

Ch. 183

X 197 5037

Ve  
1896

Quod DEUS benè vertat!

# Utrum in Saxonia A-

ctor ad cautionem jurato-  
riam sententiâ admiffus jurijurando se  
subtrahere qveat, si fidejussores postea in-  
venerit, fatisdareq; velit?

*Copiâ à Superioribus factâ,  
disquiret publicè*

PRÆSIDE

DN. CASP. HENRICO HORNIO,

J. U. D. & Prof. Publ. Curiaë Electoralis, Scabinatus  
ac Facultatis Juridicaë Assessore,

RESPONDENS

CHRISTIANUS VVILHELMUS Ziegra/

WITTENBERGENSIS,

Ad d. XXV. APRILIS,

A. M DC XCI.



WITTENBERGÆ,

Typis MATTHÆI WENCKELII, Acad. Typogr.



Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible due to fading and bleed-through.

DR. CASP. THEOPH. RINGELING  
CHRISTIANUS VILHELMUS RINGELING  
Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible due to fading and bleed-through.

Handwritten text in the bottom left corner, possibly a signature or date, including the word "MARTINUS".

Fragment of text from the adjacent page on the right, including the words "ti", "ra", "o", "ci", "te", "in", "in", "JO", "e", "di", "qv", "L.", "G".





§. I.

**S**atisfactioni, quam de Recon-  
ventione & expensis vocant, Actorem,  
nisi in mobilia, aut quæ cum his paria  
faciunt, possideat, esse obnoxium, non  
tantum antiquitus populo Saxonum  
placuit, verum etiam Jus scriptum, quod  
in hisce terris utimur, & usus Fori abundè docent. *Const. §.  
p. 1. N. G. D. tit. 13.* Atque hæc ipsa, quæ petitori objici  
potest, exceptio, & Rabulis quoque adeò familiaris est, ut  
si nil aliud, de quo excipiant, ingenium suggerat, istam  
crepent; cui, ne sola ambulet, Guarandæ petitionem co-  
mitem dare est solenne.

§. II. Etsi verò jus hæc de re constitutum disputa-  
tione fori satis certum redditum, ita ut vix ulterior deside-  
randa sit interpretatio: sæpius tamen vel ob inscitiam, vel  
ob malitiam eorum, qui causas orandas & defendendas sus-  
cipiunt, varias inde atque interdum satis futiles cooriri li-  
tes, omnes nôrunt, qui in mediò hominum versantur &  
in luce fori. Non potuere mala Reipublicæ nostræ inde  
imminentia effugere oculos Sacratissimi Principis Divi  
JOH. GEORGII II. Quâ de causâ, cum mederi illis suum  
esse sciret, publicâ Lege illos, quibus Actorum cura in Ju-  
diciis concredita, jus sit, ut ne prius emitterent citationem,  
quàm si vel de Actoris possessionibus non minoris, quàm  
L. florenor. ex tabulis constaret, vel esset satisfactum. *Re, ol.  
Grav. de A. 1661. Tit. von Justitien Sachen. §. 17.* Hæc enim

ratione credidit optimus Princeps, vitiligis ejusmodi omnem occasionem præscindi posse.

§. III. Ast, quod dolendum, caruit ferè successu consilium: nam vix est, ut mos geratur saluberrimo instituto. Quotusquisque enim vidit, usu hæc in forò servari? Quinimo tantum abest, ut lites circa satisfactionem cessent, ut vix ævum fertilius illarum hoc nostrò fuerit. Ita nempe hodiè plus valent sæpe mali mores, quam bonæ Leges. Non diffitendum tamen, esse etiam, ubi Constitutioni isti locus dari nequit. Quid si enim Actor ita calamitate prematur, ut neque fundos possideat, nec bonis aliis sit instructus, nec fidejussores reperire possit: num ideò à limine Judicii repellendus? Utrum verò statim, non auditâ alterâ parte, nullâ præviâ causæ cognitione, suæ promissioni cum jurejurandò erit committendus? Neutrum certè asserere ausim. Non prius: quia in omnibus jus æquabile statui convenit; neminiqve adversa fortuna adeò fraudi esse debet, quò minus jure experiri possit. Non posterius: quoniam juratoria cautio multum periculi in se continet, nec sine inquisitione ad eandem delabendum. Nil ergò superest, quàm ut Reus in Jus vocetur, partes super cautione jure disceptent, sententiamqve expectent jus dicentis.

§. IV. Quamquam verò Romanò jure is demum adversario satisfacere dicitur, qui illum securum facit datis fidejussoribus; neque pignoribus quis, neque pecuniæ, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisfactionis fungi potest, *L. 1. ff. Qui satisfac. cog. L. 7 ff. de stip. prætor.* Textus Juris Saxonici quoque, quoties cautionis hujus mentionem faciunt, exigere fidejussorem videntur, *Land R. L. 1. art. 61. L. 2. art. 9. L. 2. art. 5.* Diu tamen jam est, ex quò placuit, rem hanc Actoris relinquendam arbitrio, utrum nempe fidejussoribus idoneis, vel pignoribus cavere velit.

König

*König. in Process. c. 46. Quam sententiam Textus Ord. Proc. tit. 13. §. Da aber. 3. verbis: solchen Vorstand mit Bürgen oder Pfanden nicht bestellen etc. haud obscure probat, & usus fori cotidianus satis confirmat. Carpz. p. 1. C. 5. def. 7.*

§. V. Jam ponamus, quod antea posuimus, petitorum tenui uti fortunâ, ut nec pignora dare, nec invenire possit, qui fidem interponant: quis enim est, qui pauperis, licet bonus sit, fidem non angustam habeat; aut temerè ejus obligationem in se recipere velit? Vel fingamus, Actorem non esse quidem planè opibus destitutum; sint tamen in aliâ provinciâ sita, nec posse eum, quia ignotus & peregrinus est, fidejussoribus cavere. Hisce sanè casibus iniquissimum esset, uti diximus, Actorem à Judiciò repellere, atque afflicto addere afflictionem; cum omnibus jus suum tribuendum, ac nemini, quod pauper sit, justitia deneganda. Placuit ergò Serenissimo Saxoni, illis casibus Actorem ad juratoriam cautionem absque ullâ aliâ probatione vel judiciali demonstratione admittendum esse: modò sub jurisjurandi religione asserat, tantum se in bonis non habere, quantum ad cautionem hanc opus, nec credere se, adhibitâ summâ diligentiam, fidejussoribus vel pignoribus caveri posse. Instituti ratio postulat, ut verba Legislatoris Potentissimi apponamus, & formulam, secundum quam hujusmodi casu sententia in his terris ferri solet.

§. VI. Sunt autem verba Legis in sequentem modum concepta: Da aber der Kläger Armuths halber dem Vorstand zu bestellen nicht vermöchte / und mit seinem Eyde behaupten würde / er habe so viel nicht in Vermögen / glaube auch / er könne nach angekehrten möglichen Fleiß / solchen Vorstand mit Bürgen oder Pfanden nicht bestellen / soll er denselben ohne fernern Beweis oder Gerichtlichen Schein Eydtlich

chen zu leisten zugelassen werden. Auff daß er sich auch mit die-  
sem Eyde desto besser fürzusehen / soll ihm allewege zuvorn dar-  
bey vermeldet werden / wie hoch sich die Caution / die er sonst be-  
stellen sollte / erstrecke. N. G. O. t. 13. §. f.

Formulam autem Carpzovius, in *Proc. tit. 9. art. 5. §.*  
33. hanc exhibet: Würde Kläger schweren / daß er so viel nicht  
in Vermögen / glaube auch nicht / daß er nach anaewendeten  
möglichen Fleiß / den geforderten Vorstand mit Bürgen oder  
Pfänden bestellen könne / so wird er solchen mit seinem Leibli-  
chen Eyde zubestellen / billig zugelassen.

§. VII. Non tantum moribus antiquis Saxonum  
hæc dispositio convenit, König *d. l.*; verum etiam non ab-  
horret à Juris Justiniani principiis, ex quibus sequentem  
Regulam struunt Doctores: Quoties quis ex necessitate te-  
netur præstare cautionem, toties in subsidium ad juratori-  
am admittitur, si pignora aut fidejussores reperire neque-  
at. §. 2. *Inst. de satis dat. Nov. 112. c. 2. Nov. 134. c. 9. Auth. Ge-  
neraliter: C. de Episc. & Cler. ubi B. Dn. Brunnem.* Nam dum  
exigitur cautio, talis peti videtur, qualis ab alterâ parte præ-  
stari potest. *Gl. inc. ex parte. 23. X. de V. S. nemoque ad im-  
possibilia debet compelli, L. impossibilia: 185. ff. de R. J.*

§. VIII. In eò tamen differentia inter Civile Jus &  
nostrum Saxonicum intercedit, quod Imperator Justinia-  
nus velit, ut juret Actor, se Fidejussores idoneos reperire  
non posse, *d. Nov. 112. & Auth. Generaliter*: Serenissimus  
vero Elector mores Saxonum jam ante receptos secutus,  
ob periculum perjurii id ita temperaverit, ut non nisi de  
credulitate Actor teneatur jurare, se nempe non credere,  
adhibitâ summâ diligentia licet, vel pignoribus aut fidejuf-  
soribus caveri posse. *Carpz. p. 1. C. 5. def. 9.* Quò ramen  
ipsò non vaga quædam, sed probabilibus rationibus subni-  
xa opinio, ut in omni juramento credulitatis, intelligen-  
da erit.

Mihi

§. IX. Mihi animus impræsentiarum non est, totum de satisfactione, ne juratoriâ quidem cautione, excutere tractatum: quâ operâ liberârunt me illi, qui ordinem Judiciorum in Saxoniâ justis Commentariis sunt executi. De unicâ tantùm quæstione ad hoc argumentum pertinente, de quâ dubitatum fuisse memini, dispicere est visum.

§. X. Finge Actorem allegasse defectum pignorum & Fidejussorum, petiisseque ut ad juratoriam admitteretur cautionem. Pone etiam, Judicem pronunciasse: audiendum Actorem; sententiamve illam neglecto leutationis & appellationis beneficio probasse partes. Postea reperitur, & quidem idoneus vir, qui fidem interponere velit: hunc sistit Actor, atque ita juramento se subtrahere satagit. Quæritur ergo: Utrum justa sit ejus petitio?

§. XI. Exhibet hoc quæsitum Vir summus, & Saxoniæ nostræ, dum viveret, Papinianus, BENEDICTUS CARPZOVIUS, tum in Processu, *tit. 9. art. 5. n. 40.* tum in *L. 2. R. 80.* atque collatis inter se argumentis, concludit tandem: nequaquam Actorem justa petere, nec audiendum esse; ad quam sententiam Senatum Appellationum judicasse, ipse in Responsis testatur. Secuti sunt Carpzovium alii, atque inter illos, qui non ita pridem fato functus, Advocatorum in his terris facile Princeps, D. JOH. G. NICOLAI, in *Proc. p. 1. c. 36. n. 27.* traditque Dominus SVENDENDÖRFFERUS, Celeberrimus Lipsiensium Antecessor, Formulas, quibus hoc casu & Actor, & Reus, imò & Judex uti possit, in *Not. ad Fibig. cap. 2. p. 1. p. 197. pr. ed.* quæ, ut videtur, illæ ipsæ sunt, quas postea Commentario suo D. Martini inseruit, *ad tit. 13. O. J. §. fin. n. 6.*

§. XII. Fundamentum hujus Decisionis potissimum in re judicatâ positum est, quæ, ut in vulgus notum, æstimatione morali pro veritate habetur, & ex albo nigrum

grum facit, ita ut præcisè executioni mandari debeat, nec  
quicquam contra eam factum subsistere possit. Atque cum  
ex re judicatâ Reus plenissimum jus quæsitum habeat,  
quod nec à Principe auferri potest; suâ sponte inde sequi  
videtur, invitò Reò Actorem à juratoriâ cautione recede-  
re haud posse; præsertim cum & tritæ Juris regulæ sint; Eâ  
viâ, quam quis elegit, esse ambulandum, non aliâ, nec lice-  
re alterâ parte invitâ variare; imò omnẽ variationem odio-  
sam haberi. Utut autem Actor allegare velit, juratoriam  
cautionem saltem in subsidium exigi & præstari, si nempe  
Actor pignoribus aut fidejussoribus cavere nequeat, ines-  
seqve tacitè sententiæ hanc clausulam: *rebus sic stantibus*;  
atque conditionem tacitam: si Actor nec pignora, nec fi-  
dejussores reperire possit: facilè tamen hisce obviam iri  
posse putant, cum id, quod ante rem judicatam subsidia-  
rium tantum fuerit, per illam necessarium factum; clau-  
sula verò ista, & ex illa propullulans tacita conditio, sub in-  
telligenda non sit, quando in sententia vel aliâ dispositione  
cogitatum quoque de futuris causis: injunctâ autem jura-  
toriâ cautione, tantum abesse, ut de pignoribus & fide-  
jussoribus non cogitatum, ut potius ad instantiam Actoris,  
defectum eorum allegantis, Judex illum præcisè adstrin-  
gere voluerit ad juratoriam Cautionem. Textus & Au-  
toritates, quibus dicta firmantur, transcribere non vacat.  
Videri possunt apud Carpzovium & Martini, *locis allegatis*.

§. XIII. Sæpiùs de hâc sententiâ, uti dixi, disquisi-  
tum dubitatumque fuisse memini: qui verò in Scriptò  
quòdam publicò eam in dubium vocaverit, hætenus,  
quantum ego quidem scio, repertus est nemo. Fecit ta-  
men id, Vir summus, & doctrinâ atque rerum usu illustris  
CASPARUS ZIEGLERUS, non tantùm Saxonix nostræ,  
sed universæ Germaniæ Decus, in Prælectionibus ad Ordi-  
nem



nem Judiciorum, quas ut ii, penes quos stat, diutius publica luci ne invideant, omnes, qui tum alias Viri dotes, tum rerum forensium peritiam norunt, serio optant. Fecit id, inquam, sed paucis nec enim institutum beatiss. Viri aliud exigebat. Opera forte pretium non deerit, si in veritatem dogmatis paulo altius inquiratur.

§. XIV. Duo autem sunt potissimum, quæ non adeo expedita videntur. Primum est, quod hæc omnis disputatio otiosa & frustranea videtur. Quod si enim Justinianus & quidem merito, stultissimum eum esse dicit, qui ommissa actione institoria & exercitoria, quæ facillimè solidum ex contractu consequi possit, ad difficultatem se perducatur probandi in rem domini esse versum, vel habere servum peculium, & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit, *§. 5. Inst. Quod cum eo, qui in al. &c;* eodem etiam axioma ille dignus videtur, qui ommissa cautione, quæ securus satis fieri possit, adversarium nudæ promissioni cum jurejurando committere velit. Non enim ulli dubium esse credimus, plus cautionis esse in re vel datis fidejussoribus, quàm nudâ promissione Actoris, juramento licet firmatâ. Quemadmodum ergo hominum natura ita comparata est, ut quilibet quàm plenissimè sibi prospicere, atque Justiniani elogium evitare velit; ita vix casus sperandus erit, ubi Reus, admissio quavis Actore vi rei judicatæ ad cautionem juratoriam, pingviorem tam offerente, non hanc potius, quàm istam sit amplexurus. Non tantum autem à parte Rei quæstionem hancce futilem dixeris, sed forte etiam intuitu Actoris. Quis enim crederet, Actorem, cui autoritas rei judicatæ ad juratoriam cautionem viam aperit, de fidejussoribus fore sollicitum? quæ sanè operâ planè supersedere poterit. Et quid interesse ejus putes, num fidejussoribus, numv. juramento securum reddat adversarium?

B

rium?

rium? Imò cum levior atqve facilior juratoria cautio eâ ,  
qvæ fidejussoribus fit, credibile est, illi, non huic institu-  
rum Actorem.

§. XV. Alterum est, quod sententia CARPZOVII cum  
periculò animæ conjuncta videtur. Dixerat Vir Celeber-  
rimus *in Proc. tit. 9. art. 5. n. 15.* iniquum esse censorem re-  
rum, qui Actorem ob defectum cautionis præstandæ à Ju-  
diciò repellere velit: ne tamen cautio pro reconventionem  
& expensis petitori planè remittatur, hunc juramentò suò  
admitti debere, ut, quod in bonis deest, juramentò supplea-  
tur. Quibus mox *n. 30.* subdit, quænam circa præstatio-  
nem hujus juramenti notanda veniunt. Ad quæ & illud di-  
sertè refert, ut *Actor juret simul, se nec pignora  
habere, nec fidejussores idoneos, quamvis sum-  
matà per se, quàm per alios adhibita diligen-  
tia, reperire posse.* Quò positò, ille, cui cautio ju-  
ratoria per sententiam injuncta, si repertis fidejussori-  
bus cautioni isti se subtrahere neqvit, in præsentissimum  
perjurii periculum nolens volens abripitur? Qui enim, ille  
non pejeraret, qui jurat, se non posse fidejussorem reperire,  
& tamen fidejussorem sistit. Similis certè illi esset, qui ju-  
ret, se non posse loqui, cum tamen conceptis verbis ore  
prolatis juret. Quis igitur non vellet impiam hanc dicere  
sententiam? Gravia sane sunt verba, quæ ex Augustino in  
Decretum transtulit Gratianus, *c. ille: XXII. qv. 5.* quæve  
ad scribere è rê visum: *Ille, qui hominem provocat ad jura-  
tionem, & scit, eum falsum esse juraturum, vincit homici-  
dam: quia homicida corpus occisurus est, ille animam, imò  
duas animas, & ejus, quem jurare provocavit, & suam.  
Scis verum esse, quod ille dicit, & jurare compellis. Ecce  
jurat*

*jurat, ecce pejerat, ecce perit. Tu quid invenisti? imò & tu periisti, qui de illius morte te satiare voluisti. Simile quid in c. qui exigit 6. 22. 5. c. Presbyter c. 5. q. 5. habetur. Certè Judex, quantum in se est, perjurio omnem præscindere occasionem debet, L. 2. C. de ind. vid. toll. c. Clericis de Cohabit Cleric. Id quod & ipse Sereniss. Saxo in hac ipsâ materiâ seriò monet, tit. 13. O. P. §. fin. verbis: **Auff das es sich auch mit diesem Eyd desto besser fürzusehen &c.***

§. XVI. Quod itaque ad primum attinet, illud non adeò magni momenti esse puto. Etsi enim lubenter fateor, casum talem non adeò frequentem esse: negari tamen ideò non debet, plane extare non posse. Dabimus stultum, imò stultissimum esse, negligere cautionem, quæ fidejussoribus præstatur, & arripere juratoriam; concedamus, non adeò prudenter fidejussores conquirere eum, qui cautioni juratoriae committi potest: dandum tamen & nobis erit, stultorum, imò stultissimorum, licet non omnia plena sint, (quòd nimis hyperbolicè interdum dici solet) segetem tamen ubiqve esse satis fertilem. Quid ergò mirum, si ex stultis hominum factis quæstiones oriantur? Et certè, sine stultitiâ hominum si esset, variis ex factis ortis controversiis possemus carere. Res clara est, atqve experientia testatur, nil tam absurdi & à ratione alieni cogitatione nos assequi, nil tam inepti Domitium Labeonem quærere posse, quod non aliquando in disceptationem veniat. Norunt id omnes, qui in forò versantur & orandis atqve decidendis causis operam navant. Quis crederet, hominem opibus non mediocriter instructum eò devenire posse, ut, dum alia aguntur, omnes fortunas suas cum alterius facultatibus, quas minimè tamen perspectas habebat, permutaret? Et tamen id contigisse, & eâ de rê in plerisque Saxoniae stationibus jus publicè docentium aut respondentium quæsi-

tum fuisse novimus. Sexcenta & plura exempla afferri  
possent, si non res ipsa loqueretur. Imò non sola stultitia,  
verùm etiam malitia hominum in causa esse potest, ut hæc  
vel similis res veniat in controversiam. Nimis sæpe, prohi-  
dolor! maximò cum publicæ rei detrimentò dicis tantum  
causa & per calumniam quærentur lites, aliæ trahuntur ex  
aliis, eum saltem in finem, ut vel ægrè fiat adversario, vel  
tædiò litis ad transactionem bonam causam fovens com-  
pellatur, vel tueatur Reus injustam possessionem, vel, quod  
caput tantum non semper esse solet, rabulæ, improbum  
hominum genus, sanguine miserorum clientulorum diu-  
tius saginentur. Non ausim tamen affirmare, esse *ἐκ τῶν*  
*ἀδυνατίων*, ut & homo prudens atqve frugi sine malitia aut  
sibi juratò caveri, aut fidejussoribus cavere malit; quàm fi-  
dejussoriam accipere, aut præstare juratoriam cautionem.  
Finge Actorem fidejussorem sistere, qui idoneus ab omni-  
bus habetur, quem tamen Reus non adeò probatæ fidei esse  
novit: sed non audet id exponere Judici; vel qui re ipsa ido-  
neus, ac spectatæ vir fidei, Reo tamen fortè minus gra-  
tus acceptusve: petitorum è contrario esse hominem frugi,  
& licet pauperem, integræ tamen existimationis. Rur-  
sus ponè Actorem, quem sententia ad juratoriam cautio-  
nem admisit, ad jurandum perquam timidum & metu Di-  
vini Numinis interdum ad superstitionem usqve, ut loqui-  
tur Jctus in *L. 8. ff. de Condit. instit.*, illumqve ideò omnem  
lapidem movisse, ut inveniret fidejussorem, evitaretqve  
jusjurandum. Hisce sanè casibus non adeò ineptum vide-  
ri poterit, ut sisse juramentum, vel obtulisse fidejussoriam  
cautionem. Et sanè contigisse tales casus & ex factò eà de  
re quæsitum fuisse ipse CARPZOVIVS testatur, & ex infra  
dicendis patebit.

Jam

§. XVII. Jam de altero dispiciendum, quod majori certe cum difficultate conjunctum est. Licet autem CARP-ZOVIUS in Processu Judiciario in primis, ita loquatur, ut verba illius penitus inspicienti periculum perjurii in oculos quasi incurrat: non tamen adduci possum, ut credam, religiosissimum Iustum eam sententiam tradere voluisse, quæ animæ hominum discrimini exponantur; imò piaculum esset, sibi imaginari, Summum Appellationum Senatam, quem sedem Justitiæ dixeris, impiæ ejusmodi sententiæ subscripsisse. Age ergo, videamus, num mentem Carp-zovii valeamus indagare.

§. XIX. Antè omnia autem illud monendum ducò, Actorem, qui jurejurando cavere cupit, duo juramenta præstare debere; vel, si mavis, duo esse juratoriae cautionis membra. Res certè eodem recidet. Primum Juramentum *confirmatorium* est, & quasi *preparatorium*; duasque iterum in se continet particulas, quarum altera veritatem complectitur, altera tantum credulitatem: asserit Actor enim se tantum, quantum scilicet opus, in bonis non habere, nec 2.) credere, quod adhibita summa diligentia fidejussoribus vel pignoribus cavere possit: quæ ultima particula, si accurate rem consideres, alias duas iterum in se comprehendit. Hoc jusjurandum alterum sequitur, *principale* scilicet atque *promissorium*, in quo cautio juratoria propriè consistit; quò nempe DEO teste promittit Actor, se eum, cujus in agendo servat arbitrium, & contra se, si è contrario obnoxius fuerit inventus, Judicem non dedignaturum; atque expensas Reo, si hic victor existat, se restitutum ac damnatum. Utriusque hujus juramenti distincta satis fit mentio in verbis Ordinationis Judicialis nostræ supra allegatis. In quibus & Sacramenti prioris formula continetur; posterioris verò apud Formularum Collectores mihi invenire

non licuit. Equidem Dn9. Martini *in Comm. ad h. l. n. 3.*,  
quando de satisfatione pro reconventionem & expensis agit,  
formulam juratoriam cautionis *in Ordin. Tribun. Wismar.  
Sveici p. 2. tit. 13. §. 5.* præscriptam allegat, quæ hujus est  
tenoris: Ich gelobe und schwere einen Eyd zu Gott / und auff  
das heilige Evangelium / daß ich / nach möglich angewandten  
Fleiß / die von Beklagten erforderete caution, mit Bürgen /  
Pfanden oder Güthern nicht bestellen kan / und ich derowegen  
den Rechtlichen Streit nichts desto weniger durch mich selbst /  
oder einen rechtmäßigen Anwald bis zum Ende ausführen /  
und ob ich der Sachen überwunden würde / allen zuerkanteten  
Kosten und Schaden entrichten wolle. Getreulich und ohne  
Gefährde. Sed facile apparet, illam quidem utrumque con-  
tinere juramentum, caveri tamèn ibi de lite prosequenda,  
non de reconventionem. Similis ferè reperitur *in Proc. Ay-  
veri Histor. c. 12. p. 120.* In Curia Provinciali Witteber-  
gensi sequentem quoad posterius juramentum à Majoribus  
esse receptam, Acta docent: Ich N. N. schwere / weil mir  
durch Urthel und Recht ufferleget / den Vorstand zur Wieder-  
Klage und vordie Expensß zubestellen / daß ich uff den Fall / weñ  
mir zuerkandt / daß ich meinem Gegentheil die Unkosten zu erle-  
gen schuldig seyn solte / und dann / da dasselbe ihre Wiederklage  
wieder mich anstellen würde / daß ich alsdann allhier vor diesem  
Hoffgericht gestehen und antworten / auch die zuerkanteten ex-  
pensen erlegen will / Als wahr mir Gott helffe.

§. XIX. Dubium apud me nullum est, quin utrum-  
que hoc jusjurandum conjunctim præstari possit; plerum-  
que etiam soleat: poterit tamen extra controversium quo-  
que separatim. id quod vel ipsa Curia nostræ Provincialis  
formula indicat. Quod si itaque decisionem CARPZO-  
VII de utroque hocce juramentò, tam præparatoriò, quam  
principali, ut quidem verba *n. 30.* in Proc. posita id exigere

videntur, & plurimos, qui in huncce locum inciderunt, fecisse memini, accipere velimus, hōc sensu, ut Actor, cui juratoria cautio sententiā injuncta, se non posse, datā opera licet, fidejussores nec pignora invenire, velleq; in reconventionis instantiā eundem Judicem pati, atqve expensas refundere præcisè jurare debeat, quamvis fidejussorem sistat: sententia Carpzoviana tam absurda esset, quàm quæ absurdissima, nec ullò sanè colore defendi posset. Autoritas certe rei judicatæ, ad quam Vir Summus provocat, licèt magna sit, (quod præter alios fusè docet Mejer. in Colleg. Argent. Tit. de re jud. tb. 70. seqq. & infinitis Juris nostri locis probatur) tanti tamen esse non potest, ut ad perjurium civem obtortò quasi collò rapiamus, ut animam hominis ad æternas depellamus calamitates, ut Sanctissimum immortalis Dei Nomen profanemus. Imò, si verum fateri velimus, frustrà hōcce casu ad rem judicaram confugimus; cùm sententia talis, repertis postea fidejussoribus, impossibilem, quamvis non natura, jure tamen, conditionem in se contineat: qualem Interpretes magnò consensu ipsò jure nullam dicunt. Gomez. Var. Resolut. L. 7. c. 12. n. 69. Manz. Cent. Decision. qv. 58. Mev. p. 3. Dec. 318. Ex Paulo JC. quippe discimus, impossibile præceptum Judicis nullius esse momenti; & ab eā sententiā, cui pareri rerum naturā non potuit, sine causa appellari. L. 3. ff. quæ sentent. sine appell. rescind. Jam & ea ad impossibilia referuntur facta, quæ lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt; L. 15. ff. de condit. instit. Donell. Comm. L. 27. c. 6. A quo certè parùm abludit, quod Juris Canonici Commentatores communiter ex c. lator. 7. & c. consanguinei. x. de sentent. & re judic. c. Fraternalitatis x. de Frig. & malef. aliisque textibus tradunt: Sententiam, cum agitur

tur

tur de periculò animæ, nunquam transire in rem judica-  
tam veritate compertâ *Gloss. ad c. inter Monasterium: verb.*  
*confirmantes 20. X. de re jud. Tiraqvell. de Retr. Convent.*  
*§. 1. Gl. 11. n. 37. Ang. Barbof. ad d. c. 20. x. de sent. & re jud.*  
*§. XX.* Ut ergò sententiæ CARPZOVI loci quod-  
dammodo esse, eaque à periculo perjurii liberari queat, po-  
nendi termini habiles erunt. Dicendum enim, intelli-  
gendum esse CARPZOVIUM de tali casu, ubi jam jura-  
mentum prius, quod parascevasticum diximus, separatim  
præstitum est, & sic tantum quæstionem esse de juramento  
secundo sive principali; cujus præstatione sane Actor, licet  
fidejussores sistat, sine ullo animæ periculò defungi potest.  
Neque enim ideò perjurus dici meretur, quod antè juravit,  
se non posse fidejussores reperire, quos tamen fortè fortu-  
na postea invenit. Juramentum quippe ad ea, quæ de no-  
vò accidunt, non extenditur, *arg. c. 2. X. de Renunc. nec*  
*ad ea, de quibus jurans non cogitavit, L. fin. C. de non num.*  
*pec. c. 7. X. de jurejur.* Credibile autem est, jurantem non  
cogitasse, se posse fidejussorem reperire; si enim id verisimi-  
liter saltè cogitasset, immemor æternæ salutis fuisset, quod  
neutiquam præsumi debet, *L. f. C. ad L. Julian. tepect. Conf.*  
*Illustris STRYKII nostri Viri de arte Juris immortaliter*  
*meriti Tr. de Jur. Sens. D. 10. c. 7. n. 4. seq.* Si verò omninò  
dicere velis, supposuisse CARPZOVIUM casum, ubi neu-  
trum horum juramentorum adhuc præstitum est; non ali-  
ter sententia illa ab iniquitate vindicari potest, quàm si si-  
mul concedas, remittendum esse prius juramentum, sal-  
tem illam ejus particulam, quæ de credulitate & quidem  
quoad fidejussores conceptam esse suprà diximus. Atque  
si remissio hæc bonâ Rei gratiâ fiat, nullum eà de re est du-  
bium; cum quilibet favori suo renunciare possit *L. pen. C. de*  
*Pactis* Poterit namque jure suo, ex re judicatâ quæsitò, si-  
qui-



quidem ullum habet, de quo infra dispiciemus, uti, recu-  
sare fidejussores, atque poscere, ut jurato caveat Actor; ni-  
hilominus tamen negligere illam jurisjurandi particulam,  
quam præparatoriam diximus. Sed quid, si & hanc exige-  
ret ab Actore Reus, illamque ob autoritatem juris & rei ju-  
dicatæ præstitam vellet? Sanè etsi aliàs juratoria cautio, nisi  
illud prius juramentum præcesserit, non inveniat locum;  
licet etiam sententia non aliter ad illam cautionem admit-  
tat Actorem, nisi juraverit prius, se tantum in bonis non  
habere, nec pignora, nec fidejussores reperire posse: dicen-  
dum tamen omninò, ex CARPZOVII hypothesi si lis diri-  
menda, esse reor, Reum hocce casu nolentem volentem a-  
digi posse, ut posteriori juramentò sit contentus; vel in pri-  
ori saltem illa ejus pars, quæ de fidejussoribus concepta, o-  
mittatur. Ratio hujus asserti ex §. XV. sqq. peti potest, quæ  
in evitacione perjurii potissimum consistit: manifestæ enim  
malitiæ, ut supra evictum, esset, adigere adversarium, ut  
pejeret, cui certè neutiquam est indulgendum, *arg. L. 38.*  
*ff. de R. Vindic.* Neque etiam Reus de injuriâ quâdam ob-  
remissum jusjurandum prius sibi illatâ conqueri potest,  
eum sibi imputare debeat, quod fidejussoriam, quâ plenis-  
simè cavetur negligat cautionem, atque potius jura-  
toriam insistat. Et quid quæso interest Rei, si sibi juratoria  
cautione magis, quàm fidejussoriâ cautum esse velit, an A-  
ctor juret, se nec bona habere, nec credere se vel pignori-  
bus l. fidejussoribus cavere posse; nec ne. Imò si maximè  
ejus interesset, tanti tamen id haberi non potest nec debet,  
ut ideò Actor ad præsentissimum perjurium sit compel-  
lendus.

§. XXI. His ita positis, CARPZOVII opinio  
quodammodo recipi posse videtur; saltem à periculò per-  
jurii erit immunis. Fateor tamen, neque hòc modò mihi

C

fa-

satisfacere CARPZOVIUM. Potius eò animus inclinatur,  
ut opiner, Actorem, fidejussorem locupletem, non tan-  
tùm ex facultatibus, sed etiam ex conveniendi facilitate,  
sistentem, (nam hoc utiqve supponendum, L. 2. pr. L. 7.  
f. qui satisd. cog. L. 134. §. 2. ff. de V. S. quò ipsò potentes,  
& rixosos, & rimarum plenos excludimus, B. Dn. Brun-  
nem. ad L. 2. ff. qui satisd. cog. Zanger. de Except. p. 2. c. 21.  
n. 19. Carpz. p. 1. C. 5. def. 7.) non obstante ejusmodi senten-  
tiâ, & invitò Reò à juratoriâ cautione sese liberare posse.  
Dissentire scil. licet & à magnis Viris, si modò cum ratione  
dissentiamus & modestè. Exponam ergò, quòd tamen  
pace Juris consultissimi CARPZOVII fiat, quid causæ sub-  
sit, cur in diversa abeam; & deinde videbo, num argumen-  
tis ejus mihi adversantibus obviam iri possit.

§. XXII. Atque primò quidem oppidò illud notan-  
dum venit, neque Constitutionem Serenissimi Electoris  
Saxonici, locò suprâ §. VI. citatò, neque Judicem per  
sententiam, cujus formula §. modò dictò recensita, ullâ ne-  
cessitate adstringere Actorem, ut præcisè juratoriam cau-  
tionem præstet; quòd quidè CARPZOVIUS in Resp. 80. L. 2.  
rubro, tum in nigrò num. 7. supponere videtur: sed tantùm  
permittere, ut rebus sic stantibus juratoriâ cautione adver-  
sarium faciat securum. Neque enim in Ordinatione Judi-  
ciali, neque in laudatâ formulâ sententiæ illud habetur:  
Das Kläger den Vorstand mit seinem Leiblichen Eyde zu be-  
stellen schuldig; sed tantùm ita concepta leguntur verba:  
Würde Kläger &c. So wird er solchen Vorstand Eydt. zu lei-  
sten/oder mit seinem Leiblichẽ Eyde zu bestellen billig zugelassen;  
Inter quæ certè, nisi insigniter fallor, maxima intercedit  
differentia, arg. L. f. de R. Vind. ff. 156. ff. de R. F. L. 6. C. de  
bis. quæ ut indign. ubi DD. Quis enim nescit, multum &  
toto cœlo differre ea, quæ licent, quæque permittuntur, ab  
eis,

eis, ad quæ necessitate quâdam adstringimur, sive ubi obligatio subest. Cui licentia, ut vocant, ad summos perveniendi in Arte Juris honores data, nullo Jure invitus cogitur, ut Doctoris titulum sibi imponi patiatur. Is, cui in sententiâ nova actio contra adversarium servatur, nullâ necessitate adstringitur, ut in judicium invitus illam deducat, si jure suo cedere malit. Et sanè in favorem Actoris & hoc, de quò agimus, constitutum & in sententiâ expressum, ne scil. ob seqviorem fortunam & defectum fidejussoris, à judicii limine repelleretur. Cur ergò non liceret huic suo favori renunciare, *d. L. pen. C. de pact.* Atq; quàm maximè id locum hic habere habere puto, quod Modestinus effatur: *Nulla juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. l. 25. ff. de LL.* Neque etiam ullam causam video, ob quam Reus jus aliquod quæsitum allegare queat, cum quidem ut caveat Actor, & jus expressis verbis exigat, & Judicis sententia velit; ut verò jurejurandò præcisè id fiat, nec Lex, nec sententia, Actori injungat.

§. XXIII. Licèt verò maximè daremus, sententiam ita esse conceptam, ut Actori juratoriam cautionem præcisè imponat, his fortè vel similibus verbis: *Daß er den Vorstand mit seinem Leibl. zu bestellen verbunden &c.* à quâ quidem sententiâ prudens Judex meritò abstinebit: puto tamen, defendere quem posse, nec eò casu Actorem præcisè juratoriae cautioni esse obnoxium. Ipse CARPZOVIVS fateatur, sententiæ prout omni alii negotio inesse tacitè hanc clausulam: *rebus sic stantibus*; & hanc conditionem: *si res in eadem causâ permaneat.* *Jac. Schult. ad Mod. Pist. p. 4. qv. 149. n. 21. & sqq. & plures ibi allegati. DD. ad L. 38. ff. de solut. c. 2. X. de renunc. c. 18. X. de Jurei. l. fin. ff. qui satisd.*

*cognuntur.* Cujus rei hæc ratio est, quia si novus status cau-  
sæ se exerat, mens atque intentio disponentium, quæ in o-  
mni negotio primas tenet, cessat; nec ad ea, de quibus non  
cogitatum, se extendit, *L. 5. ff. de transact. L. 54. §. 5. ff.*  
*quod met. causa. L. 39. ff. de aur. & arg. & c.* Quemadmo-  
dum ergò ob nullam aliam causam Actor obtulit juratori-  
am cautionem, ad quam alioquin non patuisset aditus,  
quàm quod nec bona habeat, nec credidit, se fidejussori-  
bus vel pignoribus cavere posse: ita ob eandem quoque ra-  
tionem judex sententiam ferens in subsidium juslit Acto-  
rem, ut juratoriâ istâ cautione defungeretur. Postquam  
autem jam reperti sunt fidejussores, res certè in eadem cau-  
sâ haud mansit; defecitque illa conditio tacita. Atque sic  
& obligatio, tam ex oblatione, quàm ex sententia ortum  
trahens, evanescit, *arg. L. 4. ff. si cert. pet. L. necessario. 8. de*  
*peric. & comm. rei vind.* Plane reperto fidejussore cessat  
causa sententiæ adæqvata, quod ubi fit, ipsam sententiam  
& effectus ejus cessare, ex *L. si à te: 9. ff. de except. rei jud.*  
tradunt *Socinus ad d. L. Felin. in c. examinata. in pr. X. de*  
*Judic. Tiraqu. Tr. de Cess. cas. p. 1. n. 240.* Cui rei & id ac-  
cedit, quod Interpretes docere solent, sententiam ex falsa  
causa erroreque latam, nullius esse momenti, *L. 1. §. 1. ff.*  
*Quæ sent. sine appell. & c. L. 37. pr. ff. de excusat. Hilliger. ad*  
*Donell. L. 27. c. 6. lit. C. Vant. de Nullitat. ex def. Proc. n.*  
*154. 128.* Atqui verò hæc sententia non incommodè talis  
dici potest, cum Judex crediderit, in eâ conditione positum  
esse Actorem, ut nec fidejussores, datâ licèt operâ, inveni-  
re posset; id quod tamen erroneum & falsum fuisse, even-  
tus postea notorius satis docuit.

§. XXIV. Porro & alias notum est, illum, cui jura-  
mentum non tantum legale, sed & necessarium injun-  
ctum, regulariter (nam suppletorium & diffessionis in Pro-  
cessu

cessu Executivò excipiunt DD. *Carpz. p. 1. C. 14. d. 21. 22.*) non præcisè constringi, ut vel juret, vel causâ cadat; sed vel referre potest, *L. 38. ff. de jurejur. vel testibus* aut instrumentis suam probare, elidereve adversarii intentionem, *arg. L. 30. pr. L. 74. §. 6. & 7. ff. de jurejur. L. 8. ff. de condit. instit. c. 7. x. de probat. Const. p. 1. C. H. N. G. D. tit. 19.* licèt maximè ante sententiam vel in sententiâ nulla reservatio hæc de re facta. *N. G. D. d. l. quia ea, quæ à Lege concessa, nulla opus habent reservatione. Berlich. p. 1. Concl. 23. n. 9.* Quâ de causa non abs re dictum videtur ab acutissimo Sabaudò, Antoniò Fabro, *Lib. IV. T. 1. def. 35.* interlocutionem Judicis pronunciantis, jurandum esse, non priùs habere vim definitivæ sententiæ, quàm si juratum sit, nec priùs transire in rem judicatam; quia quamdiu præstitum non est juramentum, licet adversarii accesserit acceptatio, poenitentia est locus. Puto enim, Jure communi omninò veriore esse sententiam illorum, qui & post acceptationem revocationem admittunt, *Tessaur. qv. For. 16. n. 2. Ant. Fab. d. def. 22. Donell. L. 24. c. 15. lit. C. ibiq. Hillig.* quamvis dissentiat Gilkenius, *ad L. 11. C. de Reb. Cred. aliq;* à Dn. MARTINI *ad Proc. Saxon. Tit. 18. §. 2.* relati, quibus & ipse pollicem premit. Nescio tamen, num hæc non sibi contrariantur, quando *n. 8.* scribit, delatione & acceptatione quasi transactum videri inter partes, ut per juramentum lis decidatur; *n. 13.* verò negat, conventionem fieri posse, ne fiat revocatio; cum hæc conventio sit contra bonos mores. Sed hæc *αὐτὸν ἐν τῷ ἀποδῶ.*

§. XXV. Quamvis verò in nostrò forò expeditum satis sit, post acceptationem aut Judicis sententiam, nullò remediò suspensam regulariter non esse locum revocationi ejus, qui detulit jusjurandum; *N. G. D. T. 18. §. 2.* sic quæ suò modò omninò talem interlocutionem vim rei ju-

ruis

C 3

di-

dicatæ consequi; non eò tamen vis ejus porrigitur, ut præ-  
cisè is, cui injunctum juramentum, id quoque præstare  
debeat; sed audiendus omninò erit, si justo tempore vel  
juramentum referat, vel exonerandæ conscientiæ causa su-  
scipere probationem velit; id quod ex dictis abundè, ni  
fallor, patet. Quid ergò obstat, quò minus dicamus, &  
Actoris petitionem esse justam, cui juratoria cautio injun-  
cta, si aliò modò securum adversarium facere, atque sic à  
jurejurandò sese liberare velit.

§. XXVI. Me non fugit, tantum abesse, ut usus  
jurisjurandi illicitus, ut potius à Gentilibus pariter, Judæis  
& Christianis actus religiosus ad Patriam seu cultum DEI  
pertinens semper sit habitus. Non repugnat hoc sanæ  
rationi: extantq; tam in Veteri, quàm in Novò Testamen-  
tò loca satis clara, quibus sententia ista firmari solet; quor-  
um referri debent Exod. XXII. 10. Deut. VI. 13. Deut. XI. 13.  
Es. LXV. 16. Jer. IV. 2. Matth. V. 35. seqq. Rom. I. 9. & IX. 1.  
Hebr. VI. 16. 17. Neque deficiunt exempla piorum, qui ju-  
ramentò sine reprehensione usi sunt. Imò Deum ipsum,  
ejusque Filium, Servatorem nostrum, sæpius jurasse legi-  
mus. Ex quibus satis refellitur Fanaticorum quorundam  
opinio, qui in Novo Fœdere juramenta prohibita esse, sibi  
aliisque persuadere fatagunt. Atque nec cum H. Grotiò  
quidem faciendum, qui in egregio aliàs opere *d. J. B. & P.*  
*L. 2. c. 13. §. 21.* promissoria saltem illicita inter Christianos  
esse putat. Quid enim causæ quæso subest, cur piis sub Ve-  
teri Testamentò jurare licuerit; sub Novò autem non lice-  
at? Distinctio certè ista inter jus Veteris & Novi Testa-  
menti, quæ nunquam satis laudandum Opus Grotianum  
perpetuo deformat, à Nostratibus jam diu est explosa. Ar-  
gumentis quoque, quæ opponi solent, tum ab aliis, tum iis,  
qui laudatos Grotii Libros Commentariis illustrarunt,  
abun-

abunde est satisfactum. *Conf. Luth. Catech. Minor. in II. Præcept.*

§. XXVII. Negari tamen nequit, operam semper dandam esse, ne facile juretur, & non nisi ex causa justa, gravi & necessaria. Non minus certè peccatur jurando, cum non est opus, quam ubi opus, malè. Agnoverunt id Gentiles quoque, quorum testimonia passim collegere Scriptores. Sufficiat Epicteti saltem ex Stoicâ Philosophiâ proferre monitum: ὄρκον παραϊτήσου, εἰ μὲν οἴτατ' εἰς ἀπαν, δὲ μὴ ἐκ τῶν ἐνόμων. Cum quò Quintiliani dictum convenit, *In totum, jurare, nisi ubi necesse est, viro gravè parum convenit. Conf. Grot. d. l. §. 21. Quorsum etiam verba Ulpiani in L. 8. ff. de condit. Instit. l. 3. pr. ff. de jurej. & Marcelli in L. 20. ff. de condit. Et demonstr. haud immeritò referas, Sed quid opus, ex Gentili Philosophiâ arcessere testimonia: cum immortalis DEI se verissimum præceptum omnium auribus resonet: Non assumes Nomen Domini Dei tui in vanum. Non autem tunc demum in vanum assumitur Sanctissimum Nomen DEI, atque eò homines abütuntur, quando ad confirmanda mendacia, aut alia id genus vitia & flagitia tuenda id usurpant; verum etiam si nullâ exigente necessitate, in re levi vocetur in partes. Atque huc omnia illa loca spectant, quæ in Novò Fœdere *Matth. V. 37. Jacob. V. 12.* habentur, quibusve Anabaptistæ aliique ejus farinae ineptiis suis robur addere allaborant. *Conf. Sira. XXIII. v. 9. ad 14.* Jus certè Civile nostrum, uti non improbat eorum intentionem, qui religione magis, quam conscientia moti tam facile jurare nolunt, *L. 8. ff. de condit. instit. L. 25. C. de Fide Instrum.* ita odiò persequitur, qui temerè ad jusjurandum decurrunt, *d. L. 3. pr. ff. de jurejur. ac jurisjurandi conditionem in testamento adscriptam habet pro turpi, L. 20. ff.**

de

*de condit. & demonstr. Brunnem. ad L. 6. de jurejur. Mev. P. 2. D. 324.* Ipse quoque Elector Saxoniae serio voluit, ut frivola juramenta evitentur, tum alibi, tum *Ord. Proc. tit. 18. §. 2. verb. vergebliche Eyde zuverhüten.* Quoties itaque alia via res potest expediri, toties vitandum est juramentum. Non piget gravia huc ponere Sanderfonii verba, quae in *Tr. de Juramenti promissorii obligatione, Prael. VII. Sect. 12. p. 244.* habentur. *Sed in negotiis privatis plerisque alia tiri possunt rationes, minore cum conscientiae scrupulo, & fortassis efficaciores ad cavendam improborum hominum perfidiam, quam sunt juramenta: ut per pignora, fidejussores, chirographa, testes & alia, quae inducant obligationem in foro externò. Et ubi ista commodè adhiberi possunt, omninò satiùs esset à juramentis abstinere: ne aut frequenter & levi de causà jurandò, res sacerrima ex nimis familiari usu abeat in contemptum; aut dum multa juramus, labamur quandoque in perjurium. Redè Augustinus: Nemo novit, nisi qui expertus est, quam sit difficile, consuetudinem jurandi extinguere, & non temerè facere, quod aliquando necessitas cogit. Cum quò Autore tamen in eò mihi non convenit, quod ead. Sect. 12. scribit, Promissorii juramenti in Judiciis usum esse nullum: nam & hoc ipsum juramentum, de quò nobis jam sermo est, contrarium evincit. Num verò Angliae fortè, quae dixit, convenient suae, sollicitus non ero.*

§. XXVIII. Quandoquidem ergò hòcce casu non deest, quò evitari possit jusjurandum, cum res fidejussoribus aequè bene, imò melius expediri queat; quis non videt, nec utile, nec necesse esse, DEUM advocare testem? Vulgata apud Nostros regula est, remedium extraordinarium cessare, ubi ordinarium datur. *l. 9. 16. ff. de minor l. 32. ff. de damn. in fact.* Cui non ab similis alia est: ea quae in subsidium



dium excogitata tunc demum locum habere, si nullum aliud auxilium supersit *l. 4. 5. C. de Magist. conven.* Nil vetat, credo, eas ad præsens quoque negotium applicare. Ad regulam pertinet, ut fidejussoribus vel pignoribus securus fiat, qui satis petit. Unum ex his si fieri possit, ut id quod à Regulâ aberrat, atque extra ordinem in subsidium habet locum, arripiamus, nulla nos trahit necessitas.

§. XXIX. Eò magis autem omnia hæc habent locum, quia nil Rei interest, imò exrê ejus est magis, si fidejussoribus potius, quam sacramento caveatur. Et certè nihil inde laturus esse videtur is, qui satis petit, nisi ut officiat, ut ægrè faciat adversario, ut litem faciat longæviorē: quæ omnia Jura nostra seriò detestantur. Ut ea patiamur, quæ nobis non nocent, aliis verò profunt, compelli nos posse, æquitas suggerit, *L. 2. §. 5. ff. de aqua & aquæ plur. arcenda.* Compelli ergò & hic debet Reus, ut patiat, liberare se à jurejurandò Actorem datò fidejussore, & quidem eò fortius, quod non deceat assumi Nomen Domini in vanum.

§. XXX. Atqui fortè interesse dixeris Rei, juramento potius caveri, quam fidejussore. Fortassis fidejussor idoneus non est, quem talem tamen dicere non audeat; vel idoneus quidem, Reo tamen minus gratus acceptusve, quales casus suprâ finxi. Sed & fortè tanti hæc non sunt, ut à nostrâ ideo recedendum sit sententia. Plane omnis is, qui satis petit, sollicitus esse debet, num is, qui sistitur, locuples & idoneus fidejussor sit nec ne; qualis qui sit, §. XXI. dictum. Si enim semel probavit, licet postea inidoneus fiat, contentus eò esse, ipseque facilitati suæ ferre expensum debet, quæ minus idoneos accepit, *L. 3. §. 3. Ut in possess. Legat. L. 10. §. 1. ff. qui satis d. cog.* Quando ergò probari potest, locupletem cum non esse, qui offertur, sine periculo injuriarum actionis recusari poterit, *arg. L. 5. §. 1. qui satis d.*

D

cog.

*eog.* Sin min9, quid obstat, quò minus accipiatur? Quod si tamē nihilomin9 meticolos9 fit & credat Re9, evenire posse, ut inidoneus aliquando fiat fidejussor, & medio tempore calamitas insignis vel inopia illi accidat, sciat se nec hoc casu auxilio esse destitutum: ex integro enim causâ cognitâ satisfidandum erit, & locum habebit id, quod dici solet: Non est cautum, quod non durat cautum. *L. 4. ff. de stip. prator. L. 6. ff. qui satisfid. cog.* Atque tunc via patebit ad juratoriam cautionem, quam pro re ita natâ etiam post litem contestatam exigere erit permissum *Conf. Carpz. p. 1. C. 1. def. 11.* Ideò verò solùm, quod Reo minus gratus fidejussor; vel quod ille ex recusatione privatum metuat odium, Actorem ad jusjurandum esse compellendum, hæten9 ego quidem mihi persuadere nondum potui. Primum enim nulli momenti est, & nil ferè, nisi pertinaciam, vel idiognomen sapere videtur: alterum autem in futurò contingenti consistit, de quo dici solet, nullam ejus determinatam esse veritatem, *L. 84. ff. de acqu. her. L. 31. ff. ad L. & qui.* Forte & ille, qui recusatur, nullò odiò prosequetur recusantem: bene enim est sperandum de hominibus, & omnis præsumptio est in meliorem partem, ut in vulgus notum. Et si maximè odium certò sit expectandum, nec evitabit & tunc, si pertinaciter insistat juratoriæ cautioni, & sic ipso facto recuset fidejussorem. Cæterùm nullum dubium est, quin dicta eò magis habeant locum, quando liquidò apparet, malitiosè urgere Reum, ut jurejurando caveatur.

§. XXXI. Puto verò, sententiam, quam defendendam suscepi, non tantum veram esse, si oblatâ ab Actore juratoriâ cautione, nulla secuta à parte Rei acceptatio; sed etiam, si illa sit facta. Quamquam enim ex pacto hocce casu fortius jus quoddam Reo natum videtur; certum tamen est, omnes obligationes facti (qualis sine dubio est obligatio

tio

tio ad juratoriam præstandam cautionem ) ita esse comparatas, ut spondens ad factum præcise non obligetur, sed liberari possit, præstando id, quod interest. *L. 14. L. stipulationes: 72. L. si insulam: 84. L. si quis: 112. §. ult. ff. de V. O.* Quod ipse quoque non diffitetur **CARPZOVIIUS**, *Pr. Tit. 16. art. 4. n. 12.* Postquam ergò nostro casu fidejussorem sistit Actor, reapse, id quod interest Rei, caveri sibi juramento, præstat; atque sic à præmisso juramentò se sine dubiò poterit liberare. Ut taceam, oblationem hanc, & eam sequentem acceptationem, sub hâc tacitâ conditione, rebus sic stantibus, & si res in eòdem statu permaneat, factam præsumi: sicque si res in priori statu amplius non sit, obligationem quoque expirare, ut ex suprâ dictis apparet. Plane ex eò hæc sententia magis robur accipit, si supponamus, delationem jurisjurandi, postquam etiam alter conditionem accepit, revocari posse: de quò *§. XXIV. actum.* Quamvis verò in nostro foro id non liceat, *N. G. S. Tit. 18. §. Ob nun gleich: 2. verb. den deferirten Eyd acceptiret ic;* dispositio tamen ea singularis ad huncce casum non erit trahenda. Quin & illud locum habere videtur, quod *CC. in ore habent: Non infringit propositum, qui in melius id commutat. c. 3. X. de jurejur.*

*§. XXXII.* Atque hæc sunt, quæ pro confirmanda sententiâ in medium proferri possunt. Tempus est, ut & argumentis Dom. **CARPZOVII** satisfiat. Et primum quidem fortissimum, quod ab *authoritate rei judicatae* petitum, ex eis, quæ hæctenus asserta, sponte sua corrui. Nam sententiam sub conditione impossibili latam, ipso jure nullam esse, & sic nunquam vires rei judicatae nancisci posse, antea est traditum. Et si maximè fingamus, remisam esse conditionem, vel non additam sententiæ: tamen nec eò casu ita rei judicatae locum esse posse, ut præcisè ad jurato-

riam cautionem Actor queat nolens volens compelli, §. XXII. sqq. nisi me fallunt omnia, fuit evictum. Haud potuit hoc ex parte dissimulare ipse CARPZOVIUS: putavit tamen id, quod de clausulâ: *rebus sic stantibus*, adduxit, cessare, si in sententiâ vel dispositione cogitatum fuit de futuris contingentibus. Non improbo hanc regulæ limitationem: opinor tamen, ad casum nostrum minimè pertinere. Concedam CARPZOVIO cogitatum fuisse ante sententiam de fidejussoribus vel pignoribus: nec enim aliter potuit; sed id parum refert: nam non cogitatum fuit simul, fidejussorem inventum iri. De hoc enim si cogitatum fuisset, nec Actor, nec Judex juratoriam cautionem in subsidium vocassent.

§. XXXIII. Alterum, quod *jus Reo quaesitum* urget, ex priori pendet, atque cum illò sine operâ nostrâ concidit. Sive enim sententia ad juratoriam cautionem Actorem admittat, sive illam eidem injungat: neutro tamen casu jus Reo esse, exigendi præcisè jusjurandum talè fuit ostensum.

§. XXXIV. Superest tertium, *viâ nempe semel electâ, ambulandum esse; nec licere variare; quinimò omnem variationem esse odiosam*. Satis trita hæc sunt brocardica & nemini ignota. Nec desunt etiam in utroque Jure textus, quibus confirmari possunt, quos apud *Barbosam* aliosve id generis Scriptores passim collectos viderit, qui velit. Suppeditat tamen ipse CARPZOVIUS mihi, in aliâ quamvis causâ, responsionem, *Lib. VI. Resp. 73. n. 31. seq.* Dicendum quippe, non purè, non absolutè elegisse Actorem & Judicem viam juratoriæ cautionis: sed tantum necessitate quadam adductos & ideo quia aliâ non succedebat, sub tacita conditione, si res in eodem statu maneat. Quod si verò alia & quidem magis commoda ac tutior sese  
osten-

ostendat, cur illâ ingredi non liceret? *Ed. adc. 3. x. de Spons. Card. Turcb. Pr. Resol. 181. Lit. V.* Certè illa via non est negligenda, per quam ad Jus commune reditur. *L. 27. §. 2. ff. de pact. Couvarr. lib. 3. Var. Resol. c. 6. n. 4.* Talem autem esse, quâ fidejussoribus cavetur, nemo juris atque rerum gnarus ambiget. Planè, ut verbis ipsius CARPZOVII utar, quod dicitur, variationem in jure esse odiosam, viam semel electam ambulandum, id aliter verum non est, quam si ex variatione damnum alicui inferatur. *L. 75. ff. de R. J. De quo in casu præsentis Reus causam conqverendi non habet, cum nec jus quæsitum habeat, nec ejus inter sit, num fidejussore potius, quam jurejurando caveatur. Conf. Sichard. ad L. 20. C. de Procur. n. 1. Card. Tuscb. Pract. Concl. XX. lit. V.*

§. XXXV. Quid ergò? Numne auctoritati illustris CARPZOVII Classici inter nostros Scriptoris detrahere volumus? Enimverò magnificianda autoritas hujus aliorumve Jurisconsultorum, eorumque scripta exosculanda: nec mihi in animo est, CARPZOVII insultare famæ. Postquam autem nulla Lege in verba ejus jurare jubemur; nemini, libertati Academicæ indulgenti, ut fecus atque ille, justâ ex causa sentiat, vitio verti debet. Unum tamen adhuc se objicit, quod nobis adversari videtur argumentum ex *L. 1. §. 1. ff. de Constit. Princip.* ubi Ulpianus tradit, id, quod Princeps cognoscens decrevit, Legem esse. Cum ergò neminem fugiat, sententias nomine Serenissimi ELECTORIS in Summo Appellationum Judiciò ferri: non vana prorsus collectio videtur, si dicamus, Summi hujus Tribunalis placita, & inter illa id, quod CARPZOVIVS in Responsis allegat, pro Lege esse habenda. Sed & hoc dubium facili negotio poterit removeri. Præterquam enim, quod circumstantiæ, quarum minima variat jus, ejus causæ, de quâ tunc actum, nos lateant; ambiguumque sit, num senten-

tia ista, quod non rarò accedit, fuerit mutata, nec ne: id re-  
sponſionis loco esse potest, quod Interpretes docent, *L. al-*  
*leg. 1. §. 1. ff. de Const. Princ.* de sententiâ definitivâ, non ve-  
rò de interlocutione, qualis hæc nostra est, esse intelligen-  
dam, *L. 3. C. de L. L. ibiq. B. Dn. Brunnem.* Sanè secundum  
nostram sententiam, contra CARPZOVIUM, hujus licet  
autoritas magna vi allegaretur, semel atqve iterum in his  
terrâs pronunciatum esse, est compertum.

§. XXXVI. Anteqvam colophonem dissertationi  
imponam, illud adhuc disquirendum sese sistit: *numne*  
*cautio hæc juratoria utilitate quâdam sit conjuncta, num*  
*verò potiùs otiosa videatur?* Finge succubuisse Actorem  
atqve ut damna restituat & expensas, esse condemnatum.  
Quod si ergò Actor summâ paupertate prematur; nec ex-  
pensas, nec damna restituere poterit, si maximè centies id  
promiserit jurejurando. Ad impossibilia enim nemo  
potest adstringi: Et inanis omnis actio est, quam debitoris  
inopia excludit *l. 108. ff. de R. J. L. 6. ff. de dolo malo.* Quamdiu  
itaq; res in eodem statu manet, fateor, parùm esse reo con-  
sultum hæc juratoriâ cautione; erit autem, si ad meliorem  
fortunam perveniat victus. Nam tunc extra controver-  
siam ut impensas refundat & damna resarciat, compelli  
potest. Pone porrò, vicisse Actorem, succubuisse reum,  
atqve hunc parare reconventionem. Hòc ce sanè casu in-  
signi gaudebit effectu juratoria cautio, obligetqve illum,  
qui antè Actor fuit, ut in eòdem judiciò, quod alias non a-  
gnoscat fortè, novam suscipiat litem; quod ab eò sine dubiò  
fieri potest, licet pauper sit & maneat. Cæterùm si verum  
esset, quod *Modest. Pistoris, L. 3. qv. 115. & ex eò Berlichius,*  
*p. 1. concl. 20. n. 58.* tradit, cautionem juratoriam de recon-  
ventionem non tantùm stipulationem judicio fisci, sed etiam  
judicatum solvi continere: non diffiteor, solâ hæc jurato-  
riâ

riâ cautione parùm consuli reconvenienti, si hic victor in reconventionem existat; nisi victum ad meliorem fortunam pervenisse supponamus. Verùm verior mihi CARPZO-VII sententia videtur, cui *in Proc. tit. 9. a. 5. n. 6.* placet, cautionem pro reconventionem & expensis non esse ad cautionem judicatum solvi extendendam. Quò positò nec aliàs potest, nec debet ullum ex juratoriâ cautione, hoc intuitu sperari commodum. Proinde ille, qui juratò cavet de reconventionem non liberabitur à novâ cautione, judicatum scil. solvi, si solutionem judicati urgeat, & reconventio sine calumniâ immineat, nec tamen in his terris sit ipse possessionatus. Aut ergò id, quod ex judicatò debetur, patiatur deponi, aut aliam idoneam præstet cautionem, quod & pro re natâ ex arbitriò Judicis jurejurando fieri potest. *N. G. D. tit. 6. ibiq. B. D. ZIEGLERUS.*

§. XXXVII. Quamquam autem Vir summi ingenii CARPZOVIUS ipse asserit, juratoriam cautionem, quam suprâ principale & juramentum promissorium dixi, duo comprehendere capita, unum de refundendis expensis, alterum de stando & respondendo in eodem judiciò in casu reconventionis, *L. 2. Resp. 81. n. 9.* Subjicit tamen, eò casu, ubi Actor jam juramentum paupertatis præstitit, illum non nisi de stando & respondendo in judicio reconventionis cavere debere, quod idem asserit *in Proc. tit. 9. art. 4. n. 39.* Rationem hanc dat: quia effectus juramenti paupertatis in eo consistit, ut pauperi litiganti à parte adversâ vel à iudice ipsò sumptus ad litigandum subministrantur; quomodo ergò, inquit, caveret de refundendis expensis. Si eò argumentum collimat, ineptum & frustraneum esse ab illò exigere cautionem juratoriam de restituendis expensis, qui adeò pauper est, ut litis sumptus ab aliis sint subministrandi; eodem modo & otiosum dicere possem, si juratoria  
pro-

7e  
1896  
61

promissio de restituendis expensis ab illò exigatur, qui quidem juramentum paupertatis propriè sic dictum non præstitit, juravit tamen, se tantum in bonis non habere, quantum ad cautionem opus, nec credere, se fidejussoribus & pignoribus cavere posse. Non diffiteor, esse inter hos casus differentiam quandam; tanta tamen non est, ut opiner posteriori majorem spem esse, ut expensæ restituantur, quàm priori: utròque namque casu, nisi melior fortuna Actoris affulgeat, jurata promissio parum habebit emolumenti. Pauperi, nisi per manifestam calumniam litem moveat, certâ ratione sumptus subministrare debere vel Judicem, vel adversarium, notissimum est. Notissimum tamen & hoc est, non tantum victoriam reportantes, sed etiâ ad pingviorem fortunam redeuntes, sumptus sibi subministratos restituere debere. *D. Nicol. in Proc. p. 1. c. 6. n. 8. ibiq. alleg. Autt.* Non ergò video, quid obstet, quò minus pauper victus in expensas litis, quas adversarius suo nomine facere coactus est, condemnetur, non quidem ad hunc effectum, ut ad impossibile obligetur, & adhuc pauper impensas refundat, sed ut id fiat tunc, si quando victus secundâ utitur fortunâ. Quam rem haud obscure probat *Ord. Cam. p. 1. tit. 41. §. 3. Conf, Martini tit. 1. Ord. Jud. §. 3. n. 12. §. L. 36. §. 1. n. 56.* Posito jam, & pauperem victum in expensas litis condemnari posse; nulla ratio vetat, quin & ille, qui juramentum paupertatis præstitit, ad juratoriam cautionem expensarum nomine compellatur. Planè hoc jurejurandò is, qui juravit, ita constringitur, ut, nisi conscientiam velit læsam, si quæ bona est nactus, quod adversarium latere potest, ea non occultet, sed stet promissis, ac impleat potiùs id, quod spondit.

TANTUM!

VJ 17

m.c.



1833

Utru

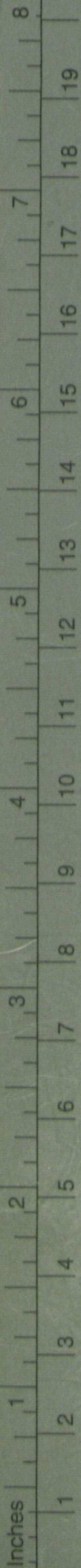
ctor ac  
riam sent  
subtrahe

DN. CA  
J. U. D. &

CHRIST

0550 0550 0630

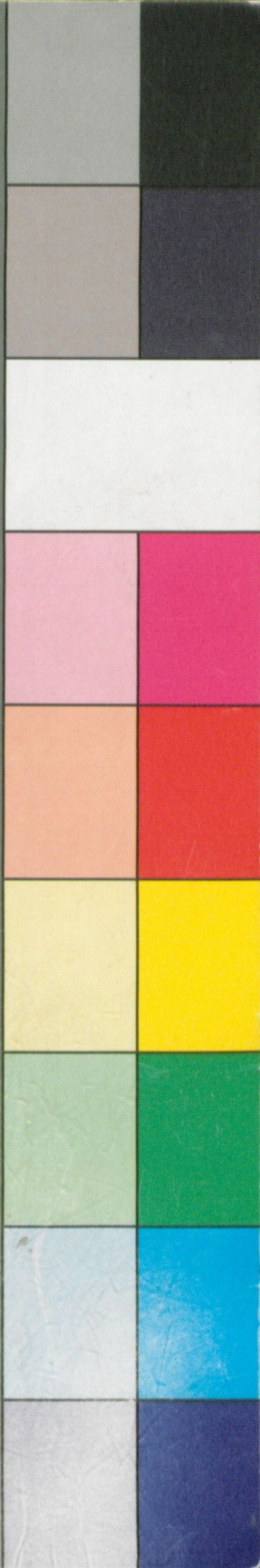
Ty



Kodak  
LICENSED PRODUCT

KODAK Color Control Patches © The Tiffen Company, 2000

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black



at!

nia A-

jurato-  
jurando se  
postea in-  
it?

ctâ,

HORNIO,

s, Scabinatus  
re,

MUS Ziegra/

l s,

0530 0530 0530

ypogr.

BIBLIOTHECA  
PONICKAVIANA

