

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Dissertatio Ivridica De Ivdice Procedente Ex Officio In Processv Civili

Wurzaeus, Georg Heinrich

Halae Magdebvrgicae, 1732

Cap. II. De ivdice ex officio procedente ob qvalitatem cavsaе et processvs

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 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.

concl. 12. Fundamentum huius diuersitatis primarium quaerendum est in ipsa legum dispositione, vt attendamus, vtrum leges rem iudicis *arbitrio* permittant, an vero iudici *necessitatem* imponant, aliquid praecise agendi sub poena. Si de priori constat, iudex quidem *ex officio* aliquid agere potest, sed non tenetur, hoc sensu, vt litem suam faciat, vel alias conueniri possit, si non procedat ex officio. *Non enim quicquid iudicis potestati permittitur, id subiicitur iuris necessitati*, vt dicitur in *l. 40. pr. ff. de iudic.* Declarat Iulianus in *l. 8. ff. de offic. praesid.* hoc ipsum sequenti exemplo: *Saepe audiui Caesarem nostrum dicentem, hac rescriptione eum, qui prouinciae praest, adire potes, non imponi necessitatem proconsuli vel legato eius vel praesidi prouinciae suscipiendae cognitionis: sed eum aestimare debere, ipse cognoscere, an iudicem dare debeat.* Sic iudex ex officio potest decernere transmissionem actorum, causam pro conclusa habere, aliquando ex officio commissarios constituere &c. vt tamen ad id haud praecise teneatur; vnde hic imploratio partium utiliter adhibetur, vt excitetur iudicis officium, quae in iis, quae iudex *ex officio* facere debet, minus necessaria est. Haec vel ideo praemittere volui, vt illa, quae iudex facere *possit*, ab iis, quae facere *debeat*, in sequentibus sedulo discernerentur.

In causis
summariis
iudex magis
ex officio
procedit.

§. II. Ceterum iudex in quibusdam causis magis, in quibusdam minus *ex officio* quid facit, prout causae sunt vel *summariae* vel *ordinariae*. Sicuti enim olim in his praetor ipse procedebat, non dando iudicem pedaneum, & causam *sua cognitioni* reseruabat, quin & principes, ad instar praetorum, suae cognitioni causas, moram non ferentes, aliasque summarias deputabant; ita *solutius* agebant, *liberius* cognoscebant, non sub formula, iudicantes, sed liberam & nullam adstrictam vinculis religionem exercentes. Hoc intuitu *summatim* praetores cognoscere dicebantur *l. 5. §. 8. ff. de agnosc. vel alend. lib.*, idem *de plano & simplici*, quod opponitur, *pro tribunali* agere *l. 1. §. 8. ff. ad SCt. Trebell. l. 1. ff. de constit. princ. l. 9. §. 3. ff. de offic. proc. l. 11. §. 6. ff. ad L. lul. de adult. l. 18. in f. de quaest.* Explicat

cat hunc morem egregie IACOBVS RAEVARDVS *in protribun. c. 7.* ostendens, *tribunal* immobile & certo in loco editoque positum fuisse, cui opponitur *sella*, quia moris erat, ut post prætorem per regiones urbis vicosque obambulantem veheretur *sella*, ut si adesset, qui postulare vellet, in loco publico poneretur, & magistratus statim *extra ordinem* ius diceret *l. 7. ff. de manum vind.* quo ipso sane ambages, vel alii litium circuitus admitti non poterant, & ita multa, imo pleraque magistratus *ex officio* determinabat.

§. III. Ut vero statim hanc doctrinam ad præsentem applicemus praxin, constat, quod causæ *summarie* sint vel *per se* tales, ex iuris dispositione, vel *extra ordinem* & *ex accidente* tales fiant, ex speciali principis commissione. Sæpius enim contingit, ut causa quædam, alias *sua natura* ordinaria, extra ordinem quibusdam decidenda committatur, sub clausula, ut de *simplici & plano*, *sola veritate facti inspecta*, decidatur, quod, iure permittente, fieri posse, docet B. Dn. STRYKIVS *diff. de iudic. princip. iuxta solam facti veritatem. §. XI. sqq.* Admittit hoc etiam pontifex in *clém. sæpe de V. S.* ubi refert, *sæpe contingere, quod causas committat, & in eis simpliciter & de plano ac sine strepitu & figura iudicii procedi mandet.* Quomodo vero in eiusmodi casibus procedere debeant commissarii, succincte in *cit. clém. sæpe* ostenditur; specialius vero illustratur in *cit. dissert. §. XVIII. sqq.* ex quibus apparet, iudicem *litem, quanto poterit, facere breviorē*, & ita multa *ex officio* agere poterat. Hic enim iudex libellum qualemcunque admittere, nec eum *ex officio*, ut ineptum, reiicere potest, cum *libellus solennis* hic nequidem requiratur. Idem quoque locum habere volunt, quando coram iudicio superiori seu in auditorio principis lis peragitur, quod princeps *de simplici & plano* procedat. MYNSING. *cent. 4. obs. 5. & cent. 6. obs. 93.* HARTM. PISTORIS *lib. 4. qu. 17. n. 21.* Potest procedere porro iudex sine litis contestatione solenni, *ex officio* reiicere omnes exceptiones dilatorias, compellere partes, ut in feriis, humanis scilicet, compareant, coercere *ex officio* multitudinem testium,

Causæ summarie duplicis generis,

(I) Per commissionem principis sub clausula: sola veritate facti inspecta.

Vbi iudex ex officio in plebisque procedit.

stium, quæ processum valde retardat, eosque summarie, ne quidem articulis exhibitis, de causa ipsa eiusque circumstantiis examinare, præterea interrogare potest partes, & testes siue ad earum instantiam, siue ex officio, ubicunque hoc æquitas suadebit, ut dicitur in cit. clem. BARBOSA ad cit. clem. n. 23. MENOCH. de A. I. Q. lib. 2. cas. 51. n. 40. MARANTA p. 4. dist. 9. n. 30. adeoque dici nequit, interrogationes a fori usu alienas esse, quippe quæ in processibus summariis insignem præstant usum. Potest itaque hunc in finem iudex ex officio partibus præfigere terminum, zum mündlichen Verhör, quippe in quo commodissime eiusmodi interrogationes institui possunt. Neque hic desideratur conclusio in causa expressa, sed iudex, ubi satis sufficienter ex actis de causæ veritate informatus fuerit, statim sententiam proferre potest. d. clem. sepe. inf. ibi: si ei videbitur. Breuiter: iudex omnia ea hic facere ex officio potest, quæ ad veritatis inuestigationem, remotis omnibus ambagibus, facere possunt. Et inde super omni eo, quod probatum est, pronunciare potest, licet haud fuerit petatum. POSTH. resol. 92. n. 2. seqq. ESBACH. in Carpz. p. 1. c. 2. def. 10. n. 4. Ita iudex tamen procedere potest, non tamen necessario debet, quia, prout addit pontifex inf. in d. clem. si solennem iudicarium ordinem siue in toto siue in parte, partibus non contradicentibus, obseruauerit, processus propterea haud erit irritus. Vnde euenit, ut processus summarii, præsertim in Saxonia, hodie suis non careant ambagibus.

(II) Ex legum
dispositione.
Sic ex officio
procedit (I) in
causis rusti-
corum.

§. IV. Hæc, quæ generatim sunt hæcenus dicta, ad causas summarias, quæ per se tales sunt, etiam applicari possunt, ex quibus quasdam tantum referre lubet. Sic (1) cause rusticorum sunt summarie Nov. 80. c. 1. CHOPPIN lib. 3. de priuil. rustic. c. 1. CARPZOV. lib. 6. resp. 122. unde rusticis subueniendum a iudice ex officio, si debito modo actionem non ediderint l. 1. in f. ff. de edend. cum ignorantia iuris eis imputari non possit. GABRIEL. l. 6. c. 1. n. 26. MASCARD. de probat. conclus. 1258. Potest itaque iudex ex officio lites eorum dirimere, si vel maxime actor, quod petere debebat, omiserit. FABER in l. mulie-

mulierem. C. si mancip. ita ven. AVTOR des neubermehrten Dorf- und Land-Rechts. §. 148.

§. V. Potissimum (II) huc referri debent *causae eccle-* (II) In causis
siasticae, in quibus itidem procedendum *simpliciter & de plano*, ecclesiasticis.
& *sine strepitu iudicii & figura. clem. 2. de iudic.* Refert huc
pontifex in *cit. tr.* causas *electionum, postulationum, prouisionum, dignitatum, personatum, officiorum, canonicatum vel praebendarum, seu quorumcunque beneficiorum ecclesiasticorum, decimarum, matrimoniorum &c.* MEVIVS p. 3. *decis.* 217. n. 5.
CARPZ. l. 3. *iurispr. consist. def.* 19. n. 1. Hoc intuitu *causae eccle-*
siasticae aequiparantur publicis, CARPZ. lib. II. *iurispr. consist. def.*
1. n. 8. quemadmodum *causae sacrae* aequae olim, ut publicae, per
interdicta expediebantur. *t. ff. ne quid in loco sacro fiat.* Imo
causis aliis grauissimis, inprimis *criminalibus*, adeo aequipa-
rantur, ut iudex in his quoque *ex officio* procedere possit.
HEIGIVS p. 1. *qu.* 40. n. 25. (ius) MEVIVS p. 2. *decis.* 364. n. 6. B. Dn.
STRYK. in *not. ad ius eccles.* BRVNNEM. lib. III. c. 3. §. 1. nisi for-
san causa ecclesiastica primario *ius privati* concernat, nec a-
deo rationem *spiritualitatis* habeat. Huc refero *ius patrona-*
tus laicum, de quo licet *summarie* agatur, teste FINCKELTHAV-
SIO *de iur. patron. c. VIII. n. 15. seqq.* non eodem modo tamen
in eo *ex officio* procedit, uti in aliis causis ecclesiasticis & piis.
Sic non dubium est, iudicem ecclesiasticum in causis beneficia-
libus, & diuinorum officiorum &c. nemine etiam urgente,
posse procedere, *c. 19. X. de elect.* ibi: *duximus ex officio nostro,*
sicut decuit, procedendum. Imo si vel maxime litigantes trans-
egerint, consistorio tamen adhuc integrum est, *ex officio*
ulterius inquirere cum partes de causis huiusmodi pro lubitu
transigere non possint. BRVNNEMANN *de iur. eccles. lib. III. c.*
9. §. II. In ordinat. March. consist. tit. 51. consistorialibus indul-
getur, ut etiam *ex officio* citationes decernere possint, in causis
scilicet *ecclesiasticis*, cum alioquin citationes regulariter ad in-
stantiam partium demum fieri debeant. GAILIVS I. *obs.* 50 n. 3.
seq. Cum itaque *causae matrimoniales* hisce annumerentur, Et matrimo-
& proinde etiam *criminalibus* aequiparentur, HEIGIVS p. 1. *qu.* 40. nialibus,
n. 25.

n. 25. inde concludunt, iudicem *ex officio* desponsatos ad consummationem matrimonii adigere posse CARPZ. p. II. *iurispr. consist. def. 132.* MEVIVS p. 6. *decis. 61.* ZAVNSCHLIFFER *de offic. iudic. supplet. p. 2. concl. 2.* etsi neutra pars contrahentium matrimonii consummationem vrserit. Rationes has adducit MEVIVS *cit. l. (1)* quia interest reipubl., nuptias consummari ad procreandam sobolem & augendam ciuitatem; (2) quia interest ecclesiæ, vt scandala præcaueantur, quæ ex tali protractione nascuntur. Equidem hanc sententiam eo casu facile admitto, si scandala publica ex tali protractione oriri possunt, veluti si desponsati cohabitant, cum eiusmodi cohabitatio sinistra suspitione haud careat. Ast, cessante tali suspitione, dubium sane est, an ex intermissione consummationis scandalum *per se* oriatur? Cardo controuersiæ inde dependet, vtrum sponsalia mutuo dissensu dissolui possint? quod communiter negant, qua supposita sententia, conclusio adducta satis fundata est. Enim vero quia nondum satis euictum est, sponsalia mutuo dissensu dissolui non posse, nec ab indissolubilitate matrimonii ad sponsaliorum nexum valet argumentum, quam sententiam plenius defendit B. Dn. STRYK. *tr. de dissens. sponsal. sect. III. §. 8. seqq.* facile constat, MEVII sententiam indistincte admitti haud posse. Sane sponsaliorum non maior vis est, quam aliorum pactorum, docente B. STRYKIO *cit. l. §. 19.* & consequenter sicuti ad *pactorum* consummationem iudex *ex officio* neminem adigit, sufficiens deest ratio, ob quam iudex *ex officio* desponsatos, reluctantes & dissentientes, adigere queat ad matrimonium consummandum, quorum etiam collimat Pontifex in *c. 2 X. de sponsal.* contendens, in sponsalibus non maiorem esse vim, quam in *societatis* contractu. Et quamuis plerique pontificis sententiam accipiant de sponsalibus *de futuro*; constat tamen, sponsalia, quæ canonice *de futuro* dicuntur, h. e. *pura* & *sine omni conditione* contracta, nobis dici *de presenti*, de quibus status controuersiæ mouetur.

§. VI. Hisce (III) annumerantur *causae piae*, & sic quo- (III) In lega-
que legata ad pias causas, pro quorum conseruatione iudex tis ad pias
ex officio laborare debet. Nam, fauore *piae causae*, tam secula- causas.
 ris quam ecclesiasticus iudex legata pia exequi possunt, CAR-
 DINALIS TVSCH. *lit. R. concl. 134. n. 9. MANZIUS in special. iur.*
commun. voc. pia causa n. 67. cum etiam cuilibet permissum sit,
 denunciare magistratui, tale legatum esse relictum, ne ab he-
 redibus supprimatur *l. nulli 28. in f. C. de episc. & cler. Nov. 131.*
c. 11. & 12. Hoc intuitu ANDREAS TIRAQVELLVS *de priuileg. piae*
caus. priuileg. 151. contendit, *iudicium popolare dari pro legatis ad*
pias causas, imo quod magis nostro inseruit scopo, *priuileg. 152.*
 addit, *officium iudicis, nemine etiam petente, in piis causis inter-*
ponendum esse, alioquin iudicem punire posse. Illustrationis
 causa adiiciam sententiam illustr. Facult. Iurid. mens. Dec.
 anni 1711. conceptam, quae asserta confirmat:

Auf eingewandte Leuterung, deren prosecution und erfolg Sententia
 te Gesetze in Sachen Henning Oberkampff Beßl. und litis denun-
 cianten, an einen, Marien Salome Delien Klägerin, und Andreas
 Oberkampff litis denuncianten an andern und dritten Theil, erken-
 nen zum Halberstädtischen Stadt-Gerichten verordnete Richter und
 Schöppen auf eingeholten Rath derer Rechts-Gelehrten vor recht,
 daß es der eingewandten Leuterung ohngeachtet, bey der No. 64. be-
 findl. und den 13. Martii 1711. publicirten Urtheil ledigl. zu lassen, ie-
 doch mit dieser Erklärung, daß Beßl. den referirten Eid nach sei-
 ner eigenen in der iustificatione leutationis gethonen Erklä-
 rung nummehr allein über 50. Thl. deferirter massen abzulegen schul-
 dig sey. B. R. W.

Rationes decidendi.

Es hat die Klägerin, Maria Salome Delien, Henning Ober-
 kampff wegen eines legati familiae von 100. Rthl. belanget, als
 welches in dem Rosselschen Testament expresse dazu vermacht, daß
 die Zinsen davon einer bedürffenden Oberkampffschen Wittwen ge-
 reicht werden solten, wie dann Klägerin sich dazu am nächsten an-
 zieho berechtiget zu seyn vermeinet, gleichwol der Beßl. solches von
 Anno 1692, da seine Mutter verstorben, in Händen behalten und da-
 von

Rationes du-
bitandi.

von Rechnung thun müsse. Nun hat zwar der Bekl. dagegen ein-
gewandt, daß er auf Andreas Oberkampff Befehl 86. Fl. davon be-
reits an ihren verstorbenen Mann gezahlet, auch ihm deswegen li-
tem denunciiret, und den Eid deferiret, es ist aber so wol hier-
über, als auf die Bezahlung und edirung des testamenti gesprochen
worden, wovon Bekl. Henning Oberkampff geleutert. Ob nun wol
derselbe sich dadurch grauiret zu seyn vermeinen wollen, daß (1) Er
zu Bezahlung des Rosselschen legati der 100. Fl. nebst denen von
An. 1692. verfallenen Zinsen dergestalt condemniret sey, daß er sol-
che in die Gerichten lieffern solle, da doch die Klägerin kein fun-
damentum agendi habe, und sich in der An. 1692. gemachten cau-
tion nicht gründen könne, als welches ein instrumentum inter
alios initum sey, er sich auch nicht obligiret, daß er einer
Wittwen solche 100. Rthlr. restituiren wolle, dahero das Gerichte
vor sie die 100. Rthl. nicht in Depositum nehmen können; (2) daß
der Eid nicht deferirter massen in sententia exprimiret, wobey er
doch sich erkläret, daß er nunmehr nicht über 86. sondern 50. Fl. zu
schweren bereit sey; endl. (3) daß die edition des Rosselschen Testa-
ments Ihm auferleget seye, da er doch nicht testamentarius sey,
auch solches nicht in Händen habe.

Rationes de-
cidendi.

Dieweil aber dennoch aus dem ad acta gegebenen Schein de
Anno 1692. deutlich erhellet, daß Henning Oberkampff die Rosselsche
Legat-Gelder vor seine Mutter, als einer damaligen Wittwe, em-
pfangen, auch solche nach ihrem Tode zu restituiren versprochen, und
daß solches Capital zum Unterhalt nothdürftiger Wittwen consti-
tuiret sey, nicht in Abrede seyn kan, mithin alhier ein legatum ad
pias causas vorhanden, cuius conseruatio Magistratui quoque
incumbit.

*arg. l. 28. l. 49. C. de Episc. & cler. Nov. 131.
C. II.*

adeoque magistratus *ex officio* quoque ad obsequium vltimæ
voluntatis compellere potest debitores.

l. 50. de petit. hered. in fine c. 19. X. de testam.

Oldend. de excut. vlt. volunt. tit. 7.

Wel-

Welches allhier um desto mehr zu attendiren, da noch nicht außgemacht ist, ob Andreas Oberkamps testamentarius sey, und also ad instantiam der Klägerin der Magistratus Befl. und Leuteranten wohl anholten und condemniren möge, die Legat. Gelder cum vfuris in die Gerichte zu lieffern.

Clem. unde testam.

Lauterbach. de execut. vlt. volunt. c. 8. n. 158.

welches auch so gar, nemine urgente, ex officio geschehen mögen.

Idem cit. l. n. 167.

mithin es allhier nicht darauf ankommt, ob die Klägerin ein fundamentum agendi habe, oder nicht, welches sich nachgehends, wenn das testamentum ediret ist, schon finden wird, nechst dem bey dem andern grauamine kein reeller Unterscheid unter der in sententia gebrauchten, und von dem Leuteranten begehrten Veränderung der formulæ iuramenti zu finden ist, zumahl die in sententia angeführte formula eben den Verstand hat, welchen Befl. in delatione iuramenti intendiret, und da er sich nunmehr erkläret, daß es nur über 50. Fl. und nicht über 86. Fl. schweren wolle, solches billig ihm zu verstaten ist, da solches ihm selbst præiudicirt, Klägl. auch dagegen nichts eingewandt, und endlich so viel die edition des testamenti betrifft, solche von ihm nicht weiter gefordert worden, als daß er solche entweder bewerkstellige, oder vermittels Eydess sich reinige, daß er das testamentum weder habe, noch gefährl. Weise von händen kommen lasse, so hat geschעהener massen erkant werden müssen.

§. VII. Referunt huc etiam (IV) causas alimentorum, quæ non tantum sua natura summaria sunt, & simplici iudicis [IV] In suis imploratione expediuntur l. 5. §. 8. de agnosc. vel al. liber. SVR-
DVS de alim. tit. 8. priu. 2. RITTERSHVS. ad Nou. p. 9. c. 3. n. 17. rum,
KNIPSCHILD. de fideic. famil. c. 11. n. 316. sed etiam iudicem ex officio de illis præstandis sollicitum esse debere concludunt ex l. diu. 89. pr. ff. ad L. Falcid. vid. ANDREAS TIRAQVELLVS de priuileg. pæ causæ priuileg. 152. COLER. de aliment. lib. III. c. 2. n. 9. imo & quemlibet de populo admittunt. Hoc tamen merito restringunt ad alimenta egenis debita, de quibus ita COLERVS cit. l. In quibus casibus iudex ex officio se tenetur interponere,
D in

in iis quilibet de populo ad agendum admittitur. Sed in causa alimentorum inopi debitorum iudex ex officio se tenetur interponere. Ergo in causa alimentorum inopum quilibet de populo ad agendum admittitur. Hanc sententiam in seqq. n. 21. subinde ulterius inde confirmat, quod iudex, etiam non requisitus, personis miserabilibus debeat impertiri suum officium, maxime quod alimenta pauperum piis causis acenseantur. Hoc intuitu iudex ex officio prospicit pupillis de alimentis, si tutor copiam sui non faciat, ut alimenta eis decernantur §. 9. l. de suspect. tut.

V) In causa
dotis,

§. II. Proximum (V) occupat locum causa dotis, quam aequae piam esse volunt MANZIUS in *special. iur. commun. tit. dotis fauor*, & plerique alimentorum causa equiparandam esse asserunt. TIRAQUELLVS cit. l. priuil. 152. COLER. de aliment. lib. II. c. 10. n. 1. seqq. quamuis hac equiparatio non vniuersalis sit, ut ostendit COLERVS cit. l. Hoc interim certum, fauorem dotium esse insignem, earumque iura singularia plura reperiri, explicata a BAPTISTA DE S. BLASIO tr. de priuil. dot. & IO. CAMPESIO de priuil. dotis. Cum itaque causa dotis quodammodo pia sit, inde inferunt, iudicem in ea ex officio procedere posse. BRUNNEM. ad l. vn. C. ut quæ desint aduoc. part. n. 6. BAPTISTA DE S. BLASIO cit. tr. centur. III. n. 4. Sic (I) iudex ex officio decernere filiae dotem potest, propter absentiam vel captiuitatem patris l. 5. §. 4. ff. de iur. dotium. OLDENDORP. de iur. singul. rubr. de priuil. dot. priuil. 26. (II) viro vergente ad inopiam, iudex decernere ex officio potest, ut mulieri dos restituatur, etiam ea non petente. BAPTISTA cit. l. (III) iudex ex officio patrem, dotem repetentem, repellere potest, si suspectus sit de dilapidatione l. 32. §. 6. ff. sol. matrim. (IV) Ex officio cogere patrem potest ad dotandam filiam, si patris procaciam & filiae verecundiam iudex animaduertat. MANZIUS *special. iur. commun. voce dotis fauor*. n. 47. DN. ZAVNSCHLIFFER. de off. c. iudic. supplet. p. II. concl. 18. §. 2.

) In tute-
causa.

§. IX. Est quoque (VI) insignis tutela fauor, quæ magistratui vel ideo commendata esse debet, quia pupilli dicuntur

tur esse in publica tutela reipubl. l. 2. §. 1. ff. ne de stat. def. adeoque primario hi, qui reipubl. praesunt, hanc publicam tutelam subire deberent. Cum vero magistratus omnium pupillorum tutelam suscipere, & administrare non possit, vices suas aliis mandat, & hoc intuitu tutela *munus publicum* dicitur. Inde facile apparet, iudicem plura in tutela *ex officio* facere posse, quae scilicet ad pupillorum commodum faciunt. Sunt praeterea pupilli, aequae ac viduae, miserabiles personae in quarum causis iudex, etiam non petitus, procedit *ASINIVS de exec.* §. 3. c. 144. MANZ. in *special. iur. com. voc. miserabilis persona* n. 17. & 28. Vnde etiam *actio tutelae* vocatur *arbitrium tutelae*, quod multum arbitrio iudicis relictum sit, ut ipse aestimare queat, quid e re pupilli esse videatur. Hoc arbitrium potissimum sese exferit in excutiendis rationibus, quem in finem *ex officio* commissarios constituere potest, qui rationes tutorum examinent l. 5. inf. de manumiss. MEVIVS p. 2. decis. 123. B. DN. SRRYK. in *vs. mod. tit. de tut. & rat. distrab.* §. 9. quod per sententiam ab Ill. Facult. iurid. Hall. Mens. Nou. 1704. latam illustrari potest, cuius hic tenor est: In Sachen Frauen J. W. von M. Klägern an ein, Herrn I. F. und W. E. von B. Bezl. andern Theils erkennen wir 2c. vor recht. Das zuvorderst Beklagte dem iudicato von 8. Nov. 1701. vol. 1. fol. 50. ein Gnüge zu leisten, auch die rückständigen Rechnungen, Einwendens ohngeachtet, binnen 8. Wochen bey Straffe 100. Rthlr. einzuschicken schuldig, mit ihrer Gegenforderung aber in die reconuention zu verweisen seyn. Wann nun solches geschehen, so sind gewisse commissarii ex officio zu ernennen, welche die von Klägerin gezogene Rechnungs-defecte von punct zu punct in beyder Partheyen Gegenwart durchgehen, Sie darüber vernehmen, und in Güte aus einander zu setzen trachten; welche puncta auch durch die commissarien nicht abgethan werden können, darüber seynd die Partheyen zum fernern rechtl. Verfahren zu verweisen, und erget et alsdenn auch hiecinne weiter, was recht ist. In rationibus decidendi ad declarationem sententiae haec inter alia adduntur: In dem Fall; nun als die übrige nachstehende Rechnungen, wie sich denn allerdings gebühret, extradiret werden,

Et aliarum
miserabilium
personarum.

so ist zu Abhelfung aller übrigen vielen Weitläufigkeiten der nachste und leichteste Weg, vt tamen & super ex iis inquisitio per commissarios expediatur, licet non fuerint petiti, cum iudex non semper sequi debeat, quod petitur, sed quod iustum & congruum est. MEV. p. 2. dec. 123. n. 5. & 6. und wenn gleich durch die ex officio gegebene commissarios nicht alle puncta solten abgethan werden können, so kan doch alsdenn noch darüber, wie Rechtsverfahren werden &c. Similiter, vbi pupilli vel minores aliis inuoluuntur litibus, iudex eos sine tutoribus & curatoribus admittere haud debet, ne nullitatem committat. BLASIVS ALTIMARVS de nullit. sentent. p. II. rubr. II. qu. 236. MEVIVS p. 4. decis. 95. n. 2. Imo si tutoribus & curatoribus sunt destituti, ex officio eis prospicere debet. MEV. cit. l. n. 3. BLASIVS ALTIMARVS cit. l. n. 85. Prospicit autem eisdem ex officio duobus modis: (I) iniungendo petitionem ei, cui ea incumbit. (II) tutorem constituendo, nemine urgente & petente. Prius tantum iudici regulariter incumbere, arbitratur MEVIVS cit. l. vbi ita: Cum a propinquis, queis illud incumbit, non petitur, (tutor vel curator) eius, qui cum ipso intendit, partes sunt curare, vt habeat. Quo etiam negligente, iudicis officium est, de eo prospicere. At non vt statim det tutorem vel curatorem, sed vt ei, cui ea petitio incumbit, eandem iniungat. Subsidiarium enim tantum est officium iudicis, ex quo non habenti dat tutorem vel curatorem, nec eo utitur, nisi cum alius non est, quem decet ea prouidentia. Periculum quippe, quod iudici ex tali datione accidere potest, suadet ipsum ad istum ex officio non progredi, quamdiu ab alio id debet subiri. Quocirca cum de curatore minori prouidendum erat, placuit, non dari illum a iudice per officium, sed litiganti, vt dari curet, saltem iniungere. Decisio hæc satis fundata esse videtur, si modo is, qui cum pupillo vel minore iudicio contendit, ad petendos tutores vel curatores, & quidem sub periculo, obligatus sit, id quod Ictus prælaudatus in decisione adducta supponit. Ast vero hoc ipsum est, quod merito in dubium vocatur. Nam in l. 1. C. qui pet. tut. hoc ipsum minime iniungitur, vbi ita tantum cauetur: ad-

mone

mone adolefcentem, aduersus quem consilere vis, vt curatores sibi dari postulet, cum quibus secundum iuris formam consistat: qui se in petendis his cessabit, potest tunc competentem iudicem adire, vt in dandis curatoribus OFFICIO SVO fungatur. Si ergo officium magistratus est, dare tutores, non necesse est, iniungere aduersario, vt petat tutores, sed statim ex officio dare debet. In l. 4. C. eod. non per modum necessitatis, sed consilii creditori commendatur, quod possit & ipse curare, vt pupilli accipiant, per quos legitime defendantur, quo in sensu etiam accipienda l. 7. C. eod. vbi dicitur, quod litigans cum pupillo, tutorem petere haud prohibeatur: At quod necessario petere debeat, ei haud iniungitur. Ex quo concludo, deficientibus necessariis, quibus iudex ex officio iniungere possit, vt petant pupillis tutores, magistratum ex officio constituere, non autem litiganti petitionem iniungere debere. ALTIMARVS de nullit. sentent. p. l. rubr. II. qu. 236. n. 85. FABER in C. lib. 5. tit. 27. def. 3. Huc etiam collimant ordin. polit. de anno 1548. tit. von pupillen und minderjährigen Kindern & de anno 1577. tit. 32. Item ordin. prouinc. Anhalt. tit. 33. §. 1. vers. ex officio von sich selbst. Posterius ergo magis ad officium iudicis pertinet, quamuis non semper rationes circumstantiarum permittant, vt impuberi tutor detur, sed sufficiat, si ei curator ad litem ex officio constituatur c. ult. de iudic. in 6. l. 25. ff. de tut. & cur. dat. quod prolixè confirmant CARPZOV. lib. V. resp. 86. MEVIUS p. II. decis. 167. vbi n. 3. de praxi ita loquitur: Praxis fori huic ad stipulatur, vt scio saepissime datos curatores litis, antequam tutela constitui potuit, ne interea indefensi essent pupilli, & vt eius constitutio eo citius efficeretur. In Saxonia eo minus dubii hæc sententia habet, postquam in decis. nouiss. 41. hac de re ita cautum est: Wenn nun inzwischen in des Unmündigen Sachen eine nothwendige Handlung vorkommt, und, so geschwinde zu einem Vormunde nicht zu gelangen, gleichwohl aber denselben Schaden zu verhüten die Schuldigkeit erfordert. So soll bey so gestallten Sachen und Umständen dem Unmündigen ein Curator ad litem ver-

ordnet, und durch denselben dessen Nothdurfft vor Gerichte gehandelt, und in Acht genommen werden. Conf. ALTIMARVS cit. l. n. 86. seq. vbi his, qui contrarium construere conati sunt, responder. Parratio est furiosorum, prodigorum, mente captorum, fatuorum, mutuum, surdorum, aliorumque, qui rebus suis superesse non possunt, quibus itidem *ex officio*, & nemine petente, curatorem iudex dare potest, imo debet. ALTIMARVS cit. l. n. 39. Ceterum plura alia iudex *ex officio* circa personam pupilli facere potest, veluti, suspectum remouere tutorem, tutori cautionem iniungere, tutori curatorem adiungere &c. quæ tamen omnia, cum ad processum civilem haud pertineant, intacta relinquo.

(VII) in concursu creditorum.

§. X. Concurfus creditorum quoque (VII) summarie peragitur, & cum communionem creditorum quandam inducat, MEVIUS p. V. decis. 124. ita tamen, vt singuli suum proprium interesse persequantur, & secundum vulgatum prouerbium, communia communiter negligi soleant, inde ne confusio in hoc processu oriatur, iudex *ex officio* omnia ea, quæ ad eum abbreviandum spectant, decernere & providere debet, vt processus rite instruatur. Bene MEVIUS p. IV. decis. 86. n. 1. ait: *Cum alias ad officium iudicis pertineat litium abbreviatio, tum ei sub concursu creditorum eo magis studendum, quo illarum prolixitas & intricatio est perniciosior.* In sequentibus recenset, qua ratione iudex se gerere debeat, vt processus hic intricatissimus euoluatur, & tandem n. 10. subiungit: *Tandem vt etiam non petita iudex EX OFFICIO pro maturando processu curet & provideat. Habet quidem vulgatum axioma: iudicem nisi imploratum nihil facere aut decernere, attamen id cessat, tum vbi de litibus abbreviandis res est, l. quidam 21. ff. de reb. credit. tum vbi inter plures creditores agitur & ii conuenire nequeunt l. iure gentium 7. §. f. de pact.* Vnde (I) quamuis alias iudex citationem non decernat, nisi ad partium, quorum interest, instantiam; in hoc processu tamen, non petentibus creditoribus, *ex officio* citationem decernere potest. MEV. p. IV. decis. 145, n. 5. (II) Si creditores prioritatis iura

iura deducere supersedeant, iudex *ex officio* in iura creditorum & in causas debitorum inquirere debet, praesertim quando creditores iuris sunt ignari, personae miserabiles, indefensae vel debita exigua. BRUNNEM. *in proc. concurs. credit. c. IV. §. 4.* CARPZ. *l. C. 28. def. 2. inf.* (III) Potest ex officio bona debitoris hausta subiicere, licet creditores id haud urgeant. CARPZ. *p. IV. resp. 4. n. 17.* (IV) Iudex ex officio potest constituere *curatorem bonorum*, nemine licet petente, cum huius constitutionem conseruatio bonorum efflagitet MEVIVS *p. III. decis. 1. & 223. & p. IV. decis. 86.* HILTROP. *in process. iud. 1. tit. 18. n. 2.* B. DN. STRYK. *ad Brunnem. process. concurs. c. 6. §. 3. in f.* (V) Imo ex eodem fundamento, si bona debitoris sint exigua, ut ex iis impensae fieri non possint in curatoris constitutionem, ex officio abstinet a curatoris constitutione. Tale quid nuper se ex actis ad Facultatem iuridicam transmissis obseruasse, Dn. Praeses retulit, ubi haec protocollo *d. 30. Decemb. 1711. inserta erant*: Wurde denen Dänckerischen creditoren als N. N. vorgestellt, daß man bis dato in dieser concurs-Sache ex officio keinen curatorem bonorum bestellen wollen, weilens bekandt, daß das ganze Corpus bonorum fast in dem ad depositum gelieferten Hauß-Kauff-Geldern bestünde, und das übrige, so etwa sonst noch vorhanden gewesen, doch auf der Wittwen Eyd ankommen würde, auch übrigens die Sache im Anfange klar geschienen, weilens aber dieselbe etwas weiträuffiger geworden, als man Anfangs vermuthet, wolte man igo nochmahls von ihnen vernehmen, ob sie etwa die Bestellung eines curatoris verlangten? Illi: Sie wären insgesamt noch der Meynung, daß solches nicht nöthig wäre, und weilens es nur unnöthige Unkosten geben würde, wollten sie vielmehr es verbitten.

§. XI. Vterius (VIII) *causae, mercaturam* respicientes, (VIII) In causis mercatorum insignem fauorem habent, cum & mercatura ad reipubl. utilitatem spectet *l. 2. ff. de mund. & ratio commerciorum non admittat*, ut in his causis per ambages procedatur, & apices iuris obseruentur, sed potius ut ex aequo & bono procedi debeat. FABER *in C. lib. 8. tit. 23. def. 8. n. 3.* FINCKELTHAVS *obs. 17. n. 15.* GAIL.

GAIL. 2. *olfs* 27. n. 27. sola veritate facti inspecta MEVVS p. 5. *decis.* 107. n. 2. & *ad ins. Lubec. lib. III. tit. 6. art. 21. n. 1.* Imo in curia mercatorum eodem modo procedendum esse, ut in curia ecclesiastica, volumus MEV. *ad ins. Lub. cit. l. n. 3.* Hoc posito, apparet, iudicem ex officio plura decernere posse, quo eo citius eiusmodi controversiæ sopiantur. Inde omnes exceptiones, ordinem processus ex iure communi respicientes, in curia mercatorum reiciuntur. LAVTEEB. *de iure in curia mercat. v. fit. n. 277.* Libellus quivis admittitur. HARTM. PISTOR. *obs.* 180. CARPZ. p. 1. C. 2. *def.* 10. valet sententia & petitio incerta

(IX) In causis MEV. *ad ins. Lub. cit. l. &c.* Par ratio est (IX) causarum *maritimarum & nauticarum*, in quibus itidem levato velo procedendum est l. 5. C. *de naufrag.* quem in finem constitui solet *iudicium admiralitatis*, *admiralitäts-Gerichte*, in quo causæ hæc expenduntur ab eiusmodi assessoribus, qui singularem nauticarum rerum peritiam habent. vid. B. WERLHOFE *diff. de iudic. admiral. Hamburg.*

(X) In causis
fisci & publi-
cis.

§. XII. Denique (X) eo minus dubium est, in causis *fisci & publicis* iudicem ex officio procedere posse, cum etiam causæ *fiscales* summarie tractentur, sola veritate facti inspecta. PEREGRINVS *de iur. fisci lib. VII. tit. 3. n. 3.* LYNCKER *decis.* 882. *Vtitur autem imprimis fiscus privilegio in modo procedendi, ut utar verbis PEREGRINI cit. l. n. 8. quoad hoc, quia licet in civilibus iudex ex officio suo non inquiret ad privati utilitatem, nisi favore pupillorum in causa suspecti tutoris, ad fisci tamen utilitatem & commodum, speciali eius favore, cum bona ex aliqua causa ad fiscum pertinent, procurator Caesaris cum fisci patrono diligenter inquirere potest & debet - - etiam si bona sint delata fisco ex causa non punibili.* Interim tamen si contradictor adsit, qui causam fisci admodum dubiam facit, ordo procedendi non est omittendus, nec statim ab executione inchoandum MEV. p. 1. *decis.* 204. *inf.* Præsertim vero huc pertinent causæ, *publicam respicientem* utilitatem totius reipublicæ, in quibus, secundum ius Romanum, per *interdicta* proceditur, *imo & actiones populares* passim præditæ erant, quæ hodie, mutato

mutato statu populari, fere incognita sunt, vt tamen in iis magistratus ex officio procedere possit. COLERVS *de aliment. lib. III. c. 2. n. 9.* TIRAQUELLVS *de priuil. pie caus. priuil. 151. 152.* PETRVS DE FERRARIIS *in prax. Pap. tit. 2. gl. 15. §. 6.* Concludam hoc caput verbis B. Dn. STRYKII *diff. de salut. publica c. 11. n. 120.* vbi ita: *Patet ex l. 4. §. 8. ff. de damn. inf. iudicem officium suum regulariter non impertiri, nisi sit imploratus: si tamen causa publicam vtilitatem concernat, potest iudex ex officio citationem, non imploratus, decernere.*

CAP. III.

DE

IUDICE EX OFFICIO RE-
IECTIONEM DECERNENTE.

§. I.

Quamuis in processu ordinario iudicis officium magis restrictum esse videatur, quam in summano, si comparatiue loqui velimus, negari tamen nequit, processus ordinarios, quo magistris & ambagibus obnoxii sunt, eo frequentius occasionem præbere iudici, ex officio aliquid decernendi, præsertim in hoc litigioso seculo, vbi lites tam multæ sunt & ambiguae, vt ad exstirpandum non sufficiant ministri, sed crescant instar hydrae, cuius caput si detruncetur, septem alia resurgunt, ita vt magistratus nunquam possint victoriam sperare, contra hæc litigiorum vitia, vt ait VENTURA DE VALENTIIS *in Parthen. litig. lib. 2. c. 1. n. 12.* Inprimis vero processus tot impedimentis & ambiguitatibus inuoluuntur, (I) quod rei vt plurimum, quorum est fugere, omnia corradere soleant, quibus actorem defatigare possint, quamuis ex euentu appareat, ea omnia frustra esse adducta & proposita. Quin etiam, (II) non raro ita omnia

Necessitas
officii iudicis
in processu
ordinario.

Eiusque cau-
sa.

E

con-