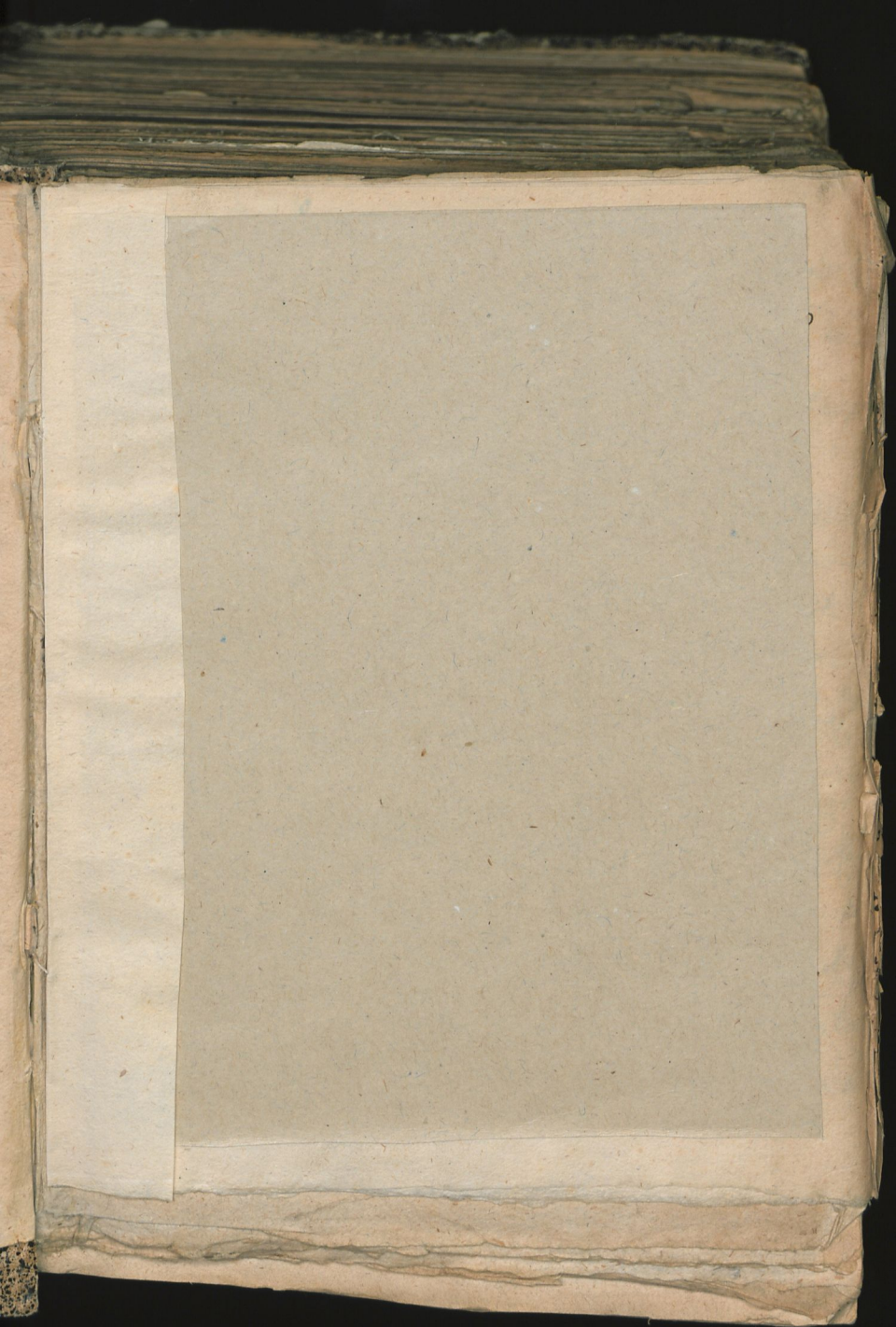


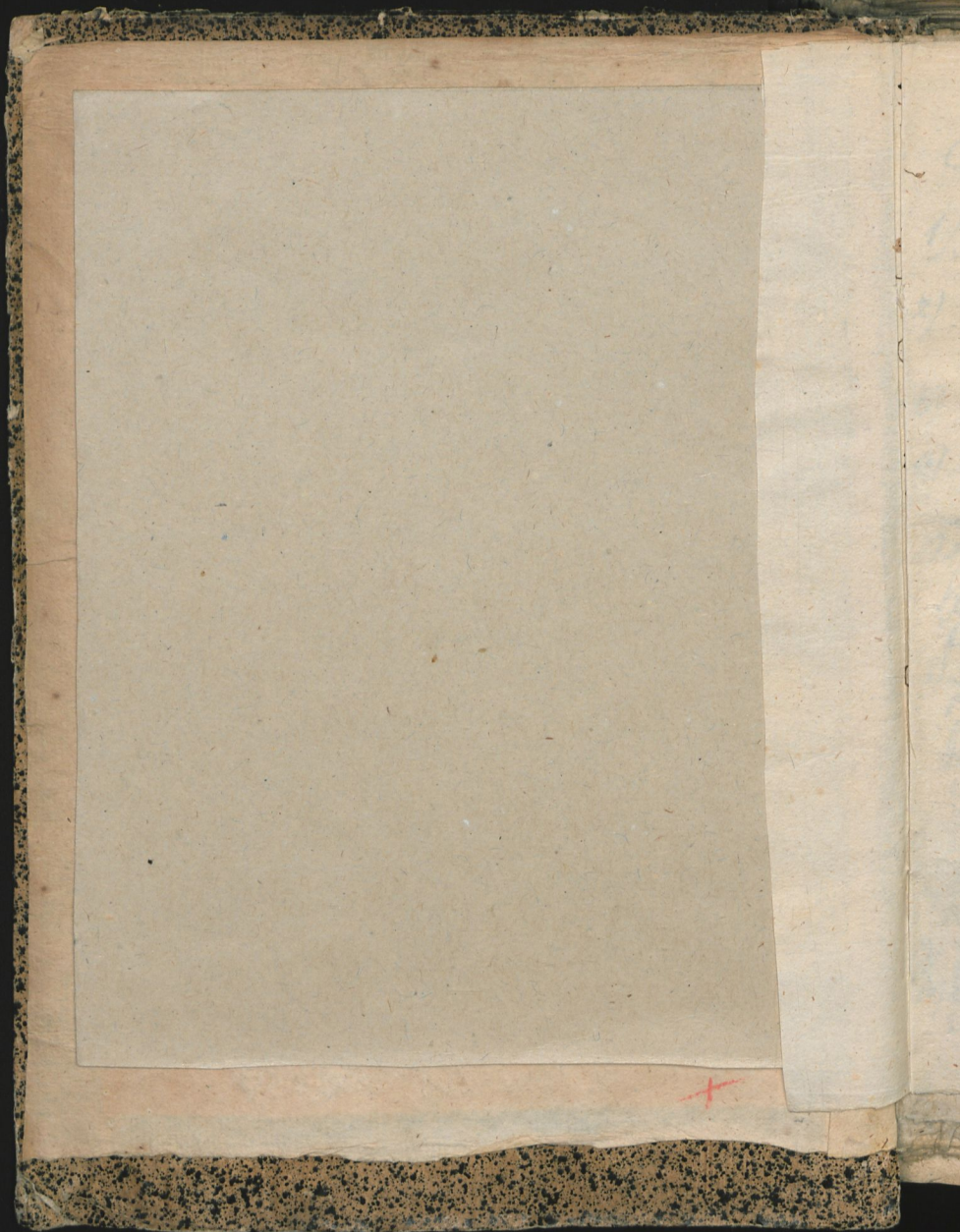
Sammelbd. #

12.

+







Series  
Tractatuum et Dissertationum  
quas continet.

Vol. Imo

*[Faint, illegible handwriting, possibly bleed-through from the reverse side of the page]*

1)  
2)  
3)  
4)  
5)  
6)  
7)  
8)  
9)  
10)



Series  
Tractationum et Dissertationum  
hujus Voluminis.

- 1) De Juris prudentia Apostoli Pauli auctor.  
Joh: Sam: Strix.
- 2) Observationes forenses, variis argumentis, pro  
Joh: Gottlieb Siegel. Respondentes Auctores Casp:  
Ernest Thoeniger & Lippiae habitus.
- 3) Thasberg Fritsch. de Marione Misilium
- 4) De Sociorum obligatione quae oritur ex conventionibus  
cum extraneis unita. Praef: Wolfgang Adam  
Lauterbach. Resp: Joh: Henr: Boehm.
- 5) De Jure Utendi Reiterationis, res simili, remedio  
Suspensivo si adpellationi renunciatum est.  
Praef: Christ: Henr: Richard. Respondi: Joh: Carol: Schae  
ferke habitus.
- 6) De ~~quibus~~ Singularibus quibusdam Germanorum circa  
personas et res quibus in jure romano aut  
patrio aut plane non tractatis. Praef:  
Henr: Ern: Kestner. Resp: Christ: Curt: Fopp. Respon  
ditus habitus.
- 7) De Privilegio Competentiae Praef: Christoph: Werthm: Müllg:  
Resp: Christ: Gott: von Lütt:  
8) De Scripturae necessitate Praef:  
Hans: C: Pl: de Besmarck. Atrak: Kestner Resp:  
9) De cautione de non turbando habitus a Georg: Hieron:  
Koch: Erfordiae.
- 10) De S:to Macedonio a Andr: Barthold: Holzborn:  
Erfordiae habitus

- ii.) De Affignationibz, Henr. Cierreji. Tr.
- 12.) De eo quod pendet seu quod est in suspensio *Comm. Jurid.*  
Christ. Wildvoegel.
- 13.) De *ius* actionis forensis contra aedificantem ex remota  
Poi. Christ. Thom. H. Wilhelmy Wiener. Italica habita.
- 14.) De Receptis Rerum miserabilium, vna non scripti Gulston Ludov.  
Cypri. Karungisperi.
- 15.) Iam: Fridr. Willenbergi tract. de Pactis anteauptialibz, Pon  
vna non scripti Gulston Ludov.
- 16.) De Candelinis sponsalibz iuratis Praef. Willh. Hent. Bruck.  
Ref. Joh. Ernst. Schellhas.
- 17.) De vera sponsalium de praesenti et *ulphiarum*  
differentia Praef. Joh. Beck. Friese Resp. Joh. Regeroch.
- 18.) Kurtze Emdende ubi dicitur iuribus vna ob vna  
vna non scripti Gulston Ludov. vna non scripti Gulston Ludov.  
vna non scripti Gulston Ludov. vna non scripti Gulston Ludov.  
vna non scripti Gulston Ludov. vna non scripti Gulston Ludov.  
vna non scripti Gulston Ludov. vna non scripti Gulston Ludov.  
vna non scripti Gulston Ludov. vna non scripti Gulston Ludov.  
vna non scripti Gulston Ludov. vna non scripti Gulston Ludov.
- 19.) De Substitutione directae argumentis in formula dubia  
Praef. Joh. Eob. Currach. Resp. Fridr. de Freyberg. Italica  
habita.
- 20.) De Transmissione hereditatis ex Lun. Cod. de his qui  
ante averti. Fabul. p. Ps. Leon. Schubert. Resp. Heph.  
Alexand. Reuerf. Henric habita.
- 21.) De Tabula occupatiza Praef. Joh. Just. Schieschke.  
Resp. Joh. Cypri. Kyberus.
- 22.) De Tabula dativa non oss. Henricud. Praef. Christ.  
Wildvoegel. Resp. Hent. Gottlob Kuhn. Henric habita.
- 23.) De eo qd iustum est vna vna. Praef.  
Joh. Hent. Keyser. Respond. Joh. Willh. E. Hent.  
vna non scripti Gulston Ludov.

27  
 28  
 29  
 30  
 31  
 32  
 33  
 34  
 35  
 36  
 37  
 38  
 39  
 40  
 41  
 42  
 43  
 44  
 45  
 46  
 47  
 48  
 49  
 50



24) De rebus quibuslibet ecclesiarum ambo. Praef. Joh. Will. Christ. Christoph.
   
 de Umbr. von Pfalz. Praef. Adrian. B.
   
 25) Rep. Henr. Gunther. Boethius. Genae habita.
   
 De eo quod Juslum est circa novum annum
   
 von Gunt. Hab. n. n. n. Praef. Christ. Will.
   
 Rep. Joh. Andr. Craus. Genae habita.
   
 26) De medicis illis s. contubandis. Praef. Wern.
   
 Theodor. Mattini. Rep. Cass. Henr. Horn. Wittenb. habita.
   
 27) Christi. Thom. quaest. Promissionum historico
   
 philosophico juridicorum dectas.
   
 28) Collationes juris Civ. Romani cum recessibus Imper.
   
 Rom. Geom. in specie cum ordin. Crem. Christ. P.
   
 Praef. Michael. Graaf. Rep. Jac. Guilelm.
   
 Hoetmann de Guben. Thuringiae habita.
   
 29) De Fortuna Festum von Paul. Inq. Praef.
   
 Praef. Ernst. Jman. Fentel. Rep. Joh. Friedr. Wet.
   
 30) De famosis libellis vulgari. Praef.
   
 Praef. Joh. Berth. Friesch. Rep. Joh. Jd. Fricol.
   
 Genae habita.
   
 31) De Poena gladii post suspendium, desist. Jurid. Joh.
   
 Philipp. Freiberi. Erfordiae habita.

D.  
 emul.  
 iudic.  
 von  
 r.  
 och.  
 d.  
 d.  
 i.  
 k.

*[Faint, illegible handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]*



DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA

DE

CAVTIONE  
DE NON TVRBANDO,

QVAM

RECTORE VNIVERSITATIS MAGNIFICO,

REVERENDISSIMO ET AMPLISSIMO DOMINO,

DN. PLACIDO,

REGALIS MONASTERII S. S. APOSTOLORVM PETRI ET PAVLI ORD. S.  
BENEDICTI INTRA ERFORDIAM ABBATE, PRÆPOSITVRÆ ZELLENSIS  
ET IN FRANCKERODA AD VVERRHAM DOMINO, S. FACVLT.  
THEOLOG. ASSESSORE PRIMARO, ETC.

PERMISSV ILLVSTRIS ICTORVM  
ORDINIS

IN ANTIQVISSIMA ERFVRTINA

PRO LICENTIA

SVMMOS IN VTROQVE IURE CAPESSENDI  
HONORES

IN AVDITORIO ICTORVM MAIORI  
HORIS CONSUVETIS

DEFENDET

GEORG. HIERONYMVVS KOCH,

*Erfurt. Thur.*

DICASTERIORVMQVE IBIDEM ADVOCATVS, ET NOTAR.  
CÆSAR. PVBL.

DIE XXVI. MAJI M DCC XXVIII.

ERFORDIÆ, Typis GROSCHIANIS, Acad. Typogr.

5  
DISSERTATIO IN AUCTORITATE JURIDICA

DE  
CAUTIONE  
DE NON TURBANDO

AVIA  
RECTORIS UNIVERSITATIS MAGNIFICI  
REVERENDISSIMO ET AMPLISSIMO DOMINO  
D. N. P. L. A. C. I. D. O.

REGIAE MONASTERII S. APOSTOLORUM PETRI ET PAULI ORD. S.  
GENERICI I. T. T. A. EPISCOPALIS ABBATIS, PRAESIDENTIS KELLINGII  
ET IN FRANKFORDA AD VERRHANAM DOMINO S. SACRILL.  
THEOLOG. HESSE-CORRE-PRIMARIO, ETC.  
PERMISSU ILLUSTRISSIMO ICTORUM  
ORDINIS

IN ANTIQVISSIMA ERFFURTINA  
PRO LICENTIA  
SVMOS IN I. R. O. V. E. I. V. R. E. CAPESSENDI  
HONORES

IN AUDITORIO ICTORUM MAIORI  
HONORIS CONSUEVIS  
DEBERET

GEORG. HIERONYMVS KOCH

Profess. Pub.  
DICTATORIVM IURIS ADVOCATVS ERFFURT.  
C. A. S. 1747.

ERFORDIAE, Typis GROSCHMANNI, Acad. Typogr.  
DIE XXII. MAII M. DC. XXVII.





CAP. I.  
DE CAUTIONE IN GENERE.

S. I.



Avere idem esse ac sibi prospicere, providere, securitatem quærere, atque ab eo vocabulum cautionis derivatione grammatica descendere, oppido patet. Vocabulum vero cautionis, græcis *ὑποθήκη*, Germanis *ein Verstand* quod attinet, variam ejus & multiplicem significationem in jure nostroprehendimus. Sic PAULVS in L. 47. D. de pact. L. 40. D. de rebus cred. cautionem vocat chirographum, dicitur creditori debitor cavere, cum se ei obligat facto chirographo L. 4. D. que res pignori L. 17. §. 3. D. commod. Simpliciter vocabulum cautionis positum nudam repromissionem significat, L. 3. C. de Verb. S. rer. signif. neque interest, utrum cautio lege imperetur, an per sententiam dicitur, quem in modum respondit Fac. Witteb. restante BERGERO *Oecon. Juris*

Cautio quid sit.

A

Lib.

Lib. I. Tit. IV. §. IX. not. 4. p. 186. Sumitur quoque pro formula aut verborum conceptione L. 5. §. 1. ff. de administr. & peric. tutor. Imo generaliter omnis scriptura cautio appellatur, qua cui prospicitur, sive obligationis sive liberationis probandæ causa emittatur, L. 15. §. 1. & L. 20. ff. de pignor. L. 27. ff. de pos. vel contra. Hoc loco denotat adsecurationem adversarii, cui sine illa fidem integram non adhibemus. LVD OV. Doctr. Pand. tit. qui satisd. cog.

§. II.

Divisio cautionis in fidejussoriam, pignoratitiam, juratoriam & nude promissoriam.

Adsecuratio hæc multis modis fieri potest, nimirum aut fidejussoribus vel pignoribus, quam cautionem realem appellant: aut juramento vel nuda promissione, quæ verbalis nomine insignitur. Istam alii non nudam vocant, ubi aliquid amplius citra verba accedit, datur aliquid in pignus, dantur vades: hanc vero nudam, quæ in nuda persona debitoris tantum subsistit, eumque tantum personali obligatione obstringit. BACHOV. in Comment. ad prim. Part. Pand. tit. qui satisd. cog. De singulis sigillatim dispiciendum.

§. III.

Cautio fidejussoria.

Initium faciamus à cautione fidejussoria, quæ vocatur SATISDATIO. Solis fidejussoribus satisdamus, ut ait GAIUS L. 1. D. qui satisd. cog. Satisdatio itaque ex significatione genuina est cautio, qua adversarium securum reddimus per fidejussores L. 7. ff. de prator. stipular. Aliter veteri, aliter recentiori jure præstita fuit, id quod latius exposuit HUBER in Prælect. ad Instit. Lib. IV. Tit. XI. CAROLVS SIGONIVS de judiciis Lib. 1. Cap. 1. Atque hæc cautio pinguißima appellatur,



tur, & recte, ob varias, quæ in aliis occurrunt, molestias. Sæpe enim difficulter intelligitur, qualia sufficiant pignora: nec ignoramus dubia, quæ intuitu distractionis occurrunt: ne dicam de casibus, quibus pignora sunt obnoxia, adeoque extra omnem dubitationis aleam positum est, satisfactionem omnino præcellere alias cautiones. Quod pinguior sit juratoria & nude promissoria, ex sequentibus luculenter apparebit.

§. IV.

Nec obstat *L. 25. ff. de R. I.* cujus verba sunt: *plus cautionis est in re, quam in persona*, ex qua Doctores colligunt, cautionem pigneratitiam pinguiorem esse fidejussoria, provocantes simul ad *L. siue autem §. 9. si duobus de publiciana*. Tuetur inter ceteros hanc sententiam PETRVS FABER, *Actus Tholosanus, in egregio Commentar. ad Tit. de Reg. Jur.* autumans, non posse aptius ullum ad hanc regulam proferri exemplum, quam quod ex pignorum tractatu desumeretur. Sed nihil præsidii ex hac *L. 25.* accedit his, istam sententiam defendentibus. Neque limitatio BACHOVII ab ECHT *in Comment. ad primam part. Pandect. ad rhombum* pertinet, qui in ea opinione versatur, quod hoc tantummodo respective verum sit, si forte contingat, fidejussores labi bonis. Potius JACOBVS GOTHOFREDVS *in eleganti ad Reg. Jur. Comment.* magno argumentorum & legum apparatus instructus ostendit, cautionis verbo in hac regula non esse speciatim accipiendam securitatem, quæ creditori datur, verum omnem utilitatem, omne commodum, emolumentum, momentum, pondus, quod ex possessione percipitur, denique regulæ hujus speciem

ciem nominatim spectare ad contractum emtionis venditionis, id quod ex *L. 24. de R. I.* ex eodem Pomponio, qui autor est *L. 25.* desumpta aliisque satis superque adparet.

Fidejussor  
debet esse lo-  
cuples.

*§. V.* Fidejussor autem qui datur debet esse satis locuples, quasi loco plenus. Quis vero sit locuples, GAIVS indigitat *L. 234. §. 1. Dig. de Verb. Sign.* nimirum qui satis idonee habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit. Idoneus fidejussor opponitur inopi, eique qui facultatibus lapsus est *L. quod si §. ff. de dol. mal. L. 1. §. si magistratus ff. de magistr. conven. L. etiam 14. ff. de administrat. tut.* JOSEPHVS AVERANIVS *Interpret. Jur. Lib. I. Cap. XXII.* Fidejussor idoneus admittendus est, sive revera talis, sive præsumptione Juris, ob sententiæ auctoritatem BACHOV *ad prim. part. Pand. tit. qui satisd. cogant.* Idoneitas vero æstimatur ex facultatibus & facilitate conveniendi, quæ facilitas in duobus consistit, 1) ut sit ejusdem fori *L. 1. si quis in jus voc. non iver.* 2) ut ne sit potentior, qui actionem elidere potest. Potentes enim fidejussores non habentur locupletes, licet opulentissimi sint *L. §. qui satisd. cog.* Conveniendi facultas præprimis est respicienda, quæ si desit, effectu suo destituitur satisfactio, id quod exemplis exposuit V. C. GERARD NOODT *in Comment. ad ff. tit. qui satisd. cog.* Ex multis causis fidejussor rejici potest, quorum imprimis pertinet, si habeat fori præscriptionem, si gaudeat privilegio restitutionis, si non facile possit conveniri, aliæque, de quibus vide sis laudatum AVERANIVM *l. c.* Sponte fidejussores inhabi-  
les



les admittens, iisdem contentus sit necesse est, nec alterum ad alios de novo dandos adigere potest, sibi que imputet is, talium fidejussionem recipiens, quippe qui non debebat esse ignarus conditionis eorum, quibuscum contrahebat, *L. si ab arbitro 10. §. 1. tit. qui satisfid. cog. l. 3. ff. de fidejussor. junct. L. qui cum alio 19. ff. de R. I.* Idoneum fidejussorem rejiciens, actione injuriarum conveniri potest, *L. si vero §. 1. ff. qui satisfid. cog. cum contumelia fidejussor rejectus afficiatur.*

§. VI.

Fidejussor securum debet prestare alterum, & solvere, quod in fidejussione promisit, si debitor principalis facultatibus labatur, nec solvendo amplius sit. Obligatio enim fidejussoria est quaedam accessio principalis obligationis §. 5. *Inst. de fidejussor.* ac nemo pro se ipso fidejussor esse potest, *L. heres 21. servo tuo in fin. ff. de fidejussor.* Contrarius quidem videtur §. 4. *Instir. de satisfid.*, ubi JUSTINIANVS videtur admittere fidejussorem pro seipso, in verbis: *vel extra judicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui ipsius fidejussor existat.* Qui procuratorem constituit, is reus principalis est, mandans & mandatarius habentur pro una persona, hinc sui ipsius fidejussor existeret, qui pro procuratore satisfactionem interponere vellet. Sed dubium hocce satis enodavit JANVS à COSTA in *notis ad Instir. Tit. de Satisfid.* putans, dominum recte dici fidejussorem sui procuratoris, quoniam procurator post litis contestationem fiebat dominus litis *L. 23. C. de procur.* atque in ejus personam concipiebatur sententia *L. 28. ff. de procur. §. defensor.* Primario itaque fidejussio in securitatem

Fidejussoris obligatio.



tem obligationi principali accedit, hinc fidejussor queri non potest, si debitore principali non solvente ad solutionem debiti cogatur. Pinguior erat fidejussoris obligatio Jure antiquo Romano & Germanico, (quod adhuc in multis locis viget) nondum inventis beneficiis divisionis & excussionis sive ordinis. Non necesse fuit, debitorem prius excutere ad peram & saccum usque, EMVNDVS MERILLIVS *Observat. Lib. IV. Cap. XXXVI.* sed statim contra fidejussorem actio instituebatur, unde quoque tritum illud germanicum: Den Bürgen muß man würgen/id quod maxime æquitati naturali consentaneum, atque ad commercia promovenda haud parum proficuum. Cessantibus enim hisce beneficiis infinitæ cessarent lites, quæ oriuntur, quando intuitu beneficii divisionis debitor principalis prius usque ad peram & saccum est excutiendus, hocque infirmo existente, demum in subsidium fidejussores sunt conveniendi: intuitu divisionis beneficii autem, si duo pluresve dati sunt, unusquisque fidejussorum pro rata tantum ad solutionem est obstrictus. Iniquitatem horum beneficiorum eruditè satis ac perspicue ostendit Vir summæ eruditionis NICOL. HIERON. GVNDRINGIVS in *Jure Nat.*

## §. VII.

Hisce explanatis, viam stravimus ad eo melius intelligendam cautionem pigneratitiam, qua adversarium securum reddimus per pignora, facta videlicet auri vel argenti vel pecuniæ aliarumve rerum depositione in vicem satisfactionis, aliquid in pugnum datur, manu traditur, ut ait GAJVS in *L. 238. §. 2. de V. S.* Cautionem

Iniquitas beneficii divisionis & excussionis.

Cautione pigneratitia, quid sit.

nem hanc pigneratitiam etiam Jure Romano obtinuisse, contra Stryckium defendit Ill. THOMASIVS in *Comment. ad Pand. tit. qui satisd. cog. ut & JOH. VOET. in Comment. ad Pand. h. r.*

§. VIII.

Quodsi vero alterum securum reddere volumus per hanc cautionem, omnino res propria pignori danda est; Si quis itaque rem alienam pignori dederit, nulla securitas adest, nec valet, nisi per ratihabitionem domini sit confirmata *L. aliena 20. ff. de pignor. act.* vid. EMVNDI MERILLII *Exposit. in L. Decis. Justin. Dec. 50.*

Res propria danda est.

§. IX.

Cautione hac pigneratitia praestita, omnia quoque permittuntur, quae alias in pignore alter exercere potest. Per pignus in alterum jus in re transfertur, hinc alienatio quoque, debitore non solvente, concessa est, nec damnum facere videtur is, qui suo jure utitur, suoque incumbit pignori *L. illud. constat C. que in fraud. cred.* Jus enim distrahendi omnino creditori est concessum *tit. C. debitorem venditionem pignoris.* Quale enim emolumentum esset futurum, si pignus distrahere non liceret. Imo potest distractio fieri invito creditore *L. si cessante ff. de distract. pign.* adeo ut etiam distractio minime sit prohibita, licet convenerit, ne distrahere liceret *L. q. D. de pignor. act.* si nimirum creditor ter denunciaverit debitori, ut solveret, neque solverit. vid. HUGO DONELLVS *ad tit. C. de distract. pign.*

Quid liceat in cautione pignerat.

§. X.



Cautio juratoria quid sit?

Nunc ad cautionem juratoriam, quæ, qualis sit, consideremus. Securum hac cautione reddimus adversarium per jusjurandum, atque hæc cautio pinguior ceteris videtur, cum accedat adsertio religiosa, qua Deus in testem & vindicem vocatur; Sed fallit sæpe sæpius ob plurimorum hominum levitatem, qua moti sæpissime à religione desciscunt, parum attendentes, quæ pœna aliquando iis sit futura, qui jusjurandum negligunt. Hinc à multis hæc cautio pro maxime subsidiaria reputatur, atque Doctores colligunt *ex L. 59. §. ult. ff. mand.* quoties requiri cautionem idoneam, ein tüchtiger genußsamer Vorstand/ toties omnino fidejussoriam & pigneratitiam esse præstandam *arg. L. 59. §. ult. mandat. Ill. BERGER Oecon. Jur. Lib. 1. Tit. IV. §. 9.*

Quinam præstent hæc cautionem.

Cautio juratoria olim tantum exigebatur à viris illustribus & clarissimis *L. 17. C. de dignitatibus. L. 12. C. de proxim. sacror. L. 15. D. de jurejur.* Non requirebatur ab hisce personis fidejussor, quod in ea re contumelia quædam deprehendebatur *L. 17. in fin. de restam. tur.* Sed jure noviori etiam alii admittuntur, præcipue ii, qui fidejussores vel pignora reperire nequeunt. *Nov. 112. c. 2. avth. generaliter C. de Episc. & Cler. CARPZOV. P. I. C. 5. D. 9. 2. Resp. 81. TITIVS in Jure Priv. Lib. XII. Cap. III. §. 18.* Hoc tamèn postulatur, ut sint probatæ exiltimationis, nec de fuga suspecti, alias non admittuntur, sed arresto detinentur. *GEORG. BEYER in Post. ad Instit. tit. de Satisdat. MEVIVS I. Dec. 240. & II. Dec. 15.*

15. Neque silentio prætereundum, jure romano possessores rerum immobilium ad juratoriam cautionem quoque fuisse obstrictos, id quod contra communem atque erroneam opinionem, quæ passim animos cogitationesque præstantium Juratorum obsedit, magno argumentorum pondere defendit GERARD NOODT ad tit. *qui satisd. cog.* atque opinionem suam per *L. 8. C. de Princip. agent. in reb. L. ult. §. 1. de sportulis L. 26. §. 6. C. de episc. aud.* corroborat, cui & ad stipulatur JOAN. VOET in *Comment. ad Pand. b. t.* In *L. alleg. §. C. de princ. agent. in reb.* Imperator ZENO sequentibus verbis utitur: *ita videlicet, ut pro tenore generalium edictorum hi, qui vel in sacratissima urbe, vel in provinciis immobiles possident facultates, adjuratoria cautioni & substantiæ suæ credantur; Quæ verba satis superque demonstrant, immobilium rerum possessores à juratoria cautione nequiquam fuisse immunes. Sed dissentientium nimirum JOH. SCHILTERI, TITII, BEYERI aliorumque sententia, licet erronea atque Juri Romano contraria, in praxi obtinet, ac nititur in primis *L. 15. qui satisd. cog.* cujus verba sunt: *Sciendum est, possessores immobilium rerum satisdare non compelli;* quæ verba quidem innuunt, à satisfactione rerum immobilium possessores esse immunes, minime vero juratoriam cautionem excludunt, licet sua bona obligare parati sint. Valida itaque ac firma manet secundum Jus Romanum NOODTII ac VOETII sententia, solam nimirum satisfactionem immobilium possessoribus esse remissam, cum contrariæ hypotheseos ne tenuissimum quidem vestigium in *L. 15.* adsit, ac præterea omnem de eo dubitandum*

B tandi

tandi rationem sustulerit *JVS TINIANVS incit. L. de his que 26. §. neque vero 6. C. de episc. aud sequentem in modum: Neque vero fidejussionis causa, aut supra mandati formam nostros subiectos affici pateremur, sed si quidem immobiles res habeant idoneas, jusjurandum tantum præstent, & conscribatur: sin autem non habeant, usque ad quantitatis estimationem, fidejussionem sine ullo damno præbeant.*

§. XII.

Duo præstantur juramenta.

Cum pauperes inprimis jurato cavent, in cautione juratoria hoc observandum est, duo præstanda esse juramenta; unum paupertatis, quo quis fatetur, se neque fidejussores neque pignora, omni licet adhibita diligentia invenire potuisse: *Dasß er so viel in Vermögen nicht habe / glaube auch nicht/ daß nach angewendeten möglichen Fleiß er solchen Vorstand aufbringen könne: alterum ipsius cautionis, der eydliche Vorstand selbst / ubi promittit, se sancte facturum ea, de quibus cavendum erat.*

§. XIII.

An cautio juratoria cesset fidejussoribus vel pignoribus inventis.

Operæ pretium autem est animadvertere: an cautio juratoria semel injuncta, præcise sit præstanda, licet alter postea fidejussores vel pignora invenerit? *CARPZOVIVS 2. Resp. 80. putat, à cautione juratoria nequitam recedi posse, eo quod res judicata pro veritate habeatur, & jus per eam acquisitum alteri minime auferri possit. Sed magis distincte quam à CARPZOVIO aliisque factum, hanc quæstionem exponit JOH. SCHILTER in Exercitat. ad Pand. VII. §. 25. & monet, non tacitam modo, sed quoque expressam inesse & sententiæ & cautioni conditionem, si fidejussorem vel pi-*

pignora non facile repererit, adeoque nec de juris quaesiti, quod in mente habuit CARPZOVIVS, intervensione queri potest, nec hæc variatio alteri vitio vertenda, cum hæc cautio sit necessaria. *L. 7. §. 1. D. qui satisd. cog.* vid. BERGER *resolut. Lauterb. p. 55.*

§. XIV.

Denique indagandum, quid sit cautio nude promissoria. Præstatur hæc cautio per nudam promissionem, nec fidejussores, neque pignora, neque jusjurandum requiritur, & quidem jure antiquo fiscus atque respublica hoc modo cautionem præstabant *L. 1. §. 18. & L. 6. D. ut legator. seu fideic. serv. causa cav.* Sufficiebat quoque in clericis nuda promissio *L. 33. C. de Episc. & Cler.* vid. JANVS à COSTA *ad Instit. tit. de Satisd.* Locum vero hæc cautio non habebat in possessoribus rerum immobilium, per ea quæ tradita sunt in §. XI. huj. Cap. quippe qui jurato cavebant; licet quoad praxin hodiernam aliud ex male intellecta *L. 15. ff. qui satisd. cog.* deprehendamus, nimirum immobilium rerum possessores à cautione omnino esse immunes. Imo in plurimis locis hodie extra Saxoniam cautio nude promissoria pro superflua habetur, ac sola possessio sufficit. *LVDOVICI Doctr. Pand. tit. qui satisd. cog. GEORG BEYER Postit. ad Instit. tit. de satisd. n. 8.*

Cautio nude promissoria quid sit?

§. XV.

Pro possessoribus autem rerum immobilium juxta *L. 15. §. 1. & seqq. D. qui satisd. cog.* non modo habentur ii, qui dominium proprie dictum, sed etiam, qui dominium utile habent, ut emphyteutæ & superficiarii, etiam tam uxor quam maritus ratione fundi dotatis,

Quis sit possessor rei immobilis.

lis, ut & tutores ob rem pupillorum: minime vero creditores ratione fundi pignoratitii, nec usufructuarii, qui rem oppignoratam vel usufructuariam non possident jure domini vel pleni vel minus pleni, quod ultimum Jure Saxonico secus, ubi & usufructuarii & creditores non cavent, cujus rationem solidam ex indole Juris Germanici addit SCHILTER *Exercitat. ad ff. VII. §. 22.* nempe quod jure Saxonico alia & diversa sit usufructus & pignoris natura, ubi transire dicitur ex parte dominium, ex qua causa tam usufructuarius quam creditor à cautione immunes fuerunt. Ignoravit hanc causam CARPZOVIVS, idcirco falsam in *Jurispr. for. P. I. C. §. def. 21.* suppeditavit, quam jure meritoque laudatus SCHILTERVS I. c. rejecit. Hallucinatur itaque & STRYKIVS in *U. M. tit. qui satisd. cog. §. 10.* quando in ea opinione versatur, rationem deficere, quare praxis Saxonica à Jure Romano sit aliena: sat evidenter enim rationem juris Saxonici SCHILTERVS, antiquitatum germanicarum indagator solertissimus, I. c. exposuit.

## §. XVI.

Quid referatur ad res immobiles.

Res immobiles, quæ à cautione liberant, proprie quidem sunt tales, quæ de loco in locum commode moveri non possunt, sed accensentur iis quoque annui redditus irredimibiles, pecuniæ hereditariæ ex re immobili solvendæ, nec non res mobiles, quæ facile exportari non possunt v. g. taberna & bibliotheca instructa majoris pretii, ut & aliæ res mobiles pretiosæ, quæ de loco non facile moventur, ac propterea morali æstimatione pro immobilibus habentur. CARPZOV.

C. 5.



C. 5. D. 10. P. II. Proc. tit. 9. art. 5. n. 126. An vero actio realis liberet à cautione, anceps est quæstio? Quæstio hæc a PAVLO in L. 15. D. de Reg. Jur. sic definitur: *Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* Quemadmodum itaque rem immobilem possidens non nisi nude promittit, ita simile jus isti, qui actionem realem instituit, neutiquam, si audiamus hanc legem, denegandum est. Accedit porro L. 52. rem in bonis ff. de acquirendo rer. domin. ubi MODESTINVS sic scribit: *rem in bonis nostris habere intelligimus, quotiens possidentes, exceptionem: aut amittentes, ad recuperandam eam, actionem habemus.* Collimat huc quoque L. 17. si quis vi ff. de acquir. vel amitt. possess. Addit tamen B. LVDOVICI in doct. Pand. tit. qui satisd. cog. §. 7. limitationes quasdam non spernendas, quod nimirum actio ista realis, liberans à cautione, debeat profluere ex dominio, atque contra tertium competere, alias effectum talem minime producit, nec alterum à cautione immunem reddere potest.

§. XVII.

Subnectenda venit & alia divisio cautionis, ubi porro dispescitur a causa movente in voluntariam, quæ libera paciscentium voluntate peragitur, & necessariam, quæ non dependet à libera paciscentium voluntate, sed fieri debet, quæ & legalis nomine insignitur L. 7. §. 1. ff. qui satisd. cog. Necessariam inprimis deprehendimus in tutore & curatore, qui cautionem præstant, rem pupilli salvam fore, item in usufructuario, qui cavet de re domino proprietatis restituenda. L. 8. §. 4. qui satisd. cog.

Divisio cautionis in voluntariam & necessariam.

B 3

§. XVIII.

§. XVIII.

Qualis actio  
competat ex  
cautione.

Hoc denique silentio non prætereundum, qualis actio in cautione locum habeat contra invitum? atque notandum, cum olim per verba solennia cautiones explicarentur *L. 9. de novat. L. 21. de acceptil. L. fin. rem rat. bab.* actio ex stipulatu instituebatur contra reluctantem. Cautio enim semel præstita omnino servanda erat. Hodie vero cessantibus omnibus solennitatibus conditio ex moribus dici potest. vid. *TITIVS in Jure Priv. Lib. II. Cap. V. §. 50.*

§. XIX.

Cautio & satisfactio quomodo differant,

Restat ut dispiciamus differentiam cautionis à satisfactione. Sæpe satisfactionis & cautionis vocabulum una significatione venit; sed si paulo curatius inquirimus, deprehendimus, cautionem & satisfactionem à se invicem esse distinguendam, ac cautionis appellationem satisfactione esse strictiorem. Satisfactio enim nil aliud significat, quam explere alterius desiderium, quare & solutionem & quamlibet aliam satisfactionem sub se comprehendit *L. 9. §. 3. D. de pign. act.* vid. *NOODT in Comment. ad ff. tit. qui satisd. cog.*

CAP. II.

DE CAUTIONE DE NON TURBANDO IN SPECIE.

§. I.

Turba unde descendat?

**D**elineata itaque tractatione generali, justo ordine pedem movemus ad materiam specialem. Antequam vero ad ipsam tractationem accedamus, operæ

operæ pretium futuros nos arbitramur, si vocabuli turbæ etymon explicemus & præmittamus. Veteres quoad etymologiam vocabuli turbæ non conveniunt, quorum diversas opiniones fusius recenset Etymologus celeberrimus Gallus ÆGIDIUS MENAGIUS in *Amoenitat. Jur. Civ. Cap. XXXIX. sub V. turba.* Audiamus ULPIANVM in *L. 4. §. 2. ff. de vi bonorum raptorum*, qui sequentem derivationem, quæ ad scopum nostrum quam maxime pertinet, suppeditat: *Turbam autem appellatam LABEO ait ex genere tumultus: idque verbum ex græco tractum ἀπό τῆς διουβίας, id est a tumultuando.* Haloander legit: *idque verbum ex græco tractum τὴν βίαν: quam lectionem quoque approbat ANDR. ALCIATVS ad L. 40. de restatio de verb. signif.* Hinc turba in *L. 4. ff. de vi bonor. rapt.* definitur, quod sit tumultus plurium personarum, dolo malo alicujus concitatus. Turbare autem, turbas dare, nihil aliud est, quam molestiam & impedimentum possessori creare, quo minus is possessione quiete uti possit, & dicitur german. *beeinträchtigen/ einen Eingriff thun.* TREVTLER *disputat. 25. th. 3.*

Turbare quid.

§. II.

Cave tamen existimes, nullam differentiam adesse inter turbam & rixam; satis enim ista constat ex *L. 4. de vi bon. rapt.* Verba legis hæc sunt: *turbam autem ex quo numero admittimus? Si duo rixam commiserint, utique non accipiemus, in turba id factum: quia duo turba non proprie dicuntur. Enimvero si plures fuerunt, decem aut quindecim homines; turba dicitur. Quid ergo si tres, aut quatuor? turba utique non erit. Rixam itaque duo constituunt, quod in turba secus, ubi decem ad minimum*

Turba & rixa quomodo differant.

num personæ adesse debent. Licet vero LABEO hoc dicat in *L. alleg.* tamen cum grano salis id esse accipiendum, observavit ULRIC. HVBERVVS in *Prælect. ad Pand. ad L. Jul. de vi publ.* autumans, si domus, villa, navis expugnata sit cum telo & directa, licet minus decem hominibus fuerint, poenam capitalem nihilominus infligi posse, quam sententiam præjudicio simul corroborat. Approbat & hoc PAVLVVS in *L. 11. de vi publ.* *Hi, qui sedes alienas, aut villas expilaverint, effregerint, expugnaverint, si quidem in turba cum telo fecerint, capite puniuntur.* Quare & hanc violentiæ speciem ad pessimum exemplum & summum criminis gradum refert MARCIANVS in *L. 3. §. 2. h. t.* Quodsi igitur talis violentia, qua alias effractores utuntur, adhibita sit, poena quoque, in effractores alias constituta, iis est applicanda, licet minus decem hominibus fuerint.

§. III.

Turbæ in  
omni jure sunt  
odiosæ.

Turbas in omni jure esse odiosas, in confesso est apud omnes. Jura naturalia si perpendamus, veritas hujus adfertur statim sese ob oculos ponit. Cum enim Jus Nat. statuatur, socialitatem esse servandam, ac vult, ut quilibet actiones suas ad socialitatem tanquam bonum universi generis humani referre debeat, in aprico est, socialitatem minime conservari posse, quando unusquisque alterum pro lubitu turbare vellet, bellum inde omnium adversus omnes oriretur. Hinc sapienter quoque Jura Civilia diversis locis de turba dispoſuerunt, quorsum in primis spectat *L. 4. pr. D. de vi bonor. rapr.* *Cujus dolo malo in turba damnum quid factum esse dicitur: in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas*

potestas fuerit, in duplum: post annum, in simplum iudicium dabo. Et §. 6. d. l. Si quis adventu suo turbam contraxit vel contraxit, vel clamore vel facto aliquo, vel dum criminatur aliquem, vel dum misericordiam provocat: si dolo malo ejus damnum datum sit, etiamsi non habuit consilium turbæ cogendæ, tenetur. Jure Canonico turbas odiosas esse, adparet ex c) 5. D. 61. ubi Pontifex vocationem turbulentam, quam seditio extorsit, tanquam illegitimam rejicit, & c. 9. D. 79. is, qui populari vel militari tumultu electus est, non pro apostolico sed pro apostatico habetur. conf. Ill. BOEHMERI *Jus Ecclesiast. Protest. Lib. I. Tit. VI. §. XXXVIII.*

§. IV.

Apud Germanos veteres, quippe qui rei militari maxime dediti fuerunt, quemadmodum hoc testatur TACITVS de Mor. Germ. turbationes frequentes ortæ sunt, iisque nihil usitatus fuit, quam privatas inimicitias armis vindicare, eaque de causâ bella suscipere, quæ diffidationes vocabant. Quare & JULIUS CÆSAR de B. G. Lib. VI. de Germanis dicit, latrocinia apud eos nullam habuisse infamiam, quem locum SCHILTERVS Exercit. ad Pand. XLIX. §. 106. sic explicat, scilicet Julium Cæsarem non famosa illa latrocinia innuere, sed bella privata & diffidationes. Hanc diffidandi libidinem jantum Imperatores CONRADVS I. HENRICVS I. CONRADVS II. & FRIDERICVS I. coarctaverunt, quorum constitutiones renovavit FRIDERICVS II. Imperator in comitiis Moguntinis. Idem fecerunt ALBERTVS & LVDOVICVS Bavarus Imperatores. Disposuit quoque circa diffidationes CARO-

Germani veteres ad turbationes maxime proclives fuerunt.

C

LVS

EVVS IV. in *Aurea Bulla*, ac certos limites constituit. FRIDERICVS. III. in *reformat. polit.* ad unum casum, si quis iustitiam non posset consequi, restrinxit. Verum MAXIMILIANVS I. omnes diffidationes, quocunque modo susceptas, prohibuit per constitutionem de pace publica, von Land Frieden promulgatam anno 1498. vi cuius violatores istius pacis vel in Camera vel in iudicio imperiali aulico conveniri possunt, ac constituta est pœna banni sive proscriptionis Imper. vel 2000. Marci auri puri. CAROLI V. constitutionem huc spectantem cum aliis deprehendimus in Rec. Imp. vid. SCHILTER. *l. c.* JOH. PHIL. DATTIVS *de pace publica.* GAILIVS *de pace publica.* MAVRITII *note ad Capitular.* LEOPOLDI, quæ extant in ejus operibus a NICOLAO HERTIO conjunctim editis.

## §. V.

Qualis possessio intelligatur in turbatione.

Per turbationem possessori creatur impedimentum & molestia, quominus possessione quiete uti possit. Possessionis mentio injicitur, quare notandum, hoc loco intelligi qualemcunque possessionem, & civilem, ubi adest detentio rei cum animo dominii *L. 13. §. 1. de public. in rem actione. L. 21. C. de furt.* quæ eximios etiam in jure effectus producit, imprimis ubi de usucapione tractatur, ut in *L. 25. de usucap. & naturalem*, qua detinemus rem corporalem absque opinione dominii, quæ comparative respectu civilis possessio fere non est, quia plerisque juris effectibus destituitur. vid. EMVNDVS MERILLIVS *Lib. II. Observ. Cap. XXXI. & in Comment. ad L. Decis. Dec. XLVII.* qui simul recenset dissensiones veterum Jctorum hujus

hujus divisionis in naturalem & civilem. Naturalis distinguitur in possessionem justam & injustam. Justa est sine affectu sibi habendi, velut in fructuario, cui quidem JUSTINIANVS in *s. 4. Inst. per quas personas de-* negat possessionem, sed hanc negationem de civili tantum possessione intelligendam esse ex mente THEOPHILI statuit HYBER in *Præf. ad Inst. de Rer. Div. & acqu. ear. dominio*. Injusta vero possessio plerumque cum affectu sibi habendi & in proprietatem redigendi conjuncta est, qualis in fure, prædone, invasore apprehenditur *L. 15. de acquir. possess.* Nec furem quidem in possessione a tertio turbari fas est per *L. ult. de acquir. rer. dom. L. 2. D. uri possid.* Hi itaque aperte injustam possessionis causam habent, & tamen retinent possessionem tamdiu, donec alter jus suum evincat, ne rixis & tumultibus fenestra aperiatur. Publice enim interest, etiam fures & prædones in possessione tum in principali quam in accessoriis defendi, donec res legitimo tramite ab altero evicta sit. Intelligimus porro non solum possessionem propriam, quæ est rerum corporalium *L. 4. §. 27. ff. de usurpat. & usucap.* sed & impropriam, analogicam five quasi possessionem, quæ est rerum incorporalium *arg. L. 40. §. 1. de acquir. vel amit. possess.* In rebus enim incorporalibus etiam possessionem licet impropriam seu quasi adesse, dubium non est. Licet itaque de iis in *L. 1. §. 8. ff. quod legator.* dicatur, quod istæ non sint, non possideantur, sed saltem animo concipiuntur & in intellectu consistant, tamen hæc lex non simpliciter negat possessionem de rebus incorporalibus, sed tantum secundum quid, re-

spectu rerum corporalium, quod scilicet non eodem modo possideantur, id quod patet ex *L. 20. ff. de Servitut.* aliisque Pandectarum titulis de itinere actuque privato, item de aqua quotidiana & æstiva & similibus. Remedia itaque possessoria non plane denegantur rebus incorporalibus, sed ea, quæ alias in corporalibus rebus locum habent, utiliter applicantur, cum alia non suppetunt. conf. AMADEI ECKOLTI *Compend. Pand. Tractatio ad tit. de acquir. vel amittend. possess.* GERARD NOODT in *tr. de usufructu Lib. II. Cap. XVI.*

## §. VI.

Turbationis  
divisio in ver-  
balem & rea-  
lem.

Ordo autem tractationis postulat, ut specialius consideremus, quibus modis turbatio fieri possit, quo eo luculentius deinde cernendum sit, in quibus casibus cautio de non turbando locum habeat. Ac primum adnotanda venit divisiourbationis, quando dispecitur in verbalem & realem. Verbalis turbatio fit minis atrocioribus ab eo, qui facile eas exequi solet & potest. BACHOV. *ad Treutl. v. 2. disp. 25. tb. 3.* GAILIVS *Lib. I. Observ. IV.* MENOCH. *de arbitr. jud. quest. 140.* WEHNER. *Pract. observat. verb. Beseyden.* Qui verbis possessorem turbat, facto quodammodo turbare censetur, cum parum interfit, verbis vel factis quis mentem suam declaret. Non itaque omnes minæ sunt contemnendæ, sed si verba a minitatore emissæ revera sint minitoria, atque constat de isto, quod non in nudis comminationum verbis subsistant, tunc justa subest timendi causa, ac minæ tali in casuurbationis speciem omnino involvunt. Cessante vero justa timoris causa v. g. si solummodo jactabundus esset, qui minas suas exequi non solet,



ter, tunc quoque istæ consideratione haud dignæ sunt. Quare & impotentis minæ pro elusoriis habentur *L. 4. ff. si cui plusquam per L. Falcid.* Realis turbatio fit factis, & quidem vel in iudicio, quando quis in possessionem alterius inique sequestrum obtinet, item qui negat, adversarium possidere, & se solum possessorem esse contendit: vel ex iudicio, si quis ex decreto iudicis notorie invalido invadat possessionem alterius v. g. concessum fuit decretum parte non citata, tunc ingrediens scit, vel naturali ratione scire potest, decretum esse invalidum ERNEST. COTHMANNI *Consultat. & Resp. Vol. V. Resp. X. n. 455.* vel extra iudicium, quod varie fieri potest, ut ex seq. §. apparebit.

§. VII.  
Turbare dolo dicitur, qui in casu illicito occupat alterius possessionem, licet ignoret dominum vel possessorem, cum dolus in mente consistat, atque ex conjecturis & præsumtionibus probandus sit. Sufficit dolus ingenere, ex quo habuit animum turbandi quemcunque possidentem. CARD. TVSCHVS *Pract. Conclus. Jur. Tom. VIII. Conclus. 397. n. 26.* Turbat, qui impedit possessorem, uti servitute fundi: qui colonos deterret a colendo fundo: qui rem alienam vendit, & alteri tradit: qui prohibet uti re mea §. 4. *retinenda Instir. de Interd.* Nec omnem turbationis modum definire possumus, cum turbatio inferat delictum, cujus qualitates ob multipliciter circumstantiarum haud parum variant. vid. JOS. MASCARDVS *de Probat. Concl. 1198. & 1397.* MENOCH. *Remed. retin. poss. 3. n. 467.* CARPZOV. *Proc. Fur. Tit. XXIII. art. 2. n. 37.* Turbat itaque is, qui

Realis turbatio  
non sitetur  
etiam dicitur

Recententur  
varii turba-  
tionum mo-  
di,

Realis turbatio  
non sitetur  
etiam dicitur

quomodocunque controversiam facit, five agendo five excipiendo, & cum se opponat intentioni actoris, five in iudicio, five extra iudicium, five de iure, five de facto, five lite pendente, five ante five post litem contestatam. MENOCH. *rem. retin.* 3. sub n. 159. & 498. LVDOV. POSTIVS *de Manuendo Observat.* XXI.

## §. VIII.

Dantur varia  
remedia con-  
tra turbantes.

Turbantes legitimis remediis ac pœnis, ne inopertum turbent, coercendi sunt; hinc contra hos turbationum modos varia quoque in Jure deprehendimus remedia. Dantur contra turbantes mandata de non turbando, quæ & remedia manutenibilia appellantur, & quidem regulariter cum clausulâ. GAILIVS *Lib. I. Observat.* 78. n. 6. Sine clausula mandata non decernuntur, nisi ob armorum metum. MEVIUS *I. Decis.* 139. n. 7. Injuriarum quoque ille conveniri potest, qui re vel jure meo uti non permittit *L. injur.* 13. §. 7. ff. *de injur.* MENOCH. *de retin. poss. rem.* 3. n. 606. BRUNNEM. *Consil. Academ. Consil.* II. n. 34.

## §. IX.

Cautio de non  
turbando lo-  
cum quoque  
habet.

Quo autem magis partis victricis securitati prospiciatur, sæpenumero victus ad cautionem de non turbando in posterum condemnari solet. In factis enim negativis, ne quis amplius turbet, executio fieri solet per cautionis impositionem. CRAVETT. *Conf.* 170. n. 9. GAIL. *Lib. I. Observ.* 116. Exigitur hæc cautio in primis per interdictum uti possidetis, quod est remedium retinendæ possessionis, & jure veteri quidem solum spectabat ad res immobiles, utrobi vero ad mobiles; Sed Jure noviori nulla distinctio amplius restat inter

inter interdictum uti possidetis & utrubi, imo in directum & utile distinguitur, atque utiliter etiam ad res incorporales applicatur. Tendit hoc interdictum 1) ad possessionem conservandam, 2) ad res suo modo a turbante repetendas 3) ad id, quod interest, turbationem factam non fuisse, 4) ad cautionem de non turbando in posterum. Cautio hæc describitur ex usu quid sit fori, quod sit legitimum præsidium, quod per officium iudicis ei, qui in possessione quieta turbatus est, datur ad id, ne quis in possessione amplius molestetur.

## §. X.

Animum autem adjiciamus ad quæstionem satis An hæc cautio in L. un. C. uti possid. sic fundata sit in L. un. C. uti possid. sic fundata? arduam, an nimirum cautio hæc de non turbando fundata sit in *L. un. C. uti possidetis*, cujus verba sic se habent: *Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possideris, Rector provincie vim fieri prohibebit: satisfationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.* Quæstio hæc maxime ambigua est inter Doctores, quibusdam affirmativam, aliis negativam defendentibus. MINDANVS, GAILIVS, ROBERTVS cum aliis hanc legem intelligunt de satisfatione, quæ à victo præstari deberet de non turbando in posterum, & fundamentum assertionis in primis quærunt in verbis: ac *satisfationis vel transferendæ possessionis* &c. indeque colligunt, fidejussoriam cautionem præstandam esse, ac ita in foro pronunciatum referunt; Sed aliam convenientiorem hujus legis explicationem cum *EQUINARIO BARONE* suppeditat *CYJACIVS*, atque duas istius legis facit partes, quarum prima de iudicio possessorio,

fessorio, secunda de petitorio agit. Ostendit CVJACIUS, non hunc esse istius legis sensum, ac si victus victori satisfidet, sed potius hoc velle, ut victor satisfidet victo, ne res controversa, dum de proprietate litigabitur, deterior fieret. Qui itaque vicit in iudicio possessorio, satisfacere debet actori de re servanda & restituenda, si vincatur in iudicio petitorio, aut si non satisfacere velit, & actor offerat satisfactionem, ut possessio in actorem transferatur, isteque ex reo fiat actor & fungatur onere petitoris. Si neuter satisfacere velit, possessor potior habetur, aut bona sequestrantur. Idem obtinet in petitione hereditatis, ubi is, a quo petitur hereditas, satisfacere debet actori de servanda re & restituenda, ni vicerit. Pertinet huc *Tit. XI. de Satisfacendo ex IULII PAULI recept. sentent. Lib. 1. Quotiens hereditas petitur, satisfactio iure desideratur: Et si satisfactio non detur, in petiorem hereditas transfertur. Si petitor satisfacere noluerit, penes possessorem possessio remanet. In pari enim causa potior est possessor.* Sine dubio itaque satisfactio in ista lege unica est cautio fidejussoria *L. 7. ff. de praetor. stipulat.* non vero est propria cautio de non turbando, quam non praestat victor, sed victus. Qui victus est interdicto uti possidetis, & petitoria actione velit experiri, ei victor cautionem fidejussoriam praestare tenetur. Magis itaque in lege ista subintelligenda est cautio rei non deteriorandae, ad quam praestandam victor in possessorio est obstrictus, conf. CVJACIUS in *Comment. ad Cod. tit. uti possidi item in Interpretat. ad IULII PAULI recept. sentent. EQVINARIUS BARO in Manual. Lib. VI. BRUNNE-MANN.*

MANN in Comment. ad Cod. tit. uti possid. MENOCHIVS  
rem. retin. 3. n. 811. sqq.

## §. XI.

Secessum facit quoque ab his JOH. SCHILTERVS <sup>Notatur</sup> SCHILTE-  
in Exercitat. ad ff. XLVII. §. 60. ac paulo speciosius est, <sup>RVS,</sup>  
quod iste pro adversa sententia promit, reputans, si non  
ex primi legislatoris nempe DIOCLETIANI de inter-  
dicti hujus natura esset hæc cautio, tamen ex mente  
secundi legislatoris & renovatoris nimirum JYSTI-  
NIANI, qui eandem constitutionem renovavit, suam-  
que fecit, ne alioquin frustra verba à legislatore pro-  
lata dicantur. Verum licet verba in lege ista non intel-  
ligantur de cautione de non turbando, minime ta-  
men frustra sunt posita; commode enim ac solide à  
CVJACIO aliisque de cautione rei non deteriorandæ à  
victore præstanda explicantur, quare non opus est, ut  
iis alium sensum, primo legislatori DIOCLETIANO  
plane contrarium, affingamus. Neque SCHILTERI  
opinionem firmat id, quod BARTOLVS. ex lege pen. ff.  
de aqua quotid. adfert, ex quo quidem satis elucet, cau-  
tionem de non turbando in aliis legibus esse funda-  
tam, non vero, eam deprehendi in L. un. C. uti possidetis,  
quocirca quoad hanc legem unicam sententia ista  
ratione juris solida omnino destituitur. Hinc & GAI-  
LII explicatio, alias non spernenda, quam SCHILTE-  
RVVS l. c. producit: quia victori non satis esset prospectum  
ratione tantum præterite & presentis turbationis, nisi etiam  
ei cautum sit de futura turbatione, quod videlicet adversa-  
rius in futurum eum molestare nolit non quadrat ad L. unic.  
sæpius citatam, quippe qui erroneam istam opinio-  
nem

D

nem

nem pro vera admisit, ac si in *L. un.* sermo esset de cautione de non turbando, sublata autem ac destructa hac opinione per rationes admodum prægnantes in §. *anteced.* adductas, ruit & ratio GAILII, quam evchit SCHILTERVS.

## §. XII.

Ufus cautionis  
de non tur-  
bando in ser-  
vutibus.

Ufus cautionis de non turbando in primis sese ostendit in servitutibus, ubi habemus actionem confessoriam & negatoriam. Quando servitus non modo est constituta pactione vel stipulatione, sed etiam acquisita, puta cessione, patientia usus, præscriptione, vel etiam per testamentum, tunc datur actio confessoria pro asserenda qualibet servitute & agitur is, qui suo vel sibi à vicino servitutem deberi intendit, ad id, ut iudex declaret, jus sibi esse, vel alteri jus non esse, si scilicet servitus est negativa *L. 4. in fin. si servit. vindic.* Ab adversario quoque exigere potest cautio de jure agentis in posterum non turbando aut diminuendo, quæ iusto iudicis officio est æstimanda, ut videre est *ex L. 12. ff. si servit. vindic. Egi, ins illi non esse,igna in parietem meum immissa habere: an § de futuris non immittendis cavendum est? Respon- di: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere ca- veri debeat.* Eodem modo quoque intelligenda est *L. 7. ff. b. r.* Simile exemplum cautionis de non turbando monstrat *L. pen. ff. de aqua quorid. Si de via, itinere, actu, aqueductu agatur: huiusmodi cautio præstanda est, quan- tum quis de jure suo doceat, non se impediturum agentem § aquam ducentem, § iter facientem.* Quod de confessoria actione dictum, locum habet & in negatoria. Si quis in re mea servitutem non fundatam exercere velit,

velit, merito nego, alteri competere servitum, neque necesse est, ut quis in libertate possessionis defendi cupiat, atque remedio possessorio utatur, quippe quod hoc in casu damnum aliquod inferre posset, uti ostendit hoc v. C. NICOL. HIERON. GUNDLINGIVS in Gundlingianis Part. XXVIII. quis in actione negatoria debeat probare? Instituitur itaque pro libertate asserenda actio negatoria, qua negamus, alteri competere servitum in nostro praedio, petimusque, ut praedium liberum declaretur ab illa servitute, quam adversarius usurpat, isque condemnetur, ab omni actu usque servitutis abstinere, atque id, quod interest, praestare L. 4. §. 2. C. 7. si servit. vindic. Notat HUBERVS in Praelect. ad ff. h. r. & in hac actione cautionem petitionem de non turbando in futurum iudicis officio posse adijci per L. 7. C. 12. si servit. vindic. ne in futurum dominus amplius molestetur ab eo, qui servitum praedio suo debere asseruit. MENOCH. rem. retin. 3. n. 816. Quod si non fecerit, nec cautionem praestiterit, tanti condemnatur, quanti actor in litem juraverit L. 7. ff. si serv. vid. MARTINI in Commentar. ad Inst. tit. VI. §. 2.

§. XIII.

Hoc modo etiam in praxi pronunciatum fuisse, testis est CARPZOVIVS 1. Respons. 69. ubi adfert I.) Sententiam Senatus Appellationum in causa Christophori à Wolfframsdoerff Klägern an einen/ Christoph von Müntzen Beklagten andern Theils Term. mart. 1627. Erben von Gottes Gnaden Wir Johann Georg ic. vor Recht: Daß Kläger bey seiner Befügniß von jeden Flosse Holz/ einen Floss-Baum zu nehmen/ billig zu schügen/ und er mag

ad hunc  
superioribus  
ad h. r. et  
1627

Illustratus  
prejudicium  
1627



mag sich mit einem Groschen an statt des Baums wieder seinen Willen abfinden zu lassen / nicht gedrungen werden. Es ist ihm auch deswegen Beklagter de non amplius turbando zu caviren schuldig. 2.) Scabinorum Lipsiensium, qui M. Octobr. 1620. in causa Simon Webers, Klägern an einen Martin Rehebaum / Beklagten andern Theils / sequentem in modum pronunciarunt: Daß Beklagter dasjenige / so ihm zu beweisen auferleget / und er sich angemasset, wie recht nicht erwiesen / derowegen ist er sich hinzuführen des Treibens und Hütens auf Klägers Feldern zu enthalten / und ihme deswegen de non amplius turbando zu caviren schuldig. B. R. W. Addit CARPZOVIVS l. c. n. 18. rationem, quare ad hanc cautionem deveniendum.

Cautio hæc omnino in jure R. est fundam.

§. XIV. Ex his itaque satis clarum atque perspicuum est, etiam jure Romano hanc cautionem de non turbando non fuisse incognitam, ac turpiter se dant isti, puta CYPJAVIVS aliique, præfacte nimis statuentes, cautionem de non turbando à veritate theorica plane esse alienam, neque in jure Romano fundatam, quos non sine ratione notat SCHILTERVS in *Exercitat. ad ff. XLVII.*

§. XV.

Locum habet etiam in casu turbatae jurisdictionis.

Sicuti vero actione confessoria & negatoria agere licet ad cautionem de non turbando; ita quoque nequam prohibitum est, remedio possessorio videlicet interdicto uti possidetis in servitutibus petere cautionem de non turbando. Velim tamen consideres ea, quæ proposuit V. C. GYNDLINGIVS in *diff. cit. quis in negotoria debeat probare?* Latissime autem patet usus actionis confessoria & negatoria, dum utiliter ad omnia



omnia jura applicatur, quocirca non tantum in servitutibus sed & in aliis juribus actione confessoria & negatoria utili experiri licet, ac cautio de non turbando exigi potest. Quod de utili actione confessoria & negatoria monui, optima ratione quoque de interdicto utili uti possidetis intelligendum est, quo turbatis in quibuscunque juribus uti, insimulque cautionem de non turbando petere licet. Hinc & in casu turbatae jurisdictionis sic pronunciatum legimus apud KLOCKIVM in *Conf. Tom. IV. Conf. 92.* in causa Herrn Georg Grafen zu D. contra Herrn Wilhelm Truchsessen; In Sachen etc. ist allen Fürbringen nach zu Recht erkannt/ daß gemeldten Beklagten nicht gezemet noch gebühret/ den Kläger geklagter massen an seiner possessione vel quasi der hohen Obrigkeit zu Neusea zu turbiren und zu molestiren/ sondern daß er daran zu viel und Unrecht gethan habe/ und deswegen davon abzusehen/ auch ihme darenthalben gebührende Caution &c. zu thun schuldig sey. Potest & turbatus in sua jurisdictione, ob captum suum subditum, in loco domicilii, ordinaria Juris via, coram judice competente vermöge der Austräge/ contra turbantem experiri, vel actione injuriarum, aut ratione violati territorii, actione *L. Juliae de vi publica.* GAILIVS de *Pignoration. observ. 14.*

## §. XVI.

Aliud exemplum cautionis de non turbando exigendæ profert GAILIVS de *Pignoration. observ. 15.* nempe quando subditi per immemoriale tempus in concessione libertatis fuerint, nullam collectarum exactiorem principibus à subditis permissam esse, nec habere

Subditi immunes a collectis hanc cautionem a principe exigere possunt.

principem fundatam intentionem, atque si de facto eos ad solutionem compulserit, coram competente iudice vermöge der Austräge super turbatione experiri posse, quod videlicet non jure turbentur in possessione libertatis, & quod principi injungatur, ut a tali turbatione desistat, cautionemque præstet de non turbando in posterum. conf. KLOCKIUS Tom. IV. Conf. V. n. 344. Dubium facit hoc assertum, quod Jus Collectandi ad regalia pertineat, in quibus nulla præscriptio immemorialis locum invenire possit. ARNISÆVS de Jur. Majest. Lib. II. Cap. 2. n. 2. Verum ab aliis jamdudum ostensum fuit, salva Majestate & superioritate territorii regalia posse a subdito possideri, ac immemoriali possessione ad præscriptionem opus esse. HERTIVS de superior. territor. 2b. 62. Hoc vero tempus, si sufficiens est ad præscriptionem regalium, omnino quoque sufficiat necesse est ad præscribendam immunitatem a Jure Collectandi, quare & nonnulli affirmant, ad libertatem non solvendi onera ne quidem necessarium esse tempus immemoriale, sed solo lapsu 40. annorum posse acquiri, de quibus videatur ANDREAS OCKEL de præscriptione immemoriali Cap. V. 2b. 6. § 7. & Cap. VII. 2b. 18.

§. XVII.

In pignorationibus etiam hæc cautio exigitur.

Mentionem quoque cautionis de non turbando facit GAILIVS in *tr. de Pignoration. Observ.* 23. ac refert, in causa pignorationum, non probata possessione & jure oppignorandi, in Camera Imperiali eandem formam, quæ in interdicto retinendæ possessionis, servatam fuisse. Forma sententiæ Cameræ Imperialis ita-  
lis

lis est : In Sachen A. Klägers / wieder B. Beklagten Mandati : Der Pfandung ist allen Fürbringen nach zu Recht erkannt / daß sie verstrickt in actis benennt / sich wiederum einzustellen / nicht schuldig / sondern von angezogener Verstrickung zu absolviren und erledigen seyen / als wir sie auch davon hiermit absolviren / erledigen / und daß gemeldten B. Beklagten nicht gezeit / noch gebührt / geklagter massen den Kläger zu turbiren und zu pfänden / sondern daran zu viel und Unrecht gethan habe / und derohalben diesen Käyserlichen Cammer Gericht gebührliche Caution zu thun schuldig sey / als wir ihn auch darzu condemniren und verdammen.

§. XVIII.

Cautionem de non turbando petenti incumbit probare. 1.) serem controversam possidere, se esse in possessione vel quasi juris litigiosi, 2.) turbationem factam esse a parte rei conventi, turbatio enim est facti, facta autem sunt probanda. Probatio vero uti alias peragitur, ita hoc in casu quoque est peragenda, videlicet per testes, per instrumenta, habita tamen quadam inter possessorium summarium & ordinarium distinctione, de qua in §. sequenti.

Quid probandum in cautione de non turbando.

§. XIX.

Judicium enim possessorium dividitur in summarium sive momentaneum & ordinarium. In summario, nullo juris ordine servato, sola facti veritate probabiliter inspecta, sine longo litis sufflamine, celeriter & velo levato proceditur. Qualitas possessionis ibi non consideratur, præsens possessio attenditur, probationes leviores admittuntur & semiplenæ, ut videre est ex *Ordinat. Ele&tor. Judic. nostra Tit. XXVIII.* in verbis:

Cautio de non turbando in summario & ordinario præstanda est.

Wann

Wann jemand in seiner Possession vel quasi eines Gutthes/ oder Gerechtigkeit turbiret und durch einen geschwornen oder mehr unbeeidigte Zeugen die Possess oder Besitz in termino, welcher ihm von denen Gerichten gesetzt worden/ beschworen wird/ soll ein Bescheid darüber ertheilet/ und der Bescheid bey seiner Possession beschützet werden. *Sententia lata quoque non perpetuum sed momentaneum & reparabile præjudicium adfert clem. Sæpe de V. S. L. 14. de agric. Et censit. JACOB. MENOCHIVS remed. 3. retin. possess. n. 448. In ordinario, vero juris ordine servato, per exhibitionem libelli, litis contestationem & probationem ordinariam de possessione litigatorum disceptatur STRYCK V. M. Tit. uti possideris. GAILIVS Lib. 1. Observat. 7. n. 2. Disputatur ergo: Vtrum cautio de non turbando æque in summario ac ordinario peti, vel non petita decerni possit? Negat CARPZOVIVS 1. Respons. 15. in summario cautionem de non turbando locum habere, sed si libello vel fuerit annexa, vel alias petita, possessorium ordinarium non summarium censetur intentatum. Fundamentum hujus opinionis ponitur in eo, quod de certo aliquo detentore seu possessore non constat ante sententiam in possessorio latam, ac procul dubio hæc cautio jus possessoris in perpetuum, donec super dominio pronunciatum sit, duraturum respiciat; Verum si recta ratione rem pensitamus, atque accuratori scrutinio in eam inquirimus, adparet, in possessorio momentaneo tamen de possessore cognosci, dum vero possessor determinatur, cur non turbator ad cautionem de non turbando adstringendus, donec jus suum jactatum demonstret! Dubium itaque non est,*

unter mythen Laynen

est, cautionem de non turbando in summario & ordinario peti ac decerni posse, arg. *L. pen. de aqua quotid.* Accedit regula juris: Quoties res perfecte a reo actori præstari atque adeo actor sat tutus ac securus reddi non potest, toties opus est cautione. ILL. BERGER *Oecon. Juris Lib. II. Tit. VI. § Elect. Proc. Possess. tb. 36.* LUDOVICI *Einleitung zum Civil-Proceß Cap. II. §. 9.*

§. XX.

Si qui turbati sunt, possunt officium judicis implorare, ut eos, qui turbationem susceperunt, compellat ad cautionem de non turbando in posterum, & peculiare est in hac cautione, quod iudex non solum ad partis instantiam, sed etiam ex officio, ne partes ad arma veniant ad cavendum cogere possit. Quamquam enim alias iudex officium suum impertiri non solet nisi imploratus *L. 4. §. 3. Pand. de damno infecto* & regulariter cautio præstatur, si ab adversa parte petita fuerit *L. 2. §. 1. ff. quod Legatorum.* quia tamen utilitas publica vertitur in hac cautionis specie & iudici hoc peculiare munus incumbit, subditos servare in tranquillitate *L. 13. ff. de Offic. Præsid.* hinc si actor forsitan ex incuria aut imperitia cautionem de non turbando non petierit, nihilominus ad illius præstationem adversarius est condemnandus, quia de natura actionis cautio censetur *L. 7. §. 12. ff. si serv. vindic.* ex quo conficitur, neutiquam obstare huic opinioni, si obicias: sententiam debere esse libello conformem, nec conformis esset, si iudex ultra petita actoris pronunciare

Peculiare quid in cautione de non turbando.

h. cipus sA. obredus non ni sitor. h'ro tenenaxo

est obdo non ext non h'ro non h'ro non h'ro

ciare vellet. Nullum itaque dubium remanet, quare cautio hæc a iudice non sit ex officio supplenda, præsertim si adjecta sit clausula salutaris, herba ista betonica, quæ vitium hoc, quod omitendo, per incuriam aut imperitiam commissum est, omnino salvere potest, quamvis in aliis utilitas hujus clausulæ salutaris non tanta sit, quanta a Practicis prædicatur. Præjudicio hanc materiam illustrat CARPZOV. 1. Resp. LXX. Adde SCHILTERVM in Exercitat. ad Pand. XLVII. §. 60. & GAILIVM de pace publica Lib. I. Cap. II.

§. XXI.

An cautio de non turbando exigi possit in executione?

Hac occasione non prætereundam esse illam questionem existimo, quæ magis dubia videtur: an cautione de non turbando in libello & sententia ommissa, ista in executione adhuc exigi possit? Negativa quidem videtur probabilior, quia sententia est stricti juris, verbisque illius stricte sit inhaerendum L. 1. C. si plures una sententia. Accedit, quod iudex, postquam semel sententiam tulit, functus sit officio suo, nec aliquid in executione adjicere possit; attamen quia cautio hæc ex ipsa actionis natura descendit L. 7. §. 12. si servo vindic. putat GAILIVS, adhuc in executione hanc cautionem, a victo præstandam, exigi posse, atque ita iudicatum refert Observat. 116.

§. XXII.

Cautio hæc non extinguatur, licet turbator asserat,

Et hæc quæstio silentio tegi non debet: an si lata sit sententia contra turbatorem, præstitaque ab eo cautio, se amplius molestiam possessori non exhibiturum



turum, adhuc perturbet, audiendus sit, si ex nova causa se possidere asserat? Audiendum talem non esse communiter statuunt, cum per latam sententiam futura turbatio plane prohibita sit, ac possessor, qui semel cautionem de non turbando impetravit, tueatur: alias enim hæc judicia elusoria fierent, dum adversarius facile novam causam allegare, sicque possessorem molestia afficere posset, id quod neutiquam concedendum. Adjecit tamen MENOCH. *Remed. retin.* 3. n. 819. hanc limitationem, tunc audiendum esse, si post longum temporis spatium ex nova causa se possessorem esse asserat, atque probationes evidentes ac prægnantes adducat, cessaret enim hoc in casu omnis malitiæ præsumtio.

## §. XXIII:

Dictum fuit *Cap. I. §. II.* cautionem esse vel fidejussoriam, vel pigneratitiam, vel juratoriam, vel nude promissoriam, indagandum ergo demum: Qualis cautio sit præstanda in cautione de non turbando? Si ROBERTVM, GAILIVM aliosque sequi liceret, dicendum omnino, ad satisfactionem sive cautionem fidejussoriam adversarium esse obligatum, cujus cautionis mentio fit in ista lege; Sed in anteced. jam demonstratum fuit, legem istam unicam *C. ui possidetis* non pertinere ad cautionem de non turbando, sed potius ad cautionem rei non deteriorandæ, adeoque exinde non licet argumentari, cautionem de non turbando præstantem ad fidejussores dandos esse obstrictum. *Legem*

gem 7. § 12. si servit. vindic. si inspiciamus, officio judicis deprehendimus relictum, limites in cautione de non turbando ponere, qui vero ultra nude promissoriam non procedit arg. L. 3. de Verb. § rer. signific. cujus verba hæc sunt: Sancimus cautionis nomine vel *ἀσφάλεια*, id est, securitatis, non esse fidejussoris dationem interpretandam: nisi hoc specialiter vel in grecis vel in latinis verbis scriptum fuerit. Nisi enim vel generaliter de satisfactione, vel fidejussione specialiter sit nominatum: cautione vel *ἀσφάλεια* minime fidejussionem sed nudam promissionem significari. vid. BERGER Oeconom. Jur. Lib. II. Tit. III. §. 22. Juxta stylum curiarum saxonicarum datur chirographum, es wird ein schriftlicher Schein ausgestellt / quod per sententiam imponitur. Formulam hujus exhibet GEORG BEYER in VOLCKMANNO emendato sequentis tenoris: Ich N. N. Seleits Pachter vor mich und meine Erben gelobe und sage zu / daß ich alle demjenigen / was in der auf der gesamten Gemeinde zu N. Ansuchen aus den Hochtbl. Ober Hoff. Gerichte an mich unterm dato dem 24. December Sec. ausgebrachten und darauf so wohl in erster als andern instanz erfolgten Judicatis sub publicatis den N. Septembr. Sec. bey Kräfften erkandten Inhibition enthalten / und mit darinnen auferleget worden / würflichen nachkommen und denselben allenthalben getreulich geloben will / des zu erster und unverbrüchlicher Haltung habe ich diese Caution vor mich / meine Erben und Nachkommen mit meinen geröthlichen Petschafft bedruckt und eigenhändig unterschrieben.



§. XXIV.

Coronidis loco hoc denique moneo, affirmati-  
vam decisionem quæstionis §. XVI. *Cap. I. dissert. huj.*  
*propositæ*: an actio realis liberet a cautione? non intel-  
ligendam esse de Jure Romano, sed praxi hodierna;  
quare & leges allegatæ ex Jure Romano non directo  
probant, possessores rerum immobilium ad cautionem  
nude promissoriam tantum fuisse adstrictos, sed saltem  
ad colorandam quodammodo opinionem in praxi re-  
ceptam aliquid conferunt. Hæc sunt, quæ de cautione *Conclusio.*  
de non turbando, quantum per breve temporis spati-  
um, ad elaborandam haricæ materiam, relictum, li-  
cuerit, in medium proferre volui, ubi præmissis prius  
*Cap. I.* generalioribus, quæ ad explicationem specialia-  
rum multum conferunt, uberius & quoad fieri potuit,  
etiam planius *Cap. II.* specialem materiam aggressus  
sum, atque in spem certam adducor, fore ut B. L.  
operam meam æqui bonique con-  
sulcurus sit.



COROLLARIA.

I.  
*Actio realis liberat a cautione & non li-  
berat.*

II.  
*In actione negatoria reus probare debet,  
non actor.*

III.  
*Servitus possideri omnino potest, sed posses-  
sione non statim acquiritur.*

IV.  
*Emtio venditio, uno numo facta, non est  
vera emtio venditio, sed donatio.*



AB 152989

ULB Halle

3

002 420 562

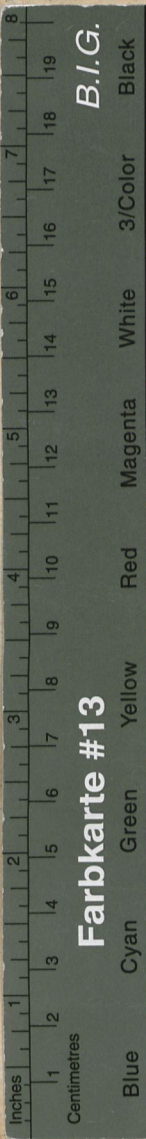


Sb.

1078  
1077







B.I.G.

Farbkarte #13

Black  
3/Color  
White  
Magenta  
Red  
Yellow  
Green  
Cyan  
Blue

AVGVRALES IVRIDICA

DE  
TIONE  
VRBANDO,

QVAM  
RSITATIS MAGNIFICO,  
ET AMPLISSIMO DOMINO,

ACIDO,

OSTOLORVM PETRI ET PAVLI ORD. S.  
ABBATE, PRÆPOSITVRÆ ZELLENSIS  
VVERRHAM DOMINO, S. FACVLT.  
SSORE PRIMARO, ETC.

VSTRIS JCTORVM  
DINIS

SIMA ERFVRTINA

ICENTIA

QVE IURE CAPESSENDI  
NORES

JCTORVM MAIORI  
CONSVETIS

ENDET

ONYMVS KOCH,

rt. Thur.

DEM ADVOCATVS, ET NOTAR.  
R. PVBL.

J1 M DCC XXVIII.

OSCHIANIS, Acad. Typogr.

9 5

2

9

3

