

Wilhelm Enoch Ludwig Beeck

Dissertatio Inauguralis Juridica, Sistens Disquisitionem Quaestionis: Num Cautio Pro Reconventione Referenda Sit Ad Cautiones De Judicio Sisti, An Judicatum Solvi?

Rostochii: Litteris Adlerianis, MDCCCVIII

<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1005153698>

Druck Freier  Zugang



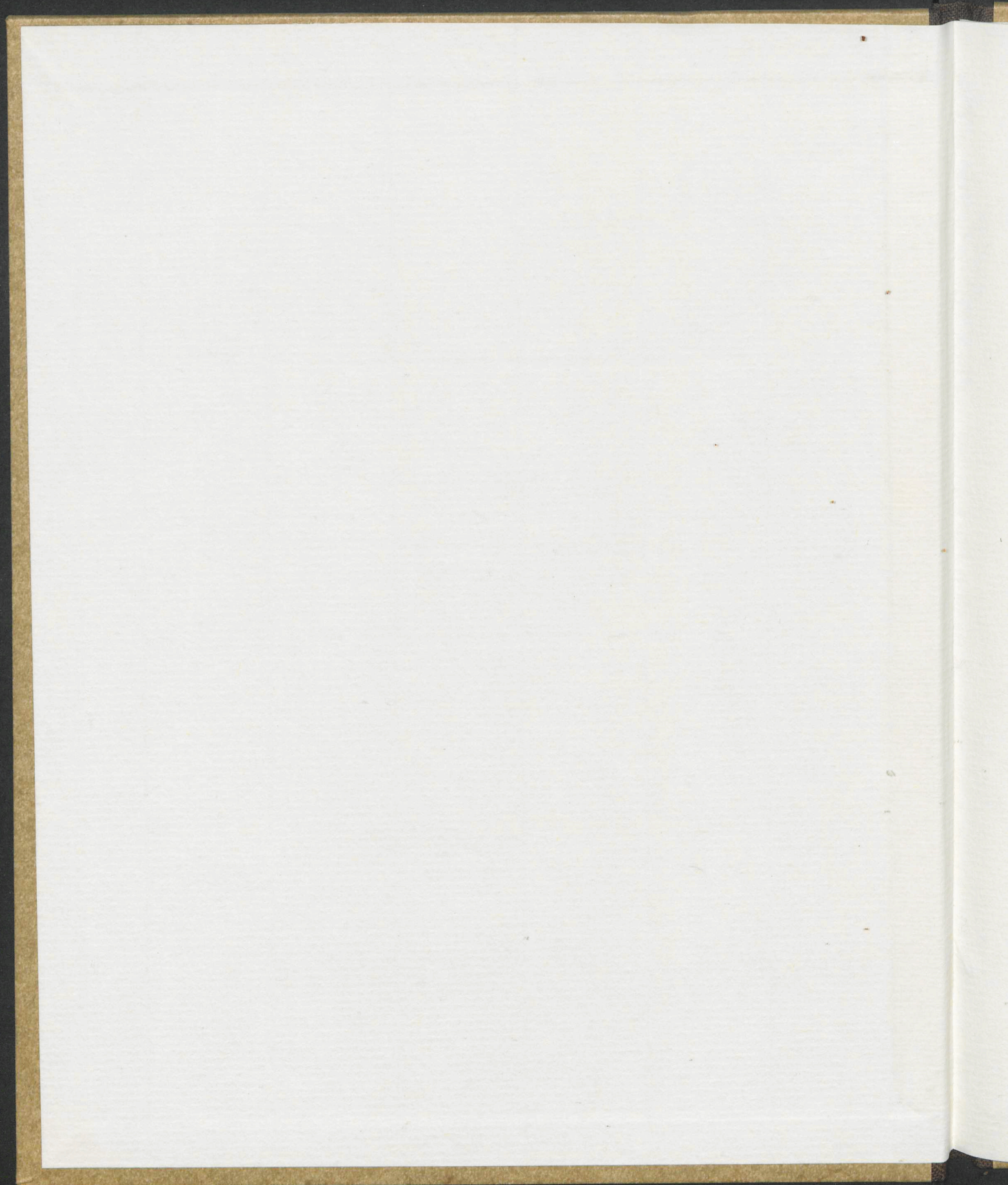
OCR-Volltext

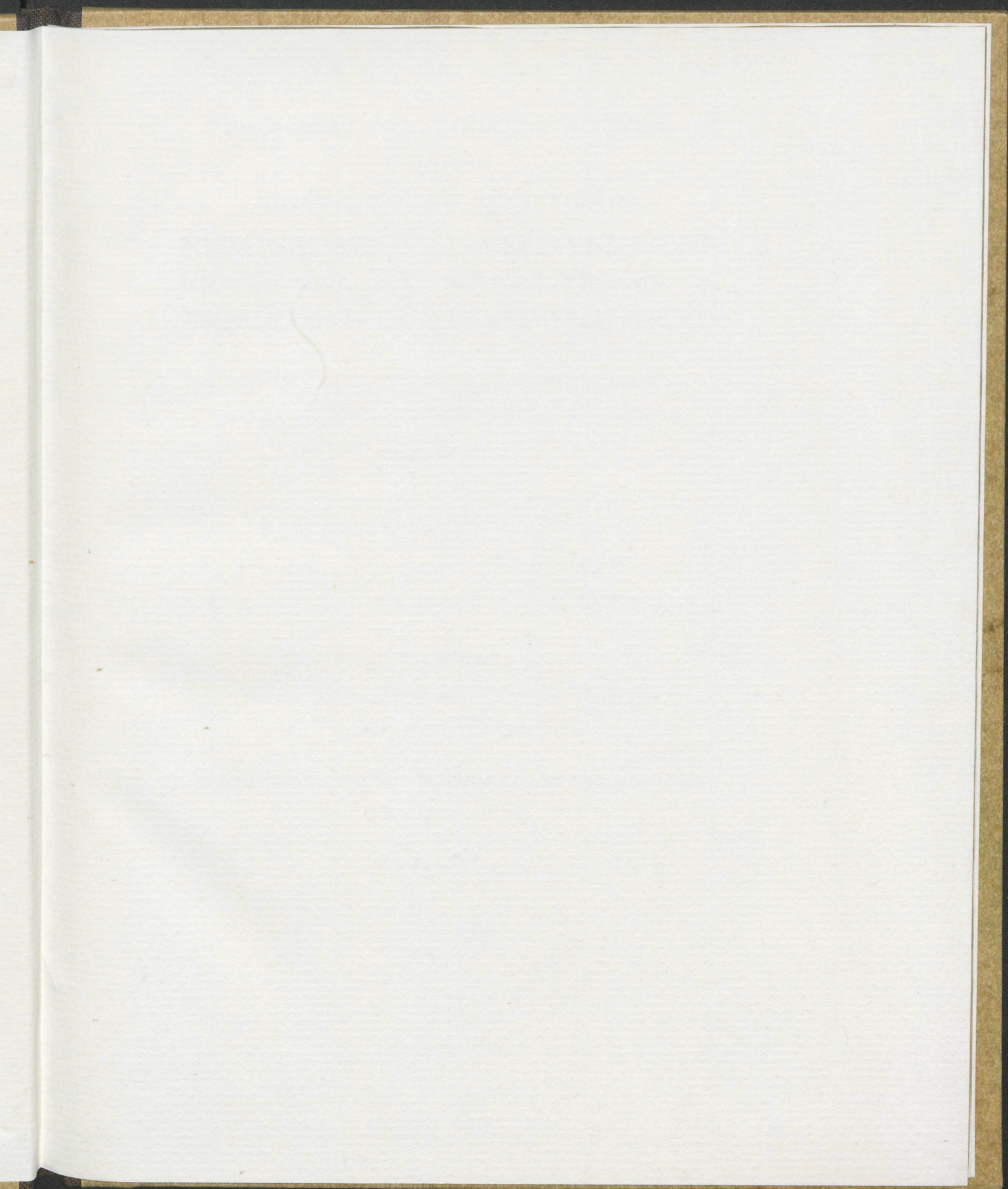
RU jurist. 1808

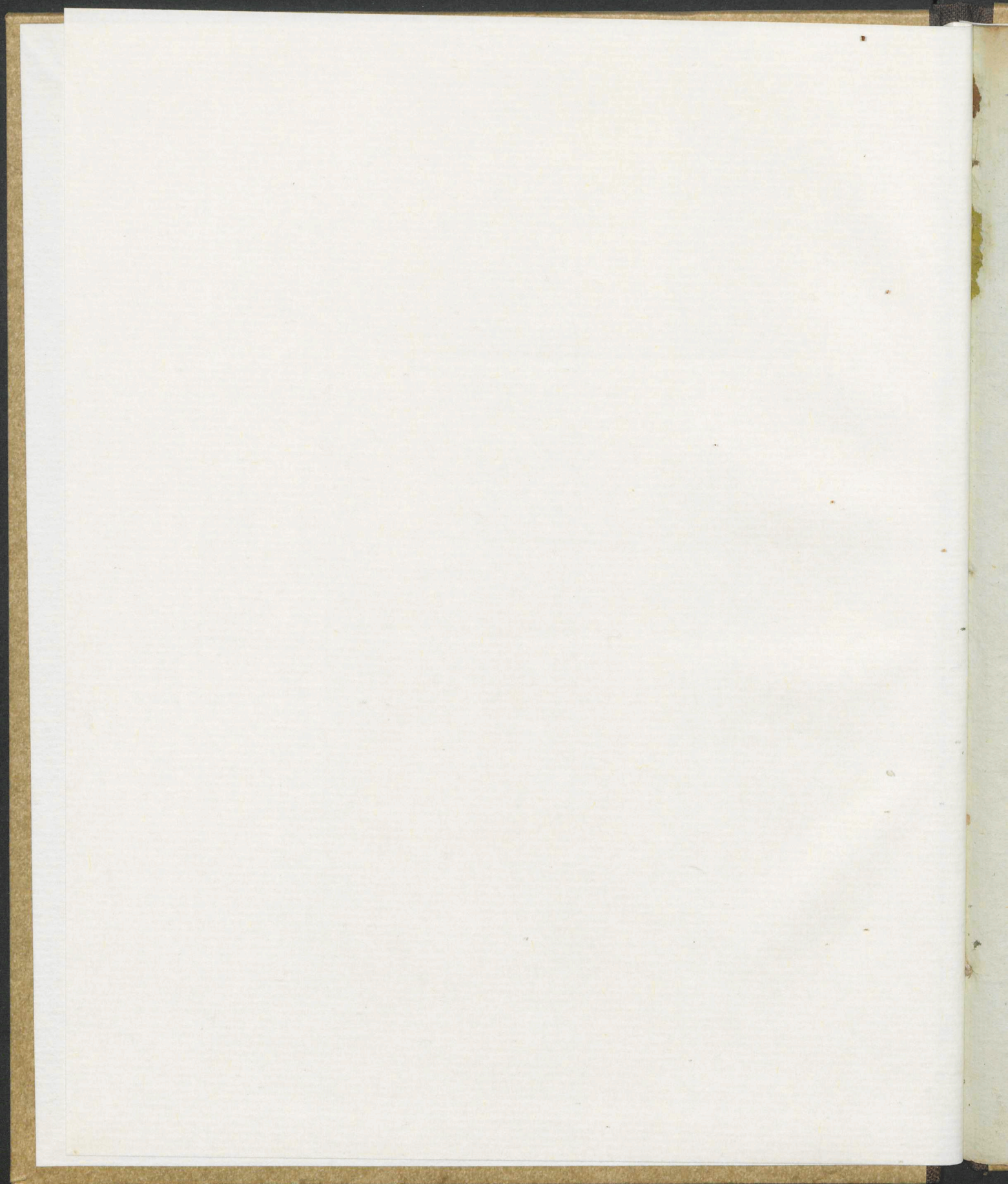
Beeck, Wil. E. Lud.

.1

.2







DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
SISTENS
DISQUISITIONEM QUAESTIONIS:
NUM CAUTIO PRO RECONVENTIONE
REFERENDA SIT AD CAUTIONES DE
JUDICIO SISTI, AN JUDICATUM SOLVI?

QUAM
PRO OBTINENDIS SUMMIS IN JURE HONORIBUS
CONSCRIPSIT
ET
ILLUSTRI JURISCONSULTORUM ORDINI
IN
ACADEMIA ROSTOCHIENSI

OBTULIT
WILHELM ENOCH LUDWIG BEECK,
MEGAPOLITANUS.

ROSTOCHII,
LITTERIS ADLERIANIS.
MDCCCVIII.

1808

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,

SISTENS

DISQUISITIONEM QUESTIONIS:

NUM CAUTIO PRO RECONVENTIONE
REFERENDA SIT AD CAUTIONES DE
JUDICIO SISTI, AN JUDICATUM SOLVI

QUAM

PRO OBTINENDIS SUMMIS IN JURE HONORARIIS

CONSTITUIT

ET

ILLUSTRI JURISCONSULTORUM ORDINI

IN

ACADEMIA ROSTOCHENSIS

ORATIT

WILHELM ENOCH LUDWIG RECK,

MAGISTRI

ROSTOCHII

LITTERIS ABERIANIS

MDCCLXIII

V I R O
ILLUSTRI CONSULTISSIMO DOCTISSIMO,
D O M I N O
JOHANN JACOB ANDREAS TADDEL,
UTRIUSQUE IURIS DOCTORI CELEBERRIMO,
SYNDICO CIVITATIS ROSTOCHIENSIS MERITISSIMO,
AFFINI ET STUDIORUM SUORUM PROMOTORI COLENDISSIMO,
IN GRATI ANIMI TESSERAM
HANC DISSERTATIONEM INAUGURALEM

D. D. D.
A U C T O R.

VIRI
ILLUSTRI CONSUETISSIMO DOCTISSIMO
D. O. M. I. N. O.
JOHANNI JACOB ANDREAS TADDEI
VIRI DOCTI DOCTORI GELFERTINO
SYMBOLO CIVITATIS ROSTOCKENSIS
ACADEMIA ET STUDIORUM SUORUM PROMOTORI COLLEGIO
IN GRATA ANNI TERTIA
HANC DE RE TATIONEM INAUGURAMINI

H. P. P.
A U G U S T U S

Celerrima litium decisio processuumque abbreviatio, quam multi jureconsulti summo animi studio atque diligentiae impendio promovere studuerunt, enixe quidem commendanda est, quatenus curatiorem facti disquisitionem haud impedit: adeoque remotio illarum processus partium, quae sententiam protrahunt et differunt, primo aspectu praecipue ad illum finem conducere videtur. Ast ex altera parte dubio caret, promptissimam sententiam inutilem esse, si iudex illam postea exsequi nequit. Reprobanda itaque non sunt media illa, quae sententiae judiciali exequendae inserviunt, quamquam hanc paullulum morentur.

Hisce mediis adnumeranda est cautio pro reconventionem, de qua, num revera utilitatem praestet, an potius nocua sit in processu, doctorum opiniones admodum variant. Non solum enim celeri processus progressui saepius obstat, verum etiam haud raro illa abutitur reus, qui iusta reconventionis causa destitutus vanas praetensiones profert, ut actorem vexandi occasionem habeat. Accedit, quod cautionis pro reconventionem praestatio saepius summis difficultatibus conjuncta sit. Supposita e contrario mutua petitione sufficienter fundata, utilitas hujus cautionis in dubium vocari nequit.

Varii jureconsulti ac legislatores has difficultates remove putaverunt, dum cautionem pro reconventione cautionibus de judicio sisti annumerabant, contenti, si actor, se litem ad finem usque prosecuturum, dato fidejussore sponderet. Verum nec haec intermedia via sua caret difficultate. Cautio de judicio sisti actorem aequè onerat atque litem retardat: fierique potest, ut, reconventore in causa reconventionis vincente, judex sententiam suam in loco extraneo auxilio judicis loci exsecuturus obstacula inveniat, quae remove non valet, adeoque cautionis scopus obtineri non possit.

Igitur haud inutile videtur, quaestionem: ad quodnam genus cautionum cautio pro reconventione pertineat, denuo exponere. Me quidem haud fugit, quod a multis praeclaris et doctissimis viris jamjam disquisita atque illustrata sit haec quaestio, nec mihi tantam tribuo auctoritatem, quod responsionem ab omni dubio liberatam offerre valeam. Verum quum doctrinae specimen edendum sit, quid valeant humeri, tentabo; et hanc operam non penitus superfluum fore, confido.

Omni quod initur negotio, ex quo oriuntur jura ac obligationes, incitamenta addere licet, quae debitorem ⁽¹⁾ ad implendam obligationem magis impellunt atque creditorem securiorem reddunt. Haec incitamenta nonnunquam sunt pacta adjecta, ab arbitrio debitoris suo modo dependentia. Haud raro autem ipsae leges haec media obligationem firmandi praescribunt. Omnia haec media securitatis cautionum nomine ⁽²⁾ veniunt; quae sunt actus, quo aliquis ob damnum, quod metuit, securus redditur. ⁽³⁾

⁽¹⁾ Hic notandum: vocabula illa, creditor et debitor, per totum hoc scriptum, haud sensu stricto intelligenda; non igitur significare, quod germanice dicitur: Gläubiger, Schuldner, sed subjectum activum et passivum obligationis cujusdam.

⁽²⁾ Verbum cautionis nonnunquam etiam denotat regulas praecautiois, quae et cautelae vocantur. L. 3 pr. D. de transact.; deinde instrumentum, quo jus et obligatio probantur. L. 47. §. ult. D. de pactis. L. ult. D. ut legatorum. L. 25. §. 4. L. 15 D. de probat. Ast hae significationes ad nos non pertinent.

⁽³⁾ Hellfeld, jurispr. forens. §. 231. Höpfner, Theoretisch, practischer Commentar über die Institutionen, §. 231. ne plus allegem.

Cautio varias habet divisiones, quas tamen omnes exponere, instituti ratio haud permittit. Vnius tantum mentionem faciam, cujus in quaestione proposita ratio habenda est. Ratione nempe

formae et modi cautionem dividere licet in verbalem et realem. Illa praestatur per promissionem indemnitis, haec per concessionem juris cujusdam, quod creditor in casu non adimpletae obligationis persequi potest, quod fit aut per oblationem fidejussoris, quae satisfactio vocatur, ⁽¹⁾ aut per constitutionem pignoris, quae pignoratitia cautio dicitur ⁽²⁾.

Cautio verbalis praestatur aut per juramentum, quae juratoria, aut per nudam promissionem absque juramento, quae nude promissoria cautio vocatur. ⁽³⁾ Cautio verbalis, cum exiguam securitatem praebet, in regula non admittitur. Attamen jure romano, viri illustres per juramentum cavebant, ⁽⁴⁾ ut et pauperes, i. e. qui fidejussores se sistere non posse, probaverant. ⁽⁵⁾ Per nudam promissionem absque juramento cavent fisci, ⁽⁶⁾ ecclesiarum oeconomi atque defensores, ⁽⁷⁾ nec non illi, qui jus revocandi domum habent ⁽⁸⁾.

Absque expressa lege a cautione liberari solet, qui immobilia possidet, ⁽⁹⁾ quod tamen merito restringunt ad immobilia vel in provincia, vel sub jurisdictione, ubi lis ventilatur, sita, pariterque extendunt ad eos, qui munere publico cum salario conjuncto ornati sunt ⁽¹⁰⁾.

Notandum adhuc, in regula cavendum esse per fidejussores idoneos; ⁽¹¹⁾ praxis autem, si de quantitate et pretio objecti, pro quo cavetur, constat, arbitrio caventis relinquit, num fidejussorem denominare, an pignus exhibere velit.

- (¹) Satisfactio autem in jure nostro nonnunquam et alias cautionis species comprehendit. L. 61. D. de V. S. L. 21. §. 2. D. de constituta pecunia.
- (²) Realibus etiam adnumerari potest impositio arresti in personam aut res debitoris, sicut sequestratio.
- (³) Haec tunc modo nomen cautionis meretur, si fit ab aliquo, ad damni resarcitionem alias hand obligato.
- (⁴) L. 17. pr. Cod. de dignitatibus. L. 12. Cod. de proxim. sacror. scrinior.
- (⁵) Nov. 112. Cap. 2.
- (⁶) L. 6. §. 1. D. ut legator. vel fideic. serv. causa.
- (⁷) L. 25. §. 1. L. 33. §. 2. 3. Cod. de episc. et cler.
- (⁸) L. 2. §. 6. D. de judiciis.
- (⁹) L. 15. D. qui satisfacere cogantur.
- (¹⁰) Leyser, Spec. 34. Med. 5.
- (¹¹) Quis fidejussor sit idoneus, vid. apud Hellfeld §. 1910. Thibaut §. 759. Inprimis necesse est, ut sit solvendo, atque facile conveniri possit, quod fit, si nec absens est, nec alienae jurisdictioni subjectus.

§. 3.

Praemissis his monitis de indole cautionum in genere, consideranda sunt, quae ad formam processus pertinent. Maximum esse discrimen inter processum romanum et hodiernum, inter omnes constat, cujus etiam in cautionibus exigendis ratio habenda est. Cum enim hodiernus processus sit mixtura juris romani, canonici et germanici, occurrunt in jure romano, quas jura nostra ignorant, cautiones, et variae quibus nunc utimur, in jure canonico, legibus imperii atque statutis germanicis, fundatae sunt, quae Romanis ignotae

erant. Et quamvis hodiernarum cautionum similes inter juris romani cautiones invenias, illaeque haud raro eodem nomine veniant, haud tamen iisdem principiis nituntur, sed nostras longe aliter formatas conspicias.

Ast et ipsum jus romanum hac ratione non omnino sibi constat. Nam jus antiquum ab omni cautione liberat actorem; ⁽¹⁾ reum autem nonnumquam satisfacere jubet. Sic e. g. reum in jus vocatum, ut aut eat aut satis vel cautum det, obligat, quae cautio vadimonium vocata ⁽²⁾. Pariter si in rem agebatur, possessor cavere compellebatur, ut victus aut rem ipsam restitueret, aut litis aestimationem ⁽³⁾. Actione autem personali conventus, ab omni cautione immunis erat ⁽⁴⁾. Plura addere superfluum duco. Jure romano recentiori vero haec immutata reperimus. Jus institutionum nimirum actori adhuc immunitatem a cautionibus praebet; ⁽⁵⁾ jus autem novellarum actorem etiam cautionibus onerat. Cavere jubetur, partim, se intra duos menses litem contestaturum, ⁽⁶⁾ partim, ad exitum usque in processu se perseveraturum, atque si appareat, injustam esse litem, decimam partem objecti litis reo soluturum esse, ut ob expensas illi satisfaceret ⁽⁷⁾. Reus jure Justiniano, se in judicio permansurum usque ad terminum litis, i. e. litem se ad exitum usque continuaturum, cavebat; quae cautio imitatur quidem veteris juris vadimonium, ast multo hoc durior est. A reliquis autem juris antiqui cautionibus reus liberatus est, etiamsi actione reali conventus sit.

- 9
- (¹) Nempe si proprio nomine agebat. Alieno enim nomine agens, minime a cautionibus liberatus erat, quas autem omittimus, cum ad nostram materiam haud pertineant.
- (²) Voorda, Dissert. de vadimonio. In Fellenburg jurisprudentia antiqua, Tom. II.
- (³) Pr. Inst. de satisdat.
- (⁴) §. 1. Inst. cod. Desterley, Ueber die Caution für die Widerklage, §. VII.
- (⁵) Tit. Inst. de satisdat.
- (⁶) Nov. 96. Cap. 1. Auth. Libellum. Cod. de lite contest. ubi, hanc cautionem ad duplum damni se extendisse, legimus, quod reus passus erat, quia actio non continuata fuit; attamen haec cautio summam XXXVI aureorum non superet necesse fuit. Vid. etiam Desterley l. c.
- (⁷) Nov. 112. Cap. 2. Auth. generaliter Cod. de episc. et cler.

§. 4.

Conditores juris romani recentioris utilitatem cautionis praestandae jam intellexisse, ex §pho antecedente apparet. Attamen jus hodiernum magis adhuc a sanctionibus juris istius recedit, dum ab actore cautionem pro expensis et reconventionem nec non de proseguenda lite, nonnunquam etiam alias cautiones de iudicio sisti et iudicatum solvi, praesuppositis praesupponendis, exigit (¹). Innititur haec immutatio juris romani partim Ordinationi Camerae Imperii, (²) quae regulam exhibet. Wo jemand ausserhalb des Reichs einen dem Reich Unterworfenen vor dem Kaiserlichen Cammergericht beschlagen wolt, soll der Kläger dem Beklagten

genugsam Caution zu thun anhalten, wie die Recht das zulassen, damit in solchen Fällen ausserhalb des Reichs Execution zu thun ohne Noth sey.

Applicarunt hanc regulam mutatis mutandis reliqua judicia, praeprimis quum difficultas olim major esset quam hodie, exequendi sententiam contra aciozem extraneum, et frequentes de jurisdictionum limitibus controversiae occasiorem praeberent, ut requisitiones iudicis, coram quo lis agitata erat, effectu suo destituerentur. Partim autem auctoritas Carpzovii aliorumque Jureconsultorum Saxonum tantum valuit, ut in hoc passu, sicuti in multis aliis, jus Saxonicum ⁽³⁾ pro jure communi reciperetur. Tandem etiam Ordinationes complures Processus provinciales haec dogmata confirmarunt.

(¹) Martin Lehrbuch des bürgerlichen Processes, §. 299. Danz Grundsätze des ordentlichen Processes (Edit. Goenneri) §. 479.

(²) de anno 1555. Part. 3. Tit. 49. §. 8. Senkenberg III. 132.

(³) Carpzov Tom. I. Const. 5. Def. I. Claproth Einleitung in den ordentlichen Proceß, §. 140. not. (c).

§. 5.

Hisce praemissis quaestioni, quam exactius disquirere mihi proposui: num cautio pro reconventionem sit cautio de iudicio sisti, an iudicatum solvi, propius accedo.

Cautionem pro reconventionem ab actore urget reus, cui contra actorem pariter actio competit. Haec notio generalis hoc loco

quidem sufficiat, quamvis indolem hujus cautionis perspicere haud permittit: exacta enim hujus cautionis definitio exhiberi nequit, priusquam diversae Doctorum opiniones expositae sunt. Non modo enim objectum, cujus intuitu cautio praestanda, disceptationi occasionem praebuit, verum etiam quaeritur, num in omni genere processus, cautio locum habeat, et quinam sint, quibus haec cautio remitti potest. Evolvat quaeso auctores infra ⁽¹⁾ nominatos, qui harum controversiarum notitiam desiderat.

(¹) Pistor P. III. quaest. 115. Pufendorf proc. P. II. Cap. VI. §. 19. Carpzov. P. II. Resp. 83. n. 11. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß, §. 139 sqq. Wernher P. III. Obs. 102. Fratr. Becmannorum consil. et decis. P. II. dec. 93. Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, Tit. 263. §. 2156. Cramer obs. juris universi, Tom. III. Obs. 989. Schaumburg princ. prax. jurid. judic. (Edit. Reichardt) Lib. I. Sect. II. Cap. IV. pag. 5. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processus, locis quibusdam. Martin Lehrbuch u. s. w. §. 299. (Edit. II.) G. L. Boehmer princ. jur. canon. §. 699. Gluck Erläuterung der Pandecten, Th. 3. B. 2. Tit. 8. Höpfner Commentar über die Institutionen, B. 4. Tit. II. Grolmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (2te Aufl.) §. 157. Thibaut System des Pandectenrechts, §. 1265. 1267. Desterley Ueber die Caution für die Widerklage. Göttingen, 1805. Hennings Ueber die Zulässigkeit der Widerklage und deren Vorstandsfordernng insonderheit im Executioprocess. Hamburg, 1806.

§. 6.

Apud Romanos actor judicem, quem ipse elegerat, non solum in actionibus a reo institutis agnoscere debuit, sed etiam Imperator nonnunquam pro arbitrio judicem denominabat, qui mutuas petitiones, si quae adsint inter partes, decideret ⁽¹⁾. Romana interim reconventio, quanquam in essentialibus a hodierna haud differat, quoad formam tamen dubium est, utrum eidem similis fuerit. Ex quo sequitur, hodierna de reconventionem principia, non solum ex jure Romano, sed etiam ex fontibus aliis hausisse praxin, quorsum referendae jus canonicum, leges imperii, variaeque Ordinationes Processus Provinciales ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sedem reconventionis romanae invenies in L. 14. Cod. de sentent. et interloc. omn. jud. L. 22. D. de judiciis. L. 11. D. de jurisdictione. L. 1. §. 4. D. quae sentent. sine appell. rescind. Nov. 96. Cap. 2.

⁽²⁾ Praesertim Ord. Proc. Sax. Elect.

§. 7.

Ex principiis istis, in reconventionibus hodie observandis, hoc loco sequentia in memoriam revoco:

I. Ubi actio instituta est, ibi contra actorem reconventio instituitur, ⁽¹⁾ etiamsi ratione actoris judex sit incompetens; ⁽²⁾ nisi species jurisdictionis, ad quam reconventio referenda est, deficiat.

II. Actio et reconventio simultaneo processu, i. e. in iisdem actis et quantum fieri potest, eodem tempore tractantur ⁽³⁾. Sed

ut effectus simultanei processus locum habeat, necesse est, ne actio principalis sit praejudicialis intuitu reconventionis, et haec cum litis contestatione conjungatur ⁽⁴⁾.

III. Finita demum causa principali, reconventio istitui potest, si a decisione actionis principalis dependet.

IV. Separatim peraguntur actio et reconventio, quando haec litiscontestationem non immediate subsequitur, aut processum ordinario ventilanda est, actione intuitu modi procedendi privilegiata.

V. Ex reconventionem toties prorogatio necessaria oritur, quoties actor foro rei non subest; ⁽⁵⁾ actor itaque exceptionem fori privilegiati reconventioni haud potest opponere ⁽⁶⁾.

VI. Num reus perfecte obligatus sit, mutuam petitionem, si quam habet, reconveniendo in eodem iudicio contra actorem exigere, ubi actio instituta est, inter Doctores disceptatur ⁽⁷⁾. Omnes autem consentiunt, actorem haud renunciare posse actioni suae in praejudicium reconventionis jam fundatae ⁽⁸⁾.

VII. Reus, quoties reconventionem instituta jura sua persequitur, cautionem ab actore exigere potest, nisi is immobilia sub foro rei sita possideat, quibus a praestatione hujus cautionis liberetur.

⁽¹⁾ Cap. 6. X. de arbitris. Janus a Costa ad Decretal. Lib. II. Tit. 4.

⁽²⁾ R. Teller de reconventionem veteri et hodierna. Lips. 1759. Joh. Aug. Cleemann de mutuis petitionibus. Lips. 1770.

⁽³⁾ Cap. I. X. de mutuis petitionibus.

- (4) *Fratr. Becmannorum Consil. Tom. II. D. 90. n. 17. Brunne-
mann proc. civil. Cap. X. Nr. 11. Mevius P. VII. Dec. 89.*
- (5) *Bach de prorogatione § 3. (in oper. Nr. 11.) Voet Lib. V.
Tit. I. §. 78.*
- (6) *Danz § 483.*
- (7) *Dissentit Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einre-
den, §. 85.*
- (8) *Boehmer J. E. P. L. II. Tit. IV. §. II.*

§. 8.

A scopo meo alienum est, in hujus cautionis indolem ita inquirere, ut omnem ambitum hujus doctrinae exponam. Examen controversiarum illius intuitu exortarum fines speciminis inauguralis excederet. Subsisto itaque in illustranda quaestione primaria, num haec cautio ad cautiones judicatum solvi referenda sit, an potius securitatem tantum de judicio sisti contineat.

Jus romanum, quod cautionem pro reconventionem ignorat, fundamenta decisionis directa haud suppeditat. Cum enim actor, ratione reconventionis, quamvis ex eodem negotio, quo actio, haud natae⁽¹⁾, forum rei agnoscere hoc jure obligatus, cautione pro reconventionem speciali oneratus haud sit, reliquis reis aequiparandus videtur, ⁽²⁾ iisque tantum cautionibus, quae ab omnibus reis praestandae erant, obnoxius fuit. Ex hoc jure itaque quaedam tantum principia generaliora in subsidium vocari possunt. Neque magis provocari potest ad sancita juris canonici, quamvis inde complura deriventur, quae ad formam processus judicarii pertinent.

(¹) Glück B. 2. Tit. 1. §. 204.

(²) Desterley, §. VIII.

§. 9.

Obligationem actoris ad cautionem pro reconventionem praestandam, jam mature in Germania agnitam esse, probabile videtur (¹). Sat luculenter eandem approbeat Ordinatio Camerae Imperialis (²). Ejusdem postea complures Ordinationes Processus mentionem faciunt; ast in principiis summo opere variantes, quaedam de judicato solvendo, (³) quaedam vero de judicio sisti caveri volunt; quaedam in dubio relinquunt, quidnam speciali objectum hujus cautionis sit. Nemini itaque mirum esse potest, Doctores etiam, in exponendo jure communi utramque opinionem defendere, aliosque cautionem de judicio sisti, (⁴) alios cautionem judicatum solvi (⁵) praeferre.

(¹) vid. glossam ad art. 33. des sächsischen Weichbildes.

(²) loco jam infra §. 4. citato.

(³) In Megapoli Ordinatio Judicii prov. aul. de 1622. et Ordinatio Canc. Gustrov. de 1669. P. II. Tit. 15. §. 1. de judicato solvendo cautionem exigit.

(⁴) Carpzov P. II. Resp. 83. n. 11. Claproth ordentlicher Proceß, §. 139. Thibaut §. 1265. Glück §. 245.

(⁵) Pistor. P. III. Quaest. 115. Pufendorf proc. II. Cap. 6. §. 19.

§. 10.

Utriusque partis rationes exacte examinans, non possum non, quin pronior sim in illam sententiam, quae cautionem pro reconventionem cautionibus judicatum solvi accenset. Operae itaque pretium haud

defuturum esse existimo, quam in expositionem argumentorum impendo; haec enim a compluribus recentioribus, imprimis a Viro consultissimo Oesterley non satis examinata videntur; cui accedit, quod, qui exceptione ista abutuntur, iudicem facile inducant, ut ex his exemplis justo facilius regulam generalem derivet. Prolixam explicationem me quidem iudice haud desiderant: sed sequentia sufficere videntur.

I. Ordinatio Camerae Imperialis, quae prima hujus cautionis fuit occasio, cautionem judicatum solvi exigit, ob rationem supra⁽¹⁾ allegatam, et Camera Imperialis cautionem pro reconventionem generaliter pro cautione judicatum solvi declarat.

II. Eum in finem ab extraneo reconvento satisfactionem exigimus, ut jussui iudicis alias incompetentis pareat, et hujus sententia absque ambagibus executioni mandari queat. Non sufficit, ut causa controversa, in reconventionem deducta, decidatur, sed insuper necesse est, ut reconventus praestet, quodcunque res iudicata praescribit. Hic autem finis per cautionem de iudicio sisti saepius obtineri nequit. Litterae iudicis, coram quo reconventio ventilata est, jesse experientia, nonnunquam effectu destituuntur, quia aut ipse reconventus executioni sese subtrahere valet, aut tertius interveniens impedimenta excitat, aut iudex requisitus auxilium ea, qua desideratur, ratione detrectat. Ne igitur iudicium reconventionis elusorium evadat, et reconvens operam sumtusque litis perdat, cautio judicatum solvi merito praeferenda est.

III. Quoties conventio multo citius deceditur, quod in processu mandati et executivo potissimum locum sibi vindicat, fieri potest, ut reconventus, qui ex conventionem summam haud exigam, aut rem majoris pretii accepit, postea ad inopiam vergat, et bonis cedat. Cui usui tunc erit cautio de iudicio sisti? et quisnam quaeso probabit decretum iudicis, qui cautionem iudicatum solvi superfluum habuit, postea vero decisionem reconventionis exequi et reconvenientis damnum avertere nequit?

IV. Reliquae etiam cautiones, eidem scopo inservientes, ad solutionem iudicati dirigi solent: quidni ergo et cautio pro reconventionem? Huc pertinet cautio pro expensis, quacum cautio pro reconventionem jungi solet: huc referenda cautio pro exceptionem ad separatam rejecta, (2) et cautio de restituendo in casum succumbentiae, si remedio suspensivo plenus denegatur effectus; quae a cautione pro reconventionem in eo solum differunt, quod in alia processus parte exigantur.

(1) repet. §. 4.

(2) Exceptionem enim, licet separatam decisionem exigat, in reconventionem haud immutari, rectius asseritur.

§. II.

Rationes §pho praecedente expositae, ut illis accedam, qui cautionem pro reconventionem iudicatum solvi cautionem esse, defendere non dubitant, plane me convincunt. Sed adhuc

reliquum est, ut argumenta eorum, qui cautioni de iudicio sisti favent, exponam et rationes, ob quas iis calculum adicere nequeo, simul proferam.

I. Provocant ad ius romanum, quod solam cautionem de iudicio sisti requirere, nec lege posteriori expressa emendatum esse; eum itaque, qui ius romanum sequitur, fundatam, ut ajunt, intentionem habere, contendunt.

Sed ius romanum allegari nequit, cum hic sermo sit de cautione, cujus fundamentum e jure recentiori derivandum est, et quae limites jurisdictionis respicit, qui in Germania longe differunt ab iis, quos romanum imperium constituerat. Accedit, quod cautio romana a cautione hodierna in eo saltem differat, quod illa ab utraque parte praestetur; unde, qui ius romanum in hac doctrina applicare cupiunt, etiam utramque partem hac cautione onerare debent.

§. 12.

Urgent porro

II. cautionem pro reconventionem haud raro absque fundamento exigi et decisionem litis retardare. Minui hunc abusum existimant, si exceptio ad cautionem de iudicio sisti restringitur.

Abusus iste negari nequit; eam vero ob causam usum infringere haud licet. Compendium litis autem revera haud intercedit, si pro cautione iudicatum solvi, cautio de iudicio sisti substituitur. Fidejussor utrobique requiritur, et idoneitas

illius, nec non formula fidejussionis semper eodem modo examinanda est.

Obiiciunt adhuc:

III. cautionem judicatum solvi impedire, quo minus actor, qui aut facultatibus destituitur, aut fidejussorem saltem in foro litis pendentis non habet, jus suum persequi possit.

Inficias haud ibo, omnes, quibus fidejussor deest, hac cautione vexari: dubito interim, hanc difficultatem cessare, si in cautione de judicio sisti acquiescimus. Nemo enim, nisi rationes peculiares eaeque praevalentes accedant, pro paupere et extraneo de judicio sisti satisfabit. Hujusmodi actoribus levamen tantum praestari potest, si omnis obligatio ad exhibendam cautionem tollitur; quod aliae rationes sat praegnantibus dissuadent.

Praeprimis autem

IV. in causis saltem liquidis hanc cautionem improbant, et legibus aequae ac sanae rationi contrarium praedicant, quod solutionem debiti chirographo indubitato comprobati per exceptionem cautionis pro reconventionem retardari concedatur. Sed obliviscuntur sane, eum, qui sibi instrumentum ejusmodi procuravit, saepius eodem abuti, et justam debitoris sui exceptionem abnegare. Considerandum praeterea, omnem cautionis remissionem actionum frivolarum numerum augere, et in processu executivo, usurariam pravitatem adjuvare.

V. Denique nec cautione de judicio sisti processus abbre-

viatus, prouti relatum legi. Nam unum idemque est: num disceptetur de praestatione cautionis de iudicio sisti, an iudicatum solvi, quoties de obligatione ad cavendum et idoneitate cautionis disceptatur. Postea autem, si contra fidejussorem, qui reum iudicio sistere non potest, agendum sit de eo quod interest, novus processus de quanto excitatur, quod in in cautione iudicatum solvi saepius ulteriori definitione haud indiget.

§. 13.

Quae hucusque proposui argumenta, simul ad decidendam quaestionem proficiunt: num cautioni pro reconventionem locus sit, si reconventio effectum habeat simultanei processus? Jure romano affirmanda erat, cum omni casu reum et reconventum de iudicio sisti cavere, statuerit. Multi autem hodie hoc casu cautionem non admittunt; ⁽¹⁾ immo sunt, qui cautionem locum habere negant, cum non simultanei quidem processus reconventio effectum habet, sed tamen eodem tempore, quod de actione, etiam de reconventionem cognoscitur ⁽²⁾. Rationem hujus asserti in eo collocant, quod cautio ista superflua sit, si reconventio simul cum conventionem ventilatur, adeoque eodem tempore ambae deciduntur. Sed hoc argumentum haud sufficit. Licet enim simultaneus adsit processus, fieri tamen potest, ut conventionis decisio definitiva primam statim instantiam subsequatur, reconventio autem per sententiam interlocutoriam et remedia suspen-

siva proteletur. Omne autem vinculum conventionis et reconventionis, quaecunque demum sit, penitus evanescit, si actor causa cadit, aut reconventionis objectum postulata actoris multum superat. Carere itaque non possumus cautione pro reconventionem, licet pro cautione de iudicio sisti habeatur: multoque minus adhuc, quum cautio iudicatum solvi sit. Recte igitur cautio pro reconventionem definiri potest per cautionem iudicatum solvi, ad integrum reconventionis objectum directa ⁽³⁾.

(1) vid. Effor, v. Cramer, Schaumburg, Claproth, Danz, Martin, Wernher, Fratr. Becmanni locis §. 5. not. z. citt. Add. etiam Leyser Spec. 34. Med. 6. Hellfeld §. 245. Thibaut l. c.

(2) G. L. Boehmer, Glück, Höpfner, Grolmann locis §. 5. not. z. citt.

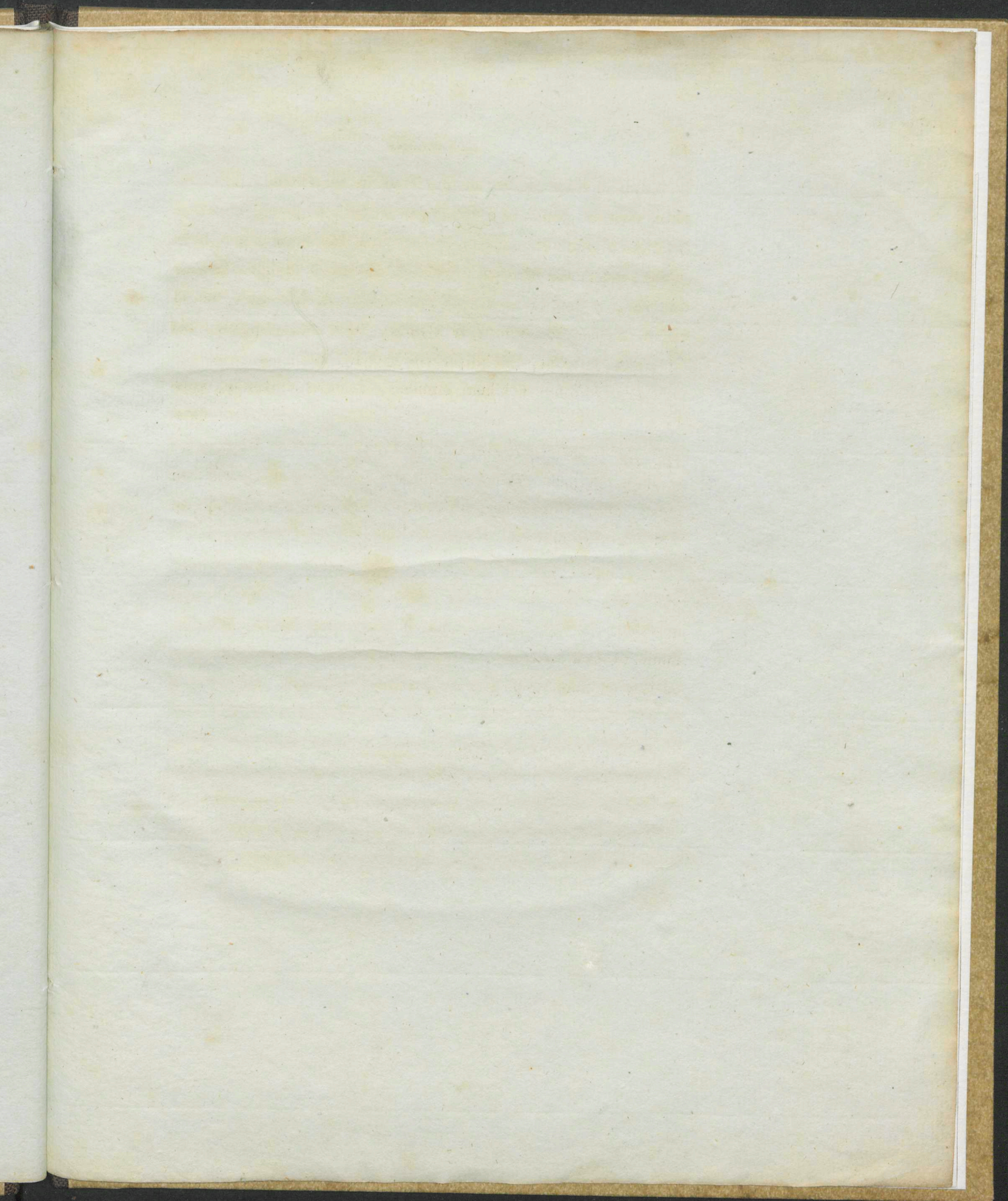
(3) De quaestione hac sphe exposita vid. Deserley, §. XXVI.

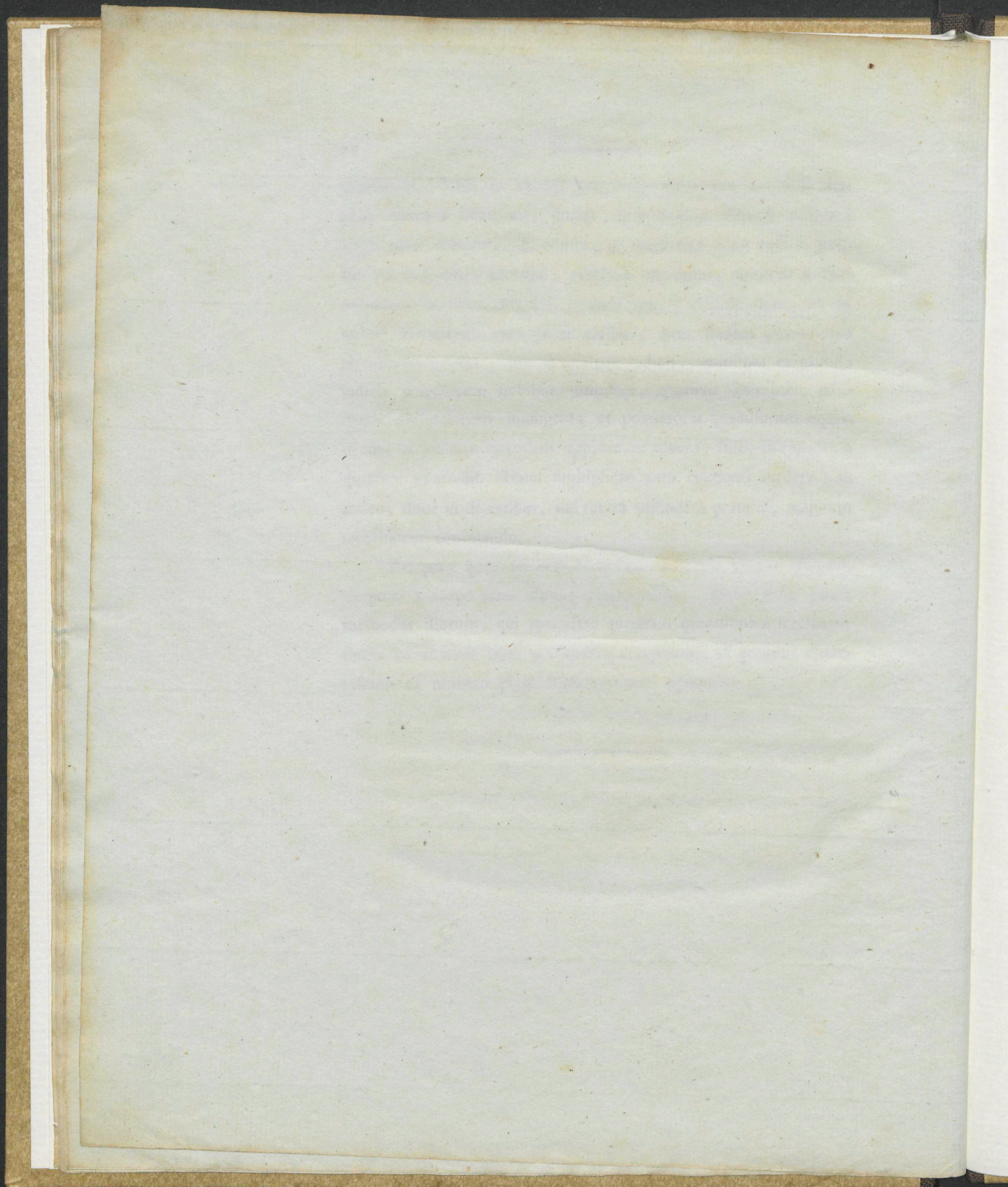
§. 14.

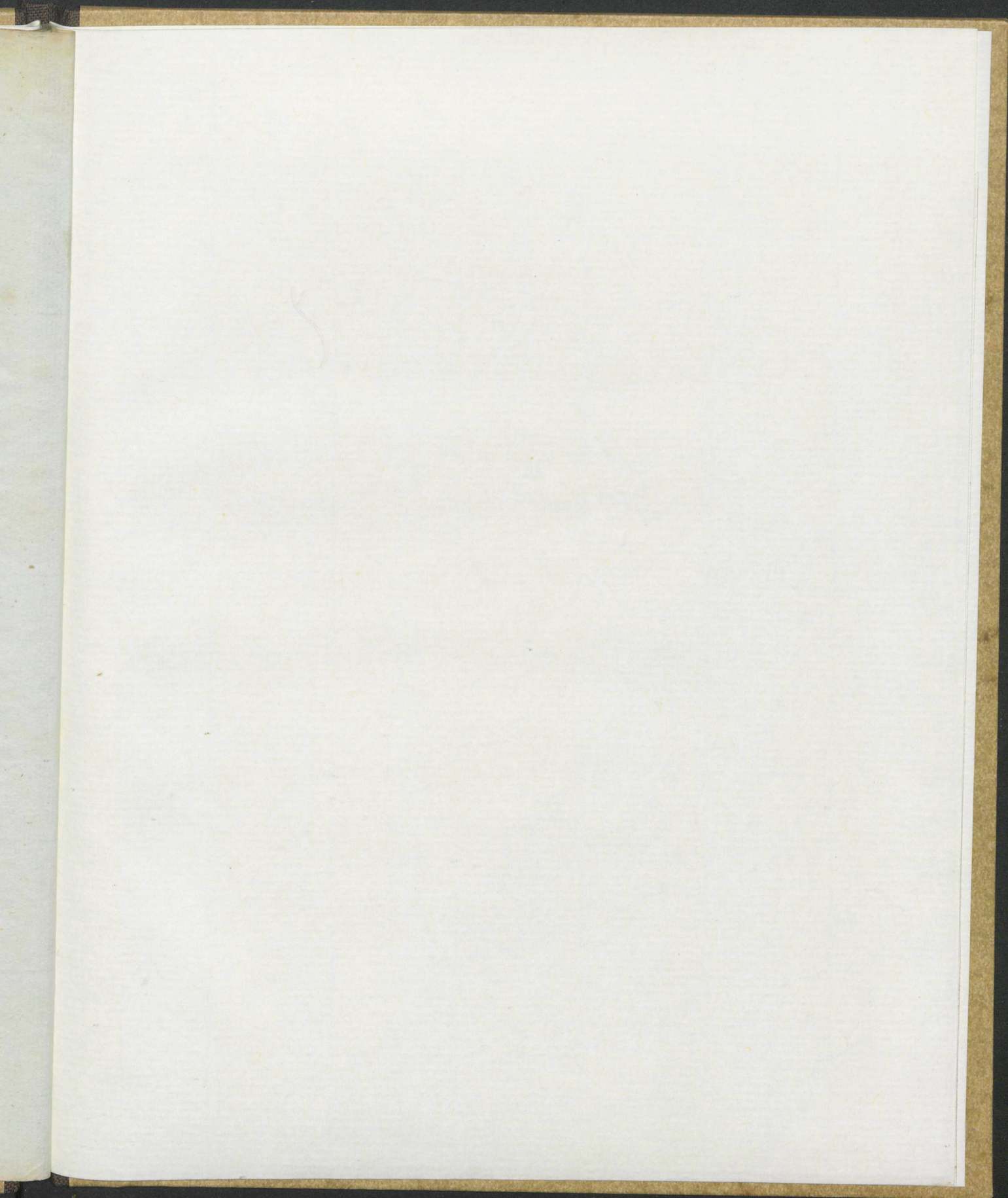
Cuncta, quae de hac cautione, saepissime a Jureconsultis jam tractata, hoc loco commemoranda videntur, perscrutanti mihi adhuc se offert quaestio: num possessio immobilium in eadem provincia sitorum liberet ab hac cautione, an immobilia requirantur sub eadem jurisdictione sita, ubi actio instituta est? Observantiam iudiciorum fluctuare comperi: nullus tamen dubito, quin eorum sententia praeferri mereatur, qui ejusdem territorii incolas suppositis supponendis ab obligatione cavendi immunes

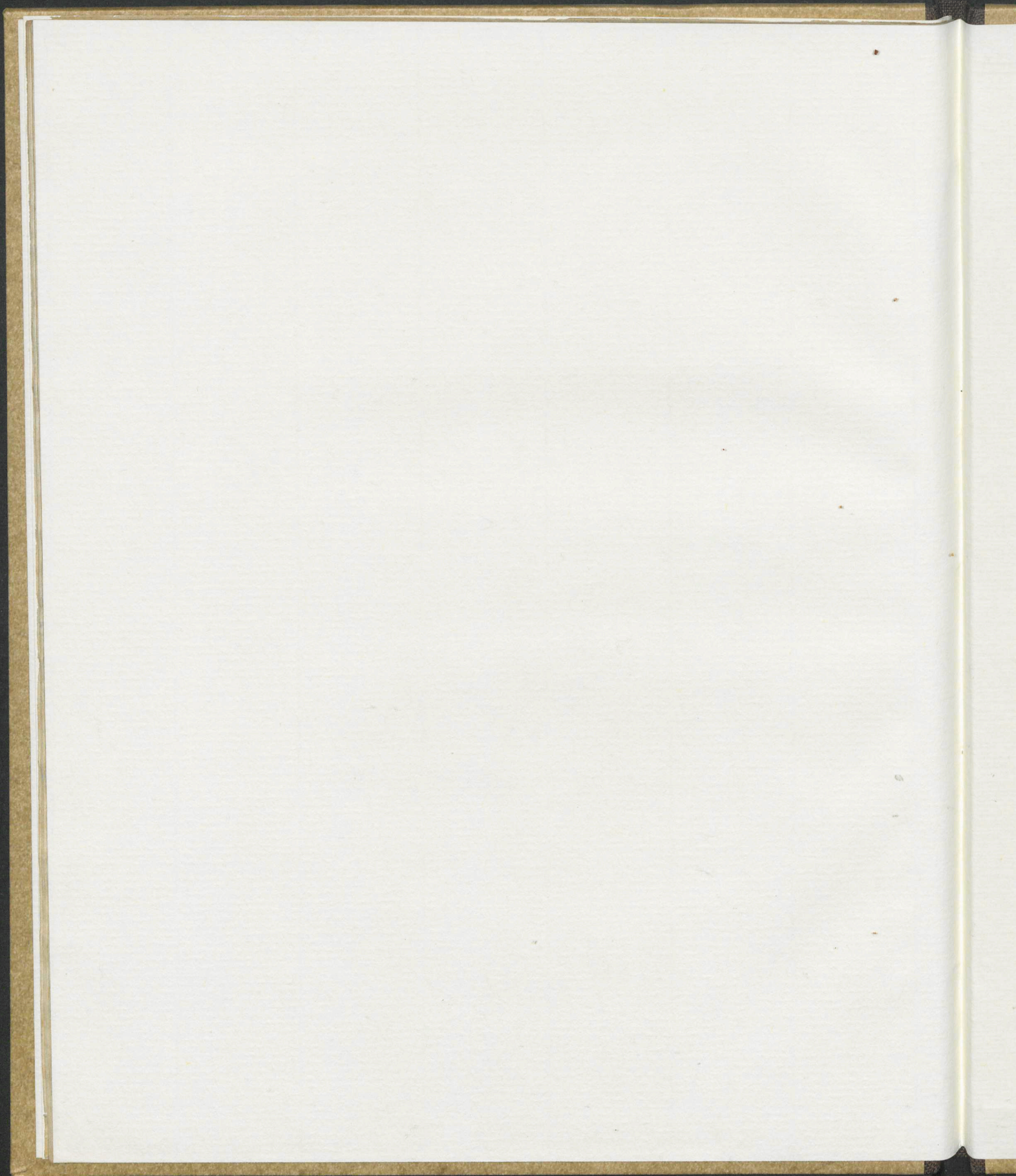
praedicant. Nam in eadem provincia iisdem executio difficultatibus obnoxia haud est, quales inter iudices diversi territorii haud raro oriuntur. E contra, si quemlibet alius iudicis iurisdictioni subjectum actorem, cautione oneramus, eandem a vitio iniquitatis et inutilitatis vix liberabimus. Accidit tunc, ut in eadem civitate ab exemptis et civibus, licet ibidem possessiones sat amplas habeant, pro diversitate iudicis, cautiones exigantur: iudicia praediorum nobilium omnibus, quamvis ditissimis, satisfaciendi obligationem injungent; et possessores praediorum equestrium, si iudicem quandam oppidanum adeunt, illico fidejussorem quaerere oportebit. Hanc multiplicationem cautionis suadere non audeo, dum in iis casibus, ubi revera utilitatem praestat, majorem securitatem commendo.

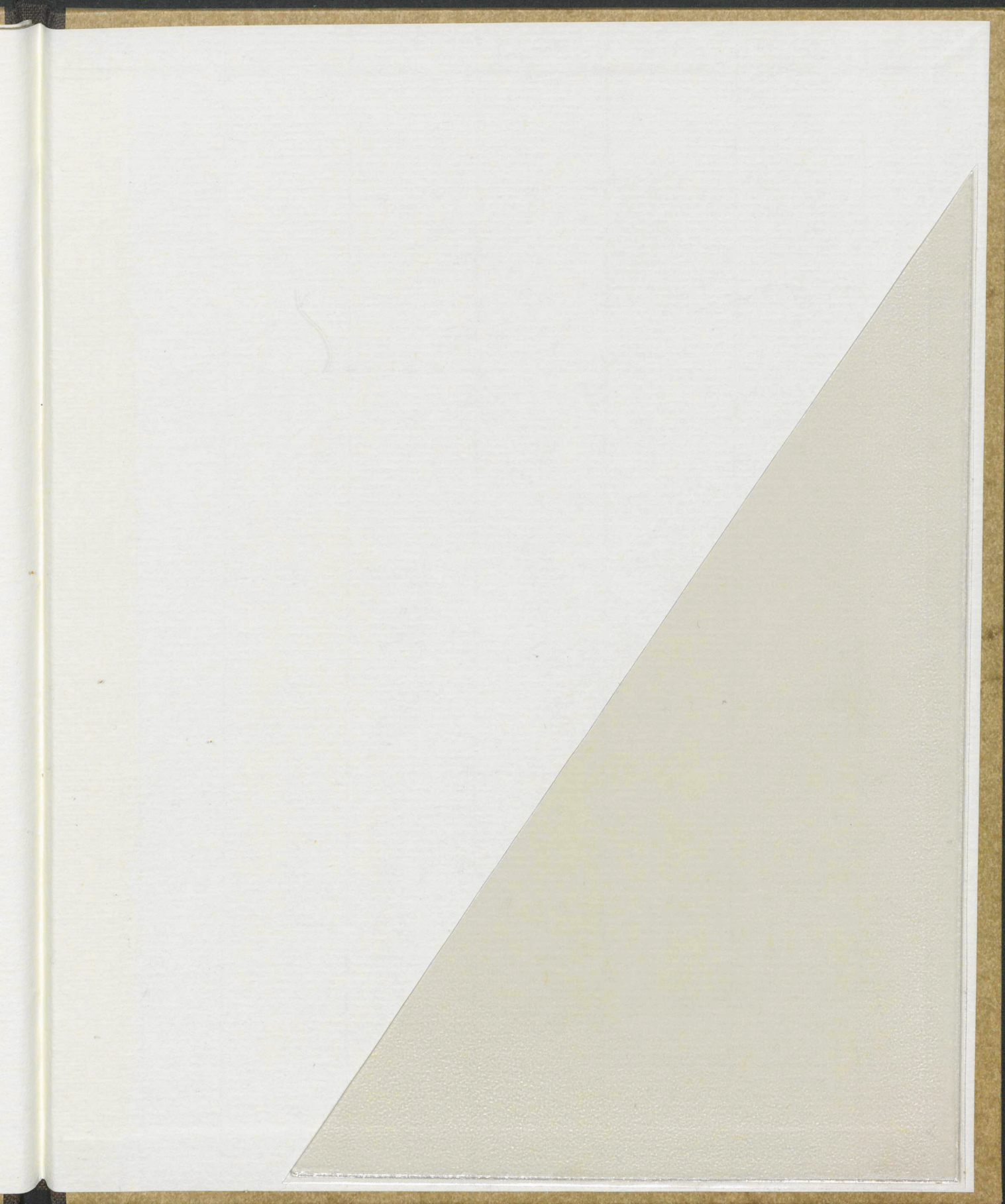
Reliqua, quae de hac exceptione dilatoria allegari possent, tanquam a scopo meo aliena, praetermitto. Haud enim placet methodus illorum, qui specialem quandam quaestionem tractantes, multa ad eandem haud pertinentia conquirunt, et pretium dissertationis ex numero plagularum aestimari opinantur.

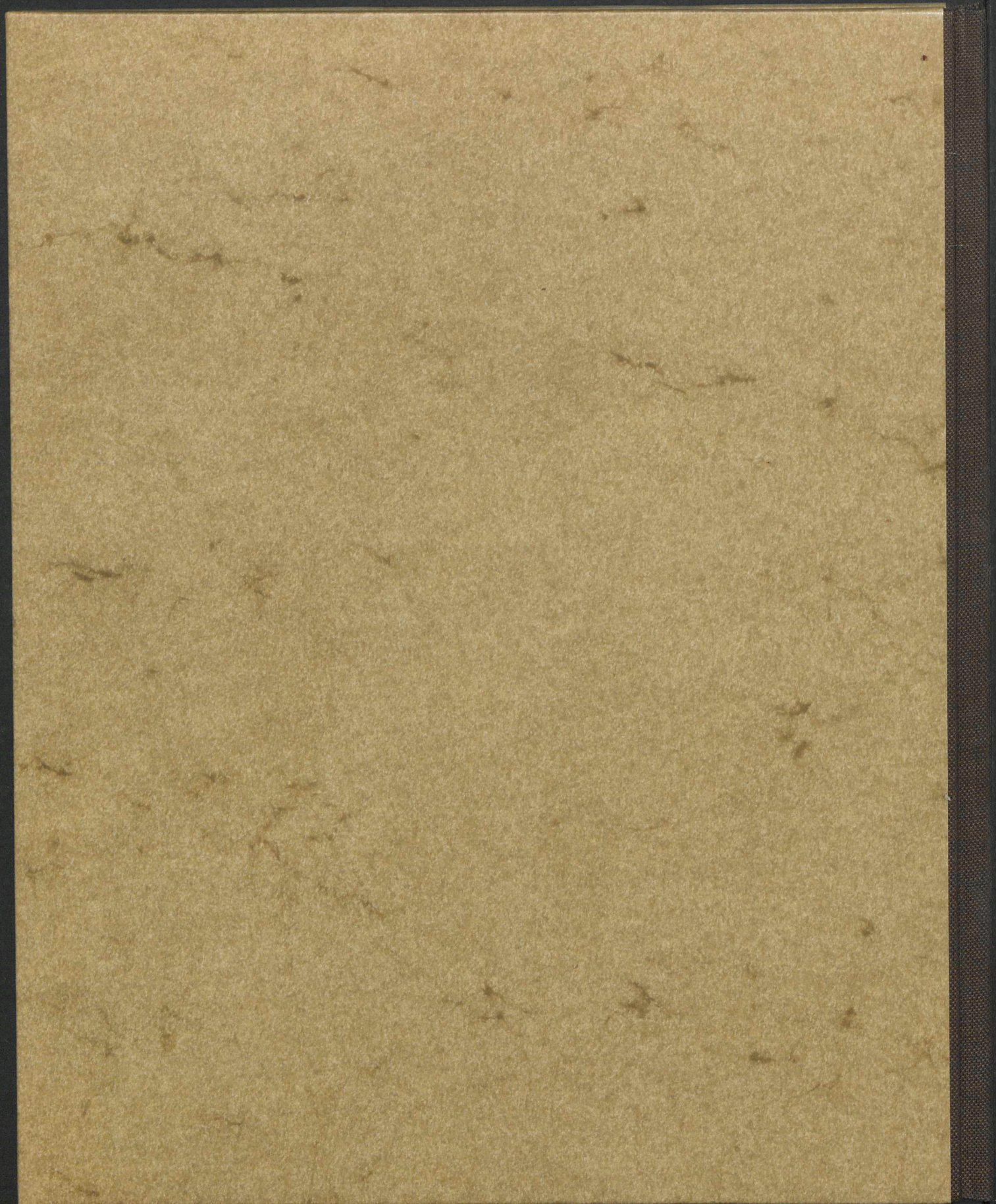












praedicant. Nam in eadem provincia iisdem executio difficultatibus obnoxia haud est, quales inter iudices diversi territorii haud raro oriuntur. E contra, si quemlibet alius iudicis jurisdictioni subjectum actorem, cautione oneramus, eandem a vitio iniquitatis et inutilitatis vix liberabimus. Accidit tunc, ut in eadem civitate ab exemptis et civibus, licet ibidem possessiones sat amplas habeant, pro diversitate iudicis, cautiones exigantur: iudicia praediorum nobilium omnibus, quamvis ditissimis, satisfaciendi obligationem injungent; et possessores praediorum equestrium, si iudicem quendam oppidanum adeunt, illico fidejussorem quaerere oportebit. Hanc multiplicationem cautionis suadere non audeo, dum in iis casibus, ubi revera utilitatem praestat, maiorem securitatem commendo.

Reliqua, quae de hac exceptione dilatoria allegari possent, tanquam a scopo meo aliena, praetermitto. Haud enim placet methodus illorum, qui specialem quandam quaestionem tractantes, multa ad eandem haud pertinentia conquirunt, et pretium dissertationis ex numero plagularum aestimari opinantur.

