

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Dissertatio Ivridica De Ivdice Procedente Ex Officio In Processv Civili

Wurzaeus, Georg Heinrich

Halae Magdebvrgicae, 1732

Cap. I. De officii ivdicis indole



DISSERTATIONIS
DE
IUDICE PROCEDENTE
EX OFFICIO
IN
CAUSA CIVILI

CAP. I.
DE OFFICII IUDICIS INDOLE.

§. I.



Ausidicorum artibus processus civiles Ingressus de
admodum turbari, publicæ sunt que- vtilitate hu-
relæ & quotidianæ, vnde non potest ius materiæ.
non res & publica & priuata insi-
gnem iacturam capere Quod si ta-
men rationes, quod hoc malum lati-
us quotidie serpat, inuestigamus, in
confesso est, iudices sæpe nimium in-
dulgere Aduocatorum ausibus temerariis, & reuera officio
suo deesse, quo si debito modo vbique vterentur, turbæ ta-
les vel præcaueri, vel ad minimum in herba suppressi possent.

Est utique officium ius dicentis latissimum, & potissimum huc directum, ut lites, quantum fieri potest, abbrevientur, & impedimenta, quæ lites remorantur, e medio tollantur. Imo, si dicendum, quod res est, expedit omnino, potestatem iudicis in nostris foris magis dilatare, quam ad formulas, uti olim, adstringere, quo *ex officio*, etiam non rogatus, illa agat, quæ litibus abbreviandis inseruiunt. Et huc vnice scopus meus tendit, quem in præfenti dissertatione mihi proposui, & quamuis haud ignarus sim, Dn. ZAVNSCHLIFFERVM, Ictum Marpurgensem præstantissimum, in *tr. de officio iudic. supplement.* hanc prouinciam iam præoccupasse, & quæ huc facere possunt, conguessisse; vbertas tamen & dignitas huius doctrinæ ita comparata est, ut quotidie producat nouas meditationes & conclusiones, & sic alienæ industriæ adhuc aliquid relictum videatur.

Officium iudicis quid denotet.

§. II. Officium quidem *in genere* est *facere quod debeas*, prout ait SENECA *lib. II. controu. 5.* vel ex mente Stoicorum, est *actio cum ratione vel legibus, imprimis naturalibus, conueniens, & ad eas attemperata.* vid. Dn. BVDDEVS in *Theolog. morali P. II. proleg. §. 5. in not.* SAMVEL RACHELIUS *ad offic. Cicer. l. 1. p. 18.* Cum itaque hic terminus Stoicis familiaris fuerit, non adeo mirandum, Ictos quoque Romanos, Stoicæ philosophiæ addictos, hæc voce sæpius vsos fuisse. Proinde quando *de officio iudicis* in specie mentio iniicitur, *actionem iudicis* designat, *quatenus ad normam æquitatis naturalis composita est, ut nec expresse formula præscripta hoc iubeat, nec litigantes id urgeant, nec in obligatione expresse ea de re cautum sit.* In *l. 7. ff. de negot. gest.* notanter dicitur: *tantundem in bonæ fidei iudiciis OFFICIUM IUDICIS valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.* Hic perspicue *officium iudicis* æquiparatur ei, quod *expressum* est, dum æquitas id postulat. Similiter in *l. 49. in f. de act. emt. V.* Ictus ait, *vsuras in emtione venditione non esse in obligatione* (seu expresse promissas) sed tamen *officio iudicis* præstari, quo ipso rursus apparet, *officium iudicis* *comparatione*

rari *expressæ promissioni*, ex ratione æquitatis naturalis. Pari ratione in *l. 25. §. 8. ff. de edict. edil.* de fructibus adiudicandis disponitur, hoc adhibito temperamento, ut eos adiudicare *ex officio* possit, qui post iudicium acceptum seu L. C. liquidantur, non ante; *ea enim, quæ ante iudicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta* scil. a prætore in formula. conf. *l. 21. §. 3. ff. de pecul. l. 9. §. 7. ff. quod met. caus. l. 7. §. 4. in f. ff. quod vi aut clam. l. 73. ff. de procurat.* Non rectius hæc, quam ex antiqua processus forma intelligi possunt. Prætores regulariter ipsimet dirimendis litibus haud vacabant, sed ab eis tantum petebantur *actiones* seu *formulæ* agendi & *iudices*, qui *notioni* a prætore præficiebantur. De horum potestate multa erat disputatio apud Romanos, quandoque ultra formulæ limites expressos progredi non poterant; quandoque liberius, *ex æquo & bono*, procedere & agere poterant, quæ ipsis nominatim non essent iniuncta, ab æquitate tamen singulari commendata. Hoc in b. f. iudiciis usu veniebat; illud in stricti iuris negotiis. Sic si quid dolo factum erat in bonæ fidei iudiciis, de eo decernere poterant *sine prætoris subsidio & opera, mero iudicis officio, ut ait GERARD. NOODT de formul. emend. dol. mal. c. 7. p. 34. & ita ad iudicis officium* pertinere dicebantur, quæ non erant ei a prætore iniuncta vel in formula præscripta, ad æquum tamen referenda, vel erat *actio iudicis ad iuris naturæ & æquitatis normam directæ & compositæ*. E contrario in stricti iuris iudiciis ea, quæ non palam erant expressa & formulæ inserta, ad *officium* iudicis pedanei non pertinebant. *l. 8. ff. de eo quo cert. loco l. 99. de V. Oblig.* Sic qui in stipulatione deceptus erat, stricto iure obligabatur. Actori parata erat actio, non obstante dolo, cuius forsan in formula stipulationis mentio haud erat iniecta. Et quamvis GALLVS AQUILIUS formulam *doli mali* propter negotia stricti iuris introduxisset, ea tamen speciatim a prætore, ad instantiam rei, iudici pedaneo erat præscribenda: quo non facto, si vel maxime reus dolum probaret, tamen condemnabatur, quia ad *officium iudicis* in stricti iuris negotiis

non pertinebat, de eo decernere, quod formulæ haud esset insertum. GERARDVS NOODT *cit. l. c. 5.*

Officium iudicis pedanei qua ratione olim sese exhibuerit.

Scilicet ad instantiam partium.

Quædam etiam dependebant ab officio prætoris.

Vt cognitiones extraordinariæ.

§. III. Quæ cum ita sint, conclamatum est in iure Romano, quando *de officio iudicis* mentio iniicitur, non de eo, quod magistratus, qui iurisdictione præditus est, facere debeat, quæri, sed de *iudicum pedaneorum* potestate, quousque officium eorum sese extendat circa ea, quæ formula disertis verbis haud continentur. Quando enim ex ratione æquitatis naturalis iudicare & ultra formulæ limites progredi possunt, ea *ad officium* pertinere dicuntur. Quando vero adstricti sunt formulæ cancellis, ea, quæ expressa non sunt, *ad officium* eorum non pertinere dicuntur. Porro, quæ in stricti iuris iudiciis exceptiones proditæ erant, specialiter impetrari debebant, cum, reo haud instante, *pura formula* daretur: ceterum in bonæ fidei negotiis non necesse erat, a Prætoribus hæc, quæ æquum & bonum requirebat, postulare, sed *iudicis pedanei officio* referuabantur. Neque tamen dubium est, quin iudex pedaneus non aliter de his cognosceret, nisi rogatus, vel si aliter ex probatis & actis de eo constaret. Ita cautiones iudiciales dicuntur, quæ a *mero iudicis officio* proficiscuntur, *l. 5. pr. de V. Obl.* veluti de dolo cautio, ubi tamen instantia eius, cuius interest, excludi non potest. Illa tantum suberat differentia, quod, quæ *ad officium iudicis* non pertinere dicebantur, a prætoribus specialiter petenda & in formula exprimenda erant *l. 7. ff. de negot. gest.* alioquin iudex pedaneus *ex officio* de iis decernere non poterat, ut vel maxime reus illa urgeret.

§. IV. Præterea quædam dicuntur a *mero Prætoris officio* proficisci, ut cautio damni infecti *l. 5. pr. ff. de V. Obl.*, quia in hac determinanda non iudicis, sed prætoris *officium* versabatur *l. 4. pr. ff. de damn. in f.*, quamvis *postulatio* præcedere *l. 4. §. 8. eod.* vel officium prætoris eiusque *cognitio implorari* deberet *l. 2. §. 1. ff. ut in possess. legat.* unde totum negotium dependebat *l. 24. in f. de minor.* Videlicet quicquid ad *cognitionem prætoris* pertinebat, *officio* eius contineri dicebatur, seu ibi prætor *ex legum præscriptio* agere debebat. Erat vero cognitio

gnitio prætoris vel *ordinaria* vel *extraordinaria*. Illa obtinebat in *actionibus* & *processu ordinario*, ubi cognoscebat, an actio danda, an deneganda? & ita hoc officio eius contineri dicebatur *l. 27. pr. de V. Obl.* & quæ alias in iure prætor agere debebat, antequam iudicium acciperetur. Sæpius enim actiones non dabant, nisi *causa cognita*, *l. 9. §. 5. ff. de dol. l. 2. de popul. action. l. 15. §. 34. & 44. de iniur.* Extraordinaria cognitio locum habebat, ubi deficiebat *actio* & *formula agendi*, prætor tamen imploratus, non dato iudice pedaneo, nec formula præscripta, leuato velo de causa cognoscebat. vid. *l. 1. §. 14. ff. de extraord. cognit.* Atque tales causæ rursus ad officium prætoris pertinere dicebantur *l. 1. §. 14. ff. de extraord. cognit.* quo refero restitutionem minorum, cuius nomine nulla propria actio proficiscitur, sed dependet totum hoc ex prætoris cognitione *l. 24. §. 5. ff. de minor.* Proinde in *c. 2. X. de offic. iudic.* hæc causa officium iudicis dicitur, vel quod officium iudicis in restitutione hac pro actione proponatur. Vnde Inde hodie factum esse reor, quod remedia iuris, quæ persecutiones extraordi- proficiscuntur implorationes officii iudicis. *traordinariæ* vocantur, nec iuris ordinarii executionem habent *l. 178. §. 2. de V. S.* in praxi dicta fuerint implorationes officii iudicis, in quibus a prætore non poterat actio postulari, quæ nec prodita erat, sed tantum eius cognitio extraordinaria *l. 39. §. 6. de procur.* Hunc in finem implorandus erat, ut ex officio procederet h. e. ut illa ageret, quæ iuri maxime naturæ essent conformia, cum secundum disciplinam Stoicorum officiorum norma primario ius naturæ dicebatur, teste RACHELIO ad *lib. 1. offic. Cicer. p. 23.* Neque enim actionum seu formularum agendi numerus adeo completus & perfectus erat, ut ad illas semper recursus pateret *l. 1. seqq. de P. V.* Sic in restitutione minorum Prætor implorabatur *l. 8. l. 46. de minor. l. 52. §. 1. de fidei.* Quando erat tutor inutiliter testamento datus, decretum prætoris implorandum erat *l. 39. §. 9. de admin. & peric. tut.* Cautio a legatariis per implorationem edicti petebatur *l. 1. in f. ut in possess. legat. l. 3. §. 1. eod. &c.* Vnde glossatores ansam sumferunt, has persecutiones extraordinarias implorationes officii

ficii iudicis vocare. conf. BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. sentent. p. 1. rubr. 1. qu. 12. n. 1.* LEVRENIUS *in foro benefic. p. 11. sect. 1. c. 1. qu. 107. n. 2.*

Diuisio vul-
gata inter of-
ficium nobile
& mercena-
rium.

§. V. Inde quoque nata est decantata illa diuisio inter officium *nobile* & *mercenarium*. Illud dicunt, *quod non inseruit actioni, stricte dictæ, sed per se stat, & vel motu proprio, vel ad meram implorationem, ubi nulla competit actio, exercetur.* ZIEGLER *in dicast. dissert. prælim. §. 32.* PETRVS DE FERRARIIS *in prax. aur. tit. 2. gl. 15.* Hoc ipsum erat officium prætoris in *persecutionibus extraordinariis*, in quibus *summarie* procedebat, non dato iudice pedaneo, æquitate id suadente, ad quam officium eius primario adstrictum erat. Mercenarium vero dicunt, *quod actioni formaliter in iudicium deductæ inseruit, ad quam ita adstrictum est, ut secundum naturam istius actionis sententiam pronunciare, & totum processum dirigere necesse sit.* ZIEGLER *cit. l.* HARPRECHT *ad I. pr. de offic. iudic. n. 17.* Hoc ipsum sese exserebat apud Romanos, ubi solennis actio seu formula agendi erat prodita & iudex pedaneus ad notationem exercendam dabatur. Ita communiter hæc diuisio tradi solet, quæ tamen ab aliis in dubium vocatur. Neque enim mercenarium satis exhaurire existimant *officium iudicis pedanei*, quippe qui quidem in negotiis stricti iuris stricte formulæ inhærebat, nec ultra quid adiudicabat, sed in actionibus bonæ fidei *ex officio* plura agere poterat, nec coram eo ab actore vel reo proposita erant, ut sic nobile officium exercuisse videatur. Proinde *officium mercenarium* restringendum esse volunt ad causas stricti iudicis, & potestatem iudicis pedanei, ad formulam restrictam; quo posito, cum magistratus nostri non amplius sub formula iudicent, nec fora nostra negotia stricti iuris agnoscant, uti DN. PRAES. *tr. de action. sect. 1. c. 3.* probavit, inde concludunt, eo sensu officium iudicis hodie *nobile*, non vero *mercenarium* esse. Neque obstare aiunt, quod adhuc hodie iudex sua sponte, etiam non imploratus, agere possit, quædam autem non aliter, quam imploratus: nam in eo vnice quærendam non esse differentiam vtriusque officii

cii volunt, qui a definitionibus, antea traditis, recedunt, cum etiam officii nobilis exercitium *implorationem* haud excludat, prout haftenus dictum est, & in genere in *l. vn. C. vi. quæ def. aduoc. part.* cautum sit, iudicem ab aduocatis omiſſa ſupplere debere, id quod olim in cauſis ſtricti iuris a iudice pedaneo fieri non poterat. Equidem ingenue fateor, vtramque definitionem admitti poſſe, cum hæc diuiſio magis ex gloſſatorum doctrina, quam ex ipsis fontibus procedat: interim magis priori inhaerendum eſt, vt conſuſiones, inde deduci ſolitas, recte percipere poſſimus, in quibus alias facile erramus, ſi a doctrina vulgata recedimus.

§. VI. Quæ cum ita ſint, facile iudicari poteſt de ſenſu genuino & viribus *clauſulæ libellorum ſalutaris*, cui alias ingentes præter meritum attribuuntur vires. Scilicet imploratur hac clauſula iudex, vt ſecundum *officium nobile* procedere velit: Sed in quem finem? vt iudex liberius, aiunt, agat, libellum generalem admittat, libellum quemcunque, ineptum etiam, ita interpretetur, vt ſubſiſtere poſſit, cum omne remedium competens intentatum videatur, & iudex ita ſupplere poſſit, quæ in libello peti & exprimi debuiffent, ſed ex incuria Aduocati omiſſa ſunt v. c. fructus, expenſas, intereſſe &c. Speciatiim ſingulos effectus huius clauſulæ refert & examinat Dn. I. S. STRYK *de clauſ. libell. ſolut. c. 2. & 3.* Equidem non nego, clauſulam hanc in praxi adeo omnium occupaffe mentes, vt in ſummo habeatur pretio, & virtute eius libelli ſoleant ſuſtineri, qui ſummo iure reiici debuiffent. CARPZ. *in proc. tit. 6. art. 2. n. 2. & p. 3. deciſ. 233. n. 21.* MARTINI *ad proc. Sax. tit. 5. §. 2. ſqq.* & ſuppleantur, quæ omiſſa ſunt, MEVIUS p. 3. D. 351. quod etiam diſerte prouiſum in *ordin. proc. Magd. nouiſſ. c. 18. §. 1.* geſtalt ein jeder Richter vi huius clauſulæ ſchuldig und befugt ſeyn ſoll, dasjenige, was der Advocat circa ius übergangen, ſecundum acta & probata in ſententionando zu ſuppliren, quin quod velint iudicem vi huius clauſulæ de ſimplici & plano, ſola veritate facti inſpecta, procedere poſſe SCHILTER *ex. 47. §. 16.* Vnde tamen hi & ſimiles effectus huic clauſulæ adſcribi debe-

De intellectu
viribus clau-
ſulæ ſalutaris,

Et quidem
(1) in processu
ordinario.

beant, haftenus satis demonstratum non esse puto. Scilicet vel versamur in processu *ordinario*, ubi *solennis actio* est prodita, vel in *summario* seu *extraordinario*, ubi actio solennis deficit. Priori casu nobile officium implorandum non esse volunt, cum ad hoc demum recurratur in casu deficientis actionis, TEXTOR in *praxi iudic. p. 1. c. 17. n. 137. sqq.* ubi tamen manifesta æquitas adest, iuris remedium dandum esse, MEISCHNER tom. 1. dec. Cam. decis. 8. n. 24 seq. MARTINI in *anal. ad process. Saxon. ad rubr. tit. 1. n. 1. 2.* quod etiam cum definitione vulgata *officii nobilis* conuenit. Et tamen praxis docet, quibuscunque libellis, etiam ubi *actio ordinaria* in iure prodita est, hanc adiici clausulam, & *indistincte* eidem effectus prædictos adscribi, quod etiam MARTINI ad *tit. 5. §. 2. tam in comment. quam in anal.* facit, ut ipse *ad rubr. tit. 1.* præmiserat, *nobile officium* implorandum haud esse, ubi *ordinaria actio* datur. Ex quo concludo, in *processu ordinario*, ubi *actio ordinaria* prodita est plane, omittendam esse hanc clausulam, quia reuera otiosa est, etiam ex doctrina vulgata, cum, ubi *actio ordinaria* adsit, haud recurrendum sit ad *implorationem officii iudicis*, prout in prædicta clausula fieri solet. Neque enim iudex, inuitis partibus, a via iuris ordinaria deflectere, & loco processus ordinarii, *summarium* eligere potest, quamuis hunc effectum huic clausulæ SCHILTERVS cit. l. adscribat. Neque me ab hac sententia dimouet, quod asserere soleant, posse iudicem virtute huius clausulæ omissa supplere; id enim haud facit virtute huius clausulæ, sed *legis præscripto & ratione officii*, ad normam legis adstricti per l. vn. C. *ut quæ de f. aduoc. part.* cum etiam olim apud Romanos in actionibus b. f. iudex pedaneus, ex *æquo & bono*, multa supplere poterat, quæ formulæ haud inserta erant. Neque aliud dicendum esse arbitror, si quis obiiciat, ad minimum in actionibus stricti iuris clausulæ huius effectum insignem esse; nam (1) prout supra iam dixi, tales actiones in foris nostris exulant, & si (2) vel maxime superessent, mutata tamen est fori nostri ratio, cum nec formula sit impetranda, nec iudices nostri ad eam adstricti sint;

sint, nec denique hic imploratio officii iudicis admitti possit, qua tantum in defectu actionis datur. Super sunt ergo *persecutiones extraordinariae*, quæ *processu summario* expediuntur, quando actio solennis prodita non est, ubi rursus quæstio mouetur, an hic usum præbeat clausula salutaris. Non arbitror, si constat eiusmodi remedium in casu adducto competere, veluti in casu alimentorum, salariorum, piæ causæ, & quamvis ad hoc utilis sit, ut inde perspicue constet, non *processum ordinarium*, sed saltem *summarium institutum* esse; nihilominus tamen hisce casibus illos effectus non habet, qui vulgo eidem adscribuntur, veluti quod ineptum & generalem libellum sustineat; nam in hoc processu ne quidem *solennis libellus* desideratur *clm. sæpe de V. S.* adeoque qualiscunque libellus sufficit, non *virtute huius clausulæ*, sed *ex natura processus summarii*. Et tandem huc orania collimant, quæ vulgo de duplici hoc officio adferri solent, scilicet *officium mercenarium* locum habere, ubi tantum competit *extraordinaria persecutio*, seu prout hodie loquuntur, *imploratio officii iudicis*, ut in *restitutione minorum c. 2. X. de offic. iudic.* Ex quo porro concludit Dn. BERGER in *æconom. iur. lib. IV. tit. 5. not. 5.* *Officium iudicis mercenarium speciatim implorandum esse, alioquin idem illud non debere nec posse a iudice exerceri*: Vbi enim solennis actio prodita est, speciatim in libello omnia sunt exprimenda & certa petitio esse debet, neque enim conclusio generalis sufficit, licet vel maxime clausula salutaris adiecta fuerit, cum in eo casu *nobile officium iudicis* quiescat, actione solenni prodita: E contrario, ait Dn. BERGERVS, *officium nobile saltem generatim implorandum est*, quod secundum prædicta ad *processus summarios* restringendum, ubi, deficiente actione solenni, qualiscunque imploratio sufficit.

§. VII. Interim tamen eo casu clausulam hanc utiliter adhiberi existimarem, si iuste dubitatur, utrum in casu emergente *solennis actio* competat, an vero *persecutio extraordinaria*, vel quale remedium competat? Sic enim iudex pro *administranda iustitia* virtute huius clausulæ imploratur, & ut

(II) In processu summario.

Quando hodie clausula salutaris effectum habere possit?

in dubio extra ordinem succurrat, petitur, si manifesta æquitatis ratio id suadeat. Nam & apud Romanos olim Prætores hisce in casibus *extra ordinem* ius dixisse constat. Dico in *casu dubio*: nam quando constat, actionem non competere, & iura omne remedium excludere, licet æquitas quædam allegetur, deficit etiam *imploratio officii iudicis*, & consequenter clausula hæc nullum effectum habebit. Iudex utique est *minister*, non *arbiter* legis, & ita contra iura remedium iuris siue *ordinarium* siue *extraordinarium* indulgere nequit. Veluti si quis pro præsentē & vetante fidei iusserit, & creditori post modum soluerit, æquum videtur esse, ut regressum aduersus debitorem habeat. Sed resistit legis dispositio, cum neque mandati neque negotiorum gestorum actio, ne quidem utilis, hoc casu locum habeat, l. 40 ff. *mandati* neque *extraordinaria persecutio* in iure prodita sit, quæ huic casui applicari posset, adeoque frustranea hodie foret *imploratio officii iudicis*, & clausulæ salutaris adiectio. conf. l. 64. §. 9. ff. *solut. matrim.* TEXTOR *tr. de iudic.* §. 10. n. 13. § 19. Similiter si quis sororem indigentem præterit, iustitio herede extraneo, integræ existimationis, deficit omne iuris remedium sorori indigenti, nec ei *imploratio officii iudicis* proderit, neque virtute *clausulæ salutaris* ei succurri posset, quamvis æquum foret, ut ei succurreretur, cum æquitas, a iure haud agnita & probata, non sufficiat ad producendum iuris remedium. FRANZK. *lib. 2. resol.* 8. n. 10. Admitto quidem, Prætores olim in his & similibus casibus extra ordinem succurrere implorantibus potuisse, cum etiam edicta conderent, & reuera ita *ius novum* facerent; at similis potestas nostris magistratibus data haud est, qui *secundum leges* simpliciter iudicant, neque imploranti succurrere possunt, ubi constat, remedium omne iuris deficere. Concludo ergo, tunc demum usum huius clausulæ esse, ubi non constat, an & quale remedium competat, cum iudex in dubio pronior esse debeat, ad succurrendum, ubi æquitas adest, quam ad denegandum auxilium. Rem declarabo exemplo. Disputatur inter Dd., an & quale

quale remedium competat, si quis rem alienam bona fide a non domino comparauit, eamque rursus alienauit, & ex pretio locupletior factus fuit? Sunt, qui omne auxilium iuris deficere volunt. FRANZK lib. 2. resol. 9. n. 125. seqq. Alii admittunt dominum contra eum, qui b. f. alienauit in tantum, in quantum locupletior factus est. CARPZ. p. 4. c. 39. def. 9. MEVIUS ad ius Lub. lib. 4. tit. 1. art. 6. n. 12. IULIUS CLARVS lib. 5. recept. sent. §. furtum n. 26. in f. HERTIVS in paræm. iur. lib. 1. paræm. 17. §. 4. Rursus, qui remedium concedunt, de genere actionis haud conueniunt, dum alii *condictionem sine causa*, vt HERTIVS cit. l. alii actionem *in factum* subsidiariam, vt KLOCKIUS vol. 2. conf. 50. n. 11. alii *implorationem officii iudicis* concedunt, vt B. DN. STRYK in tr. de action. for. inuestig. sect. 1. membr. 2. §. 11. inf. Intanta ambiguitate vtile foret, adiungere libello clausulam salutarem, & officium iudicis implorare, vt, in dubio hoc, æquitate tamen satis manifesta concurrente, quouis modo succurrere velit.

§. IIX. Sicuti ergo ex hætenus dictis constat, *officium iudicis generatim* denotare omnem iudicis *actionem ad normam legum attemperatam*, eiusque rationem habendam esse, tam vbi solennis actio prodita est, quam vbi deficit, extraordinaria tamen persecutione non deficiente, quamuis diuersimode *officium iudicis* in his causis sese exserat; ita nunc videndum est, *quando iudex officium suum impertiatur?* Regula vulgata est, & practicoꝝ consensu vnanimi approbata: *iudicem non impertiri officium in causis civilibus, nisi imploratum*, siue actio solennis adsit, siue extraordinaria persecutione procedendum sit, cum etiam hic cognitio iudicis implorari debeat. l. 4. §. 8. ff. de damn. infect. Vid. supra §. IV. HERT. in paræm. iur. lib. 1. paræm. 16. §. 2. CARPZ. p. 1. c. 9. def. 15. BRUNN. in proc. ciu. c. 4. n. 7. RICHTER p. 3. decis. 701. n. 13. BARBOSA in thes. lib. 9. c. 88. ax. 5. Imo etiam olim in *causis criminalibus* hæc regula locum inueniebat, vbi tantum processus accusatorius in vsu erat, nondum recepto processu inquisitorio. Hoc enim vbiq; introducto, in criminalibus ab hac regula

Quando iudex impertitur officium suum?

Vbi scilicet imploratur.

Etiam olim in criminalibus.

Et in proces-
su civili lite
pendente,
quod exem-
plis illustra-
tur.

recesserunt iudices, postquam hunc processum Innocentius III. non tantum approbavit, sed modis omnibus promovit. Sic enim in c. 10. X. de purgat. canon. disertis verbis ait: *Nec illud etiam improbamus, quod licet contra eum nullus accusator legitimus appareret, EX OFFICIO TVO tamen (fama publica deferente) voluisti plenius inquirere veritatem.* Cum enim criminum persecutio publicam tangat causam, iudicem de illis puniendis sollicitum esse debere, arbitrati sunt, nullo licet existente accusatore. Alia videtur esse ratio causarum privatarum, quæ utilitatem singulorum respiciunt, quam quilibet negligere potest, & hætenus recte sese habet regula: *iudicem officium suum inuitis vel non implorantibus non obtrudere, nec iis ius dicere.* Ita ante aliquot annos ad Facultatem inclytam iuridicam acta transmissa sunt, unde apparebat, rusticos quosdam, inter pocula, usu rationis legitimo per ebrietatem suppresso, prædia sua inuicem permutasse, interim ad mentem redeuntibus querelam nullam mouisse, nec iudicem implorasse, sed recte existimasse, permutationem talem esse inuvalidam: fama tamen huius rei ad iudicem loci delata, cum in veritatem negotii *ex officio quasi* inquisiuisse, rusticos citasse, eosque examinasse, quod sane ab omni iuris ratione alienum erat, adeoque responsum fuit, daß die inquisition in dieser Sache nicht statt finde. Neque vero usus regulæ huius tantum in eo cernitur, ut iudex ius nemini dicat, nisi mota vel actio fuerit, vel imploratio iudicis officii præcesserit, sed etiam quodammodo sese exserit, ubi iam mota est, ut pendente ipso processu, nihil decernat de eo, quod *ad iura partium* pertinet, nisi imploratus, prout communiter asserunt. Ita non punit contumaciam rei, quando actor contumaciæ accusationem negligit MERCKELBACH apud KLOCK. vol. 3. conf. 187. n. 170. MEVIVS p. 3. dec. 390. n. 1. nec (2) citationem decernit, nisi ad instantiam partium. BERLICH. p. 1. concl. 10. n. 2. GAIL. 1. obs. 50. n. 45. SCHRADER de feudis p. 9. c. 17. n. 34. (3) Implorantes demum in integrum restituit l. 8. l. 46. de minor. l. 52. §. 1. de fidei. SICHARD. ad rubr. C. de in integr. restit. B. Dn. STRYK.

STRYK. in *V. M. ad tit. ex quib. caus. mai.* §. 4. (4) Instantibus demum litigatoribus de cautionibus præstandis decernit *l. 1. §. 2. quod legat. nom.* BERLICH. *p. 1. concl. 12. n. 7. 8.* KLOCK. in *relat. camer. vot. 4. n. 32.* (5) exceptiones non supplet, nisi oppositæ fuerint. HAHN. ad *Wesemb. tit. de except. n. 3.* imo (6) ex sententia MEV. *p. 2. decis. 97. n. 4.* ne quidem iudicis esset, ex officio iniungere probationem, nisi ea offeratur, quod tamen infra examinandum est. (7) Rotulum testium demum ad instantiam partium publicat *c. 10. X. de testib. R. 1. de anno 1654. §. 14. 10.* COPPEN. *lib. 2. obs. 108. n. 3.* (8) Dilationem, parte non petente, haud indulget. WESEMB. ad *tit. de dilat. n. 2.* GILKEN. ad *cit. tit. n. 3.* (9) exemptionem sententiæ iudex decernit demum imploratus, BERLICH. *p. 1. concl. 81. n. 2. sqq.* SCHWEN-DENDORFF. ad *proc. Fibig. p. 1. c. 2. m. 3. §. 24. lit. u. not. 1.* non proprio motu. VMMIYS de *proc. disp. 23. tb. 4. n. 20.* WVRMSER *tit. 23. obs. 4. n. 1. 2.* (10) acta regulariter transmittit demum, partibus petentibus. MEV. *p. 3. decis. 40.* (11) commissarii regulariter decernuntur ad petitionem partium B. Dn. STRYK. in *introd. ad prax. for. c. 2. §. 7. &c.* Neque in his & similibus casibus iudex officium suum impertitur, si vel maxime clausula salutaris adiecta esset libello. Quamvis enim Dn. ZAVNESCIEFFERVS de *offic. iud. supplet. p. 1. concl. 5. §. 4.* existimet, ita iudicem tacite imploratum esse; supra tamen iam dictum est, vigorem huius clausulæ minime huc pertingere, imo si vel maxime implorationem contineret, illa tamen generalis est, quæ non sufficit, ubi specialis requiritur, qualis in prædictis speciebus desideratur.

§. IX. Concludunt itaque, *iudicem in causa civili regulariter ex officio non procedere, bene tamen in criminalibus.* PETRVS DE FERRARIIS in *prax. pap. tit. 2. n. 6.* TVSCH. *lit. O. concl. III.* SOCINVS in *reg. 76.* Sed circa hanc regulam duo occurrunt notanda: (1) Dixi in praxi iudicem ex officio procedere, quando non rogatus *ulero* aliquid facit, ut dicitur in *l. 9. §. 5. ff. de offic. procons.* Hæc Quando in locutio forsan nata est ex iure canonico, cum iudex ibi praxi iudex

dicatur ex of-
ficio proce-
dere?

ex officio procedere dicatur, quando, nemine instante, aliquid agit vel procedit c. 10. X. de purgat. canon. Nam quando in iure civili ad *officium iudicis* quid pertinere dicitur, regulariter præsupponitur *admonitio* vel *instantia* partium, quarum interest l. 1. §. 6. de magistr. conuen. ibique GOTHOFR. in not. lit. e. ubi ita: *Officio magistratus quod quis præstare debet, tacitam habet conditionem, si denunciatum ei fuerit.* De iure Romano ad *officium iudicis* pertinere dicebantur, quæ licet ei nominatim non essent a Pratore iniuncta, peragere tamen poterat l. 25. §. 8. ff. de edil. edict. quo ipso tamen *rogatio* vel *imploratio* partium non excludebatur. Sic *usura* esse dicuntur vel *in obligatione*, quatenus specialiter sunt promissæ, vel *in officio iudicis*, quatenus non sunt promissæ in b. f. contractibus, & tamen a iudice possunt adiudicari, si petuntur. l. 58. pr. ff. ad Sc. Trebell. Inde forsân hæc locutio in praxi nata, ut iudex tunc *ex officio* procedere dicatur, si *sponte* aliquid agere possit, sicuti apud Romanos iudex pedaneus illa *ex officio* agere dicebatur, quæ non requirebant præcedentem iussum Præ-

Quatenus iu-
dex non im-
pertiat of-
ficio, nisi
imploratus.

Lite mota iu-
dex pleraque
ex officio fa-
cere potest.

toris. (II) Regulam præadductam magis accipiendam esse hoc sensu, ut *sine actore* iudex circa litem *privatam* nihil decernat, licet vel maxime aliunde de causa informatus sit, & huc pertinere vulgatum illud: *Wo kein Kläger, da ist kein Richter.* Ceterum si actor adest, qui litem mouet, & ius suum prosequitur, regula prædicta fere plures exceptiones habet, quam exempla sub regula, ut fere illam inuertere possis, & dicere: *regulariter hodie, lite mota, iudicem ex officio omnia facere posse, quæ ad veritatis indagationem & iustitiæ administrationem faciunt, nisi ubi in specie partium implorationem processus hodierni requirunt.* Pleraque, in quibus imploratio specialis requiritur, adducta sunt in §. *anteced.* Sed longe maior copia est eorum actuum, in quibus iudex *ex officio* procedere potest, nemine urgente, ut proinde ab eo, quod *ut plurimum* fit, regula extruenda esse videatur. Liberior hodie magistratus in controuersis dirimendis procedere potest & debet, uti quidem apud Romanos. id quod iuri canonico debetur, secundum

dum quod simplicius in causis civilibus procedendum est. *Provideatis attentius*, inquit pontifex in c. 6. X. de iudic. ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter & pure factum ipsum & rei veritatem, secundum formam canonum & sanctorum patrum instituta, inueigare curetis.

§. X. Ut igitur assertionis huius veritas eo magis appareat, per singulas species eundem, & inquirendum, an & quatenus iudex *ex officio* procedere possit? quo facto, liquido apparebit, iudicem in plerisque *ex officio* procedere posse, nisi expresse *specialis* requiratur *rogatio* & instantia eius, cuius interest. Procedit autem iudex *ex officio* adhuc solutius, si causæ & processus summarii ratio id postulat, etiam si in articulis, in quibus alias imploratio iudicis præsupponitur, de quibus casibus agendum *cap. sequenti*. In *processu* vero *ordinario* omnia illa, quæ iudex *ex officio* facere potest & debet, ad duo capita referri possunt, dum quædam *ex officio* reiicit, de quo *capite III.* agemus, quædam *ex officio* supplet, de quo *capite IV.* dicendi locus erit.

CAP. II.

DE

IVDICE EX OFFICIO PROCEDENTE OB QUALITATEM CAUSAE ET PROCESSVS.

§. I.

OMnia illa, quæ iudex *ex officio* i. e. non imploratus, facit, vel ita se habent, ut necessario illa peragere debeat, vel ut peragere possit. Illa necessitatem iudici imponunt, hæc vero ad *arbitrium* eius spectant. vid. ZAVNSCHLIFFER *de officio iudicis supplet. p. 1.*

Quædam iudex *ex officio* facere potest, quædam etiam debet.

C

concl.

STRYK. in *V. M. ad tit. ex quib. caus. mai.* §. 4. (4) Instantibus demum litigatoribus de cautionibus præstandis decernit *l. 1. §. 2. quod legat. nom.* BERLICH. *p. 1. concl. 18. n. 7. 8.* KLOCK. in *relat. camer. vot. 4. n. 32.* (5) exceptiones non supplet, nisi oppositæ fuerint. HAHN. ad *Wesemb. tit. de except. n. 3.* imo (6) ex sententia MEV. *p. 2. decis. 97. n. 4.* ne quidem iudicis esset, ex officio iniungere probationem, nisi ea offeratur, quod tamen infra examinandum est. (7) Rotulum testium demum ad instantiam partium publicat *c. 10. X. de testib. R. 1. de anno 1654. §. 14. 10.* COPPEN. *lib. 2. obs. 108. n. 3.* (8) Dilationem, parte non petente, haud indulget. WESEMB. ad *tit. de dilat. n. 2.* GILKEN. ad *cit. tit. n. 3.* (9) exemptionem sententiæ iudex decernit demum imploratus, BERLICH. *p. 1. concl. 81. n. 2. sqq.* SCHWEN-DENDORFF. ad *proc. Fibig. p. 1. c. 2. m. 3. §. 24. lit. u. not. 1.* non proprio motu. VMMIYS de *proc. disp. 23. tb. 4. n. 20.* WVRMSER *tit. 23. obs. 4. n. 1. 2.* (10) acta regulariter transmittit demum, partibus petentibus. MEV. *p. 3. decis. 40.* (11) commissarii regulariter decernuntur ad petitionem partium B. Dn. STRYK. in *introd. ad prax. for. c. 2. §. 7. &c.* Neque in his & similibus casibus iudex officium suum impertitur, si vel maxime clausula salutaris adiecta esset libello. Quamvis enim Dn. ZAVNSCHIFFERVS de *offic. iud. supplet. p. 1. concl. 5. §. 4.* existimet, ita iudicem tacite imploratum esse; supra tamen iam dictum est, vigorem huius clausulæ minime huc pertingere, imo si vel maxime implorationem contineret, illa tamen generalis est, quæ non sufficit, ubi specialis requiritur, qualis in prædictis speciebus desideratur.

§. IX. Concludunt itaque, *iudicem in causa civili regulariter ex officio non procedere, bene tamen in criminalibus.* PETRVS DE FERRARIIS in *prax. pap. tit. 2. n. 6.* TVSCH. *lit. O. concl. III.* SOCINVS in *reg. 76.* Sed circa hanc regulam duo occurrunt notanda: (1) Dixi in praxi iudicem ex officio procedere, quando non rogatus *ulero* aliquid facit, ut dicitur in *l. 9. §. 5. ff. de offic. procons.* Hæc Quando in locutio forsan nata est ex iure canonico, cum iudex ibi praxi iudex