore eam euitari poſſe *s*), quamuis ipſi iam opportunum videatur, implere fidem ſemel violatam *t*). Licet igitur princeps, cui aliquando vicinus fidem non ſeruauit, poſſit, ſi velit, purgationem *morae* admittere, adeoque principis, implementum petentis, perſonam tantum euitare, donec ille promiſſa adhuc praeſtet, vel ſi praeſtare in praeſens non poſſit, alio modo ſatis faciat *v*), quemadmodum etiam arbitrio cuiuslibet priuati

n) ſupr. *§. XX.*

o) *vid.* HERM. VULTEI *L. 11. de iudic. C.* VII. *n. 75. ſq. pag. 405.*

p) ſupr. *§. XXV.*

q) ſupr. *§.* XIII. *lit. i*)

r) ſupr. *citat. §. XXV.*

s) *L. 3. D. de except.*

t) ſupr. *§. X. pag. 23.* licet ergo perfidus actor reum de implenda fide interpellauerit, haec tamen interpellatio nullum habet effectum, nec interpellatum in mora conſtituit, SCHWEDER *de except contr. non implet. tom. 1. diſſ. p. 375. §. 25.*

v) illuſtr. LEYRER *med. ad D. vol 1. ſpec. 42. med. 8.*

priuati relictum eſt, velitne ad implementum *agere* x), an conuentus *tacite* implementum petere ab actore & huic excipiendo dicere, ſe nolle dare pretium, niſi res ſibi prius tradatur y): attamen ſi abſolute is, cum quo agitnr, negat ſe adſtrictum eſſe ad *implementum* contractus, qui ſibi non fuerit impletus, adeoque intentio rei ſit, actorem in *perpetuum* excludere, iuris & aequi ratio non permittit, vt actor iam *moram purgare* & exceptionem hanc euitare poſſit, quae ſua natura vim non tantum *ſuſpenſiuam*, ſed *excluſoriam* & irritatiuam habet, atque adeo id efficit, ut actor inuito excipiente iam non amplius implere poſſit, vt recte ſentiunt ICti apud SCHWEDERVM z) allegati. Quare vereor, vt conſilium, quod MENOCHIVS *a*) ſereniſſimo duci ſuo dedit, vt, antequam actionem moueat, offerat duci ſabaudiae, ſe ex latere ſuo paratum ſatisfacere, ſi quid agendum vel ſupplendum ſupereſſet, euentu probatum ſit, licet M. ANTONIVS NATTA *b*) in eadem ſententia fuerit, quaeſitus enim, an id ſit iuridicum, vt communitas *calocii*, contra quam

x) ſupr. §. X. *pag.* 23.

y) vid. & inſr. §. XXXII. not. *v*) add. ſupr. §. XXV. in fin. & SCHWEDER. *de except. non implet. contract.* §. XX. *pag.* 374. hoc caſu ad remouendam exceptionem, *realis* oblatio & depoſitio requiritur, quia *verbalis* non ſufficit, idem *c. l.* §. 29. *p.* 377.

z) cit. §. XX. *p.* 374.

a) *conſ.* 1. *n.* 371. L. 1.

b) *tom.* 1. *conſ* 133. *n.* 1.

quam nobiles quidam e magnifica domo *rotariorum* agebant ex transactione, quam nunc seruari vellent, etiamsi ante conuenta non perfecte obseruauerint, adeoque de *implemento* non secuto communitas exceperit, cogi possit ad implementum transactionis? adfirmatiue respondit, addita limitatione, modo nobiles offerant ex parte sua implere, & ita postmodum impleant, quod ego eo minus iuridicum esse censeo, quo facilius rationes, quibus NATTA motus ita respondit, dilui possunt. Primo enim putat, nobiles communitati dicere posse, se ideo non adimpleuisse, quod nec communitas ipsis adimplebat, vnde nihil esse, quod

Clodius adcuset moechos, Catilina Cathegum c) & ab VLPIANO *d*) quoque traditum esse, emptorem *offerendo* pretium compellere posse venditorem ad tradendum, etiamsi ex vtraque parte contractus non fuerit obseruatus; *deinde*, quando in *transactione* non interposita fuit, *dies* aut *poena*, eaque ex parte actoris *iurata* non fuit secundum communem sententiam, vt ALEXANDER & IASO *e*) ostenderunt, in *transactione* licitum esse, *moram purgare*, adeoque, vt litium finis sit, non posse actorem agere actione primaeua, si reus non impleat, sed standum esse transactioni, si autem actori non licet a transactione recedere, quia sibi non obseruetur, ergo nec reo id licebit, quia *ac-*

c) argum. *L. 21. in fin. C. de haeretic. L. 34. D. solut. matr.*
d) *in L. 13. §. 8. D. de act. empt. vendit.*
e) *ad L. 41. C. de transact.*

actor & *reus* non iudicantur ad imparia *f*). *Porro*, ſicut in contractu *nominato*, non habet locum regula, non obſeruanti non obſeruandum *g*); ita idem quoque procedere poſſe in transactione, in qua interpoſita eſt ſtipulatio, quia tunc ſortitur eius naturam. *Poſtea*, regulam, quod fides frangenda ſit frangenti, intelligendam eſſe, ſi id fiat circa *capitulum idem*, vel *connexum*, ſecus ſi fides frangatur circa capitulum *diuerſum*. *Ad extremum* condictionem ob cauſam, quae datur ex capite cauſae non ſecutae non dari, niſi ei, qui adimpleuit pro ſua parte & aduerſarium conſtituit in mora *h*), iam vero, vbi non eſt *actio*, ibi nec *replicatio* locum habet *i*). Sed cum rationes hae, ex quibus NATTA in fauorem dictorum nobilium concluſit, facile dilui poſſint, non poſſum huic ſententiae ſuffragari. Nam *primo* in facti ſpecie nulla commemoratio facta eſt, an communitas parata fuerit implere, nec ne *k*), VLPIANI autem ſententia accipienda eſt de *oblatione*, quae *iuſto tempore* facta eſt, qui enim iuſto tempore non vrget legem contractus, is fruſtra deinde, ſi ipſe eam dimiſit, ad illam prouocat *l*). *Demde*, quod de transactione

f) L. *fin. C. de fruct. & lit. expenſ.*

g) L. 12. *C. de R. V.*

h) L. 1. *C. de pact.* L. 28. *C. de transact.* L. *3. §. 2. D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſequt.*

i) L. *25. D. de dol. mal.* L. *29. C. de tranſact.*

k) *vid. ſupr. §. X.*

l) LYNCKER *deciſ.* LI. vid. ſupr. *cit. §. X.*

ne tradit, falſo innititur praeſuppoſito *m*), falſaque eſt conſequentia ab actore ad reum, quia heic ad *imparia* omnino iudicandi ſunt *n*). *Poſtea* etiam negatur, quod in contractibus *nominatis* fides ſeruanda ſit ei, qui fidem fregit *o*). Neque ad *extremum* fundatum eſt in legibus diſcrimen illud, quod inter capitula *connexa* & *diuerſa* vnius contractus ponit *p*), poteſtque etiam *exceptio* locum habere, vbi non eſt *actio*. *q*)

§. XXX.

REQVISITA VT EXCEPTIO IMPLEMENTI EXECVTIONEM IMPEDIAT.

Quoniam exceptio *implementi* non ſecuti ad earum claſſem refertur, quae non tendunt ad *impugnandam ſententiam*, ſeu *tollendum*, vel *corrigendum* iudicatum; nam, nec ſententiae *iniquitatem* arguit, nec ad eius

m) *vid. §. ſq. XXX.*

n) *ſupr. §. XI.*

o) *ſupr. §. IX. ſq.*

p) *vid. §. praec. XXVIII. not. h*) *diuerſa* capitula NATTA cit. conſ. 133. n, 6. ea eſſe dicit, quorum vnum, licet eodem tempore facta ſint, non venit ad determinationem alterius, ſed quodlibet eſt *de per ſe* ſecundum BARTOLVM, vel, ſicut *vnum* capitulum dicitur, quod vno ſtructu & vna eſſentia conſiſtit, ita diuerſa dicuntur, quae ex diuerſitate factorum ſeparationem accipiunt, ſecundum BALDVM *in L. 2. verſic. quid e contra C. de re iud.*

q) ſupr. *cit. §. XI.*

eius *rescissionem* tendit, illa adeo fauorabilis esse censetur, vt quandocunque, etiam in ipsa *executione* adhuc opponi possit *r*), adeoque, vt reliquae peremptoriae *s*), ad nouam post executionem *instantiam* reiici non debet, quod tamen sic intelligendum est, vt, cum eius admissio certa requisita habeat, non indiscriminatim permissum sit, de non secuto implemento, post rem iudicatam excipere, effectumque rei iudicatae, siue *executionem* impedire. *Primo* enim requiritur, vt haec exceptio antea in actis non fuerit opposita, vel iudici de ea ex actis non manifeste constiterit *t*), alias enim a iudice reiecta censetur *v*), semel autem reiecta exceptio, post rem iudicatam opponi nequit *x*). *Deinde* de iusta causa & ratione, ob quam iusto tempore ante sententiam opposita non fuerit, constare debet, cum aequum non sit, exceptionem in *executione* attendi, si negligentia non opponentis eam adparet, vel saltim praesumi potest. *Porro* etiam *liquida* esse debet, haec ex-

r) *vid. supr. §. XXXI.*

s) B. BOEHMER *tom. II. part. I. Resp. 503. n. 6. & 9.* SCWEDER *cit. diss. §. 22. pag. 375.*

t) LYNCKER *de grau. extrai. pag. 140. n. 6.*

v) *supra §. XXII.* BARDILI *in concl. th. pr. tit. de re iud. Exerc. 18. th. 10.*

x) STRYCK *introd. ad prax. for. cap. XXIV. §. 3.*

exceptio *y*), vel ſaltim in *continenti* liquidabilis z), vt practici loquuntur, idque non ſolum narretur, ſed ſimul etiam allegetur modus, quo eius probatio *in continenti* fieri poſſit *a*). *Tandem*, vt nec lex, nec iudex certum *terminum* ad omnes exceptiones ſimul opponendas, praefixerit *b*). Vno enim horum requiſitorum deficiente, non admittitur haec exceptio in *executione* nec a reiectione eius adpellari poteſt, ſecus, ſi omnia requiſita adſint *c*).

§. XXXI.

VIS EXCLVSIVA EXCEPTIONIS NON SECVTI IMPLEMENTI CONTRA ACTOREM QVAMCVNQVE

Cum denique haec exceptio agentem quemcunque, qui non praeſtitit id, quod viciſſim promiſit & cuius contempla-

y) *Diſtinguit* RHETIVS *vol. 1. diſſ. 26. de exceptionibus parat. execut. imped.* inter proceſſum *ordinarium* & *ſummarium* & an in *ordinario* iudex *plene* de exceptione cognouerit, nec ne? quae tamen diſtinctio a BERGERO *in ſuppl. ad elect. diſcept. for. part. 11. p. 594. ſq.* reiicitur vid. LEYSER *ſpec. 513. med. 2.*

z) ſupr. §. *XXII.*

a) MEVIVS *part. VII. deciſ. 214. add.* RHETIVS *c. l. cap. 5. n. 9. ſq.*

b) Rec. imp. de A. 1654. §. *es ſoll auch 37.* vid. RHETIVS *c. l. cap. 4. n. 65.*

c) MEV *part. 7. dec. 214. n. 3.*

platione reus ad eam rem, de qua agitur, praeſtandam ſeſe obligauit, excludat *d)*, ſine ſufficente ratione quaeſtio, an inter *mercatores* locum habeat? a CARPZOVIO *e)* ſub diſputationis incudem reuocata, ex falſo praeſuppoſito negatur. Rectius igitur, confutatis argumentis & rationibus Carpzouianis, quarum praecipua haec eſt, quod in cauſis mercatorum absque figura proceſſus ius dici & protractio litis euitari debeat, adfirmatiuam ſententiam defendit BERGERVS *f)*, cui adſtipulantur, praeter LAVTERBACHIVM & BRVNNEMANNVM, SCHWEDER *g)* & DN. KVENHOLD *h)*. Vbi ergo mercatores ſe, quod ad hanc exceptionem, exceptos eſſe, per *legem* aut *conſuetudinem* probare non poſſunt, eo magis inter eos locum habebit, quo certius eſt, eam in aequitate naturali, cuius praecipue inter *mercatores* habenda eſt ratio, innixam eſſe *i)*. Siue igitur *mercator* ſit *actor*, ſiue non ſit mercator, iuſtum & aequum eſt, vt ei agenti, contractus correſpectiuus & vltro citroque obligatorius, quem ipſe neglexit,

d) ſupr. §. XX. B. BOEHMER *Tom. II. part. I. reſp. 347. n. 18.*

e) part. III. dec. 214. n. 3.

f) in elect. proc. execut. §. 34.

g) cit. diſſert. §. 17. pag. 372. &c

h) diſſ. de vſu except. non adimpl. contr. hodiern. §. XI.

i) ſupr. §. *XXIV.*

glexit, pariter non ſeruetur ab altero, aduerſus quem ex illo contractu agitur, quia correlatorum eadem eſt ratio *k*). Poteſt autem haec exceptio, cum ipſi *actori*, tum *heredi* eius *l*) tamdiu opponi, quamdiu aliquid adhuc praeſtandum ſupereſt *m*), etiamſi in *minima* parte contractus non ſit impletus *n*), aut implementum tantum in *accidentalibus* ſecutum non ſit, quia is tantum cum effectu agere poteſt, qui conuenta & promiſſa ex aſſe, ſiue, vt practici loquuntur, *totaliter* impleuit *p*), neque refert, an actor antea *interpellatus* fuerit a reo, nec ne? quoniam actor vltro etiam & absque interpellatione conuenta & promiſſa adimplere debuit *q*), neque poſt *moram* commiſſam *r*) audiendus eſt actor, ſi ſe impeditum fuiſſe cauſetur, ſecus ſi implere paratus, *facto* vel *culpa* illius, cui implementum faciendum fuit, *impeditus* *s*), aut *exiguum* duntaxat *tempus* praeterlapſum ſit

k) LYNCKER *deciſ. 192.*

l) SCWEDER *cit. diſſ. §. XVI. pag. 372.*

m) B. BOEHMER *Reſp. 561. tom. II. part. I. n. 18.* VULTEI *vol. II. conſ. Marp. 24. n. 32.*

n) SCHWEDER *c. l. §. XI. p. 370.* B. BOEHMER *cit. part. II. tom. II. Reſp. 350. n. 12.*

o) de diſtinctione M. ANTONII NATTAE *conſ. 133. n. 5. tom. I.* an. capitula omnino *ſeparata* contineat contractus, an vero *connexa* vid. ſupr. §. XXIX. not. *n*)

p) SCHWEDER c. l. §. 18. p. 373.

q) vid. tamen SCHWEDER cit. *l. §. 15. pag. 371.*

r) AHASVER, FRITSCH *tom. II. conſ. 22. n. 84. ſq. add.* MEV. p. VIII. d. 319.

ſit, ratione temporis enim diſtinctio, quae ſupra *s*) tradita eſt, hic quoque negligi non debet.

§. XXXII.

EFFECTVS REPLICATIONIS FACTAE RENVNCIATIONIS.

Quia autem nemo non, qui liber eſt rerum ſuarum moderator & arbiter iuri pro ſe introducto renunciare poteſt, non transeundum hic eſt coronidis loco, quod *renunciatio* quoque valide facta & per *replicationem* oppoſita, non ſecuti implementi exceptionem excludat *t*), quae tamen replicatio in perpetuum locum non habet, poteſt enim reus, poſtquam actor conſecutus eſt, quod ex contractu vel pacto petiit, aduerſus hunc experiri, vt ex ſua quoque parte impleat, quod promiſit, qui enim *exceptioni* huic renunciauit *v*), ſiue *expreſſe*,

s) §. X.

t) SCHWEDER *c. l. §. 31. p. 379. Dn.* KÜNHOLD *diſſ. de vſu except. non adimpl. contr. hodiern. §. XV.*

v) ob generalem, renunciationem, qua quis omnibus exceptionibus renunciauit, haud vnquam exceptio non ſecuti implementi reiecta, aut eidem renunciatum eſſe cenſetur LYNKER *tom. II. Reſp. 72. n. 14.*

se, siue *tacite x*), non etiam simul *iuri agendi* renunciasse censetur. Haec sunt, quae de exceptione implementi non secuti pro modulo ingenii mei ventilare placuit, cum plura addere tempus non permittat, hic subsistere cogor.

x) Sicut is, qui iusto tempore non vrget legem contractus, frustra deinde, ad illam prouocat *vid. supr. §. XXIX.* not. *i)*; ita contra exceptioni implementi non secuti tacite renunciasse censetur, qui contractui adquiescit. OLIVER BELTRAM *ad decis. rot. rom. 76. n. 3. lit. c)* vid. supr. §. XXIX. not. *v*).

T A N T V M