

DISPUTATIO IURIDICA  
DE  
**CONTVMACIA**  
**NON RESPONDENTIS,**  
QVAM  
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,  
**DOMINO CAROLO**  
PRINCIPE BORVSSIAE, MARCHIONE BRAN-  
DENB. RELIQA  
IN REGIA FRIDERICIANA  
PRAESIDE  
**DN. IVSTO HENN. BÖEHMERO,**  
ICTO,  
COM. PAL. CAES. REG. MAIEST. BORVSS. CON-  
SILIARIO AVLICO, ET PROFESSORE  
IVRIS ORDINARIO  
IN AVDITORIO MAIORI  
DIE III. MAI. A. MDCCXVII.  
PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTIT  
**WOLFFGANGVS HENRICVS** *Scurr,*  
ONOLDO FRANC.

Diss. jur. civ.

125,8

HALAE MAGDEBVRGICAE,  
Typis IOHANNIS GRVNERTI, Academ. Typogr. Recusa 1725.

COPIE VON

DEUTSCHLAND

UND

BRUNNEN

BRUNNEN

BRUNNEN

BRUNNEN

BRUNNEN

BRUNNEN

BRUNNEN

BRUNNEN

BRUNNEN



DISSERTATIO IURIDICA  
DE  
CONTUMACIA NON RE-  
SPONDENTIS.

CAP. I.

De contumacia non respondentis  
in causis civilibus.

§. I.



Iudiciorum hæc est singularis *sanctitas & auctoritas*, ut, quia auctoritate summi in republica imperantis exercentur, eis quoque reuerentia, obedientia, & debitum obsequium ab iis, qui ad ea vocantur, præstandum sit. Equidem ut plurimum illa exercentur in *inuitos*, eosque qui *fugere* iudicium solent; sed eo magis necesse est, *auctoritatem* eorum & *iurisdictionem* etiam *pænali iudicio* munire, *l. 1. pr. Si quis ius dic. non obtemp.* ut reluctantes

De iudiciorum auctoritate contra contumaces.

A

tes

**& remediis.** res ad officium reducantur, & suum cuique tribuatur. Hinc varia remedia in iure sunt præscripta, quibus contra *contumaces* iudex progredi possit, tam in causis *civilibus*, quam *criminalibus*, & quia contumacia non tantum *in non-comparendo*, sed etiam *in non respondendo* committi potest, & peculiare circa posteriorem speciem observationes occurrunt, de hac in præsentis disputatione tantum ero sollicitus, ostensurus, quomodo contra contumaces *in non respondendo* procedi debeat, (I) *in causis civilibus*, (II) *in criminalibus*.

**Contumaciæ  
indoles &  
ratio.**

**vel vera vel  
præsumta.**

**Potissimum  
committitur  
in non com-  
parendo &  
non respon-  
dendo,**

§. II. Contumacia in genere consistit in eo, *si quis iudici non obtemperaverit*, non agendo aut præstando id, quod litigans facere iussus erat. *l. 53. D. de re iudic.* Variis proinde committi potest modis, tam ab *actore*, quam a *reo*; imprimis vero vel non comparendo, vel comparendo quidem, seo respondere recusando, vel non recte respondendo, vel aliter iussui iudicis, cautionem iuramentum malitiæ, probationem aliaue imponentis, non satisfaciendo &c. Generatim committitur *vel dolo vel absque dolo*, & hinc *contumacia* vulgo diuiditur in *veram & præsumtam*. Illa est, quando constat *de dolo & intentione inobedientis*, ut, si quis legitime citatus, expresse declaret, se venire nolle, nec etiam compareat. *CARPZ. P. I. C. 9. def. 6.* Hæc vero, quando quis non agit, quod agere debebat, ut tamen *de dolo* non constet, quamvis interim tamdiu pro *contumace* habendus sit, donec se ab illa legitime purgauerit. In hac adhuc superest allegatio *impedimentorum*, qua se a contumacia purgare possit, quibus probatis, a pœna *contumaciæ* liberatur: in illa excusatio cessat, postquam *de dolo* constat.

§. III. Inter varias contumaciæ species imprimis hæc duæ eminent, 1) quando reus se iudicio haud sistit: 2) quando non respondet. Illam hac maiorem & peiorem esse credunt, indeque inferunt, quod ex illa condemnato ad appellandum omnis via præclusa sit, non item ex hac LAV-

TER

TERBACH. *ad tit. de appellat. §. 20.* Posterius probant ex *l. 28. §. 1. de appell.* vbi quæstio fuit proposita de eo, qui exhibere rationes iussus, dilationem impetrauerat, nec tamen exhibuerat per contumaciam, qua de causa factum erat, vt actor ad iuramentum in litem admissus, & hoc facto, reus in id, quanti iuratum fuerat, condemnatus esset; an huic adhuc appellatio contra sententiam condemnatoriam integra sit? quod affirmat Ictus, ratione nulla addita, adeoque existimant, eam vnice in hoc quærendam esse, quod contumax in non exhibendo vel non respondendo ab appellatione non excludatur, vt ait BRUNNEMANNVS *ad l. 23. n. 3. & l. vlt. n. 2. D. de appellat.* Atque hanc esse vulgarem distinctionem inter contumaciam in non veniendo & non comparendo, ait HILLIGER *ad Donell. Lib. 28. cap. 6. cit.* quæ tamen rationes idem per idem probant. Prioris probationem deducunt 1) ex *l. 23. §. 3. D. de appellat.* vbi Ictus ita: *cum qui cognouit edictum peremptorium secundum ordinis causam datum, placuit, non recte prouocasse, cum in eius potestate fuerit ante diem præstitutum pro tribunali respondentem aut defensum, edicti denunciationem rumpere.* Loquitur Ictus de edicto peremptorio, quo citari solebant latitantes, qui nullum ad se aditum præstabant, RAEVARDVS *in protribun. cap. 3. ab init.* & sic in dolo & vera contumacia hærebant. Nomen inde sumserat, quod perimeret disceptationem, hoc est, ultra non pateretur aduersarium tergiuersari, vt ait Ictus *in l. 70. D. de iudic.* Hunc autem ad appellationem non admitti, æquum erat, quia dolosis iura haud succurrunt, præsertim cum in peremptorio comminatio accedebat, se absente diuersa parte cogniturum & pronunciaturum. *l. 71. D. eod.* Idem confirmat PAVLVS *lib. 5. sentent. tit. 5. §. 7.* apud SCHVLTINGIVM *in iurisprud. anteiustin. p. 450.* aitque: *trinīs literis vel edictis aut vno pro tribus dato, aut trina denunciatione conuentus, nisi ad iudicem, a quo sibi denunciatum est, aut cuius literis vel edictis conuentus est, venerit, quasi in contumacem di-*

An ratione  
appellationis  
quoad has  
duas species  
quid intersit.

Decisio.

*Et sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet, quin imo nec appellari ab ea potest.* Idem euincit VLPIANVS in l. 73. §. 1. de iud. rursusque casum, quo quis per *veram contumaciam* abfuit, supponit. Econtrario addit adhuc eum audiendum esse, si per *contumaciam veram* non abfuit, sed iusta impedimenta allegare potuit, quod etiam in l. 75. D. eod. confirmatur. Proinde non est hic differentia quærenda in eo, vtrum contumacia commissa sit *in non veniendo*, an vero *in non respondendo*, sed potius in hoc, vtrum constet *de dolo* contumacis nec ne? Priori casu indignus est appellatione, adeoque nec ad appellationem admittendus, qui dolose respondere detrectat. Nec aliter intelligo l. vlt. §. 1. de appell. vbi de tali casu ICtus pronunciat, in quo *de dolo* non constabat. Iussus erat edere rationes: dilationem impetrauerat, qua dilapsa, eas haud exhibebat, & ita condemnatus erat. De dolo eius non satis constabat; ignorabatur, annon iustis impedimentis, quo minus illas exhiberet, districtus fuerit, & ideo ad appellationem admissus fuit, ab ea sine dubio repulsus, si *de dolo* constitisset. Qui latitat, nec ad se aditum permittit, in aperto est dolo: non item, qui comparuit, sed postea, quod iussus est, non præstitit, nec respondet.

Quando responsio desideratur?

§. IV. Vt autem constet, qua ratione contumacia, *in non respondendo* committatur, casus, qui *responsionem* requirunt, præmitti debent. Responsio desideratur vel a *reo*, vel a *testibus*. Rei responsio desideratur, (1) in *interrogationibus* ab actore olim ante L. C. factis: (2) in *positionibus* ab actore oblatis hunc in finem, vt reus distincte & categorice ad ilias respondeat sub iuramento *respondendorum*: (3) in *litis contestatione* tam solenni quam minus solenni: (4) in *processu executiuo*, quo agitur ad recognitionem documentorum, vel iuratum diffessionem: (5) super punctis incidentibus, in quibus quandoque etiam *actoris* responsio qualiscunque desideratur, si per reum dubium hoc inciderit, quor-

quorū etiam delatio iuramenti spectat &c. Similiter *testes*, ut ad articulos probatoriales respondeant, cogi possunt, unde etiam horum contumacia huc pertinet. vid. *t. t. X. de testib. cog.*

§. V. Primum casum quod concernit, sciendum est, olim quasdam *interrogationes & responsiones* in litis exordio in vfu fuisse, solennibus verbis faciendas, quoties dubium iustum interueniebat, quo non dissoluto, actor secure in *personam* agere non poterat, utpote si quis ignorabat, *pro qua parte esset heres*, cum quo creditor agere vellet; ne plus petendo causa caderet. *l. 1. pr. de interrog.* Item si non constabat, utrum se heredem defuncti profiteretur? An hereditatem adiisset? *l. 2. & 3. eod.* an in potestate haberet eum, cuius nomine noxali iudicio agi deberet? *l. 5. eod.* An quadrupes eius sit? *l. 7. eod.* An seruus, qui damnum dedit, eius sit? *l. 8. eod.* Erant huiusmodi interrogationes necessariæ *pro fundandis actionibus*, ne vel frustra ageret, vel onere probandi, ante iudicium susceptum, sese oneraret, quod admodum difficile erat, *l. 2. & 3. D. de interrog. in iur. fact.* Reus regulariter ad *respondendum* tenebatur, nisi ex ipsa responsione summum præiudicium metuendum erat. *l. 6. §. 1. D. eod.* Ipsa responsio debebat esse *specifica*, alioquin *indefinite* concepta in eius præiudicium torquebatur, ut docet Ictus in *l. 9. §. 5. eod. qui interrogatus heredem se responderit, nec adiecerit, ex qua parte, ex asse respondisse dicendum est.* Nisi forte ita interrogatus an ex dimidia parte heres sit, & responderet heres sum, hic enim magis, eum, puto ad interrogatum respondisse, quia specifica præcedens interrogatio responsionem subsequenter indefinitam declarat. Imo si valde actoris interesse animadvertente Prætor, *plenius & distinctius* responderi iubebat. *l. 9. §. 6. eod.* In rei vindicatione quoque nonnunquam *responsio* rei desiderabatur, ut de *possessione* rei constaret. Ait Ictus in *l. 36. D. de rei vind. qui petitorio iudicio utitur, ne frustra*

De interrog-  
ationibus  
olim vfitatis  
in litis exor-  
dio,

ad quas reus  
respondere  
tenebatur.

*stra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituit actionem, possessor sit vel dolo desierit possidere, quia etiam hæc responsio ad præparandum iudicium pertinebat, quod absque longis ambagibus expediendum erat.*

Pœna mentientis.

Requisita ut contumax mentiendi puniri possit.

§. VI. Tenebatur autem reus respondere, si probabiliter *de actoris iure vel interesse constabat; si contumax erat, si mentiebatur, sibi præiudicabat.* Voluit prætor, ait Ictus in *l. 4. pr. de interrog. adstringere eum, qui conuenitur ex sua in iudicio responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret, simul etiam portionis, pro qua quisque heres existit, ex interrogatione certioretur.* Poterat tamen reus petere ad deliberandum tempus, quia *si perperam confessus erat, incommodo adficietur. l. 5. in f. eod.* Contumax ergo esse poterat, dum vel *a) mentiebatur, vel β) tacebat, vel γ) obscure & peruerse respondebat.* Si mentiebatur, respondendo forsan creditoribus hereditariis, se heredem esse, sic conueniebatur ac si heres esset: *fides enim ei contra se habebitur. ut ait Ictus in l. ii. §. 1. eod.* Quamuis itaque heres non esset, sic tamen tenebatur, quasi ex contractu obligatus foret, pro quo pulsabatur. *l. ii. §. 9. eod.* Requirebatur vero (I) *ut improbe respondisset l. ii. §. 7. in fin. eod.* Qui ex *iusta ignorantia* de minori hereditatis parte, ignorans sibi aliquid accreuisse, respondebat, cur ei responsum suum noceret? *l. ii. §. 3. eod.* Idem erat dicendum, si filius affirmauerat, *se heredem esse, mox testamentum, de quo antea non constabat, proferebatur, in quo filius erat exheredatus, æquissimum erat, ei succurri, ne a creditoribus conueniretur tanquam heres, quod ea, quæ postea emergerant, auxilio indigerent. l. ii. §. 8. eodem.* Sic etiam qui iusto errore ductus negauerit, se heredem, venia dignus, si vel maxime in aliqua culpa esset, nisi hæc dolo proxima foret. *l. ii. §. 10. & ii. eod.* (II) *Ut responsio naturæ rei esset apta & congrua.* Confessio quam ius & natura recipere non poterat, non præiudicabat, quin potius *insulsa videbatur*



interrogatio; *l. 14. in fin. eod.* falsæ potius confessiones naturalibus conuenire debebant. *l. 13. pr. eodem.* (III) *Vt interrogatio actoris præcesserit.* Huic soli mendax obligatus erat, non alii, vnde si ex pluribus creditoribus vnus alterue tantum interrogasset, his tantum ex sua responsione tenebatur, non iis, qui in iure non interrogassent. *l. 22. D. eod.*

§. VII. Porro committebatur contumacia *tacendo*, Poena non re-  
id quod in ipsius præiudicium accipiebatur, vt pro confes- spondentis.  
so haberetur. *Qui tacuit quoque*, ait ICtus in *l. 11. §. 4. eod.*  
*apud prætorem, in ea causa est, vt instituta actione in so-*  
*lidum conueniatur, quasi negauit se heredem esse, nam qui*  
*omnino non respondet contumax est: contumaciæ autem pœnam*  
*hanc ferre debet, vt in solidum conueniatur, quemadmodum si*  
*negasset, quia prætorem contemnere videtur.* In effectu hoc  
casu pro *affirmante* habebatur, quod nec ICtus diffitetur;  
quamuis enim asserat, eum pro *negante* haberi, id tamen  
magis de *mentiente*, vel eo, qui per *mendacium* negauit, ac-  
cipiendum est, qui *mendacii* hanc pœnam ferebat, quod in  
*solidum conueniretur.* *l. 11. §. 2. eod.* Breuiter *mentiens & con-*  
*tumax* in non respondeodo pari afficiebantur pœna. De-  
nique contumacia quoque committebatur *peruerse & obscu-* vel *peruerse*  
*re* respondendo. *Nihil interest*, ait ICtus in *l. 11. §. 7. eod.* responden-  
*neget quis per mendacium, an taceat interrogatus per contu-* tis.  
*maciam, an obscure respondeat, vt incertum dimittat interro-*  
*gatorem, cum obscure respondere, & nihil respondere sint pa-*  
*ria, adeoque pœna contumaciæ antea tacta hic quoque lo-*  
*cum habebat.*

§. VIII. Dixi has interrogationes fuisse *necessarias* Inprimis in-  
cum in *personam* agendum erat. Ait ICtus in *l. 1. pr. D. eod.* terrogatio-  
*Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio,* nes fiebant  
*& ita si certum petetur, ne dum ignoret actor, qua ex parte* actionum  
*aduersarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo, ali-* personalium  
*quid damni sentiat.* Si exempla percurrimus, quæ cit. ti- gratia.  
*tulo adducuntur, vnice actiones personales repræsentant,*  
vn-

vn-

vnde admodum probabile videtur, tantum eorum fuisse v-  
 sum in personalibus actionibus, prout censet STRVV. ex. 5. th.  
 41. & FRANZK. ad tit. de interrog. in iur. fac. num. 4. Neque  
 enim in l. 20. §. 1. D. cit. tit. actionis realis fit necessario men-  
 tio; de creditoribus æque commode intelligi potest, qui ob  
 nomina sua immisionem desiderabant. Ait ICTUS in iure in-  
 terrogatus a creditore, an fundum possideat: quero an respon-  
 dere cogendus sit, & quota ex parte fundum possideat, respon-  
 di: Iauolenus scribit possessorem fundi cogi debere respondere,  
 quota ex parte fundum possideat, vt si minore ex parte possi-  
 dere se dicat, in aliam partem, quæ non defenderetur, im-  
 missionem actor mittatur. Verba hæc vltima declarant hic  
 primario agi de creditoribus, qui absentibus vel latitantibus  
 debitoribus solebant impetrare missionem in possessionem  
 bonorum, si non ab alio defenderentur: ergo ex hac inter-  
 rogatione constare debebat, vtrum & qua ex parte tertius  
 debitoris bona possideret? Nihilominus tamen B. STRYKII  
 sententiam, quam in V. M. tit. de interrog. §. 28. tuetur, es-  
 se veriore arbitror, 1) quia etiam cit. l. 20. commodi in-  
 telligi potest de eo, qui in rem agere intendit, ex nemo ad-  
 sit, qui absentem possessorem defendat: l. 7. §. 17. ex qui-  
 bus caussis in poss. eat. 2) quia etiam in realibus necessitas in-  
 terrogandi aderat, & sic permissum erat eum, qui heredi-  
 tatis petitione conueniendus, interrogare, vtrum pro pos-  
 sessore, an pro herede possideret, vt aiunt Imperatores in  
 l. ii. C. de hered. petit. 3) Imo etiam in rei vindicatione in vsu  
 interrogationes fuisse, patet ex l. 36. pr. D. de rei vindic. vbi  
 ita ICTUS: qui petitorio iudicio utitur, ne frustra experiatur,  
 requirere, hoc est, interrogare debet, an is cum quo instituit  
 actionem, possessor sit vel dolo desit possidere? Contumaciæ  
 pœna erat, quod respondens; se non possidere, de menda-  
 cio conuictus amitteret possessionem; l. fin. de R. V. imo &  
 tacens eandem subiret pœnam, quia tacens pro dolo se negante  
 habebatur. l. ii. §. 4. & l. 7. de interrogat. in iur. Nec hoc ne-  
 gat

Sed etiam in  
 realibus v-  
 sum habe-  
 bant.

gat ICtus in l. 1. eod. sed de frequentiori interrogationum usu loquitur, sicut VLPIANVS in l. 1. D. ad exhib. actionem ad exhibendum maxime propter vindicationes seu actiones reales inductam esse fatetur, quamuis etiam quandoque ad personales applicari possit.

§. IX. Verum frustra forsan hodie de his disputamus, cum interrogationum harum nullus usus superesse videatur, vel ipso ICTO, seu etiam TRIBONIANO interpolatore, teste in l. 1. §. 1. de interrog. Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur: quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur, & in desuetudinem abierunt. Erant interrogatoriæ actiones, vel ipsæ formulæ, quibus actores in interrogationibus utebantur, quæ sæpe in iure actiones dicuntur, quod vel origo earum ostendit, l. 2. §. 6. D. de orig. iur. quæ tempore TRIBONIANI non amplius in foro frequentebantur; vel ipsæ actiones, quibus ob responsionem reus pulsabatur, & sic tenebatur, quasi ex contractu ille obligatus esset, pro quo pulsabatur, l. 11. §. 9. de interrog. in iur. fac. adeoque non erant novæ actiones, sed illa ipsa remedia, quæ ex contractu, quo defunctus obligatus fuerat, descendebant, quia secundum suam responsionem iudicabatur, atque ex responsione rei novam qualitatem accipiebant in formula actionis forsan expressam. Neque hæc tempore TRIBONIANI amplius usum habere poterat, quod ante iudicium seu litem contestatam nemo de iure suo respondere teneretur. Interim interrogationes non prorsus exoleuisse, addit TRIBONIANVS in Sed non post cit. l. 1. & sed solummodo, ait, ad probationes litigatoribus L. C. sufficiunt ea, quæ ab adversa parte expressa fuerint apud iudices vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quæ in causis vertuntur. Sensus est: sine interrogationibus hodie, quo pœna plus petitionis non amplius metuenda est, directo actio quidem movetur, ast post litem contestatam, quæ generalibus verbis iure Romano fieri poterat, ad probationem instru-

Quæ interro-  
gationes ante  
L. C. facien-  
dæ abrogatæ  
sunt.

Sed non post  
L. C.

B

en-

an in Praxi?

endam interrogari potest reus specialius de circumstantiis, cum *vbicunque iudicem æquitas mouerit, æque oportere fieri interrogationem dubium non sit*, vt ait VLPIANVS in *l. 21. D. eod.* id quod intelligendum, si coram *iudice pedaneo* iam lis pendebat, & apud eum interrogationes fiebant, quo casu vrgeri poterat, vt *specificè* responderet. *l. 6. §. 1. de confess.* Quæ tum ab aduersa parte expressa per responsionem fuerant apud *iudices pedaneos*, ad probationem eis proficiebant, cum confessã haud sint probanda, *l. 6. §. 2. de confess.* sed iudicato æquiparentur. *l. 3. in f. eod.* De *praxi* forsan maior ratio est dubitandi, vt patet ex iis quæ Ill. THOMASIYS in *notis ad tit. de interrog.* adduxit, quamuis B. STRYKIVS in *V. M. ad cit. tit. §. 12.* vsũ *interrogationum* adhuc in foro esse adstruat. Equidem in Saxonia alibique, vbi *specificæ & certæ* requiritur litis contestatio, vel ideo *interrogationum* nullus videtur vsus, quod ex ipsa litis contestatione mox appareat, quid neget, quidue fateatur reus? quamuis in *punctis incidentibus* vsus quidam adesse possit, ad minimum, vt pars aduersa suam de iis mentem declarare teneatur, vt infra ostendam. Alibi, vbi vel confusa vel non adeo distincta litis contestatio præcise desideratur, quamuis iuxta *R. I. de anno 1654.* merito vbique *specificè* fieri deberet, maiorem vsũ habere debet, & reuera habet, id quod vel *positiones* indicant, quæ ex his interrogationibus originem trahunt, vt iam ostendendum est.

Positiones ex  
interrogationibus anti-  
quis originem duxere.

§. X. Obseruauit iam, olim litis contestationem in sola *generali contradictione* substituisse, *l. 16. §. 1. C. de iudic.* quæ cum *indefinita* erat, nec demonstrabat, quid *specificè* reus negasset, quidue affirmasset? *interrogationes* ab autore coram iudice pedaneo fiebant, ad probationem instruendam, vt §. *antec.* dictum est, & ex *l. 20. de interrogat.* liquet. Nec postea, vbi ius Romanum rursus ad fora reuocatum est, *specialior litis contestatio* desiderata fuit; permansit generalis responsio: *nego narrata, prout narrantur*, quod admodum  
onus

onus probandi aggrauabat. Inde *interrogationes* ad instantiam actoris fiebant, quibus *generalis* vel *responsio* declarabatur. Ni me omnia fallunt, INNOCENTIVS III. in c. 6. X. de iuram. calum. satis euidenter hoc innuit, aiens: *Petitionem ipsius Archiepiscopi per procuratorem eius fecimus exhiberi, & ad eam alteram partem respondere*, (ita litis contestatio facta erat, quæ eodem auctore in c. 54. X. de elect. per petitionem & responsionem factam inducitur) ac ita *interrogationibus & responsionibus reductis in scriptis* (seu positionibus & responsionibus subsecutis, in scriptis post L. C. oblatis) & *lite coram nobis* (hoc modo) *plenissime* (hoc est specialissime, cum interrogationes & responsiones maxime in hunc finem fierent) *contestata, fecimus iuramentum calumnie ab ipsis procuratoribus utrinque præstari*. Hunc ordinem seruabant seculo XIII. & quidem ex iure Romano, quo interrogationes ante L. C. sublatae, & post eam reiectae erant, adeoque hæc præmittebatur, & positiones demum post illam offerebantur. Hac de causa Pontifex in c. 54. X. de elect. & c. vn. X. de lit. cont. censet, *litis contestationem non fieri per positiones & responsiones ad eas*, quippe quæ præsupponunt. *litem iam contestatam esse, quod eo tempore generali contradictione & responsione fiebat, ad præmissam petitionem. c. 2. X. de ordin. cognit.* Optime hanc veterum praxin declarat ICTUS seculi XIII. TANGREDVS, uti ex eiusdem doctrina perspicue docet Dn. PRAES. in iur. eccles. Protest. lib. II. tit. 5. §. 8. sqq.

§. XI. Postquam vero litis contestatio specialis Nec hodie reis imperata est in nouissimo R. Imp. & variis aliis ordi- positiones nationibus processuum, vsus harum interrogationum & re- vbique sub- sponse non adeo amplius necessarius fuisse videtur, latæ sunt. qua de causa quoque in Saxonia, Ducatu Magdeburgico, aliisque locis sublatae sunt. Non tamen prorsus exclusæ sunt in R. I. cit. cum in §. 41. expresse dicatur: *Dieweil aber auch die Beschleunigung der probationen von den articulis*

B 2

und

vsus earum.

und denenselben vermittelst *Lydes dandorum & respondendorum* beschene Antwort dependiret, so wird der Gebrauch solcher Articuli und Antworten, doch nicht, wie bishero ohne Unterscheid, sondern allein auf die aus dem Klag-libello gezogene probatorial-Articul, daran der Sachen Substanz und Haupt-Besen hängt, und zwar ohne Verstattung sonderer Terminen, wie auch mit Abschneidung der peremptorialien, elisiv und additionalien denen Partheyen, so es begehren werden, vorbehalten. Quamuis enim iuxta §. 37. d. *Ret. specifica* & ad singula puncta, directa responsio in L. C. desideretur, non tamen positionum vsus omni utilitate carere visus fuit. Ex praxi Saxonica vicinorumque locorum res manifesta est. In his foris specifica litis contestatio requiritur, sed quia sine vlllo iuramento respondent, impune mentiuntur, eaque negant temere, quæ vix ab homine sanæ mentis in dubium vocari possunt, quo onus probandi, actori imponendum, augeant. Negant ipsam cognationem, affinitatem, fraternitatem; ignorantiam in rebus claris profitentur, & vix est, vt non etiam solis ortum & occasum negent. Ad hæc mala auerruncanda positiones admodum vtilis sunt, quibus conscientia rei constringitur, vt sub *iuramento respondendorum* respondeat, quo tot manifesta mendacia euitantur. MICHALOR *de posit. c. 23. n. 7. p. 39.*

Pœna dolose negantis.

§. XII. Etiam, vt olim in *interrogationibus*, hic potest contumacia committi vel *dolosa negatione* vel *taciturnitate* vel *peruersa responsione*. Qui dolose negat contra iuramentum præstitum, periurium committit, & eo magis puniri potest, cum etiam Romani *simplex mendacium* impunitum haud esse relinquendum, iuste crederent, & ex *auctoritate iudiciorum sanctissima* primariam rationem deducerent. Non ergo nostra iudicia mendaciorum & periuriorum debent esse asyla, aut sanctitate illa destitui, quam DEVS ipsemet iis deberi censuit; sed potius læsa iudicio-

rum

rum maiestas feuerius vindicanda, & periuria arbitrarie punienda, vti recte censuit MICHALOR *cit. l. c. 41.* Qui per *contumaciam* non vult respondere, pro confesso & conuicto habetur. *l. 11. §. 4. de interrog. in iur. fac.* Rotunde pontifex in *c. 2. de confess. in 6.* hanc poenam contumacibus imponens ait: *Si post prestitum veritatis aut calumnie iuramentum reus vel procurator ipsius, positionibus ab aduersario sibi factis, interrogatus iussusque a iudice respondere absque rationali causa recusset aut nolit, seu contumaciter se absentet, haberi debet super iis, de quibus in eiusdem positionibus interrogatus extitit, pro confesso.*

vel non re-  
spondentis.

§. XIII. Vt tamen huic poenae locus sit, exigitur: (I) *vt super responsione decretum iudicis interuenerit.* Si antequam respondere sic iussus, se contumaciter absentauerit, *tunc pro confesso non debet haberi,* ait Pontifex *cit. l. sed est alias contra eum tanquam contumacem (prout ratio dilatauerit) procedendum.* Nudum decretum iudicis ei debito modo insinuatam desideratur, nec vt iudex *personaliter* aut *immediato* iubeat, necesse est, vt recte MICHALORIVS *cit. tr. c. 61. n. §.* censet. Interim quae fit huius differentiae ratio, non adeo apparet. Qui iussus non respondet, contumax est in *non-respondendo*, statimque pro confesso haberi debet: cur vero non aequae is, qui post oblatas positiones contumaciter abest, vel plane se absentat, quo casu in non-comparendo contumax est, & *per indirectum* responsionem declinat; imo ideo se absentasse videtur, vt non responderet, quippe qui scire potuit debuitque, sibi responsionem more recepto impositum ire. Verum ratio diuersitatis ex sequenti requisito apparebit. Scilicet (II) requiritur, *vt respondere iussus sit sub poena confessi & conuicti.* Explicite quidem huius comminationis mentionem non facit Pontifex in *cit. c. 2.* huc tamen respexisse videtur, iudice B. STRYKIO in *V. M. ad tit. de interr. in iure fac. §. 77.* in verbis: *respondere sic iussus fuerit,* quia etiam ipsa ratio diuersitatis

Requisita vt  
pro confesso  
& conuicto  
contumax  
haberi queat.

inde petenda est. Si nondum per *decretum* sub *pœna confessi & conuicti* responsio ipsi imperata est, nec potest pro *confesso* haberi, id quod fit, vbi ante decretum sese absentauerit, vbi ex *praxi iuris canonici* potius missio in *bona absentis* decernenda, vt ex *c. 5. vers. in aliis vero. X. vt lite non contest. & t. t. X. de eo, qui mittit in possess.* liquet, vel iuxta *c. 4. X. de dol. & contum.* proceditur. Eiusmodi autem *absentia* desideratur, vbi latitet, ignoretur. Si tantum non comparet, in loco tamen *ptæsens* est, hodie potest citari ad *publicationem decreti*, in quo ipsi responsio sub *pœna confessi vel conuicti* iniuncta est. Hoc facto, si in termino non comparet, fit *publicatio decreti* in contumaciam, & vigore eius postea sub *pœna confessi & conuicti* citatur, eique citatio hæc rite insinuatur, quo facto etiam pro *confesso* haberi potest. (III) Porro ipse *principalis* sub hac comminatione est citandus, non procurator, qui ad respondendum haud obligatur. MICHALOR *de posit. c. 65. & c. 61. n. 11.* Si procurator ad respondendum citatus est, siue responderit, siue non responderit, *principalis* pro contumace haberi nequit, cum in ipsa *citatione* vitium sit, nisi *specialissimum* habeat mandatum, quo instruitur procurator specificè, quomodo ad singulas positiones respondere debeat, quamuis hoc modo ipse *principalis* respondere videatur. MICHALOR *cit. l. n. 17.* (IV) *Vt præcedente tali decreto legitime ad respondendum citatus sit.* Sola citatio ad respondendum sub tali comminatione absque decreto non sufficit. B. STRYK. *cit. l. §. 78.* Præcedenti tali decreto seu *iussu* iudicis vel *vnica* sufficit citatio, quæ *peremptoria* est, propter comminationem adiectam, non duæ necessariae sunt, vti cum *SVRDO* arbitratur MICHALOR *cit. c. 61. n. 51.* (V) Audiendus quoque reus super positionibus, adeoque desideratur, *vt nullas habeat exceptiones, quibus responsionem declinare queat*, quem in finem positiones ei sunt communicandæ. HARPRECHT *conf. 55. n. 239.* Hæ si reiectæ,  
&



& nihilominus responsio iniuncta, respondere cogitur. B. STRYK. *cit. l. §. 77. in fin.* Sunt enim causæ, in quibus positiones admittere nolunt, imprimis in matrimonialibus, quamuis sine ratione id in dubium vocetur, vt plenius ostendit Dn. PRAESES *in iur. eccl. protest. lib. II. tit. 5. §. 12. (VI)* In termino ponens præstare debet *iuramentum dandorum* & contumaciam rei respondere nolentis accusare, MICHALOR *cit. l. n. 17.* Denique (VII) desideratur *sententia declaratoria.* Vbique enim in casu contumaciæ sententia ferenda, & pœnæ declaratio facienda, licet *ipso iure* suo iure priuetur. HARPRECHT *cit. l. n. 239.* MICHALOR *cit. tr. qu. 46.* Nec *mora purgatio* admittenda videtur, si ante sententiam *declaratoriam*, sed post terminum responsioni præfixum, respondeat, quia *peremptorie*, sub *pœna confessi & conuicti*, citatus fuit, cuius effectus, vt ipso iure cadat iure suo, & alteri ius quæsitum acquiratur. MICHALOR *cit. tr. c. 47. n. 3. sqq.*

§. XIV. Quamuis vero antea monuerim, etiam in causis *matrimonialibus*, & sic etiam *beneficialibus* aliisque *iura ecclesiastica* concernentibus positiones admitti, tum quia hic quoque specifica rei responsio necessaria est, tum etiam quia hæ causæ iuramenta *malitiæ* admittunt, qualia reuera sunt iuramenta *dandorum & respondendorum*, HARPRECHT *conf. 55. n. 195. sqq.* alia tamen quæstio est, an hæc pœna quoque in iis decerni possit, quod de *beneficialibus causis* negat MICHALOR *cit. tr. c. 61. n. 19. p. 85.* & multo magis negandum videtur de causis matrimonialibus. Videlicet aut de solis *sponsalibus*, aut de *ipso matrimonio* contenditur. Si de illis in consistorio disceptatur, reusque negauit sponsalia, actrix vero positiones offerat, non dubium, quin reus possit pro confesso haberi, maxime cum ita ad sponsaliorum consummationem sententia tendat. Verum idem quoque dicendum arbitror, si sponsa agat ad *dissolutionem sponsaliorum* ex causis nouiter emergentibus, & sponsus

An in causis beneficialibus & matrimonialibus pœna confessi & conuicti decerni queat?

sus

Quid si ad  
matrimoni-  
um dissol-  
uendum aga-  
tur.

fus respondere nolit: nam in sponsalibus non est vinculum adeo indissolubile, uti quidem in matrimonio, *c. 2. X. de sponsal.* adeoque non dubium, quin in contumaciam rei dissolui possint, dum ipsemet pro *confesso & conuicto* declaratur. Noui, quæ in contrarium hic obiici solent, quæ argumenta etiam contra *iuramentum iudiciale* valent, plenius examinata a Dn. PRÆS. in *iur. eccles. prot. tit. de iureiur. §. 60. sqq.* quæ hic regustare nolo. Vbi de *matrimonio dissoluen- do* agitur, grauior forsan dispectio est, *an contumax in non respondendo possit pro confesso & conuicto haberi?* Ratio dubitandi est, quod in hac causa requiratur luce meridiana clarior probatio, imo etiam hæc causis *criminalibus* æquiparetur, qua de causa iuramentum quoque contra matrimonium non admittitur. Interim in Saxonia aliisque locis etiam litis contestatio sub hac pœna in his causis imponi potest, & contumax *pro confesso* declaratur: quidni ergo etiam in positionibus extra Saxoniam? Si reus comparet, si litem contestatur negatiue, utique non per delationem iuramenti aut *relationem*, sed euidentioribus probationibus causa *diuortii* est demonstranda. Si autem prorsus non respondet, sub pœna *confessi & conuicti* ad respondendam vel *libello* vel *positionibus* citatus, se ipsum condemnat, & fateri causam videtur; in confessum autem non aliæ sunt iudicis partes, quam ut condemnetur. In *criminalibus* quoque, si excipis causas sanguinis, transgens pro confesso habetur *l. 18. C. de transact.* cur ergo non etiam contumax? Denique in *beneficialibus* quoque contumax in sui præiudicium pro confesso haberi potest, sed non *ecclesie*, quæ contumax non fuit, cui ne quidem prælati confessio nocet, quin potius aduersus eam restitui potest in integrum. *c. 2. de restit. in integr. in 6.*

Pœna per-  
uerse respon-  
dentis.

§. XV. Denique contumacia quoque committitur, si *peruersereus* positionibus respondet, ut ex illis, quæ §. VII. in f. dicta sunt, colligi potest. Categorice & simpliciter seu

seu pure regulariter respondendum, ceu ex R. I. de anno  
 1654. §. 49. liquet, vbi simul *pœna contumacis* seu *non recte*  
*respondentis* adiicitur: Wann nicht singulariter singulis durch  
 das Wort: wahr oder nicht wahr, so viel ihre eigene Ge-  
 schichte betrifft; so viel aber fremde Geschichte belanget, durch  
 das Wort: Glaube wahr oder nicht wahr seyn, ohne al-  
 len Anhang, er habe Rahmen wie er wolle, *pure & simplici-*  
*ter*, lauter und richtig geantwortet worden, alsdann der oder  
 diejenige Articul für gerichtlich gestanden, auch die responsiones  
 pro puris angenommen, und der andere Theil zu keinen fernern  
 Beweis gehalten seyn solle. Reiciuntur ergo *appendices*, respon-  
 dentique nihil profunt, sed responsio pro *simplici confessione*  
 accipitur. Caueat interim actor, vt etiam positiones *simplices*, si modo posi-  
 h. e. quæ non constant distinctis membris, exhibeat, alio- tiones recte  
 quin reus non prohibetur respondere cum hac appendice: formatæ.  
 Sage gesetzter massen nicht wahr seyn, quia alterum membrum  
 verum, & alterum falsum esse potest. Indultum tamen est quale hic offi-  
 iudici hoc casu, vt pro abbrevianda lite ipsemet *interroga-* cium iudicis.  
*tiones* distincte & specificè facere possit, quo actori onus  
 probandi eo rectius imponere queat. Colligo hoc ipsum  
 ex R. I. c. l. §. 41. vbi ita: Wie dann auch dem Richter das  
 arbitrium auf ein oder den andern oder auf alle Puncte die  
 Antworten in jeden Theil des Gerichts (quod conforme est  
*l. 20. D. de interrog. in iur. fac.*) zu fordern frey und unbenom-  
 men bleibet. Quod si itaque hoc casu contumax in *non-re-*  
*spondendo* foret, non dubium est, quin, prout supra dictum  
 est, etiam sub *pœna confessi & conuicti* a iudice hoc ipsi *ex*  
*officio* iniungi possit: iudicis enim est, dirigere processum,  
 & ea remedia, quæ ad accelerandam iustitiam & rei exitum  
 faciunt, adhibere; sed vti nam ea adhiberent! Leges non  
 deficient; applicatio vt plurimum deficit, vel ob iudicis  
 negligentiam, vel quandoque etiam ob imperitiam.

§. XVI. Hæc statim materiae de *interrogationi-* In litis con-  
*bus* subiicienda fuere, quia ex illis vsus *positionum* fluxit: testatione  
 ali- quoque re-

C

sponsio desi-  
deratur.

in plurimis  
locis hæc di-  
stinete faci-  
enda & spe-  
cifice,

alioquin ante eas merito *litis contestationis* ratio explicari debuisset, qua peracta, demum *positiones* sequuntur. Pergo itaque ad *litis contestationem*, per quam olim iudicium ordinari dicebatur, *l. 7. D. de petit. hered. l. 19. D. solut. matrim.* hoc effectu, vt reus liti se commisisse, & quasi contraxisse diceretur, de *iudicato soluendo*, si postmodum contra se iudicatum fuerit. *l. 3. §. II. D. de pecul.* *Lis autem tunc contestata dicebatur*, vt vtar verbis *l. 1. C. de lit. contest. cum iudex per narrationem negotii causam audire cepit.* Qualis autem *narratio* desideretur, distince in *l. 14. §. 1. C. de iudiciis* ostenditur, h. e. quæ continet *narrationem propositam a parte actoris, & contradictionem obiectam a parte rei.* Pontifex in *c. 54. X. de elect. & c. vn. X. de lit. contest.* eam constitui asserit in *petitione in iure proposita, & responsione facta.* Breuiter: potissimum in *responsione ad petitionem actoris seu libellum*, animo litem contestandi facta, *litis contestatio* consistit, vt ipse Pontifex in *c. 1. & 2. X. de lit. cont. in 6.* innuit, docetque primario eam ad reum pertinere, adeoque & CARPZOV. *de proc. tit. 10. art. 2. n. 1. seq.* eam definit, quod *sit rei ad libellum actoris responsio*, qua de causa omnino quoque ad præsens thema pertinet. Aliter autem *olim*, aliter *hodie* illa facienda erat. Olim, vt aliquoties monui, *generalis contradictio* sufficiebat, *ich bin der Klage nicht geständig, peto me absolui*, qui modus etiam olim passim per Germaniam obtinuit, maxime ante *R. I. de anno 1654.* teste MARTIN. *ad Proc. Saxon. tit. 16. §. 1. n. 55.* imo teste ipsa experientia hodierna, quæ rudera antiquæ praxeos Germaniæ adhuc passim ostendit. Primum in Saxonia antiquus mos respondendi emendatus, partibusque iniunctum est, vt *specifice, & clare ad singula libelli capita* responderent, maxime in processu *ordinario*, qui *solemnem responsionem* desiderat, CARPZOV. *in proc. tit. 10. art. 3. n. 25.* quod introductum est ad varia incommoda præcauenda, quæ ex *generali & confusa L. C.* oriri possunt. Idem postea constitutum in *R. I. de anno 1654.*

§-37-

§. 37. & cautum, vt responsio fieri debeat *specifice* und auf jede puncta mit allen seinen Umständen. Idem repetiere variorum locorum ordinationes processuum, in specie die Calenbergische Cantzley-Ordn. tit. 14. §. 4. und damit man eigentlich sehen könne, was von dem Beklagten gestanden oder nicht gestanden worden, so soll die *litis contestatio* auff alle und jede Haupt-Puncte der Klage und deren angeführte Umstände deutlich und in specie mit kurzen klaren Worten geschehen, und durch solche specification der Krieg rechtens befestiget seyn. Imo postquam *generali lege imperii publica* hoc constitutum est, vbiq; *specifica* *litis contestatio* facienda esset, id quod tamen in plurimis locis adhuc, cum magna iustitiæ protelatione, negligitur. In plurimis iudiciis enim statim loco *litis contestationis* exhibere solent die exception-Schrift, in qua *confuse* respondent, circumstantias plures nouas referunt, easque plenius deducunt, imo quod magis est, statim eas per documenta probare intendunt; addunt iurium noteriorum cumulum, eorum pleniorum deductionem, vt paginæ modo impleantur, & sic cum cum responsio deberet fieri *specifice* mit kurzen klaren Worten, vt in *ordin. Calenberg.* adducta dicitur, & exceptiones peremptoriæ postea ei addi, *reprobationem* cum ea commiscent, & quod post eam suo tempore fieri debuisset, statim suscipiunt, quo ipso *ordo rerum* admodum confunditur.

§. XVII. Est autem *litis contestatio* vel *pura* vel *eventualis*. Hanc ius ciuile ignorat, quo *dilatoriæ exceptiones* ante L. C. excutiendæ erant, nec, eis non excussis, illa suscipi debebat. B. STRYK. de *event. litis contest.* l. 5. Praxis eius nouo iure Germaniæ inualuit, postquam in R. I. de anno 1570. §. 89. expresse cautum: Wenn der Kläger seine articulirte Klage eingebracht, soll Beklagter in zweiten Termin seine declinatorias oder andere exceptiones, dadurch das Recht differiret, und die Krieger-Befestigung verhindert werden soll, zu produciren, daneben in scriptis *litem eventualiter*, oder

Eventualis  
iure ciuili  
ignoratur.  
iure nouo in-  
troducta est.

aber, da dergleichen Einreden keine bevor, litem pure zu contestiren etc. Idem confirmatum in R. I. de anno 1654. §. 40. iure Saxonico, Magdeburgico, aliisque pluribus ordinationibus processuum. B. STRYK *cit. l. §. 9.* Est itaque litem *contestatio eventualis*, quæ in eum euentum fit, si vel dilatoriis exceptionibus satisfactum, vel illæ profus reiectæ fuerint, ut *pœna contumaciæ* euitetur, quam alias reus subire debet, si illa euentualiter iuxta leges haud fuerit facta, de qua agit CARPZOV. in *proc. tit. 10. art. 6.* & infra plenius agendum est.

Contumacia  
in L.C. fit tri-  
bus modis,  
(I) Si non  
respondet e-  
uentualiter;  
  
modo de fori  
competentia  
constet.

§. XVIII. Toties vero contumacia hic committitur, quoties (I) reus plane ad libellum non respondet euentualiter, (II) vel non debito modo respondet, vel (III) non debito tempore. Primus modus est, quo reus dicitur contumax, est, si reus euentualiter litem haud contestatur, sed vel profus tacet, vel in solis dilatoriis vagatur. In ipsa *contumacia* ante omnia (I) constare debet de *competentia iudicis*. *Contumaces enim non videntur, nisi, qui, cum obedire deberent, non obsequuntur, i. e. qui ad iurisdictionem eius, cui negant obsequi, pertinent, ut recte philosophatur Ictus in l. 53. §. 3. D. de re iudic.* Impune non paretur iudici, ultra suam iurisdictionem ius dicere tentanti, *l. f. D. de iurisdic. l. 3. d. offic. pres.* & sic quoque iuste responsionem denegat. Recte MEVIUS P. IV. *decis. 6. n. 13.* censet: *Exceptio fori non competentis iudicii declinatoria est, nec, antequam de iurisdictione constat, reus respondere potest aut teneatur.* Hac de causa hæc exceptio fori declinatoria statim ante litem contestatam est opponenda, *l. f. C. de except. & quidem in primo termino, CARPZ. lib. II. resp. 9. MEV. P. I. decis. 131.* ante ceteras exceptiones dilatorias, quia, hac probata, ceteræ per se corruunt. Qui liti coram incompetente iudice se immittit, ad libellum respondet, & litem contestatur *decenter*, sibi præiudicat, & huic exceptioni renunciassè censetur, id quod singulis reis permissum est. *Si se*  
*sub-*

subiiciant, ait ICtus in l. 1. D. de iudic. aliqui iurisdictioni & consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictione, conf. l. 14. & 15. D. de iurisd. Modo sciant, se non esse subiectos iurisdictioni eius, & tamen in eum consentiant: error enim litigatorum non habet consensum. l. 2. pr. de iudic. Nec hic excipiuntur clerici de iure civili, l. 51. C. de Episc. & cler. id quod tamen Pontifex, ex friuolis quamvis caussis, repro- bavit in c. 12. X. de foro compet. quod proinde inter Prote- stantes haud est admittendum, vt Dn. PRAES. in iur. eccles. protest. tit. de for. compet. §. 40. seqq. obseruauit.

§. XIX. Antequam ergo reus respondeat, ante o-  
 mnia haec quaestio *praedudicialis* est discutienda, & quidem  
 ab ipso iudice, ad quem reus citatus est. Ait ICtus in l. 5.  
 D. de iudic. Si quis ex aliena iurisdictione ad praetorem voce-  
 tur, debet venire, vt & Pomponius & Vindius scripserunt: pra-  
 toris enim est aestimare, an sua sit iurisdictione; vocati autem  
 non contemnere auctoritatem praetoris. Equidem si euiden-  
 tissima esset incompetencia, nequidem comparere reus, &  
 hanc exceptionem opponere tenetur; quia tamen utpluri-  
 mum dubia est, & cognitionem requirit, securius est, vt eam  
 reus opponat. Est autem *responsio* rei, vt dixi, vel *pura* vel  
*eventualis*; haec hodie in plerisque locis desideratur, quo-  
 ties quis dilatorias opponit, adeoque non sine ratione qua-  
 ritur, annon, tali exceptione opposita, ad minimum *eventu-  
 aliter* respondere & litem contestari tenetur? In *iure elect.*  
*Saxonico* tit. XI. §. 2. quaestio haec decisa, & reus ab euen-  
 tuali L. C. seu responsione liberatus est, es hätte dann einer  
 so ansehnliche *declinatorias* vorzuwenden, daß sie, ob er bey  
 denen Gerichten, dahin er citiret, zu stehen schuldig, einen bil-  
 ligen Zweifel verursachen können, auf welchen Fall er die litem  
 contestation, bis über denen *declinatorien* erkant, einstellen mag.  
 In R. I. de anno 1654. §. 37. itidem *eventualis* litem contestatio  
 iniuncta est reo, adiecta tamen haec clausula; doch hievon die

De fori com-  
 petencia co-  
 gnoscit iu-  
 dex, qui re-  
 um citauit.

nec reus in-  
 terim tene-  
 tur litem e-  
 uentialiter  
 contestari.

declinatorien fori ausgeschieden. Quodsi tamen valde illiquida & improbabilis altiorisque indaginis hæc exceptio videtur, tutius est euentualiter litem contestari, *cum facta quoque responsione ad libellum, a quo quis liberari possit, sed, non facta litis contestatione, ab expensis æque liberari vix queat, ut ait B. STRYK de euent. litis contest. §. 13. in f. si exceptio hæc postmodum reiiciatur, tanquam minus fundata. Breuiter: qui euentualiter respondet, sibi non præiudicat: qui non respondet, in ea causa est, vt tanquam contumax in expensas condemnari possit.*

Modo quoque reus nullas alias declinatorias exceptiones habeat.

§. XX. Præterea quoque (II) necesse est, *vt reus nullas alias fori declinatorias exceptiones habeat, quibus se a respondendo liberare possit.* In genere hoc ius datum est exceptionibus *declinatoriis*, vt impediunt *litis contestationem euentualem*, quorsum pertinet (I) *exceptio litis alibi pendens c. 19. X. de for. compet.* quæ nascitur statim, postquam reus alibi iam citatus, & citatio ad eum legitime peruenit, *cl. 2. vt lit. pendent. nihil innou.* cum nemo coram duobus iudiciis de eadem re contendere debeat. Si citatio illegitima est, vel circumducta, nullum habet effectum. *c. 20. X. de offic. & pot. iud. deleg.* (II) *Suspecti iudicis*, cuius forum declinari potest mediante iuramento *perhorrescentiæ*. (III) *Exceptio primæ instantiæ*, quorsum etiam prouocatio ad *forum Austregarum* spectat, nisi aliunde prima instantia declinari possit vel ob *pruilegium*, quod habent miserabiles personæ, vel *ob aliam causam*, veluti si plures litis consortes in diuersis territoriis degentes coram omnium superiore conueniuntur. *t. t. D. ex quib. caus. ad eund. iud. eat.* Huc etiam referri possunt illæ exceptiones, quæ nondum actionem institui posse docent, vt si quis ante tempus agit, si reus *moratorium rescriptum* impetrauit, quo casu fundata est (IV) *exceptio nondum competentis actionis*, qua opposita, vt recte ait STRYKIVS *de euent. lit. contest. §. 15. in f. superuacuum foret litem contestari, antequam respondere quis ad deside-*

side-



*sideria teneretur.* Quodsi tamen hæ exceptiones *friuolæ* iudicatae fuerint, contumacia non-respondentis punitur re-  
fusione expensarum, imo iuxta *R. de anno 1654. §. 40.* con-  
tumax etiam in *multam pecuniariam* potest condemnari, vt  
ex his verbis constat: Hingegen wenn die Unerheblichkeit der vor-  
gebrachten verzüglichen Einrede soweit befunden würde, daß sie al-  
lein zu vorseßlichen und muthwilligen Aufschub der Hauptsache ein-  
gewendet worden, alsdann der Beklagte in etliche Mark Silber  
condemniert werden soll. Proinde tali in casu videndum,  
vtrum, qui *declinatorias exceptiones* opponit, probabili fun-  
damento nitatur, an friuolæ & maleuolæ illas opposuerit? Il-  
lo casu a pœna contumaciæ liberatur, cum non sit temera-  
rius litigator, & simpliciter litis contestatio iniungitur: hoc  
vero pœnam contumaciæ ferre debet.

§. XXI. Requiritur vterius (III) *vt nullas sit muni-* Reus quoque  
*tus exceptionibus peremptoriis, quæ litis ingressum impediunt,* nullas exce-  
quippe quæ *litis contestationem impedire* dicuntur, *c. 2. de lit.* ptiones per-  
*contest. in 6.* veluti si reus excipiat de re iudicata, transacta *emtorias ha-*  
vel aliter finita *c. 1. eod. in 6.* vel alias exceptiones obiiciat, bere debet.  
quæ *ipso iure* tollunt actionem, vt ostendit Dn. PRAES. in  
*iur. eccl. protest. lib. II. tit. 25. §. 10.* Etiam in iure Saxonico  
per *decis. nouiss. 14. in f.* hoc casu reis remissa est *eventualis li-*  
*sis contestatio*, sed sub hac conditione: Welche ohne fernere  
Ausführung alsobald in continenti aus producirten Original-  
Acten und Urkunden, oder des Gegentheils eigenem Bekantniß  
darzuthun, jedoch beydes in ersten Termin. Auf solchen Fall,  
additur, soll Beklagten die litis contestation, bis über denen  
istgedachten exceptionen erkant, einzustellen nachgelassen seyn, &c.  
In *ordin. process. Saxon. tit. XI. §. 7.* hæc traduntur exem-  
pla; Also wenn einer vorzuwenden, es wären die Sachen, dar-  
umb ist geklaget, allbereit durch vorgegangenen Eyd, oder recht-  
liche Erkantniß erörtert, oder in guten vertragen oder præscri-  
biret worden, oder es stehe Klägern *ratione intentionis facti* quæ in conti-  
keine action zu. Si exceptiones hæ *in continenti* probari ne- nenti sunt  
que- probandæ.

queunt, iniungitur reo litis contestatio, nec tamen oppositæ exceptiones amittuntur, quæ post L. C. in *reprobatione* vltiori referuantur deductioni. ZANGER *de except. P. I. c. 26. n. 27.* CARPZOV. *P. I. C. 3. def. 16. n. 1.* MEV. *P. I. decis. 215.* In quibusdam tamen locis, quin etiam iure nouiori electorali Saxonico cautum est, hisce exceptionibus euentuallem subiiciendam esse litis contestationem, addita tamen hac restrictione, vt primario harum exceptionum ratio habeatur, nec super illa pronuncietur, si hæ liquidæ, vel in continenti probatæ fuerint. MARTINI *in proc. Sax. tit. XI. §. 8. in f.*

In citatione nullum occurrat vitium,

& contumacia accusatur,

Varie exceptiones a contumacia liberant.

§. XXII. Necessè quoque est (IV) vt *citatio reo legitime insinuata sit, deque insinuatione ex actis constet.* Si vitium est in *citatione*, si de *insinuatione* non constat, reus contumax dici nequit. RIVINVS *in enuunciat. iur. tit. X. enunc. 36. §. 42.* Idem dicendum, si *citatio* non continet *spatium legale*, adeo, vt si vel maxime sub poena *confessi & conuicti* citatus fuerit, non tamen pro tali condemnari possit, si hic defectus ex actis appareat. IDEM *cit. l. n. 47.* Quod si tamen in termino compareat, & responsionem detrectet, opposita exceptione *termini nimis angusti*, nullo modo excusatur, quin potius *citatio nimis angusta* spontanea comparitione conualescit, *l. l. §. l. D. de feriis*, & dum comparet, satisfacere citationi debuisset, alioquin vt contumax condemnatur. IDEM *cit. l. enunc. 48.* Porro (V) in termino accusanda est contumacia non respondentis, cum iudex, nisi imploratus, suum officium haud impertiatur. Proinde si actor in termino contumaciam non-respondentis haud accusat, simpliciter de nouo responsio iniungitur RIVINVS *cit. l. enunc. 44.* Si actor etiam in termino non comparet, hic pro *circumducto* habetur, & nouus terminus ad instantiam actoris præfigendus est.

§. XXIII. Vnde apparet, non-respondentem variis sub exceptionibus se tueri posse, ne in *contumacie* poenam

nam incidat. Huc pertinet (1) exceptio termini nimis angusti, si modo in lege prouinciali hic determinatus sit, nec a iudicis arbitrio dependeat: (2) Non recte citationis insinuatæ, vel non factæ insinuationis; (3) Vitiosæ citationis: (4) Legitimorum impedimentorum, (5) fori incompetentis vel alterius declinatoriæ, quorsum etiam *spolii & laudationis* pertinent, (6) feriarum, (7) deficientis accusationis, (8) termini circumducti, vel quæ sunt aliæ huius generis exceptiones, quæ facile ex adductis requisitis colligi possunt.

§. XXIV. Pœna huius *contumaciæ* non vniformis est, quæ variat pro diuersa locorum praxi. In genere sciendum est, non minorem esse contumaciam eius, qui tacet, & qui non comparet. Vix itaque dubium est, quin vtraque contumacia eadem pœna plecti possit. CARPZ. P. I. C. 10. def. 16. NICOLAI in proc. c. 36. p. 388. lit. b. De iure communi, quo itidem hodie reus secundum R. I. nouiss. litem euentualiter contestari tenetur, si id ipsum præfractæ facere recusat, & tamen peremptorie citatus est, actor petere potest, vt lis pro negatiue contestata accipiatur in contumaciam non respondentis & ipsemet ad probationem suæ intentionis admittatur. Huc collineat R. I. de anno 1654. §. 36. in quo, abolito banno contumaciæ & missione ex primo vel secundo decreto, decretum est, daß dem Kläger zugelassen seyn soll, gegen dem ungehorsamen und nicht erscheinenden (vel comparentem quidem sed non respondentem) Antworter in contumaciam in der Haupt-Sache ordentlicher Weise bis zu Ende nach Belieben zu verfahren. h. e. vt lis habeatur pro negatiue contestata, actor ad probandum admittatur, & cognita causa, sententia feratur, de qua materia Dd. plenius agunt *ad auth. qui semel. C. quomod. & quando iudex sent. prof. deb.* Atque hoc ipsum actor vrgere potest, si vel maxime reus quasdam exceptiunculas opponat, respondere autem nolit, quo casu ad actoris instantiam, reiectis exceptionibus non fundatis

Contumax  
de iure com-  
muni habe-  
tur pro ne-  
gante.

D

ei

ei iniungi potest, vt *sub præiudicio* vel *sub pœna contumaciæ* libello respondeat litemque contestetur, & si ne sic quidem ad responsionem adigi potest, lis pro negatiue contestata accipitur, & autori probatio iniungitur. Hoc ipso reus amittit omnes exceptiones peremptorias, quas litem contestationi, ~~si~~ ad eam se accinxisset, annectere & potuisset & debuisset, iuxta *R. I. de anno 1654. §. 37.* vbi pœna *præclusi* in contumaces est statuta.

De iure Saxo-  
nico com-  
muni pœna  
confessi &  
conuicti lo-  
cum habet.

§. XXV. De iure Saxonico communi, qui litem non contestatur euentualiter, & sic in non-respondendo contumax est, atque quibusdam allatis exceptionibus friuolis se a responsione liberare intendit, præuia contumaciæ accusatione pronunciat, daß Beklagter seines Einwendens ohngeachtet sich auf die Klage sub pœna confessi & conuicti einzulassen, und den Krieg rechtens zu befestigen schuldig, und weil er solches nicht gethan, ist er die verursachten Unkosten &c. zu erstatten schuldig. Comminatio hæc, vt *sub pœna confessi & conuicti* vel *sub præiudicio* respondeat, non aliter addi solet, quam si in *accusatione contumaciæ* petita fuerit, adeoque eo-neglecto, simpliciter ad respondendum condemnatur cum refusione expensarum, BARTHIVS *de comminat. sub pœna confessi & conuicti c. l. §. 8.* quod iura & interesse partis hæc clausula respiciat, sententiaque petitis conformis esse debeat. Verum cum hoc ipsum iuri Saxonico conforme sit, vt, qui litem non contestatur nec respondet, *sub pœna confessi & conuicti* respondere iubeatur, & per *decretum* ad hoc condemnetur, & iudex ea, quæ defunt aduocatis partium, supplere debeat, *t. t. C. vt quæ def. aduoc. part.* non apparet ratio, quare tam stricte petitioni, per incuriam aduocatorum nonnunquam formatæ, inhærendum, & contumacibus contra præscriptam iuris formam vltius nimis indulgendum sit. Sufficit, quod *accusatio contumaciæ* præcesserit, quod actor petierit, vt denuo ad respondendum alius terminus reo præfigatur; pœnæ iu-

di

dici præscriptæ sunt, quas ipsemet ex regulis processus determinare & sententiis addere debet. Illud facilius recipi potest, quod sola citatio sub *pœna confessi & conuicti* non sufficiat, nisi præcesserit *decretum* vel *sententia*, qua ad respondendum sub pœna hac condemnatus est, quia hæc ipsa admodum rigorosa est, cum summo coniuncta præiudicio, adeoque maiori præcautione opus, ne reus statim iure suo cadat, quinondum per sententiam, qua responsio *sub pœna confessi & conuicti* ei iniungitur, ad hoc condemnatus est. CONF. BERGER *in elect. discept. for. tit. 10. obs. 1. p. 327.* In dem Preußischen *Iustitz-reglement* §. 31. adstrictius rei adstringuntur ad respondendum, nec tale decretum præcedens desideratur, verum sola citatio sub præiudicio sufficit. Verba sunt hæc: Die anberahmte Termine sollen so, wie es sich gebühret, beobachtet werden, und der erste gleich sub præiudicio præfigiret, und keine prorogatio, es sey dann ex causa fontica & in legibus fundata, verwilliget werden, in diesem Fall muß aber dennoch der zweyte terminus cum clausula pro omni angeſezet, und wider denselben keine fernere dilation ohne ebenmäßige erhebliche Ursachen indulgiret, sondern so fort *in contumaciam* gesprochen werden, welches dann auch in primo termino geschehen soll, wenn die Frist nach docirter insinuation der citation unter der, wie meistentheils es zu geschehen pfleget, gar nicht gesuchet, oder die Ursache des Ausſehens nicht genugsam bescheiniget worden.

§. XXVI. De iure Saxonico Electorali, si citatus plane haud compareat, ob contumaciam suam condemnatur bis auf Ehehafft und behelfliche Wiederrede, vt dicitur in *ord. process. Sax. elect. tit. 10. §. 4. h. e.* non statim amissione causæ punitur, sed prius ei indulgetur spatium, vt doceat, se legitime fuisse impeditum. Proinde si in termino proximo, ad instantiam actoris præfixo, legitima impedimenta adferre possit, adhuc admittitur. Si talia adferre nequit, vel rursus haud se sistit, amissione causæ punitur, vel, vt dicitur

Quomodo procedatur contra contumaces de iure Saxonico electoralis.

citur *cit. l.* soll er alsdann auf fernere Beschuldigung des Klägers in die Hülffe vertheilet, und dieselbe nach Inhalt der Klage gegen ihn vollstreckt werden. Eundem procedendi ordinem obseruant, si quidem reus comparet, sed prorsus tacet, & neque litem contestatur, neque vllam exceptionem vel causam opponit. *Alia est species contumaciæ, ait CARPZOV. P. I. C. 10. def. 16. si reus quidem citatus in iudicio compareat, sed taceat, ac litem contestari, vel respondere nolit, quæ certe contumacia non minor est, ac eius, qui citatus plane non comparet, quoniam paria sunt non venire vel non sufficienter venire. Vix itaque dubium est, quin utraque hæc contumacia pari pœna coerceatur, nimirum ut reus causa cadat, vel quod idem est, pro confesso & conuicto habeatur, si impedimenta legitima aut iustas absentiae aut silentii causas probare non possit. Admodum benigne hoc casu cum contumace agitur, qui comparet, qui tacet, imo qui ipsa cum comparitione ostendit, se haud fuisse impeditum, quo minus compareret; multo magis ergo quo minus responderet. Sed forsitan rarius reus se sistet tanquam mutus piscis, sine vlla exceptionum allegatione; quin potius si litis contestationem declinare intendunt, exceptiones declinatorias aliasue adferre solent, quæ si non fuerint probatæ, responsio ei iniungitur sub pœna contumaciæ, quod plenius declarat NICOLAI in *proc. c. 34. p. 393. n. 16.**

Quomodo procedatur contra eum, qui non legitime respondet.

§. XXVII. Porro quoque contumax est, qui non debito modo respondet in L. C. h. e. (1) qui generaliter, confusè & obscure respondet. Qua ratione huius contumacia plectenda sit de iure communi, exponam verbis MEVII P. II. *decis. 327. n. 7. dicentis: Est diuersa ratio inter eos, qui non comparent, nec respondent, & qui comparentes respondent, sed incongrue. Præter contumaciæ meritum de illis, tanquam male consciis, dum pro defensione sua nihil faciunt, confessio facilius præsumitur, quam de iis, qui comparendo se adversario nihil concedere etiam per inepta sua obtestantur. Tantum*  
ita-

itaque ob protractam litem puniendi sunt, condemnatione in expensas & damna, & si quid iuxtim in contemptum iudicialis auctoritatis factum emineat, ad multam pro qualitate admissi statuendam. Et quidem prima vice. Quodsi eandem temeritatem iterauerint, opponente, eos nolle respondere aut obsequi; tantum in obtentum quæ proferuntur perperam sumi, grauius plectentur; tandemque fieri potest, vt contra nimis morosos & malitiosos vtut quæpiam in excusationem aut pro tractatu iudiciali proferant, contumaciæ tunc non amplius præsumptæ, sed veræ pœna infligatur, quod iudicis arbitrio relictum esse oportet. Expeditiior sine dubio via est, vt ei sub pœna contumaciæ specialior & melior litis contestatio iniungatur, & hac non facta, lis pro negatiue contestata habeatur c. 70. in f. X. de appellat. GAIL. I. Obs. 59. n. vlt. Iure Saxon. Elect. tit. 16. specialior litis contestatio iniungitur, & contumax prima vice in expensas condemnatur. Si in altero termino in eadem contumacia perseuerat, denuo in expensas condemnatur, & sub pœna confessi & conuicti specialior litis contestatio ei imperatur, & tandem, durante contumacia, pro confessi & conuicto habetur. Quo vsque vero hæc condemnatio se extendat, admodum disputant Doctores, disquirendo: vtrum is, qui in vno vel altero libelli membro vitiose responder, in genere, an vero tantum in eo membro pro confessi haberi debeat? Tangit hanc quæstionem BARTHIVS cit. l. c. i. §. 15. & ICTORUM collegia de hac dissentire docet. In eo conueniunt, si plura diuersa capita libellus contineat, reum in iis tantum pro confessi habendum esse, in quibus non legitime responderit. Si vero vna tantum causa, cuius diuersæ circumstantiæ adductæ sunt, in libello proponitur, eo casu vt plurimum litis contestatio, iudice Dn. BERGERO in æcon. iur. lib. IV. tit. 23. §. 1. not. 7. habetur pro indiuidua, & sic reus in genere pro confessi habetur. Displicet hæc sententia BARTHIO cit. l. & indiuiduitatem litis contestationis merum figmentum esse

An in totum pro confessi contumax habendus, an vero quoad capita, ad quæ non respondet legitime.

se asserit, quæ sententia, vt æquior & mitior, strictiori præferenda. Ponamus, Titium vindicare fundum, eius limites describere, & asserere, rerum fundum, limitibus designatis circumscriptum possidere; reum respondere, negando actorem dominum esse, quoad *possessionem* autem confuse nec distincte respondere; habendus pro *confesso* intuitu *possessionis*, vt fundum, iis limitibus circumscriptum, possidere iudicetur, nec de eo amplius dubium vllum in posterum mouere queat, sed tantum quæstio dominii, & quæ hanc tangunt exceptiones peremptoriæ litis contestationi adiectæ, postea discutiendæ sint. (II) In *modo* quoque peccat in Saxonia, qui non *viua voce* respondet, sed responsionem in scriptis exhibet, qui itidem pro *confesso* habetur; iudice RIVINO *ad tit. 10. enunc. 55.*

Quid si debito tempore non fiat responsio?

§. XXVIII. Denique facienda est responsio *debito tempore*, in primo scilicet termino, non vero in vltima positione in *letzten Sage*, quippe quo facto actori præcluditur via, excipiendi contra litis contestationem. Hoc facto reiicitur in Saxonia litis contestatio, & de nouo eadem iniungitur *refusis expensis*. CARPZOV. *P. I. C. 10. def. 15.* quod tamen non adeo rigorose obseruandum esset, si manifestum foret, responsionem satis accuratam & conformem esse, nullamque contra illam excipiendi rationem actori superesse, de quo iudex optimum ferre potest arbitrium. Neque enim iudex ad nouas ambiguitates ansam præbere debet, de quo de iure communi eo minus dubii superest.

In processibus summaris quomodo contra contumaces procedatur?

§. XXIX. Desideratur quoque *responsio* in processibus *summaris & executiuis*. Equidem Pontifex in *clém. sepe de V. S.* asserit, causas summaris litis contestationem non postulare, quod de *solemni responsione* concedo: aliqualis tamen contradictio, qualiscunque demum sit, necessaria est, imo etiam positiones non reiiciuntur in *d. clém. sepe*. Vnde facilius hic, lite non contestata, ad vltiora ab actore, in contumaciam quomodocunque non responden-



dentis procedi, & a iudice tandem per sententiam causa fini-  
niri potest. *c. 1. de eo qui mitt. in possess. in 6. c. 1. X. vt lit. non  
contest. clem. 2. de iudic.* In Saxonia reo iniungitur die Ein-  
lassung, in quam quoque contumax condemnatur sub pœ-  
na confessi & conuicti. In processu *executiuo* loco litis con- § executiuo?  
testationis est *recognitio documentorum* vel *iurata* earum *dis-*  
*fessio*, ad quam iuxta actoris desiderium reus citatur. Si in  
termino reus alterutrum haud facit, (modo processui exe-  
cutiuo locus esse possit) id iniungitur ei sub pœna *recogni-*  
*ti*, quamuis rursus in Saxonia, documenta pro recognitis  
haud habeantur, vtut vel maxime sub hac *comminatione* ci-  
tatus fuerit, nisi sententia vel decretum præcesserit, iuxta  
RIVINVM in *enunc. iur. tit. 10. nunc. 43.* quo ipso tamen cita-  
tio sub pœna *recogniti* caret effectu, & ipse processus, qui  
*executiuus* esse debebat, admodum protrahitur. De iure  
communi secundum R. I. nouiss. in causis *executiuis* statim  
decernitur *mandatum* de soluendo, nec *recognitio* opus  
est, nisi reus, mandato insinuato, scripturam in dubium  
vocauerit; tunc quoque eidem *recognitio* vel *iurata* *dif-*  
*fessio* sub eadem *comminatione* iniungi potest, nec sententia  
quædam *interlocutoria*, qua hæc reo imponitur, præcise præ-  
cedere debet.

§. XXX. Actori quoque quandoque *responsio* sed ex Actori re-  
sponsio im-  
ponitur in  
remediis  
prouocato-  
riis.  
*accidente* imponitur, tum in remediis *prouocatoriis*, tum  
in punctis incidentibus. Actor quippe *prouocari* potest  
ad agendum vel ex *l. diffamari*, vel ex *l. si contendat*, & qui-  
dem *diffamatione* demonstrata, *diffamanti* seu *prouocato*  
in Saxonia quidem in termino secundo iniungitur: Daß er  
auf die diffamations-Klage antworde vel etiam, Daß er seine  
Klage gegen diffamaten anzustellen schuldig, mit dieser ausdrück-  
lichen Verwarnung, Daß in Verbleibung dessen er ferner mit sei-  
ner Klage und Zusprüchen nicht gehöret, sondern ihm ein ewig  
Stillschweigen aufferleget werden soll. CARPZ. P. III. decis. 213.  
n. 8. In primo termino si non comparet, condemnatur  
in

in expensas, & ei die Einlassung auf die provocations-Klage iniungitur: Si ne sic quidem paret, si responsionem detrectat, citatur in altero termino, prout dictum est, & tandem in contumacia perseveranti perpetuum imponitur silentium. Qui ex lege, *si contendat*, prouocat actorem, potissimum id agit, ut exceptionem, cuius iactura ex lapsu temporis imminet, conseruet, adeoque petit, vt respondeat ad exceptionem propositam, vel iudex ipsum in contumaciam non respondentis ab omni actione liberet. Quod si prouocatus temere respondere recusat & subterfugia inania quærit, interloquendo pronunciatur, daß prouocat seines Einwendens ohngehindert auf die erhobne provocations-Klage, vel etiam auf prouocantens exceptiones sich einlassen mit der Verwarnung, daß in Verbleibung dessen prouocant von prouocatens Ansprüchen gänzlich befreyet werde. In concursu creditorum itidem creditores prouocantur ad credita sua liquidanda sub *pæna præclusi*, quæ tamen *in praxi* tunc demum locum habet, si per sententiam demum præclusi sunt, und werden nunmehr diejenigen creditores, so sich bishero mit ihren Forderungen nicht angegeben, von diesen concurs billig ausgeschlossen, BRVNNEM. *de concurs. cred. c. III. §. II.* Ad specialiora hic non descendam, temporis angustia interclusus. Denique si *puncta incidentia*, quæ causam principalem remorantur, emerferint, eaque a reo mota fuerint, veluti si reus excipit de probatione deserta, de testium inhabilitate absoluta, de non admissione iuramenti delati &c. actori potest iniungi, daß er sich darauff einlasse, nec dubium est, quin respondere recusans condemnari possit, vt sub *pæna confessi* vel sub præiudicio respondeat, & tandem in contumaciam contra eum iudex interloquatur.

Contumacia  
testium non  
respondenti-  
um quomo-  
do puniatur?

§. XXXI. Desideratur quoque responsio a testibus, ad articulos & interrogatoria examinandis, atque inuiti quoque & contumaces ad respondendum cogi possunt, GAIL. I. *obs. 100. n. 1.* nisi iusta de causa a testimonio dicendo excusentur,

tur,

tur, de qua Dd. agunt plenius ad *tit. X. de testibus cogend.* Conf. MARTINI *ad process. Saxon. t. XXII. §. 1. n. 41. seqq.* Poena, qua refractarii cogendi sunt, est arbitraria de iure communi; vt plurimum sub *pœna pecuniaria* contumaces denuo citantur, quæ etiam augeri potest, testibus in contumacia perseuerantibus. In camera *pœna banni* olim obtinuit, sublata in *R. I. de anno 1654. §. 36.* Hæc sine dubio originem traxit ex praxi canonica, qua contumaces *excommunicatione* plectuntur. *c. 2. de test. cogend.* Poena *confessi & conuicti* hic regulariter locum habere nequit, cum hæc in præiudicium aduersarii, contra quem producuntur, tenderet, nisi causa *per indirectum* testes quoque concernat, & amissa causa, regressus contra eos locum habeat, aduersariusque in eorum productionem consentiat, quod exemplo admodum singulari illustrauit Dd. PRAES. *in iur. eccl. protest. lib. II. tit. 21. §. 4.* Denique si grauior est contumacia, etiam pro re nata carceris poena, imo si causa est ardua, *tortura* locum habere potest, vt Dd. PRAES. *in iur. eccl. prot. lib. II. tit. 21. §. 5.* distincte tradidit. Quod si testis peruerse, obscure & confuse respondet, quidam depositionem eius contra producentem interpretandam esse volunt, *arg. l. 39. D. de pact.* sed sine vlla concludenti ratione. Quod in contractibus contra eum fiat interpretatio, qui clarius loqui debuisset, id vel inde est, quia obscure loquens singularem suam vtilitatem in pacto quæsuit, quod dum non clarioribus expressit verbis, pati debet, vt contra se fiat interpretatio. Hoc applicari nequit ad eum, qui testem producit, obscure loquentem, quia ipsemet producens non respondet, sed testis; imo iudex in culpa est, qui non totus in eo fuit, aut curauit, vt obscura verba statim testis declararet. Proinde id vnicum superest, vt testis, qui obscure deposuit, a iudice, etiam ex officio, citetur ad obscuram suam responsionem declaran-

E dam

dam. CARPZ. P. I. C. 16. def. 30. RICHTER *ad auth. qui semel C. de probat.*

CAP. II.

De contumacia non respondentis  
in causis criminalibus.

§. I.

In causis criminalibus  
erga contumaces.

**E**Tiam in *causis criminalibus* responsio *reorum* desideratur, quæ litis contestationem constituit, sed æque hic etiam *contumacia* committi potest. Quo grauiore vero hæ *causæ* sunt, eo maiori cum sollicitudine sunt tractandæ, & contumaces in *non respondendo* ita constringendi, ne innocentes ad supplicium rapiantur, quod facile fieri posset, si eadem semper ratione inquisiti contumaces coercerentur, ac quidem rei in civilibus. Ipsimet rerum criminalium interpretes hic in diuersa abeunt, nec in mediis cogendi contumaces conueniunt, adeoque singulorum sententias excutiam.

In delictis leuioribus  
contumax  
pro confesso  
& conuicto  
haberi potest.

§. II. Ipsa delicta, propter quæ criminaliter agitur, non sunt vnus eiusdemque quantitatis, nec processus idem, qui vel *accusatorius* vel *inquisitorius*. In delictis *leuioribus*, quæ ad pœnam *sanguinis* non tendunt, aut pœnam corporis afflictiuam, contra contumacem in non respondendo fere eodem procedi potest modo, vt in *causis civilibus*, adeoque in *processu accusatorio* respondere recusans de iure communi pro *negante* habetur. & ita ad probationem accusator se accingere debet, cum etiam id ipsum in delictis grauioribus obtineat, teste GALLIO *lib. 1. de pac. publ. c. 15. n. 3.* Sic etiam

etiam

etiam in Saxonia, vbi contumacibus sub pœna *confessi & conuicti* responsio iniungi potest, nihil impedit, quo minus etiam in his delictis eadem sub *comminatione* responsio iniungi & tandem, inquisito in contumacia pertinaciter perseverante, ipsemet pro confessio & conuicto declarari & extra ordinem puniri queat. CARPZ. *pr. crimin. qu. 113. n. 59. fq.* WVRMSER. *tit. 48. obs. 2. n. 7.* MARTINI *ad process. Saxon. tit. 16. art. 1. n. 149.* Neque enim in his tam manifesta & luce meridiana clarior probatio desideratur, nec tam infigne præiudicium, vt in reliquis criminibus grauioribus, reo ex tali condemnatione imminet. BARTH. *de commin. sub pœn. conf. & conuict. c. 11. §. 5.*

§. III. In processu *inquisitorio* eodem procedi posse modo non dubitatur, quin cum iudex hic *ex officio*, & quidem paulo liberius agat, nec hic processus ad accusatorii regulas præcise adstrictus sit, poterit etiam inquisitus *capitis pignorum & mulctæ indictione* ad respondendum cogi, vt putat BRVNNEMAN. *in proc. inquis. c. VIII. n. 78.* Quod si tamen hac pœna contumacia inquisiti frangi nequit, tandem ad illa iuris communis media deueniendum, vt inquisitio exitum inueniat, & pœna imponi reo possit. Equidem si de delicto ex actis satis constat, si testium depositionibus comprobatum est, cum de *iure communi* hi recipi possint, non dubium, quin pœna ordinaria locum habere possit. At vbi pro confessio & conuicto contumax in non respondendo declaratus est, mitius procedendum esse putant. Imo quod magis est, duplicem fructum contumaciæ huic attribuunt, 1) vt ex tali sententia condemnatus haud fiat infamis; CARPZ. *pr. crim. qu. 94. n. 89.* 2) vt pœnæ ordinariæ locus esse nequeat. Qua de causa commendant hanc inquisitis cautelam, vt potius non respondeant, quam litem contestando se periculo famæ exponant. BARTH. *cit. l. §. 6.* Vtrumque non satis tutum aut iuri conforme esse arbitror. Nam quod effectum *infamiæ* attinet, non necesse

An etiam in processu inquisitorio?

Pro confessio declaratus etiam fit infamis.

est, vt præcise quis ex *rei veritate* de delicto conuictus fuerit: *confessio* etiam *ficta* sufficit, quod vel exinde colligitur, quod qui de delicto non capitali, imo etiam priuato, transigit, infamis fiat, & pro confesso habeatur, *l. 4. inf. de his qui not. infam. quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*, vt ait PAVLVS in *l. 5. eod.* Id quod si verum est, vti omnino est, quis in dubium vocaret, etiam contumacem in non respondendo, condemnatum tanquam confessum, pro infami habendum esse, quoniam etiam qui per contumaciam non respondet, confiteri crimen videtur. Alterum quod concernit, non quidem inficias eo, in *capitalibus* magis in mitiorem pœnam inclinandum esse, prout censet Dn. BERGER *p. II. resp. 94.* ast in *leuioribus* criminibus nulla apparet ratio, cur mitius procedendum sit cum eo, qui per contumaciam suam pro confesso habitus est, ac quidem is, qui *vere*, vel conuictus vel confessus, cum illud præiudicium, quod in causis capitalibus inquisito imminet, hic euidenter cesset, & tales causæ criminales admodum ad causas ciuiles inclinent.

An mitius  
puniri de-  
beat?

In delictis  
grauioribus  
contumax  
puriori car-  
cere adigi  
potest ad re-  
sponden-  
dum.

§. IV. In delictis grauioribus, quæ ad pœnam corporis afflictiuam vel capitalem tendunt paulo prouidentius agendum est. Sunt hæc delicta ita comparata, vt etiam in iis ad torturam deueniri possit, inde etiam per *torturam* a reo responsionem extorqueri posse iudicant. Multum tamen præsertim in processu *inquisitorio*, iudicis arbitrio commissum esse, arbitror, qui cum iudicio perpendere debet, quomodo contumacia eiusmodi hominis frangi queat. Si de extrema hominis *contumacia* constat; si iudex animaduertit, ex pura malitia responsionem a reo denegari, nec tamen ad pœnam capitalem deueniri posset, per pœnam *durioris carceris* tentandum an squalore eius durities hominis frangi & ita ad respondendum cogi queat. Ita censuit ill. Facultas iuridica, referente Dn. Præside, *anno 1711. M. Dec.* in casu, quo leuissimus homo cultro quendam vulnerauerat,

rat,

rat, quique præterea de aliis delictis suspectus erat. Hic adeo frontis durissimæ erat, vt vel cum contemptu interrogatus responderet: Was gehet es euch an? vel admodum impie verba Christi recitaret: Ich muß seyn in dem das meines Vaters ist. Actis ad facultatem iuridicam huius loci transmissis, contumax hanc tulit sententiam: Daß inquisit Dollert zuörderst nochmahls über die fol. 17. specificirte verdächtige Bücher und Sache umständlich zu befragen, und dabey ernstlich zu erinnern, daß er von allen und jeden deutliche und richtige Nachricht gebe, in Entstehung dessen und daferne er auf seiner Halsstarrigkeit nochmahls verharren und sich richtiger Antwort weigern würde, ist er so lange in schwererer Gefängniß mit Wasser und Brodt zu speisen, bis er von allen deutliche Antwort gegeben, und ergeheth alsdann sowol dieserwegen als in der Hauptsache allenthalben was recht ist. Rationes decidendi erant: Ob zwar die Haupt-Sache ic. Weil aber dennoch der inquisit nicht allein dieses delicti überführet, sondern auch sonst eine sehr verdächtige Person ist, indem, wie fol. art. 21. zu ersehen, er bißhero an keinem gewissen Ort sich aufgehalten, auch innerhalb 16. Jahren in seiner Heimath nicht gewesen, nechst dem bey ihm viel verdächtige Sachen als ein geschriebenes Buch von allerhand Sprachen und Figuren, so er selbst geschrieben, Saamen, Schlangenhaut und dergleichen gefunden, darüber er zwar fol. act. 17. befraget, doch theils sehr troziglich sich aufgeföhret, theils auch keine deutliche und richtige Antwort davon geben wollen, und sich dadurch noch verdächtiger gemachet, zumahl auch diese Sachen mit seiner Handthierung, da er ein Maurer seyn will, gar nicht übereinkommen, sondern daß er ein schlimmeres und gottloseres Handwerck treiben müsse, Anzeigung giebet, und dann ein jeder inquisit bey gnugsamen Verdacht auf die inquisitional-Articul zu antworten schuldig, adeo vt si inquisitus vel nihil omnino respondeat, vel per verba dubia & obscura, quæstionibus subiici, & ab eo categorica & expressa responsio extorqueri possit. Nam hoc ipso, quod reus non vult categorice re-

spondere, sese satis suspectum facit, & indicium ad torturam sufficiens satis præbet, vt sic nullo alio iudicio opus sit.

CARPZ. P. III. Prax. crimin. qu. 113. n. 56.

MOLLER. lit. 2. semestr. c. 25.

Daß also nach Strenge der Rechte man wohl, dafern inquisit auf seiner Halsstarrigkeit verharren würde, ihm die Tortur zu erkennen mögen, welches doch umb deswillen noch zur Zeit nicht geschehen, theils weil man verhoffet, daß er durch das zuerkannte Mittel der schweren Gefängniß zur deutlichen und categorischen Antwort werde gebracht werden können, theils auch noch zur Zeit man nicht gewiß seyn kan, was vor ein neues corpus delicti herauskommen möchte, so ist daher geschehener massen erkannt worden.

Quamuis vero durissimo carcere ad aliquot hebdomadas constrictus fuerit, in eadem tamen animi duritie pertinaciter substitit, nec vlllo modo ad respondendum cogi potuit, hinc facultas iuridica censuit eum ad operas publicas, tum ob delictum vulnerationis, tum ob extremam contumaciam, condemnandum esse, sententia Mens. Febr. lata huius tenoris: Daß Johann Martin Dollert wegen des an dem Tablet-Krahmer verübten Messerstichs, und daß er als er nach Einleitung des jüngsten Urthels über die bey ihm gefundenen verdächtigen Bücher und Sachen anderweitig befraget worden, in seiner bößhafftigen Halsstarrigkeit verblieben, mit öffentlicher Arbeit auf einen Festungs-Bau vier Jahr lang zu bestraffen re. Rationes, cur pœna aggrauanda, nec aliud frangendi contumaciam medium electum fuerit, hæc erant: Hiernechst die pœna arbitraria in gegenwärtigen casu dadurch geschärffet werden müssen, daß der inquisit durch die in einem bey ihm gefundenem Korbe befindliche Schrifften und Kräuter sich sehr verdächtig gemacht, und deswegen specialiter darüber befraget werden müssen, gleichwol derselbe laut fol. act. 39. seq. nichts als lächerliche ungereimte und verächtliche Antwort gegeben, und phnerachtet er einige Wochen mit Wasser und Brodt



Brodte gespeiset worden, Doch zur raison nicht gebracht werden mögen, in übrigen man hierbey nicht weiter gehen kan, Da keine neuere indicia delicti hier vorhanden, und Dahero die tortura keine statt findet &c.

§. V. Si de corpore delicti atrocioris factis, pro di-  
uerfa eius natura, constat, & inquisitus ad specialem in-  
quisitionem grauatus est, etiam per *torturam* ad responden-  
dum adigi potest. Dixi, si ad specialem inquisitionem est  
*grauatus*: quando deficiunt indicia, ad inquirendum ido-  
nea; iudex *del facto* procedit, nec ad respondendum tene-  
tur reus, quinimo iudex iniuriarum tenetur, qui sine in-  
diciis quendam in inquisitionem trahere conatus est. conf.  
BRUNNEM. de proc. inquis. c. VIII. n. 15. Audiendus quoque  
inquisitus est, si iustas declinandi responsionem causas se  
adferre posse existimat, petitque, vt ad defensionem *pro a-*  
*uertenda* admittatur, quippe quæ naturam exceptionis *de-*  
*clinatorie* habet, & sic super ea ante litem contestatam co-  
gnoscendum. Non leuis præiudicii est responsio ad arti-  
culos inquisitionales, qua inquisitus inter *reos* criminosos-  
que actualiter refertur, quodque ipsum inhabilem reddit,  
vt officium publicum, quod forsan gerit, interim exerce-  
re nequeat, sed mox suspendi debeat. B. REYER in *posit. ad*  
*constit. crimin. art. 6. posit. 5. sq.* Inde tantopere, maxime in  
Saxonia, inquisiti solliciti esse solent pro declinanda respon-  
sione, quæ tamen *legitima via*, non per *contumaciam* est de-  
neganda. Quodsi vero reus in defensione *pro auertenda* se-  
se a delicto imputato haud purgauit, nec indicia, ex quibus  
inquisitio contra eum suscepta est, elisit, responsio ei iniun-  
gitur, & tunc demum contra contumacem, prout dictum,  
procedi potest. Nec in *processu accusatorio* aliud obtinere  
dicendum est, prout quidem censet PARIS DE PVTER de  
*Syndicatu* p. 1052. n. 16. asserens, *accusatum nolentem respondere*  
*accusationi posse torqueri, vt respondeat, etiam sine indicis,*  
*quia non torquetur, pergit, ad punishmentem, sed vt respondeat.*

Non

Etiam tortu-  
ra responsio  
exprimi pot-  
est,  
si modo ad  
specialem in-  
quisitionem  
est grauatus.

nec aliter re-  
sponsionem  
declinare  
queat.

an idem obti-  
neat in pro-  
cessu accusa-  
torio.

Non adeo mirandum, PARIDEM in hac fuisse hæresi, quippe qui n. 934. etiam censet, *confessionem sequentem ex perseverantia esse spontaneam, adeoque ex defectu precedentium indiciorum neutiquam posse reddi inuvalidam, quod reus videatur hoc modo perseverare in conscientia criminis.* Vtrumque barbarum & falsum esse, facile liquet; vtrumque etiam recte reprobatum in ordinatione Carolina, posterius quidem *art. 20.* prius vero *art. II.* vbi imperator ita: So der Kläger die Obrigkeit und Richter anruft, jemand zu strengen peinlichen Rechten zur Gefängniß zu legen, so soll derselbe Ankläger die Ubelthat, und derselben redlichen Argwohn und Verdacht, die peinliche Straffe auf ihn tragen, zuörderst ansagen, ohnangesehen ob der Ankläger dem Angeklagten auf sein Recht gefänglich einzulegen oder sich bey dem Beklagten zu setzen begehren und erbieten würde. Audiendus itaque est etiam accusatus, si calumniam accusatoris mox ostendere, & ita accusatorem a limine iudicii repellere queat.

Illustratur  
praxis per  
torturam ex-  
torquendi  
responsio-  
nem.

§. VI. Praxin hanc extorquendi etiam per torturam responsionem a reo in delictis atrocioribus, omnes ad vnum fatentur rerum criminalium interpretes. Ita enim BRVNEMAN. c. 8. de proc. inquis. m. I. n. 79. sq. *potest etiam inquisitus (præsupponimus autem indicia legitima contra illum militare) minis adigi, daß er bey Vermeidung anderer schärfferer Verordnung auf die Articul antworten solle, imo etiam, si indicia verosimilia, torture mentio fieri potest: dicere enim potest iudex, se reum, si in contumacia perseverauerit, fidiculis subiecturum.* Et si porro in contumacia perrexerit, & iudiciis sit grauat, reus potest mediante torture compelli ad respondendum &c. Idem confirmat CARPZ. pr. crimin. qu. 113. n. 56. sqq. additque n. 58. tali casu pronunciari sole- re, und im Fall er auff seiner Halsstarrigkeit nochmals verharren und sich der Antwort verweigern wird, so wird er dem Scharff- richter untergeben, und durch denselben auf vorgeschriebene Frag- stücke die Antwort aus ihm gebracht. Conf. FARINAC. de in-  
dic.

*dic. & tortur. qu. 37. n. 176. sqq.* GVAZZINVS *de defens. reor. def. 10. c. 17.* B. HARPRECHT *vol. nou. conf. 83. n. 90.* Nec aliud dicendum est iudice HARPRECHTO *cit. l. n. 88.* si vel maxime contumax in singulari dignitate hactenus constitutus fuerit, dummodo consensus principis accedat.

§. VII. Circa hanc torturam tamen sequentia sunt Monita circa notanda: (I) torturæ subiectum non interrogandum esse, hanc torturam ob er bekennen, sed potius, ob er antworten wolle; nam tortura non ut medium *eruendi veritatem* hoc casu adhibetur, sed ut medium cogendi contumacem ad respondendum. (II) Torturam esse debere moderatam. B. HARPRECHT. *cit. l. n. 101.* Vix ultra primum gradum procedi poterit, nisi delicti atrocitas & indiciorum grauitas etiam *medium* desiderent gradum, prout censet excell. Dn. LVDOVICI in der *Einleitung zum peinl. process. c. 5. §. 13.* (III) Rationem post triduum hoc casu non esse necessariam; quia sufficit, quod responderit, id quod vnice ab eo desiderabatur. Distinguendum tamen existimo, vtrum in responsione ad articulos inquisitionales delictum negauerit, an confessus fuerit: illo casu *ratificatio* foret frustranea, quin potius, lite negatiue contestata, iudex ad probationis indagacionem sese accingere debet. Si vero delictum confessus est, ex accidente tortura degenerasse in medium eruendi veritatem videtur, adeoque ratificatio confessionis post biduum vel triduum haud intermittenda. (IV) Torturam tunc demum dictari posse, si super ipso *delicto*, vel eius circumstantiis substantialibus interrogatus respondere nolit: si interrogatus super aliis circumstantiis & qualitatibus delicti, responsionem detrectat, torqueri nequit BRVNEMAN. *cit. l. n. 82.*

§. VIII. Ab hoc medio extorquendi responsionem non adeo recedant, qui etiam inquisitis in delictis capitalibus eam sub poena *confessi & conuicti* imponi posse arbitrantur. Equidem, obseruante BARTHIO *cit. l. §. 2.* CRV-

An poena  
confessi &  
conuicti hic  
locum ha-  
beat?

F

SIVS

SIVS *intr. de iudiciis P. I. c. 2. n. 26.* admodum hanc methodum improbat, existimatque in criminalibus, vbi pœna capitalis infligenda, nunquam sibi locum vindicare regulam istam, quod contumax in non respondendo pro confesso habeatur, cum in iis luce meridiana clariores probationes desiderentur. In eandem fere transit sententiam CLASENIUS *ad art. 62. C. C. C.* aitque: *licet in civilibus is, qui tacendo contumax est, habeatur pro confesso, & articuli in contumaciam non respondentis acceptari possint pro confessis, idque non tantum in articulis positionalibus actoris, sed etiam defensionalibus rei obtineat, cum in iudiciis æqualitatem obseruare oporteat; attamen hoc non procedit in criminalibus, quia ibidem requiruntur probationes luce meridiana clariores, cum tamen contumacia saltim sit ficta confessio.* Deinde in criminalibus contumacia non præcludit viam ulterioribus probationibus, cum ibidem nunquam concludatur, sicut & reus suis defensionibus renunciare nequeat. Addit SCACCIA *de iudic. lib. 1. c. 86. n. 49.* admissa hac sententia, nec torturam contra tales, qui tam præfracte recusant necessariam fore, sed huiusmodi inquisitum recta ad supplicium raptari posse, quod tamen vix ferendum videtur. Conf. GVAZZINUS *de defens. reor. def. 20. c. 17. n. 6.* Ad hæc dubia respondet BARTHIVS *cit. l.* responsionem tantum reis imponi sub hac comminatione ad hunc effectum, vt respectu *iudiciorum*, contra eum militantium, pro confesso & conuicto habeatur, & ita propter *confessata iudicia* torturæ subiici possit. In hoc ergo tantum discrimen a priori methodo supereft, quod priori casu in tortura interrogandus sit: *ob er antworten wolle?* quod tantum desideratur, adeo vt sufficiat, si vel maxime omnia iudicia negauerit; hoc vero: *ob er bekennen wolle?* quia iam ipsa iudicia per hanc sententiam, qua pro confesso & conuicto declaratus est, confirmata, & ad eruendam per torturam veritatem corroborata sunt.

§. IX.

§. IX. Interim stante etiam hac hypothese, non omnes superatae sunt difficultates. Si enim *ab initio* statim mediante tortura ad respondendum adigi potest, per ambas non procedendum, & postquam pro confessio & conuicto declaratus est, tunc demum ad torturam deueniendum. Verum I) ut plurimum *pœna confessi & conuicti* uti solent contra *absentes* contumaces; ne citationes edictales omni destituantur effectu: contra *praesentes* contumaces facilius statim ad torturam deuenitur. (II) Multum iudicis inquirentis arbitrio relictum videtur, ut, qua via contra praesentem contumacem sibi utendum sit, ex circumstantiis aestimet. Quandoque consultius est, sub *pœna confessi & conuicti* responsionem reo imponere, si admodum graua adsunt indicia contra reum, ex quibus apparet, responsione vel *vere* vel *ficte* facta, ad summum gradum torturae pro eruendo ipso crimine deueniri posse, ne alioquin saepius torqueatur, tum pro *responsione*, tum pro *confessione* facienda. Denique (III) quandoque status delinquentis ita comparatus est, ut tortura ei applicari nequeat ob corporis debilitatem & infirmitatem. CARPZ. *pr. crimin. qu. II. n. 34.* Vniuersa utique torturae ratio in iudicis arbitrio & prudentia consistit, cuius est expendere torquendi virile robur, denique inspicere, quid proferre valeant vires eius, ut in re verum iudicem agat. DAMHOVDER *in pr. crim. c. 137. n. 1.* Ill. DN. WILDVOGEL *de arbitr. iudic. circa tortur. c. VII. §. 4. sqq.* Hoc ergo casu potius sub hac comminatione, ut in casu vltioris contumaciae pro confessio haberi debeat, ad respondendum adstringitur, & in casu contumaciae continuatae pro *confesso* habetur, *pœnaeque extraordinaria* dictatur. BRUNNEM. *cit. l. n. 78.* Denique (IV) cum tortura sit medium *extraordinarium*, etiam *ordinis* ratio habenda, ut quia plura suppetunt media, reorum frangendi contumaciam, tantum *in subsidium* tortura adhibeatur. De iure communi magis via ordinaria est, ut contumax in non respondendo magis pro negante habeatur,

Frequentius pœna confessi & conuicti contra absentes declaratur.

saluo arbitrio iudicis quoad praesentem.

maxime si tortura non facile applicari potest.

Tortura magis in subsidium adhibenda.

videlicet si processus *accusatorius* per fiscalem instruitur, & tandem, reo in eadem contumacia perseverante, fiscali probatio criminis commissi iniungitur, BRUNNEM. *de proc. inquis. c. 8. m. l. n. 80. in f.* cum *accusatorius processus* magis ad regulas processus civilis adstrictus sit. Ceterum si *inquisitorie* iudex *ex officio* procedit, iudex liberius agit, nec hoc casu præcise ad regulas processus civilis adstrictus est, sed etiam sub pœna *confessi & conuicti* ipsum ad respondendum condemnare potest, præfixo certo termino, intra quem respondeat, ne alioquin ipsemet iudex, lite pro negative contestata habita, onere probandi nimis oneretur. Verum si de *extrema malitia* delinquentis constat, si ludibrio iudicis inquisitionem habet, tunc imprimis, omissa via adducta, tortura decerni potest, pro responsione extorquenda, ut multum hic in arbitrio discreti iudicis collocandum sit.

Quid si reus  
contumax sit  
prætextu  
conscientiæ.

§. X. Quid vero si reus contumax sit & respondere nolit prætextu *conscientiæ* suæ, credens, se salva conscientia responsionem denegare posse? Equidem vix excusari poterit eiusmodi contumax a dolo, qui potius sub *conscientiæ*, prætextu malitiam cordis palliare solet. Sunt tamen nonnulli homines, superstitione nonnunquam obdurati, præconceptis opinionibus prorsus immergi, & ambitione quadam nescio qua pharisaica, adeo oppleti, ut ad sanam mentem vix reduci possint. Se iudices contra rationem in ea causa constituunt, in qua sunt sub iudice constituti, & martyrium quoddam ambiunt, ubi ob crimen vel perduellionis vel atrocissimæ iniuriæ famosique libelli in inquisitionem tracti sunt. Hos contumaces prætextus *conscientiæ* non minus excusare poterit, quam FRANCISCVM RAVAILLACVM, Regem Galliæ sub prætextu conscientiæ occidentem, vel rebelles rusticos, in Germania sub prætextu religionis tempore reformationis turbas dantes. *Scelera manent scelera*, ait GROTIUS *ad Matth. XIII, 41. quocunque demum nomine commendentur, imo eo sunt execrabiliora, quo speciosorem titulum sibi induunt.* Si per-

per-

persuasissimum eiusmodi obturatus homo habet, se scelus non commisisse, ad minime respondere debet, & innocentiam suam ostendere, qui nouit, se sub iudice, nec independentem esse, adeoque iudici rationem de actionibus suis reddere debere. Hoc singulis sana ratio dicitur, hoc iubet, hoc præcipit. Interim antequam ad duriora media procedatur, prudenter iudex facit, si præconceptas has opiniones, etiam per Theologos aliosque viros prudentes contumaci eruere ipsiusque obiectiones ex prætextu *conscientie* defumtas diluere conatur, quo facto, si in eadem cordis duritie perseuerat, illis ad responsionem constringendus est mediis, quæ antea in scenam produxi, ne iustitiæ cursus per indirectum eludatur.

§. XI. Crescit contumacia delinquentium, si ipsius principis supremi autoritate & speciali iussu inquisitio peragitur, adeo vt si extrema cum malitia coniuncta esse appareat, hæc ipsa in crimen grauius incidat, & *per se* puniri possit. Si contemptus iudicis inferioris arbitraria potest puniri pœna; multo magis principis contemptus, quo sanctior eius persona habenda, & quo maiori cum veneratione iussus eius sunt suscipiendi. In ipsa pœna determinanda Dd. variant, de quibus copiose agit HARPRECHT *vol. nou. conf. 83. n. 130.* putatque vel confiscationem omnium bonorum vel etiam capitalem constitui posse, de quo ex ipso genere criminis, cuius insimulatur, ex qualitate contumaciæ aliisque circumstantiis est iudicandum. De praxi Romana idem confirmat SCACCIA *de iudiciis lib. 1. c. 58. n. 18.* & FARINACIUS *qu. crimin. 11. n. 62.*

Magis puni-  
tur contuma-  
cia contra  
principem  
commissa.

§. XII. Similis contumacia quoque committi potest ab inquisitis, qui literas a se scriptas aliasque chartas recognoscere præfractè detrectant, quibus in delictis leuioribus imponi potest, vt *sub pœna recognitarum literarum* manus suas recognoscant BARTH. *cit. l. §. 15.* In grauioribus procedi potest ad *comparationem literarum*, obseruatæ accurate requisitis, quæ hic Dd. desiderant, de quibus agit

De contuma-  
cia in non re-  
cognoscendo  
literas,

agit

agit HARPRECHT *conf. 37. n. 30. sqq.* Et quamuis hæc fallere possit, accedentibus tamen aliis grauioribus indiciis, & non tantum vnius scripturæ ad aliam, sed plurium ad plures facta collatione maius pondus acquirit, operaturque, vt contumax eo magis conuinci de crimine possit. HARPRECHT *cit. l. n. 105.* FARINAC. *in fragm. crimin. P. 1. lit. c. voce comparatio n. 514.* Vt ergo nihil ad inuestigationem veritatis intermittatur, in casu perseuerantissimæ contumaciæ talis comparatio literarum instituenda, & ea facta, adhuc recognitio sub pœna recognitarum scripturarum contumaci intra certum terminum iniungenda, & tunc vltius procedendum, vt in casu, quo responsio sub pœna *confessi & conuicti* ei est imposita.

De contumace qui in ratificatione respondere recusat,

§. XIII. Denique contumacia quoque committi potest in ipsa *ratificatione*, qua confessio, per torturam expressa, post biduum vel triduum repetenda est. Quid enim si ad ratificandam confessionem ad iudicem vocatus respondere nolit, ea forsan astutia ductus, vt ita per indirectum pœnam mortis effugeret? Non dubium est, quin eodem cum contumace procedi possit modo, quo cum reuocante. Tunc vero grauius dubium enascitur, si post tertiam torturam hanc contumaciam committat, de quo casu grauissimas olim concertationes fuisse refert, CARPZ. *pr. crimin. qu. 126. n. 74. sqq.* Hoc casu responderunt Icti Saxonici: *Uffu Fall er nochmahls keine richtige Antwort von sich geben / oder gar nicht reden wird / auf solchen Fall wird ihm mit allen Fleiß sein Bekäntniß in der Tortur gethan / und was für indicia wieder ihn vorhanden / zu Gemütthe geführt / und daneben mit angezeigt / daß wo er nicht in guten darauf richtig seine Aussage wiederumb thun würde / daß also dann sein Stillschweigen vor ein Bekäntniß angenommen ic.* Quando vero adhuc reus in eadem contumacia perseuerat, quidam crediderunt, pœnam ordinariam dictandam esse, ipso CARPZOVIO in alia omnia eunte & existimante, ad pœnam mortis non sufficere confessionem factam. Obtinuit tandem hæc sententia, & pœnam extraordinariam dictandam esse creditum fuit, ipso referente *cit. l. n. 83.* Tutior est omnino hæc sententia, & principiis iuris nostri conformior, secundum quæ nemo ordinaria plecti potest pœna, nisi confessus aut conuictus sit. *art. 22. Ord. crim. Carol.* Quin vero princeps, vrgentibus causæ meritis, quandoque ab his regulis recedere possit, non dubitatur.

F I N I S.