





OBSERVATIONES
IVRIS ROMANI ET SAXONICI

Q V A S

PRAESIDE

D. GEORGIO STEPHANO
WIESANDIO

PROFESSORE INSTITVTIONVM ORDINARIO CVRIAE
PROVINCIALIS SCABINATVS ATQVE COLLEGII
IVRECONSULTORVM ASSESSORE EIVSDEMQUE

H. T. DECANO

DIE XXII MAII A. S. R. CIDIICCLXXVIII

H. L. Q. S

PVBLICA DISCEPTATIONE DEFENSVRVS EST

IOANNES AVGVSTVS LVDOVICVS MENCKENIVS

VITEMBERGENSIS SAXO.



SPECIMEN VII

VITEMBERGAE

LITTERIS CAROLI CHRIST. DÜRRII ACAD. A TYPIS

I.

Quod in concursu creditorum soluitur, prius vsuris decedit.

Libilis nostrae aetatis conditio infinitas propemodum de solutione recte cum facienda, tum aestimanda, controuersias parit. Quae quidem solent esse tanto frequentiores, quanto plures exstant debitores morosi, qui fidem sancte datam improbis artibus fallunt, ita, ut boni creditores non solum speratis commodis excidant, verum etiam grauissimis damnis afficiantur. Id incommodum dum hodie in concursu creditorum accidit frequentius, non erit inutile quaestionem huc facientem excutere paullo diligentius. Saepe scilicet quaeritur, num id, quod moto creditorum concursu, solutum est, prius in sortem, an in vsuras, sit imputandum? Quae quidem quaestio diuersas doctorum hominum opiniones genuit. Sed, ut eas recte diiudicemus, quid secundum iuris Romani praecepta statuendum sit, breuiter attingamus. Iam quidem ex *l. 97. D. de solut.* perspicuum est, olim, si debitor, qui ex diuersis causis debuit, aliquid soluerat, neque mentem, quomodo facta solutio esset aestimanda, declarauerat, hanc opinionem obtinuisse, ut ex pluribus debitis durissimum et molestissimum, extinctum esse videretur. Egregie, ut solet, Ulpianus in *l. 5. D. Tit. excitat.* hanc regulam tradit: *in his vero, quae praesenti die debentur, constat, quotiens indistincte quid soluitur, in grauiorem causam uideri solutum: si autem nulla praegrauet (id est, si omnia nomina similia fuerint) in antiquiorem grauior uidetur.* Potest quidem debitor animum, in quodnam debitum solutum praestare velit, significare. Quodsi vero eundem non exprimat, arbitrio creditoris permixtum, in quam causam solutum sit imputandum. *l. 1. D. de solut.* Sed, ne potestate concessa abuterentur duri nimis creditores, neque deesset norma certa litibus de hac re ortis sapienter dirimendis; arbitrium creditorum aequis limitibus circumscriptum, iusque stabile insuper constitutum est. Etenim creditor solutum ita accipere debet, uti naturalis praecipit aequitas, et debitoris causam ita agere, uti ipse ageret suam, id quod Ulpianus in *leg. adduct.* perspicue docet, cui addimus Stryckium *de cautel. contract. Sect. 4. cap. 1. §. 7.* Quodsi vero non constet, utrum creditor id, quod a debitore accepit, in sortem, an in vsuras imputauerit, non est dubitandum, quin solutum prius vsuris decedat. Ita enim sensisse veteres, certum est. Noster

ster quidem Ulpianus, quem lubenter magistrum sequimur, in l. 5. §. 3. D. de solut. sic statuit: apud Marcellum libro vicefimo Digestorum quaeritur, si quis ita cauerit debitori, in sortem et usuras se accipere, utrum pro rata et sorti et usuris decedat, an vero prius in usuras, et si quid superest, in sortem, sed ego non dubito, quin haec cautio in sorte et in usuras, prius usuras admittat, tunc deinde, si quid supererit, in sortem cedat. Adest satis certa Imperatoris Antonini sanctio, quae in l. 1. C. de solut. et liberat. eandem sententiam corroborat. Conferatur quoque l. 21. C. de usur. et Harmenopulus in *promptuar. iur. Libr. 3. Tit. 5. 86.* Neque nos hanc iuris regulam tunc, quando debitor amplius soluendo haud est, deserendam esse, existimamus. Etenim negari non potest, iure quidem Romano, creditores uti in sorte, ita pariter in usuris, si in iudicio concursus vniuersali iura sua persequuntur, praerogatiua frui. L. 18. D. qui potior. in pign. et Anton. Negusantius de pignori. et hypothec. Part. 5. membr. 1. 13. Neque, uti iam obseruatum est ab Aug. a Leyser *Specim. 484 meditat. 11* seq. cessione bonorum cursus usurarum sistitur. Fac igitur, inter se certare creditores hypothecarios cum chirographariis de debitis consequendis, chirographarii prius, quam hypothecariis totum debitum fuit exsolutum, solutionem petere haud queunt. Obacratu debitor, ut omne debitum praestet, obstringitur, neque creditori inuito eius partem, recte offert. L. 41. §. 1. D. de usur. Totum vero debitum in sorte et usuris, simul confisit, atque usurae sunt ipsius sortis accessiones, quae naturam rei principalis sequuntur. L. 9. §. ult. D. de pact. Quodli propter debitum, pignus creditori fuerit obligatum, actio pignoratitia, quamdiu ex usuris quidquam debetur, locum non habet. L. 11. §. D. de pignorat. act. Non possumus non hoc loco afferre locum insignem, nostrae sententiae stabiliendae valde commodum. Ita scilicet Imperator Alexander in l. 5. C. qui potior. in pignor. rescripsit: *prior quidem creditor compelli non potest, tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre, sed si tu illi id omne, quod debetur, solueris, pignoris tui causa firmabitur.* Adde l. 8. eiusd. Tit. His rationibus moti, certe sumus persuasi, secundum iuris communis placita, creditores, licet debitoris patrimonium omnibus haud sufficiat, non tantum ratione sortis, verum etiam intuitu usurarum, iure frui praecipuo. Quae quidem sententia in *constitut. Megapolitan.* de anno 1046, quam Petr. Tornou. tractat. de feud. *Mecklenburg.* p. 675 seqq. inseruit, disertis verbis fuit confirmata, atque a pluribus doctoribus pragmaticis, veluti a Gothofred. Barthio in *hodeget. forens. cap. 3. §. 27 seq.* et Aug. de Balthasar in *collat. iur. comm. cum iur. Saxon. qua classificat. creditor. in concurs. p. 105,*

item a Mevio *Part. 8. decis. 464* propugnata. Sed sunt, qui existiment, eam tamquam iniquitatis magistram, vel prorsus esse repudiandam, vel, quia nostra iura a Romanis in hoc argumento saepe discrepant, arcis cancellis concludendam. Sic Christoph. Philipp. Richter in *tractat. de iur. et privileg. creditor. cap. 7. 28 seqq.* putat, eam restringendam esse ad eam speciem, vbi bona ita comparata sunt, vt inde omnibus creditoribus satisfieri possit, ideoque in eorum partes discedit, qui hypothecariis vsuras prius, quam chirographariis ratione fortis satisfactum sit, praestandas non esse, arbitrantur. Carpzouius *Part. 1. constitut. 28. def. 164* potiori creditori tantum interesse morae adiudicandum existimat, vsuras vero reliquas, tamquam lucra posterioribus creditoribus noxia, reiecit. Eandem opinionem commendat Brunnemannus de *process. concurs. creditor. cap. 5. §. 57*, cui adiungimus Menckenium in *Systemat. iur. ciuil. secundum Pandect. Libr. 46. Tit. 3. §. 22*. Hi vero omnes credunt, magis fauendum esse creditoribus posterioribus, quam prioribus, propterea quod illi sortem repetentes, damnum effugere studeant, hi vero vsuris percipiendis, lucrum cum alieno incommodo quaerant. Sed vti his iam satisfecit Leyserus in *Specim. 488. meditat. 2.* ita quoque nos pauca quaedam adiecturi sumus. Primo quidem satis constat, legibus, quibus hodie vtimur, plerumque esse sancitum, vt non omnes, sed potiores duntaxat creditores vsuras cum sorte in eadem classe accipiant, neque omnibus vsuris idem locus assignetur. Quid in Saxonia Electorali obtineat, ex *Ordinat. proc. recognit. Tit. 50* omnibus notum est. Deinde discrimen, quod inter vsuras lucratorias et compensatorias statuunt, olim Romani in concursu creditorum haud curarunt. In pignore certe dato nihil intererat, vtrum vsurae ex stipulatione, an ex mora essent praestandae, vt bene admonuit Francisc. Balduinus de *pignorib. et hypothec. cap. 10*. Porro diligenter id, quod aequitas suadet, a iure certo et constituto, est discernendum. Denique creditoribus hypothecariis magis subueniendum esse putamus, quam chirographariis. Illi enim melius sibi cauerunt, digni profecto, quorum follertia praemio ornetur fructuoso.*) Ceterum lectu digna de hoc argumento attulit V. C. Io. Frider. Kobius in *commentat. de pecun. mutuatic. tuto collocand. cap. 8. §. 113 seqq.*

*) Hinc dicasteria Vitembergenfia eam, quam tuemur sententiam, hodie in iudicando sequuntur.

II.

De testamento debitoris obaerati.

Dum in homines obaeratos incidimus, eorumque statum attentius fumus contemplati, aliam iidem nobis suppeditant industriae exercendae materiam. Accidit saepenumero, ut eiusmodi homines, rerum suarum parum curiosi, non tam de debitis, quibus premuntur, iusto tempore soluendis, quam potius de heredibus bonorum suorum recte designandis, cogitent, atque testamenta condant sollempnia, in quibus instituti heredes patrimonium apte distribuere, liberalitatem vero ambitiosam, legatis diligenter praestandis, monstrare iubentur. Num vero testamentum ab eo, qui soluendo haud est, factum, sustentandum sit, non immerito quaeritur. Apud Romanos quidem erat usitatum, ut ii, qui facultates habebant suspectas, heredem scriberent seruum, quo ignominiosam bonorum venditionem effugerent. Caius *Institut. Libr. 2. Tit. 3. §. 6.* de hoc more ita tradit: *necessarii sunt heredes serui, qui cum libertate heredes instituuntur. Necessarii ideo, quia aut velint, aut nolint, necesse est eis heredes esse. Nam qui creditoribus tenentur obnoxii, et putant, se non tantum in substantia, quantum in debitis relinquere, ipsi seruos suos manu mittunt et heredes necessarios faciunt, ut quo magis heres, quam dominus insaniam incurrat, quum res eius, id est hereditas domini pro debitis venditur et creditoribus datur.* Adde *l. 42. D. de hered. instituend. et l. 1. C. de necessar. seru. hered. instituend.* Inde factum esse existimamus, ut, licet personae, quibus testamenti faciendi ius denegatur, in digestis diligenter enumerentur, debitorum tamen obaeratorum mentio iniecta haud fuerit. Qui vero aere alieno laborant, conditione saepe inter se differunt, eorumque duo potissimum existant genera. Namque nonnulli adhuc libera vtuntur de rebus suis statuendi facultate, cum e contrario alii eadem destituantur. Debitor, cuius bona nondum a creditoribus sunt possessa, cuique potestas de facultatibus suis disponendi, iudicis auctoritate non est adempta, obligationes et acquirere, et in alios transferre, contractus pactaque inire, cum effectu liberationis soluere solumque accipere potest. Inuat hic percipere sententiam Vlpiani, quam in *l. 6. §. 7. D. quae in fraud. creditor. facta sunt*, his verbis exponit: *sciendum, Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamuis sciens prudensque soluendo non esse, recipiat, non timere hoc edictum, sibi enim vigilauit. Qui vero post bona possessa, debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus, neque enim debuit praecipere ce-*
teris

teris post bona possessa, cum iam par conditio omnium creditorum facta esset. Consentit Scaeuola in *l. 24. D. Tit. excitat.* Aliud vero statuendum est de eo, cui, instantibus creditoribus, iudicis decreto bonis interdictum est. Is enim facultate bona sua in fraudem eorum, quorum valde interest, eadem manere salua, villo modo minuendi est destitutus. *L. 10. D. de curator. et aliis extra minor. dand.* Quod si is nihilo secius aliquid soluerit, nummi adhuc exstantes vindicabuntur, consumti condicentur. *L. 29. D. de condic. indeb. et l. 6. §. 2. D. de reb. auct. iudic. possidend.* Itaque haud dubitandum, quin omnia, quae is in fraudem creditorum suscipit, sint irrita, siue inter viuos, siue mortis caussa, quid gesserit. Magnus quidem est testamentorum fauor, sed non tantus, vt ea cum aliorum damno seruanda sint. Prodigos, quibus a magistratu bonorum administratione interdicitur, amplius testamenta facere non posse, in variis locis traditur, vti in *l. 18. D. qui testament. facer. poss. §. 2. l. quib. non est permitt. testament. facer. et in Pauli sentent. recept. Libr. 3. Tit. 4, 12.* Quamuis vero inter prodigos et debitores obaeratos saepius varia intercedant discrimina; illud tamen manifestum est, testamentum eius, qui soluendo non est, quatenus in fraudem creditorum tendit, vim non habere, atque heredes in eo institutos aequae ac legatarios, priusquam creditoribus satisfactum, inde nullum commodum percipere. *L. 39. §. 1. D. de V. S. L. ult. §. 5. C. de iur. deliber.* Testimonium hic denunciamus Iuliano, qui in *l. 17. D. de mort. causs. donat.* ita pronunciat: *etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, auelli res mortis caussa ab eo donata debet.* Nam, cum legata ex testamento eius, qui soluendo non fuit, omnino inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis caussa factae, rescindi debere, quia legatorum instar obtinent. Conferas quae *l. 68. D. ad Sct. Trebell.* Sic quoque iudicasse anno 1708 Iureconsultos Vitembergenses, Hornius *Class. 12, Responf. 106* testatur, cui associamus Wernherum in *obseruat. Part. 3, 35 in supplement.* Quod si heres institutus amore erga defunctum ductus, ne quid ignominiae in eundem redundet, omnibus creditoribus satisfacere paratus sit, non est, cur ii amplius de vi testamenti disceptare velint. Dum enim id, quod ipsis debetur, accipiunt, nihil sane refert, quomodo solutionem consecuti fuerint.

III.

De his, qui simul deliquere, recte interrogandis.

Haud raro in foris nostris accidit, vt ii, qui coniunctim deliquere, non separatim et singuli, sed simul vno actu, super delictis commissis inter-

interrogentur. Id, licet interdum bono consilio fiat, vt scilicet omnia citius peragantur sumtusque minuantur, nemo tamen facile probaturus est. Neque negamus, nobis eiusmodi examina videri vitiosa. Etenim si in vlla re, certe in delictis explorandis maxima cautio est adhibenda, ne quis iusto lenius, vel durius puniatur. Sed poena vt recte aestimetur, prius scire debemus, quantum quisque deliquerit. Vti vero homines aetate, sexu, ingeniis, moribus, officiis aliisque rebus multum inter se differunt; ita quoque saepe iis, qui simul maleficium perpetrarunt, non vna eademque poena irrogari potest. Sic impuberes propter aetatis imbecillitatem leuius peccant, neque rigori poenae ordinariae subiiciuntur. Hinc Imperator Constantinus in *l. 1. C. de fals. monet: impuberes vero, etiamsi conscii fuerint, nullum sustineant detrimentum, quia aetas eorum, quid videat, ignorat*. Aliter interdum puniebantur apud Romanos propter idem facinus liberi, aliter serui, aliter infames, aliter integrae famae homines. *L. 28. §. 16. D. de poen. et l. 38. §. 3. D. eod. Titul. vbi Paulus: qui nondum viripotentes virgines corrumpunt, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam relegantur, aut in exilium mittuntur*. Adde *Nouell. 135 cap. 10*, ex quo intelligitur, etiam propter discrimen sexus, poenam infligi disparem. In omnibus vero delictis in primis considerandum, quo consilio quis ea susceperit, et quem sibi finem proposuerit, num sciens prudensque damnum dederit, quibus rationibus commotus ad delinquendum accesserit, et quae officia improbo facinore laeserit. Quo enim plures adfuere causae, quae cum a delicto auocare debuerunt, quoque plura officia fuere violata, eo grauius delictum admissum est iudicandum. Latus hic se nobis offert campus, in quem lubenter excurreremus, nisi instituti memores, breuitati studeremus. Et certe harum rerum cupidus iam satisfecere Illustres viri Io. Christoph. Kochius in *institut. iur. crimin. Libr. 1. cap. 3 segg.* et Io. Christian. Quistorpius in *element. iur. crim. Libr. 2. sect. 3 seg.* Sed iam rationes, cur sententiam supra propositam in foris sequendam esse, existimemus, strictim subiungamus. Si plures simul deliquere, etsi vnum idemque delictum videtur esse commissum; tamen, si personas delinquentium spectas, singulae separatim delicta propria, propter quae etiam iis poenae singulares subeundae, perpetrarunt. Eleganter Caius in *l. 34. D. de iniur. rem* ita exprimit: *si plures serui simul aliquem ceciderint, aut conuictum alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium et tanto maior iniuria, quanto a pluribus admissa est. Immo etiam tot iniuriae sunt, quot et personae iniuriam facientium*. Deinde non omnes, qui com-

communiter iniustum facinus perficiunt, eodem modo semper in eodem peragendo concurrunt. Alii enim veluti duces suaforesque sceleris considerandi; alii e contrario coeco impetu ablati, mali facti auctorem temere secuti sunt. Nonnulli hortando, consilia sub ministrando, instrumenta suppeditando, in commune facinus consentiunt, licet eo tempore, quo facinus peractum, praesto non fuerint, vel spectatores duntaxat eius, quod alii exequentur, delicto, adfuerint. Quis vero omnes vna eademque poena, licet in ipso facto non aequalem operam praestiterint, afficiendos esse credat? Aequius profecto iudicarunt Iureconsulti Romani, vti ex *l. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil. et §. 12. I. de obligat. quae ex delict. nasc.* satis perspicitur. Huc accedit, quod ex pluribus, qui simul deliquerunt, vnus et alter, pro officiorum varietate, modo grauius, modo leuius peccet. Ne obscura dicere videamur, exemplis rem illustrabimus. Fac, plures simul iniurias verbales et reales inferre Sempronio, vnum ex iisdem Sempronii esse filium, alterum eiusdem esse subditum, ceteros vero nullo vinculo naturali, vel ciuili, eidem esse coniunctos. Quis, quaeſo, non intelligit, iniuriam a filio et subdito patri et magistratui illatam, longe esse grauiorem ea, quae a reliquis facta est? Pari modo hodie apud nos de ea specie erit iudicandum, quando furtum committitur a pluribus, ex quibus quidam ei, qui furtum passus est, consanguinitate sunt iuncti. Furtum enim domesticum poenam ordinariam mitigare solet. *Constitut. Elect. Saxon. inedit. 6.*, et *Krescius ad Constit. criminal. Carol. V. art. 165, §. 3.* Iam vero facile apparet, eos, qui non simili ratione delinquant, diuersos quoque vti iuribus, exceptionibus et defensionibus, eosque non vno actu examinandos, sed studio accurato singulos separatim esse explorandos. Denique auream sententiam omnibus iudicibus commendamus, quam Imperatores Arcadius et Honorius in *l. 22. C. de poen.* his verbis tradidere: *sancimus, ibi esse poenam, ubi et noxia est. Propinquos, notos, familiares, procul a calumnia sub mouebimus, quos reos sceleris societas non facit. Nec enim affinitas, vel amicitia, nefarium crimen admittunt. Peccata igitur suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur metus, quam reperitur delictum.*

III.

Cautio pro reconuentione praestatur tantum de iudicio fisci.

Multi in ea versantur opinione, ac si cautio, quam reus hodie ab actore pro reconuentione postulare solet, non solum de iudicio fisci, verum

verum etiam de iudicato soluendo, praestanda sit. Sed hanc sententiam, propterea quod moribus repugnat legumque praesidiis destituitur, prorsus improbamus. Ipsa quidem reconuentio Romanis, vti ex *l. 11. D. de iurisdic.* cernitur, fuit vsitata, eaque simul cum conuentione processu simultaneo tractabatur. *L. 14. C. de sentent. et interlocut.* Sed moribus Saxonice aliud obtinuit, cum reconuentio prius, quam conuentio fuerit finita, institui haud potuerit. Ita enim praecipit *ius prouinc. Saxon. Libr. 3. art. 12*: welcher Mann auf einen klagt, und einer wieder auf ihn, der von erst klagt, der darff dem andern nicht antworten, er sey dann erst ledig von ihm. Credidere scilicet veteres, sic lites citius et felicius finiri easdemque noluerunt incertis reorum allegationibus nimis protrahi. Eam in causis duntaxat connexis et olim obtinuisse, et adhuc obtinere, neminem fugit. Ignorat vero ius Romanum eam, quae ob reconuentionem exigitur, cautionem, id quod mirandum non est, cum ex *Novell. 96. cap. 2.* pateat, iudicium reconuentionis haud absolue fuisse necessarium, atque actorem, aduersus quem mutua mouebatur petitio, incompetentem iudicem recusare potuisse. Sed aliud statuiffe Saxones, ibique actorem reconuentione pulsatum, iudicium, in quo reum conuenerat, accipere debuiffe, dubitare nos non finit *ius prouinc. Saxon. quo quidem Libr. 1. art. 61.* traditur: wo der Mann Recht fordert, da soll er wiederum Rechtens pflegen. Vt igitur reus magis redderetur securus, ab actore, vt pro reconuentione caueret, exigere potuit, cuius quidem cautionis origo nobis ex *iur. prouinc. Saxon. Libr. 2. art. 9.* repetenda videtur. Differentias iuris ciuilibus et Saxonici in hac re dudum obseruauit Christoph. Zobel in *different. iur. ciuil. et Saxon. Part. 1. diff. 10.* Ea vero cautio vnice eo consilio petenda, vt reus, si actor in reconuentione iudicem conuentionis detrectet, securus praestetur, e contrario vero actor reconuentus tanto certius se sistat. Eandem nihil aliud spectare, quam vt reconuentus coram iudice conuentionis, reconuentionem tractari patiatur, ex *ordinat. process. veter. Saxon. Tit. 6. §. 3.* certissime cognoscitur. Sed extra Saxoniam acriter disputant, num ea solum de iudicio sisti, an etiam simul de iudicato soluendo, praestanda sit. Talis controuersia nuper Lubecae mouebatur, vbi extraneus ciuem Lubecensem ex contractu assurance ob damnum fatale, quod naui assurecuratae obtigerat, conueniebat. Reus varias exceptiones obiecit, atque potissimum, se magnos sumtus in nauim vi procellarum laesam impendisse, aiebat, quos vt actor restitueret, petebat. Eos vero per

modum reconuentionis recuperaturus, vt actor antea omnia idoneam pro reconuentione cautionem exhiberet, flagitabat. Iureconfulti Ienenfes actori iniungebant, vt pro reconuentione et expensis, ad centum thaleros vsque, pignoribus, vel fideiussoribus, caueret. Sed reus hacce sententia non contentus, remedium reuisionis et transmissionis actorum interponebat. Putabat scilicet, sibi non satis esse cautum, quia summa longe maior in reconuentionem erat deducta, atque cautionem pro reconuentione in primis ad soluendum iudicatum pertinere, existimabat. Prouocabat ad vsum forensem, variisque formulis subiunctis monstrare volebat, in foris Lubecensibus huc vsque eam cautionem ita, vti assererat, fuisse praesitam. Sed nos priorem sententiam confirmare haud dubitauimus. Vt tota lis melius cognoscatur, iuuat hic rationes dubitandi et decidendi integras inserere, quae sic erant conceptae:

Obwohl Beklagter behauptet, daß das No. 8. Actor. ertheilte Decret an und vor sich deutlich sey und keiner Erklärung bedürfe, auch, daß selbiges auf eine andere Art nicht erklärt werden könne, als daß Kläger die geforderte Cautionem pro reconuentione, auf 10000 Mark hoch, durch Bürgen oder Pfänder, zu bestellen schuldig, dafür halten will, und hierbey sich theils darauf, daß er die Caussam reconuentionis bereits benennet, auch hinlänglich bescheiniget, theils aber darauf, daß gedachte Caution auf eine doppelte Sicherheit abziele, und nicht allein de Iudicio listi, sondern auch de Iudicato soluendo bestellt werden müsse, beruffet, sowohl durch die No. 21 beygebrachte Cautions-Notuln sein Vorgeben, wasmaßen es in dasigen Foris hergebracht sey, daß der Vorstand der Wiederklage halber, dergestalt geleistet werden müsse, daß ein Cavent sich anheischig mache, alles dasjenige, was in der Reconuention durch Urthel und Recht obtiniret wird, als seine eigne Schuld zu bezahlen, sofort erweislich zu machen gesucht, auch nicht zu leugnen, daß nach denen beygefügten Notuln, angeführter maßen caviret worden, überdieses No. 23 sich erklärt, wie er erbdthig sey zu erweisen, daß seit mehr als 30 Jahren, bey dem dasigen Ober- und Nieder-Gerichte mehr erwähnte Caution auf die angegebene Art praestiret worden, im übrigen auch einwendet, wie er dadurch, daß Kläger den verlangten Vorstand auf 100 Thlr. hoch bestellen, und das in der Convention zu gewinnende Quantum, bis nach geendigter Reconuention, im gerichtlichen Deposito lassen sollz, in Ansehung derer mittelst der Wiederklage auszuführenden und bey nahe auf 10000 Mark hoch sich belauffenden Gegen-Forderungen, die erforderliche

Sicher-

Sicherheit nicht erhalte, mithin es, daß anders, als geschehen, erkannt werden sollen, das Ansehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil in dem Decrete No. 8, wie und auf was Art, auch womit Kläger den verlangten Vorstand der Wieder-Klage halber, bestellen solle, nicht bestimmter worden, und aus dem Commissions-Protocolle No. 13 erhellet, daß die Partheien über die Art, wie selbiger zu praestiren, sich nicht vereinigen können, auch Kläger im nur angezogenen Protocolle bereits behauptet, daß sothane Caution nur de Iudicio ficti, keinesweges aber de Iudicato soluendo zu praestiren, und die auch gegenwärtig von Beklagten geäußerte Meynung satzsam zeigt, daß Beklagter mit Klägern hierüber nicht einig sey, hieraus aber, daß das No. 8 befindliche Decret einer nähern Bestimmung und Erklärung bedurft habe, sich von selbst ergibt, hiernächst Beklagter zwar No. 2 Actor. einen Saldo von 9996 Mark 7½ fl. als eine an Klägern habende Gegen-Forderung angegeben, jedoch von Klägern No. 3 hierwieder verschiedenes und insbesondere dieses excipiret worden, daß die specificirten Posten noch zur Zeit nicht liquid, auch die erste und größte Post mit gegenwärtiger Sache in keiner Verbindung stehe und die Reconvention dieserhalb nicht statt finde, die in Ansatz gebrachten Reparatur-Kosten aber von ihm nicht zu erstatten wären, in dem Lübeckischen Rechte Part. 5. Tit. 3. Art. 3 aber ausdrücklich verordnet, daß der, welcher zuerst geklaget, dem andern auf seine Reconvention keine Antwort geben dürfe, er sey denn zuvor mit Recht von ihm geschieden, jedoch solle er schuldig seyn nachmahlig zu machen, warum er Klägern zu reconveniren habe, hieraus aber, daß solches vom gemeinen Rechte, nach welchem die Con- und Reconvention in einem Prozesse zugleich erdbtret wird,

L. 14. C. de sentent. et interloc.

abweiche, gnüßlich erscheinet, und kein Zweifel, daß die Verordnung des Lübeckischen Rechts aus dem Iur. prouinc. Saxon. Libr. 3. Tit. 12 entlehnet worden, mithin auch daran, daß nach selbigen die Reconvention bloß in Causis connexis statt habe, nicht zu zweifeln stehet, hieraus aber auch sich veroffenbaret, daß die Cautio pro Reconventionone, als welche in den Römischen Rechten nicht bekannt,

Heineccius in element. iur. German. Libr. 3. Tit. 5. §. 179.

nicht aus dem gemeinen, sondern einzig und allein aus dem Sächsischen Rechte zu beurtheilen, nach dem Sächsischen Rechte aber dergleichen Vorstand nur als eine *Cautio de iudicio listi* anzusehen,

Mencke in *Systemat. iur. ciuil. secundum Pandect. Libr. 2. Tit. 8. §. 4.*
 Carpzou. *Part. 1. Constitut. 5. def. 1.*
 Berger in *Elect. disceptat. forens. Tit. 12 seq.*

und dannenhero solche nicht nach dem Quanto der Gegen-Forderungen, welche Beklagter in der Reconvencion auszuführen gesonnen, bestimmt zu werden pfleget,

Riuinus in *Enunciat. iur. Tit. 13. §. 20 seq.*

vielmehr es hierbey lediglich darauf ankommt, daß Beklagter wegen der anzustellenden Wieder-Klage, hinlängliche Sicherheit erlange, daß Kläger vor eben dem Iudicio, allwo er die Convention angestellt, in der Reconvencion sich stellen und allda Recht nehmen werde, und durch voriges Urtheil Beklagten diesfalls genugsam prospiciet worden, so viel hingegen die beygebrachten Cautions-Notuln anlanget, daraus die angezogene Observanz um so weniger zu erzwingen stehet, da willkührliche und freywillige Handlungen streitender Partheyen ein Recht, welches einen Tertium obligiret, nicht bewirken, auch daraus nicht abzunehmen, daß durch ein rechtskräftiges Decret mehrgedachte Caution angeführtermassen zu praectiren, aufseleget worden, einfolglich auch Beklagter zu dem anerböthenen Beweise, in Betracht, daß, wenn auch verschiedene Personen über rechtsverwährie Zeit, auf die vom Beklagten angeführte Art, den Vorstand wegen der Wieder-Klage, wirklich bestellet, daraus dennoch eine Verbindlichkeit, daß ein Tertius solchen auf die nehmliche Art zu leisten schuldig, nicht herzuileiten stehet, keinesweges gelassen werden mögen, bey so bewandten Umständen aber, wegen Unerblichkeit derer Gravaminum, voriges Urtheil schlechterdings zu bestätigen, und Beklagter, da er den Proceß zur Ungebühr verzögert, in Erstattung derer temere cauffirten Kosten zu vertheilen gewesen, so sind wir c.

Sic vero Iureconfulti Vitembergenses a Senatu Lubecensi consulti, in causa Gustaph Adolph Dellingshausens — Johann Michael Draguhnens, mensē Februario 1778 responderunt.

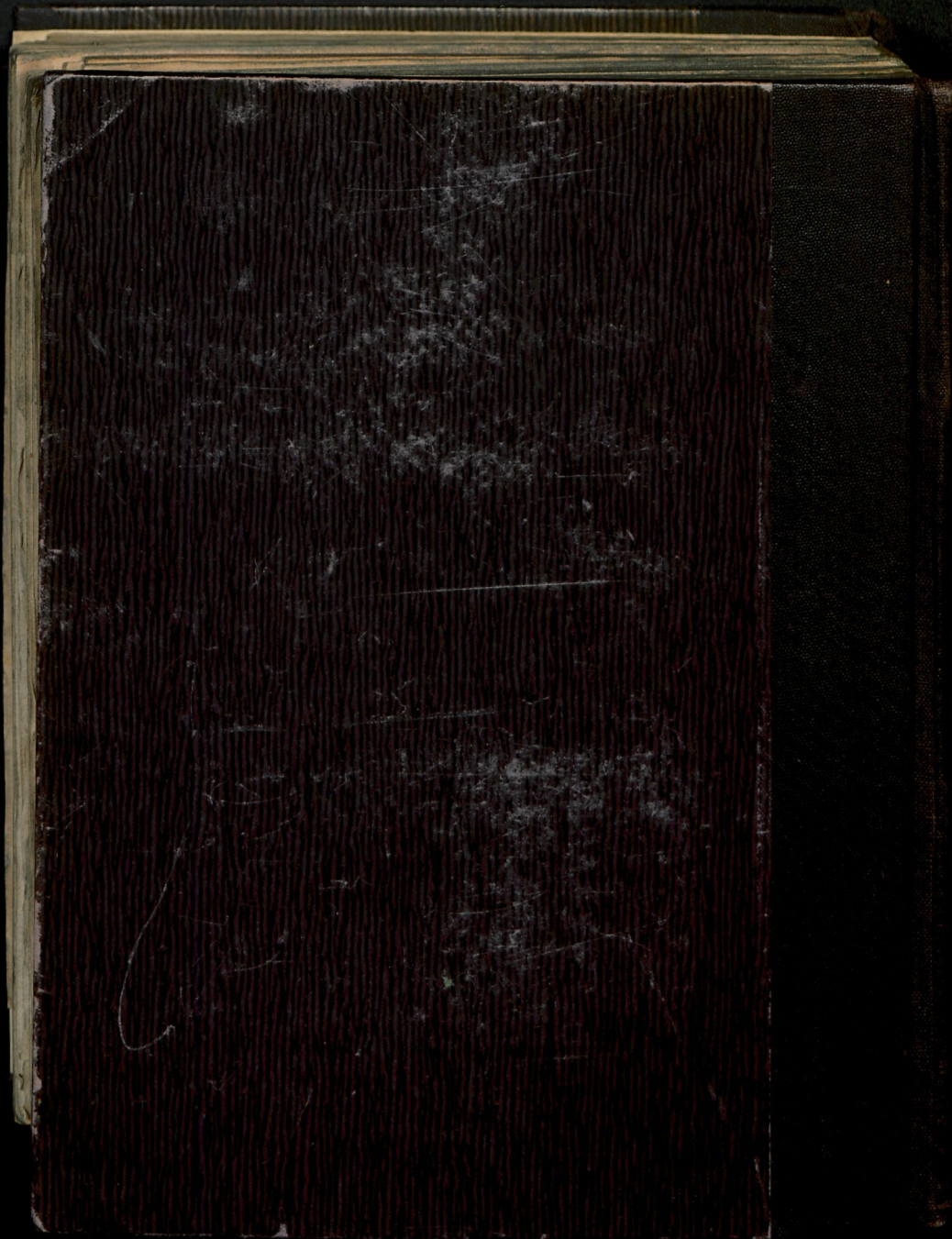
ULB Halle
002 265 427

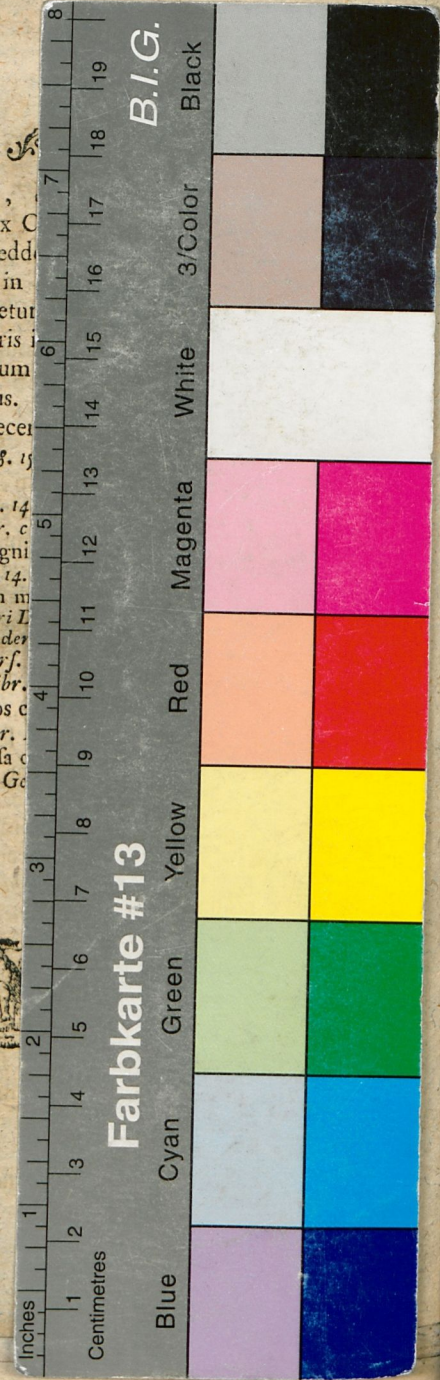
3



(f) Sb.







OBSERVATIONES
IVRIS ROMANI ET SAXONICI

Q V A S
PRAESIDE

D. GEORGIO STEPHANO
WIESANDIO

PROFESSORE INSTITVTIONVM ORDINARIO CVRIAE
PROVINCIALIS SCABINATVS ATQVE COLLEGII
IVRECONSVLTORVM ASSESSORE EIVSDEMQUE
H. T. DECANO

DIE XXII MAII A. S. R. CIDIÖCCLXXVIII

H. L. Q. S

PVBLICA DISCEPTATIONE DEFENSVRVS EST
IOANNES AVGVSTVS LVDOVICVS MENCKENIVS
VITEMBERGENSIS SAXO.



SPECIMEN VII

VITEMBERGAE

LITTERIS CAROLI CHRIST. DÜRRII ACAD. A TYPIS