universität innsbruck
Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Dissertatio Ivridica De Ivdice Procedente Ex Officio In Processv Civili

Wurzaeus, Georg Heinrich

Halae Magdebvrgicae, 1732

Cap. IV. De ivdice ex officio omissa a partibvs svpplente

urn:nbn:at:at-ubi:2-1606

hæc non ſimpliciter cum iudiciis inferioribus comparari queunt. Quid enim, ſi appellatur in cauſa *criminali eccleſiaſtica*, ſummam appellabilem non habente adeoque appellatio notorie friuola ſit? Talis vtique appellatio tenderet in præiudicium Domini territorii, eiusque iura & priuilegia læderet, adeoque merito coercenda foret *cap. 5. de appellat. in 6.*

De officio iudicis ſuperioris circa appellationem recipiendam.

§ XIII. Primaria ergo cura eſſe debet iudicis *ſuperioris*, vt appellationem friuolam ſtatim reiiciat, licet vel maxime ab inferiori admiſſa ſit, *c. 5. de appell. in 6.* forſan quod *reuerentiales* dederit, quippe qui plerumque non pro conditione cauſæ ſed vel ex imperitia vel incuria concipiuntur. Dn. BERGER *cit. l. pag 956.* Cum vero iudex ſuperior ex grauaminibus adductis non ſemper de reiectione vel admiſſione iudicare queat, neceſſe eſt, vt ſtatim acta prioris inſtantiæ ad eum transmittantur, ne expectatis quidem compulſorialibus, vt prouiſum eſt *in R. I. de anno 1654. §. 61. ſeq.* Etſi reiecta *ex officio* appellatione, de nouo inſtet & admiſſionem ſedulo vrgeat, nonnunquam indulgere ſolet appellantibus, vt ſuper quæſtione *admiſſibilitatis* cum adpellato procedant, & acta ad extraneum transmittantur iudicem. Præterea non tantum ſtatim ab *initio ex officio* friuolam reiicere, ſed ſemel admiſſam ex poſt facto repellere debet, ſi appellatio ex quacunque cauſa deſerta ſit, etſi appellatus ne quidem deſertionis exceptionem oppoſuerit, quod plenius declarat Dn. ZAVNSCHLIFFER. *cit. tr. P. II. concl. 15. §. 4. n. 11.*

CAP. IV.
DE
IVDICE EX OFFICIO OMISSA A PARTIBVS SVPPLENTE.

§. I.

Fundamentum officii iudicis ſuppletorii,

EQuidem videri poterat, iudicem facilius *ex officio* inutilia, friuola, & quæ exitum litis difficiliorem redditura ſunt, *reiicere*, quam quæ ab aduocatis partium haud propoſita & adducta ſunt, deciſioni rei tamen inſeruiunt, *ſupplere* poſſe: cum de his eidem non æque conſtare

ſtare poſſit, ac quidem de illis, &, quæ ad *iura partium* pertineant, ſi non proponuntur, & allegantur, pro omiſſis & hic haberi debeant, quibus tacite renunciatum eſſet. Dubio huic occurrunt legislatores in *l. vn. C. vt quæ deſint aduoc. part. iudex ſuppl.* Aiens: *non dubitandum eſt, iudicem, ſi quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis aſſiſtunt, minus fuerit dictum, id ſupplere & proferre, quod ſciat legibus & iuri publico conuenire.* Dubitatum hac de re olim apud Romanos fuiſſe, docent ea, quæ de *officio* iudicis ediſſerit FAVORINVS apud GELLIVM *in N. A. lib. XIV. c. 2.* vbi præmittit: *diſceptationem de omni officio iudicis eſſe multiiugæ & ſinuoſæ quæſtionis, multaque & anxia cura & circumſpicientia indigens. Namque* pergit, *vt pauca tibi nunc quæſtionum capita attingam, iam omnium primum hoc de iudicis officio quæritur: ſi iudex forte id ſciat, ſuper qua re apud eum litigatur, eaque res vni ei, priusquam agi cœpta, aut in iudicium deducta ſit, ex alio quodam negotio caſuque alio, quæ cognita liquido & comperta ſit, neque tamen in agenda cauſa probatur: oporteatne eum ſecundum ea, quæ ſciens venit, iudicare, an ſecundum ea, quæ aguntur,* h. e. an iudex illa *ex officio* ſupplere debeat, quæ ſunt facti? Pergit FAVORINVS: *Id etiam quæri ſolet, an deceat atque conueniat iudici, cauſa iam cognita, ſi ſacultas eſſe videatur, componendi negotii, officio pauliſper iudiciis dilato, communis amici & quaſi pacificatoris partes recipere,* h. e. an iudex ex *officio* tentare debeat amicabilem compoſitionem? *Atque illud,* pergit, *amplius ambigi & dubitari ſcio: debeatne iudex intercognoſcendum ea, quæ dicto quæſitoque opus eſt, dicere & quærere, etiamſi cuius ea dici quærique intereſt, neque dicat neque poſtulet?* His verbis proponit FAVORINVS ſtatum eius controuerſiæ, cuius deciſionem Imperatores in *l. vn. cit.* dederunt, adeoque maxime ante dubium fuiſſe videtur, vtrum iudex ex officio ſupplere poſſit, ſi quid minus a partibus dictum fuerit, quod allegari debuiſſet? Ratio dubitandi erat, quam FAVORINVS ſubiungit, *quod patrocinari prorſus hoc eſſe videatur, non iudicare.* Deſudarunt olim in his aliisque quæſtionibus ICti magni nominis, inter quos GELLIVS laudat *ÆLIVM TVBERONEM,*

NEM, præcepta *de officio iudicis* ſuggerentem, cuius commentatio, vt adhuc ſupereſſet, optandum foret.

Per quatuor regulas illuſtratur.

§. II. Deciſa tandem hæc eſt controuerſia in *cit. l. vn.* & in genere cautum, iudicem *ex officio ſupplere illa debere, quod ſciat legibus & iuri publico conuenire*, licet a partibus haud proſitum ſit. Vnde ſtatim fluit (I) *iudicem illa ex officio debere ſupplere, quæ ipſius iudicis auctoritatem, integritatem & quietem publicam* concernunt, quia hoc inprimis legibus convenit, & iudicis curæ ea demandata in genere ſunt, ſine quibus vigor iudiciorum ſubſiſtere nequit *l. 19. §. 1. de offic. præſid. l. 1. pr. ſi quis ius dic.* (II) *iudicem ex officio ſupplere poſſe, quæ ad abbreuiandas lites ſpectant*, cum hoc primario iudicibus iniunctum *l 21. pr. ff. de reb. cred.* & præterea in iure hinc inde ratio abbreuiandarum litium præſcripta ſit. (III) *iudicem ſupplere etiam illa poſſe, quæ alias iuri communi conueniunt, ſiue ipſa cauſæ merita ſiue proceſſum reſpiciant:* Iura *ſpecialia*, quæ in iure communi recedunt, haud ſupplet, cum qui beneficio ſuo non vtitur, ei renunciaſſe videatur. Conſtat fideiuſſoribus competere beneficium *ordinis* & *diuiſionis*, quod iudex non ſupplet, ſed ſibi imputare debet, qui his beneficiis potuit iuuari, & *deſiderare*, vt vel pro parte vel in ipſum debitorem daretur actio, ſi hoc omiſit §. 4. *l. de fideiuſſ.* Nequidem in feminis iudex ſupplet exceptionem *SCti Velleiani*, ſed ea non oppoſita, mulierem ex fideiuſſione condemnat, quod etiam de filio familias, SCti Macedoniani exceptione tuto, dicendum eſt. *l. 11. ff. ad Sct. Maced.* Beneficia iuris enim non tollunt *ius commune*, nec corrigunt, ſed temperant, adeoque iudex in pronunciando illud ſimpliciter ſequitur, quatenus beneficia litigantibus indulta haud allegantur.

Prima regula.

Secunda.

Tertia.

Quarta.

(IV) *iudicem ea etiam ex officio ſupplere poſſe, quæ facti ſunt, quatenus de illorum veritate ex actu conſtat.* Dn. ZAVNSCHLIFFER *de offic. iud. ſupplet. p. 1. concl. 10.* Sequi enim decet, quod conuenit, ex fide eorum, quæ probabuntur. *l. 6. §. 1. ff. de offic. præſid.* vnde quicquid ex actis apparet, eius etiam non petiti iudex rationem habere debet, MEVIVS *p. III. deciſ. 351. n. 6.* cum ipſi fiat probatio, & ideo publice conſtitutus ſit, vt in veritatem

tem rei controuerſæ inquirat, eamque ſua ſententia determinet, & ita aliquando abſentis partes *per ſuum vigorem adimplere* debet, vt dicitur in *l. f. pr. in f. C. de appell. & conſult.* conf. MEV. *p. VII. deciſ. 155.* Atque ſecundum hæc fundamenta ſpecialiores concluſiones examinare iuuabit, vnde apparebit, iudicem in plerisque, etiam non imploratum, procedere poſſe, vbi ſemel cauſa in iudicium deducta eſt.

§. III. *PRIMA REGVLA* eſt, *iudicem ea ſupplere ex officio poſſe, quæ ad integritatem, auctoritatem iudiciorum & quietem publicam ſpectant.* Ad auctoritatem iudiciorum integram & illæſam ſeruandam inprimis pertinet, ne quid malitioſe & per meram calumniam in iudicio proponatur; cum alias auctoritas eius, quæ *ſacroſancta* hominibus eſſe debet, conſiſtere non poſſit, quo intuitu apud Gallos iudicia a Druidibus exercebantur, referente IVLIO CAESARE *lib. IV. de bello Gall.* qui conſidebant *in loco conſecrato*, atque eorum decretis tanquam *ſacroſanctis* litigantes parebant. Vt eo ſanctius iudicium haberetur, IVSTINIANVS voluit *in l. 14. C. de iudic.* ne aliter litium primordium fieret, niſi prius ante ſedem iudicialem ſacroſanctæ deponerentur ſcripturæ. Itaque ad conſeruandam *ſacroſanctam* hanc iudiciorum *auctoritatem*, leges (l) introduxere *iuramentum calumniæ*, tam *generale*, quam *ſpeciale*. *Generale* a Iuſtiniano præſcritum, hac intentione, vt tot ſpecialia iuramenta malitiæ ceſſarent *l. 2. C. de iurei. propt. cal. Nou. 49. c. 3. §. 1. auth. hoc ſacramentum C. eod.* quæ tamen hodie non ceſſant, ipſo iure Canonico conſentiente *c. 2. in f. de iuram. calum. in 6.* Vnde ſpeciale iuramentum, quod malitiæ vocant, adhuc hodie toties locum habet, quoties ſuſpicio adeſt malitiæ, veluti ſi ſuſpicio adſit, quod friuole leuterationem interponat. Vtrumque iuramentum iudex *ex officio* exigere poteſt, nemine licet petente, cuius deciſionis hanc rationem reddit imperator in *l. 2. §. 4. C. de iurei. propt. cal. quia non pro commodo priuatorum, ſed communi vtilitate præſentem legem poſuimus* Conf. *R. I. de anno 1654. §. 43.* ibi: oder auch von ſelbſten in welcherley Theil des Gerichts von Amts wegen auferleget das iura-

Ratione conſeruandæ auctoritatis introducta iuramenta calumniæ.

Quæ ex officio iniungi & remitti poſſunt.

iuramentum calumniæ dahin zu erſtatten ſchuldig ſeyn, *c. 2. inf. de iurament. calumn. in 6.* imo eſt *legale*, & ita ab arbitrio iudicis dependet, quod etiam variis ordinationibus proceſſuum confirmatum eſt, vt oſtendit MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit. 33. n. 24.* Proinde a parte remitti nequit *l. 2. cit. §. 4.* ſed parte ſiue inuita, ſiue tacente, a iudice defertur MEVIVS *P. 7. deciſ. 387.* VVLTEIVS *de iudic. l. III. c. 2. n. 14 ſeq.* ZAVNSCHLIFFER *de offic. iud. ſupplet. P. II. concl. 17. § 5.* Hoc poſito facile ſuperari poteſt difficultas, quæ deprehenditur in *l. 34. §. 4. ff. de iurei.* vbi dicitur : Hoc *iusiurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur*, id quod ſine lectionis mutatione veritati iuris conueniens eſt. Nam aliud eſt, an liberti & liberi id exigere poſſint? quod negatur *l. 16. ff. de iurei.* aliud vero, an ita remiſſum ſit parentibus & patronis, vt iudex *ex officio* ab illis iuramentum hoc exigere nequeat: atque hæc ipſa quæſtio dicitur in *cit. l.* neque enim iudici id prohibitum dici poteſt, quod interdictum litiganti ob reſpectum reuerentiæ. Imo inde quoque dependet deciſio quæſtionis: Vtrum iudex vtrumque *ex iuſta cauſa* remittere poſſit? quod plerique negant; ſed ſine ſufficiente ratione, cum hoc iuramentum ſit *legale*, arbitrio iudicis commiſſum, adeoque ſicuti *ex officio* imponere, ita quoque *ex officio* remittere poteſt, ſi iuſta cauſa id ſuadeat, prout plenius demonſtrat Dn. I. S. STRYK. *tr. de iurament. meletem. V. c. III. per tot.* Sic qui iuramentum alicui defert, prius tenetur iurare *de calumnia*, quo caſu ſi de *facto* vtriusque *proprio* agitur, alter neceſſario periurium committit, & ita conſultius eſt, potius iuramentum *malitiæ* remittere, quod hoc caſu degenerat in *iuramentum veritatis.* IDEM *cit. l. c. 1. §. 14. & c. 3. §. 20.* Denique nec intereſt, vtrum iudicium ſit *ſummarium*, an *ordinarium*, cum etiam in ſummariis de iudicii auctoritate illibata laborandum, imo & in ſecunda inſtantia quoque *ex officio* denuo exigi poſſit. *R. l. do anno 1654. §. 117. ſeq.*

Hunc in finem quoque iudex ex of-

§. IV. Auctoritas iudiciorum quoque (II) violatur per immodeſtas aduocatorum allegationes, a quibus abſtinere iubentur in *l. 6. §. 1. C. de poſtul.* Proinde aduocatos calu-

calumniatores iudex non tantum *ex officio* reiicere, sed, parte id nequidem vrgente, punire potest, prout obseruat MEVIVS *p. 1. decis. 155. n. 4.* inquiens: *Aduocati, qui ius per iniurias quærunt ac prosequuntur, non leuem coercitionem merentur, quam pro seruanda iudicantium auctoritate & iudiciorum sanctimonia iudex ex officio decernit, & irrogat pro arbitrio suo.* Et ita *Mens. April.* 1712. pronunciauit Ill. Facult. Iurid. huius loci: Und wird in übrigen der Klägerin Aduocatus wegen der fol. act. reiter. reuis. 9. 10. und 11. wider die Herren Urthels-Fasser angeführte unverantwortliche Anzüglichkeit in 10. Rthlr. nicht unbillig genommen. In rationibus decidendi hæc adducta erant: Und weil der Aduocatus causæ sehr grobe Anzüglichkeiten gegen die Iuristen-Facultät ausgestossen, da er unter andern gesetzet, daß ihre *Fundamenta* auf einen stinckenden und faulen grundlosen Morast gelegt und also *superstructum* die, *si diis placet*, so herrliche *rationes decidendi*, mit Halß und Kopf in selbigen Cloac versuncken sey, anderer unzuläßlichen Redens-Arten zu geschweigen, und dann solche einem Aduocato unanständige Anzüglichkeit, zumahl gegen eine gantze Iuristen-Facultät, billig ex officio zu bestrafen sind, BERGER *ad Proceff. Saxon. tit. 34. obseru. 5. not. 3.* so ist auch dieserwegen geschehener massen erkant worden. ficio aduocatos calumniantes punit.

§. V. Porro mendaciis (III) sanctitas iudiciorum maximopere violatur, & lites quoque in ambigua discrimina deducuntur, quibus proinde leges obuiam iuere per varias pœnas, quæ oppido faciunt ad processus abbreuiandos, docente B. Dn. STRYKIO *dissert. de abbreu. proceff. per pœnam mendac.* Atque hæc quoque mendacia eo magis a iudice *ex officio* forent punienda, quo magis auctoritatem iudiciorum illibatam conseruant. Collimat huc B. Dn. STRYK. *in præf. ad tr. Paciani de probat.* vbi ita: *Reducendæ sunt ad obseruantiam fori mendaciorum pœnæ, & si quis contra præstitum iusiurandum calumniæ friuolæ quid negauerit, de quo ex progressu litis facili negotio constare potest, seueriſſime in ipsum, vtpote periurii reum, animaduertendum, adiecta etiam famæ macula, ita veritas non amplius friuole reticebitur, iudici sua restituetur auctoritas,* Et mendacia quoque ex officio coercere.

ritas, nec præsentia Numinis, exactissimi cordium nostrorum scrutatoris, per mendacia, in iudicio inuerecunde eructata, despicatui habebitur, ius suum cuique sine probationum ambagibus tribuetur. Quod iuramenta calumniæ hodie vt plurimum otiosa sint, & nullius pretii habeantur, inde inprimis est, quod periuria *ex officio* haud puniantur, & iudices eorum auctoritatis curam nullam habeant. Similiter impune mendacia committuntur, quæ *ex officio* essent refrenenda, quod tamen hodie vel ideo negligitur, quia ne quidem pœnæ mendaciorum, ad quas læsi secundum ius Romanum agere possunt, in praxi cognitæ sunt. Interim iudicem *ex officio* ad hoc obligatum esse, pluribus argumentis euictum est in *diss.* B. Dn. STRYK. de *abbreu. proc. per pœn. mendac.* §. *44. seqq.*

Imo etiam contemtum & contumaciam reprimit.

§. VI. Prospiciunt præterea (IV) leges aliis variis modis dignitati & auctoritati iudicis, ne contemni se patiatur *l. 19. pr. ff. de offic. præs.* sed vt *auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat, l. 19. cit. in f. l. 1. pr. ff. de postul.* Hinc concessum erat magistratibus, iurisdictionem suam defendere *pœnali iudicio, l. 1. pr. si quis ius dic. non obtemper.* Quamuis vero olim hæc pœnalis actio a priuato esset, instituenda ad id, non quanti actoris interesset, sed quanti ea res esset, h. e. ad contemtum ipsum vindicandum, *l.* 1. §. *4. cit.* hodie tamen magistratus ipse *ex officio* vt plurimum contemtum vindicat, & actio iuris Romani incognita est. Conf. *ordinat. cameral. de anno 1507. tit. 35.* §. *2.* Quæritur proinde, vtrum iudex *contumaciam rei* ex officio, i. e. actore eam haud accusante, punire possit, cum reuera insignis *contemtus iudicis* in contumacia litigantium deprehendatur? Equidem communiter ex *l. 13.* §. *2. C. de iudic.* inferre solent, non aliter contumaciam rei puniti, nisi actore accusante, die Ungehorsams Beschuldigung muß zuvor eingebracht werden. RIVINVS *in enunc. ad proceff. Saxon. tit.* 10. *enunc. 70.* PHILIPPI *in vs. pract. instit. lib. III. eclog. 36. n.* 10. GAILIVS I. *obs. 55. n. 6.* Nihilominus tamen iudicem iurisdictionis suæ tuendæ gratia, etiam parte non petente, contumaciam punire posse, docet ZIEGLER *ad Lancellot. instit. iur. canon. lib. III. tit. 6.* §. 1. quod rationi iuris conueniens esse ex

antea

antea dictis colligi poteſt, quamuis, quod negare non poſſum, in pronunciando hodie contumaciæ haud accuſatæ non haberi ſoleat ratio. De contemtu *mandatorum* agit PETRVS FRIDERVS *de mandat. lib. II. c. 17.*

Integritas iudiciorum conſeruatur, dum ſupplet exceptionem legitimationis ad cauſam.

§. VII. Non tantum *dignitatis*, ſed etiam *integritatis* iudiciorum iudex rationem habere debet, quorſum inprimis pertinet, vt curet *ex officio*, ne nullitas committatur, nec iudicium fiat eluſorium. Hoc intuitu ſupplere debet *exceptionem legitimationis ad cauſam*, cum nulla maior nullitas in proceſſibus occurrat, quam ſi iudicium ſit ſuſceptum cum illegitimatis ALTIMARVS *de nullit. ſent. rubr. II. qu. 232. n. 1. ſeqq.* adeo vt quamuis ſtatutum omnes exceptiones contra inſtrumentum reiiciat, nihilominus tamen hoc admitti debeat, veluti ſi quis ex iure ceſſo agat. IDEM *cit. l. n. 2.* Dn. LVDOVICI *diſſert. de legitimat. ad cauſ. §. 6.* Inde iudex non ſolum *poteſt*, ſed & *debet illam ex officio* ſupplere. ALTIMARVS *cit. l. n. 10. ſeqq.* MEVIVS *p. V. deciſ. 13.* ſi modo ex actis appareat, illam legitimationem deficere, veluti ſi de inſtrumento ceſſionis haud conſtat. Dn. LVDOVICI *cit. l. §. 10.* Illuſtrari hæc obſeruatio poteſt reſponſo, quod ante triennium Facult. ill. iurid. huius loci concepit in caſu, quo ſententia lata erat contra eum, qui ex iure ceſſo agebat, nec tamen inſtrumentum ceſſionis producere poterat. Referam huc tantum ex rationibus decidendi, quæ hanc obſeruationem tangunt. So fehlet es auch wegen des andern Poſtes an einer Legitimation, als welche man klagender Seite, theils ex ceſſione, theils als eine Lehnſchuld fordern will, da doch noch biß dato das original von der ceſſion nicht zum Vorſchein gebracht worden, ſo doch allerdings von nöthen geweſen, weil ſonſten ſich ein offenbarer defectus in agendo hervor thut, quo nullus maior reputari poteſt ALTIMARVS *de nullit. ſentent. qu. 232. n. 1.* welches man doch ſo gar in pronunciando nicht attendiret, daß man in Gegentheil dawider das Original geforderter maſſen produciret, und recognoſciret, auf die Bezahlung dieſer Schuld geklaget, und die ſo wichtige exceptionem legitimationis gantz hindan geſetzet, woraus denn abermahl eine manifeſta nullitas, und zwar inſanabilis

erfolget, legitimatio enim perſonæ eſt neceſſaria in quolibet iudicio, ne aliter totum iudicium reddatur eluſorium & nullum, cum defectus inhabilitatis perſonæ in iudicio comparentis reddat proceſſum retro factum nullum VANTIVS *de nullit. tit. quis dic. poſſit. de nullit. n. 44.* OLEA *de ceſſ. iur. tit. 6. qu 9. n. 1.* BERL. P. 1. *concl. 14. n 2.* perſonæ enim interueniunt pro ſubſtantia iudicii, & ita legitimari debent. CRAVETTA *conſil. 104. n. 2.* BERLICH. *cit. l. n. 3.* und mag klagenden Theil wenig helff n, daß man in conſiſtoriis principum keine apices iuris admittire, und in der Sache ex bono & æquo, und ſummariſcher Weiſe, ſola veritate facti inſpecta, verfahren ſey, weil dieſes ein ſubſtantial - Stück, ja ſo nöthig iſt, daß es in keinem Proceſs ohne nullität wegbleiben kan, nam & in ſummariis legitimatio requiritur SCACCIAS *de iudic. lib. 1. c. 62. qu. 11. n. 24.* LANGELLOT. *de attentat. p. 3. c. 28. n. 39.* BLAS. ALTIMAR. *cit. l. n 42.* & vbi proceditur ex bono & æquo, ſola veritate facti inſpecta ALTIMARVS *cit. l. n. 42.* & ſi cauſa agitur coram principe IDEM *cit. l.* & ſi iudicium vel maxime ſit extraordinarium & improprium SCHRADER *de feud. p. 10. in præamb. n. 34.* ALTIMAR. *cit. l. n. 44.* BERLICH. *cit. l. n. 6.* dahero allerdings nöthig geweſen, daß man in beyden Puncten vorerſt auf die legitimation und recognition der original documentorum erkennen müſſen, neque enim iudex ad condemnandum deuenire poteſt, antequam ceſſionis inſtrumentum, cum inſtrumento crediti exhibeatur. OLEA *de ceſſ. iur. cit. l. n. 13. ſeqq.* BOERIVS *deciſ. 10.* PARLADOR. *lib. 2. rer. quotid. c. fin. 4 §. 1. n. 1.* welches man auch in dem anno 1656. ausgeſprochenen Urtheil ſelbſt agnoſciret, indem man daſelbſt die Beklagten ſub conditione ſubſecutæ ab actoribus recognitionis des documenti ſub lit. E. abſoluiret, mithin auch gleiches von Beklagten hätte gefordert, und Klägerin die beſſere legitimation auferleget werden müſſen, cum litigantium iura debeant eſſe æqualia, beſonders da die Klägere ſich darzu anfänglich ſo fort offeriret, daß ſie in termino inrotulationis das originale ceſſionis ad recognoſcendum produciren wolten, ſo doch damals weder geſchehen noch nachgeh. biß dieſe Stunde nicht erfolget. Ja auch, da nach der heutigen praxi in ceſſionum materia man we-

nig

nig distinguiret, vtrum quis agat directa, an vtili actione, so wäre nöthig gewesen, daß so fort und zwar ante litem contestatam die legitimation zu ihrer Richtigkeit gebracht worden wäre, wie die bewehrtesten Rechts-Lehrer statuiren AMAT. *resol. 78. n. 4.* ARIAS de MESA *lib. 1. Var. resol. c. 24. n. 5.* SCHRADER *de feud. p. 10. Sect. 18. n. 366.* BOERIVS *decis. 10. n. 3. infin.* adeo vt, si talis probatio legitimationis statim ab initio non sit adimpleta, actor statim repellendus sit, SCHRADER *cit. loc. n. 160.* mithin da weder ab initio litis hie Klägere sich gebührender massen legitimiret, noch auch ante sententiam das original ad acta gebracht und recognosciret worden, hat ohne offenbahre nullität nicht so fort erkannt werden mögen, indem sich wenigstens würde gebühret haben, daß man auch in diesem Punct sub conditione gesprochen hätte, so ferne Kläger das *originale cessionis producir*en, und Beklagte solches *agnosciren* würden, welches alles unterlassen, und in beyden Puncten eine nullitas insanabilis committiret worden, anerwogen die exceptio legitimationis nicht etwan einen blossen defectum solennium, sondern vielmehr partis essentialis supponirt, so gar vt etiam opponi possit, si vel maxime statutum omnes exceptiones reiiciat. BIASIVS ALTIMAR. *cit. tr. qu. 32. n. 2.* Imo tantæ potentiæ & virtutis est, vt etiam possit in quacunque parte iudicii opponi, siue ante litis contestationem, siue post, etiam post tres sententias conformes, quæ alias iudicato æquiparantur. CARLEVAL. *de iudic. lib. 1. tit. 2. disp. 5. n. 8. inf.* PART. *de Manut. obs. 87. n. 4* ALTIMAR *cit. l. n. 9.* & si vel maxime non opponantur, iudex tamen teneatur eam supplere ex officio, & agentem repellere ALTIMAR. *cit. l. n.* 11. dahero dann die an. 1656. ge prochene Urtheil in rem iudicatam nicht ergehen können ꝛc. Idem quoque dicendum de *exceptione legitimationis*, quæ procuratoribus aliisque, qui *legitimatione* per *mandatum*, *curatorium*, *tutorium* &c. indigent, obiici, & a iudice suppleri debet, vt iam §. VIII. *in f.* notaui. Quodsi coniuncta vel talis persona sit, pro qua præsumtio est, quod mandatum habeat, ad minimum cautionem rati præstare debet, quam iudicem *ex officio* iniungere posse, docet RIVINVS *in specim. exc. pt. for. c. 7. n.* 12. SCHWENDENDORF. *ad Libig. P. 1. c. 2. m. 3. §. 6. n.* 152. Hoc

Et alias exceptiones nullitatem præcauentes.

ipsum tamen in dubium vocat MEVIVS *p. IV. decis.* 361. *n.* 7. vbi ait, quod iudex hanc non decernat, nisi imploratus per *l.* 40. *§.* 3. *ff. de procur.* Equidem *cautio rati* ad substantiam iudicii non absolute pertinet, adeoque ante litis contestationem exigitur, adeo vt, lite semel contestata, non compellatur amplius ad cautionem, quod indicium præbet, eam omissam processum non vitiare. Interim quia ad securitatem iudicis multum facit, *potest* quidem illam iudex supplere, sed necessario non *debet*. Vlterius quid circa pupulli vel minoris, tutore vel curatore destituti, personam supplere debent, *c. II.* iam dictum est. Et denique iudex omnia illa *ex officio* suplere debet, quæ ad *substantialia* processus spectant, & sine *nullitate insanabili* omitti non possunt, vtut vel maxime alter litigantium defectum haud allegauerit. Quodsi itaque litis contestatio non sit facta, quæ in nullo potest omitti processu, sed huius defectus totum processum vitiat, illam *ex officio* iniungere debet FABER *in C. lib. VII. tit. 29. def.* 18. ZIEGLER *ad proc. Saxon. tit.* 16. *voc. suppliren.* Huc collimat. *ordinat. proc. Saxon. tit.* 16. *in f.* und soll das Richterl. Amt zu Vorkommung allerhand besorglichen Weitläuftigkeiten, die hernach in disputatione meritorum über der litis contestation erfolgen können, da etwa hierinn ein Mangel verspühret, suppliren; obgleich derselbe defect von Klägern nicht attendiret oder dawider excipiret würde. Similiter si aliter nullitas *insanabilis* commissa, æque *notoria* & *manifesta* esset, vt ex actis de ea constaret, iudex *ex officio* illam attendere, & executionem suspendere, nec sententiam, quæ in rem iudicatam transire non potuit, confirmare potest, cum omnes actus subsequentes frustranei forent. BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. sentent. p.* 1. *rubr. VIII. qu.* 155. *n.* 8. 9. *& qu.* 131. *n.* 1. *seqq.*

Ob quietem publicam sequestrum ex officio decernitur.

§. VIII. Denique iudici quoque incumbit *quietis publicæ* cura, a qua salus reipubl. quæ suprema lex est, dependet, & ita *ex officio* impedire debet, ne partes ad arma veniant. *Cur enim ad arma & rixam procedere patiatur, quos potest sua iurisdictione componere? l.* 13. §. 3. *ff. de vsufruct.* Inprimis vero metus armorum est, quando de possessione vel quasi retinenda

da agitur, ad quem auertendum iudex sequestrare *ex officio* potest rem, de qua est controuersia, quod regulariter alias prohibitum est *l. un. C. de sequestr. prohib.* MEV. *p. 7. decis. 147.* GAIL. *1. obs. V. n. 2. seqq.* MARTINI *ad proces. Saxon. cit. 4. §. 1. n. 74.* & ita sequestrem *ex officio* ad colligendos fructus & administrandam rem constituit MEV. *P. II. decis. 239. n. 7.* LYNKER *de grauam. extraiud. c. III. p. 2. sect. 1. m. 1. §. 41. n. 17. p. 172.* Ex eodem fundamento iudex cautionem de non offendendo *ex officio* iniungit, vt recte obseruat contra communem sententiam Dn. ZAVNSCHLIEFFR. *de offic. iudic. supplet. P. II. concl. 2. §. 2. in f.* Quietis publicæ ratio æque facit, vt iudex litigantes inuitos quoque possit ad transactionem compellere MEVIVS *P. 1. decis. 214.* ne forsan ex priuata rixa multorum strages sequatur. GAIL. *de pac. publ. lib. 2. c. 18. n. 11.* KNIPSCHILD. *de fideicom. famil. c. XI. n. 102.* MEVIVS *p. III. decis. 217. n. 6.*

§. IX. Progredior ad REGVLAM SECVNDAM, quæ iubet, iudicem illa *ex officio* facere debere, quæ ad abbreuiandum processum faciunt. Hunc in finem (*a*) ante omnia iudex ex officio tenetur tentare amicabilem compositionem *C. vlt. X. de transact.* alioquin graviter peccat, quod plenius illustrat ZIEGLER. *in dicaslice concl. 22.* vbi simul plene docet: quomodo iudex in amicabili compositione promouenda versari debeat, vt euentum fortiatur expectatum. Atque hoc ipsum in plerisque fere *ordinat. proces.* iudicibus iniungi, docet MARTINI *ad proces. Saxon. tit. 1. §. 2. n. 7. seqq.* adeo vt si iudex huic officio suo desit, reo integrum sit, opponere exceptionem *nondum tentatæ amicabilis compositionis*, RIVINVS *in specim. except. dilat.* Neque hoc officium tantum iudici incumbit in *limine iudicii*, sed concordiam etiam *in progressu*, imo secunda instantia tentare debet, per R.I. *de Anno 1654. §. 110. ibi: in quacunque parte iudicii* MARTINI *cit. l. n. 84. seqq.* Præterea (*b*) cum exceptiones dilatoriæ processum valde differant, & tamen de iure communi reus vt omnes simul proponat, haud sit obstrictus, iudex *ex officio* ei præfigere potest certum terminum, intra quem sub pœna præclusi omnes dila-

Pro abbreuiando processu iudex (1) tentare debet transactionem.

(2) Processibus dilatoriis modum ponere.

dilatorias exceptiones proponat *c. 4. X. de except.* VMMIVS *in proc. diſp. VIII. n. 60.* quæ obſeruatio hodie vſum non adeo habet, poſtquam in *R. I. de anno 1654.* conſtitutum eſt, vt dilatoriæ omnes in primo termino opponantur, & peremtoriæ *ſub pœna* præcluſi litis conteſtationi annectantur, quamuis non vbique ſecundum hunc Receſſum in iudiciis procedatur. (c) Hunc in finem etiam commiſſarii *ex officio* conſtitui poſſunt, non tantum *ab initio*, ſed etiam in *progreſſu litis*, ſi litis ratio id poſtulat, vid. B. Dn. STRYK *de clauſ. commiſſ. n. 47. ſeqq.* RVLAND. *de commiſſ. p. 1. lib. 2. c. 28.* veluti ſi ob multitudinem cauſarum vel teſtium iudex examen ſuſcipere non poſſit CARPZOV. *in proc. tit. 13. art. 4. n. 36. ſeq.* ſi de rationibus ambiguis excutiendis & examinandis agitur, cum non poſſint non ingentes difficultates ingruere, ſi litigantes ſuper *defectibus* ad diſputandum admittuntur. MEVIVS *p. II. deciſ. 123.* quem in finem *ex officio* peritos rerum calculatores conſtituit HEESER *de ration. redd. loc. III. n. 30. & 36.* maxime ſi litigantes circa electionem calculatorum diſſentiant. CHRISTINAEVS *vol. II. deciſ. 98. n. 4.* HEESER. *c. l. l. n. 48.* Huc porro pertinet, ſi periculum quoddam in mora ſit MEV. *P. VIII. deciſ. 128. n. 5.* vbi ſimul docet, quomodo commiſſiones decernendæ. Item ſi rerum inſpectionem ocularem deſiderat SCHWENDENDORFF. *ad proc. Fibig. p. I. c. 2. m. 3. § 1. reg. 5. n. 32.* (d) pluribus litis conſortibus iniungere ex officio poteſt, vt communem conſtituant procuratorem, *ne per plures lis diſperſa tardior, difficilior atque intricatior eueniat*, vt ait MEVIVS *p. IV. deciſ. 63.* (e) Cauſam quoque pro concluſa, neutro litigantium petente *ex officio* iudex declarat, ſi videat, cauſam ſatis inſtructam eſſe, vt ad ſententiam ferendam procedere poſſit. Solent enim extra Saxoniam Aduocati inutilibus allegationibus in infinitum & tamen diu procedere, donec iis ſilentium imponatur *auth. iubemus. C. de iudic.* GAIL. *1. obſ. 107. n. 2.* BRVNNEM. *in proc. ciuil. c. 26. n. 4.* Et vtinam iudices maturius hic officium ſuum interponerent! quo facto ſane tot inutiles altercationes præcauere poſſent. Hic etiam poſſunt referri, quæ *cap. anteced. de reiiciendis friuolis allegationibus* dicta ſunt.

(3) Commiſſarios conſtituere.

(4) Communem procuratorem conſtituere.

(5) cauſam pro concluſa habere.

§. X.

§. X. TERTIA REGVLA iubet illa ex officio ſupplere, quæ iura partium quidem concernunt, ſed iuri communi conueniunt, prout diſertis verbis in *l. vn. C. vt quæ deſ. aduoc.* dicitur, h. e. partibus iure communi ſunt indulta & tributa, vel etiam iudici præſcripta & ad veritatis indagationem faciunt. Hic quidem ingens campus ſeſe mihi aperit, plures coaceruare concluſiones, eisque regulam illuſtrare, quas ex *inſtituti ratione* tantum referre, non explicare mihi integrum eſt. Pro declaratione tamen regulæ adductæ illud adhuc præmitto, toties *iudicem hic officio ſuo fungi, quoties non conſtat, litigantem ſuo iuri, quod iudex ſupplere vult, expreſſe vel tacite renunciaſſe:* alioquin, ſi de hoc ex circumſtantiis conſtat, iudex illa, quæ *iuris communis* ſunt, & iura partium mere concernunt, non ſupplet, cum cuilibet permiſſum ſit, ſuo iuri renunciare *l. pen. C. de pact.* Hinc eſt (1) quod iudex non ſuppleat exceptionem *primæ inſtantiæ*, ſi reus ſponte iudicio ſuperiori ſe ſubmittit, quia ita ipſo facto ei cenſetur renunciaſſe MEV. *P. 2. deciſ. 367.* (2) quod ſponte comparentem in foro incompetente admittere poſſit, quia cenſetur prorogaſſe iurisdictionem *l. 1. l. 4. C. de iurisd.* (3) quod actorem in cauſa ordinaria ſummarie agentem non repellat, ſi reus de eo non proteſtetur, cum reus proceſſui ordinario renunciaſſe videatur (4) quod impunita plerumque ſit rei contumacia, ſi actor eam haud accuſet, cum ſuo ſilentio itidem iuri ex contumacia alterius quæſito renunciaſſe videatur, MERCKELBACH. *apud Klock vol. 3. conſil. 187. n. 170.* (5) quod in cauſa euictionis autorem ad aſſiſtendum non citet, reo id non vrgente, NICOLAI *in proc. p. 1. c. 24.* (6) quod ſententiam actore haud inſtante iudex non exſequatur, cum actor ſilendo reo inducias indulſiſſe videatur &c. Hæc & alia ſimilia a iure communi quidem dependent, ſed nemini obtruduntur, minime vero iis, qui eis *tacite* renunciaſſe cenſentur.

Illa ex iure communi iudex non ſupplet, quorum omiſſio tacitam renunciationem in ſe continet.

§. XI. Quando vero nulla eiusmodi præſumta renunciatio allegari, nec ex *taciturnitate* colligi poteſt, tunc demum ſeſe exſerit officium iudicis ſuppletorium. Neque enim ſilentium ſemper pro renunciatione iuris haberi poteſt, ſed tunc demum

Si nulla renunciatio allegari poteſt, tunc, quæ iuris commu-

nis sunt, ex officio supplet.

demum, quando expressa declaratio in contrarium a iure desideratur, quin potius in dubio ita silentium interpretandum, ne *renunciationem iuris* inducat. Huc itaque refero (1) quod aliquando etiam non petentibus possit aduocatos dare, si personæ qualitas id postulat *l. 9. §. 5. ff. de offic. proc.* vel præcauere, ne ab vna parte stent aduocati peritissimi *l. 7. C. de postul.* (2) constituit quoque absentibus curatores, maxime in hæreditatis diuisione MEV. *P. 4. decis. 398.* (3) exceptiones omissas, quæ maxime ad processum dirigendum spectant, supplet, v. c. *præiudicii l. 10. C. de iniur.* neque enim sine summa confusione iudex admittere potest, vt de illa causa iam agatur, cuius decisio pendet ex causa principali nondum finita Dn. ZAVNSCHLIFFER, *cit. tr. p. 2. concl. 11. §. 13.* Spectat huc etiam exceptio *non impleti contractus*, quæ contractibus bilateralibus, in quibus vterque æque principaliter obligatur, obiicitur, & ipsi actioni inest, imo cum ipsa actione nascitur ROMANVS *cons. 244.* FRANZK. *ad tit. de act. emt vend. n. 17.* B. Dn. STRYK. *in Vs. mod. ad cit. tit. §. 2.* Dn. ZAVNSCHLIFFER *cit. l. n. 10.* (4) quin etiam *exceptiones peremtoriæ* illæ suppleri possunt, quæ *iuris communis* sunt, vtut haud allegatæ sint, vt *vsurariæ praescriptionis, legis Anastasianæ.* MEV. *p. 3. decis. 1.* Vtrum autem supplere possit exceptionem *SCti Macedoniani* vel *Velleiani*, prout statuit Dn. ZAVNSCHLIFFER *cit. tr. p. 11. concl. 11. §. 10. & 11.* vel inde dubium est, quod hæ exceptiones ad *ius commune* non spectent, sed *beneficia personarum* sint, quibus qui non vtitur, renunciasse censetur, prout supra iam monui. (5) Inprimis vero multa *ex officio* supplet circa probationem, veluti quod interrogatoria ex officio formare & super his testes examinare queat *c. 37. X. de testibus*, quod etiam pluribus locorum constitutionibus confirmatum est, teste MARTINI *ad proc. Saxon. tit. 20. §. 1. n. 474.* cum iudici potissimum probatio fiat, & reuera sine interrogatoriis probatio *euidens* & *clara* dici nequeat; talis enim demum fit ex subiecta *ratione scientiæ*, quæ per *interrogatoria* eruenda. Vnde praxis Saxonica contraria, de qua testatur Dn. BERGER *ad proc. Saxon. tit. 20. obs. 2. not. 5.* sane valde incommoda est, & sola hac subtilitate niti-

nititur, quod præciſe intra terminum præfinitum offerri debeant. Huc etiam pertinet, quod *ex officio* probationem iniungere debeat, quod quidem negat MEVIVS *p. 2. deciſ. 97.* aiens: *quando partes probationem non offerunt, ex officio ad illam adigere vel iniungere iudicis non eſt*, ſine ſufficiente tamen fundamento, cum huius neceſſitas ex iure communi dependeat, & ſine ea iudex definitiue pronunciare non poſſit, quod potiſſimum in Saxonia nullum omnino dubium habet. Poteſt præterea aliquando terminum probatorium prorogare *ex officio*, ſi impedimentum actoris notorium ſit, MEVIVS *p. 2. dec. 369.* BRVNNEMANNVS *adl. 7. de feriis n 10.* Ipſius quoque arbitrio relictum, vtrum ipſemet, an per commiſſarios examen peragere malit, quod iam ſupra tactum &c. Recognitionem documentorum quoque *ex officio* iniungit CARPZOV. *in proc. tit. 14. art. 2. n. 12. ſeqq.* vt & editionem documentorum, quibus ad ſui informationem indiget MEVIVS *p. 2. dec. 127. p. 3. deciſ. 337.* &c. (6) Circa iuramenta quoque varia *ex officio* ſupplere *poteſt* vel *debet*, prout rationes circumſtantiarum id ſuadent. Sic ex officio teſtibus imponit iuramentum in eiusmodi cauſis, in quibus pars aduerſa eis iuramentum remittere nequit Dn. I. S. STRYK. *tr. de iuram. meletem. VII. c. 5. §. 3. ſeqq.* MARTINI *in proc. Saxon. tit. 20. §. 3. n. 117 ſeqq.* Iuramenta *legalia* ſeu *neceſſaria* principaliter huc ſpectant, quorſum pertinent *ſuppletorium*, *purgatorium*, cuius ſpecies etiam eſt *manifeſtationis*, item *in litem*, *minorationis*, *malitiæ* &c. quæ iudex etiam non rogatus pro varietate circumſtantiarum, a legibus determinatarum, vel *actori* vel *reo* defert. MARTINI *ad proc. Saxon. tit. 32. n. 47. ſeqq.* quæ cum tractationem diffuſiorem requirant, hic explicari non poſſunt, præſertim cum Excell. Dn. I. S. STRYK *diſſ. de offic. iudic. circa iuramenta* ex profeſſo de hac materia egit. (7) Pertinet quoque ad informationem iudicis circa cauſam *inſpectio oculariſ*, quam iudex ſponte ex officio etiam decernit *l. 8. §. 1. ff. fin. reg.* B. HERTIVS *de inſpect. ocular. §. 35.* vt tamen partibus citatis peragi debeat MEVIVS *p. 4. deciſ. 139. n. 8. & p. 5. deciſ. 229. n. 3. ſeq.* quod declarat HERTIVS *cit. l. §. 36.* (8) Teſtes obſcure

deponentes ex officio, etiam post interuallum, a iudice citari, & rursus examinari possunt, vt declarent suum testimonium C. 83. X. *de testibus.* CARPZOV. *p. 1. c. 16. def. 30.* ANTON. FABER. *in c. lib. 4. tit. 15. def. 2.* (9) Transmissionem actorum etiam ex officio decernere potest, quod praxis testatur, imo petitam transmissionem aliquando iuste denegat, vti docet Dn. PRAES. *diss. de discrimin. tempest. mar. c. 1.* (10) Fructus etiam non petitos in realibus actionibus adiudicat, non attenta distinctione, quam suppeditat ICtus in *l. 25. §. 8. ff. de aedil. edict.* quæ iudicibus pedaneis, ad formulam adstrictis, limites ponit B. Dn. STRYK. *in vs. mod. tit. de rei vind. §. 16.* (11) Victum in expensas condemnat ex officio, licet expensæ haud fuerint petitæ *l. 79. ff. l. 15. C. de iudic.* GAILIVS 1. *obs. 51. n. 21.* Hoc tamen ita communiter limitant, vt *possit*, non vero vt *teneatur* victum in expensas, non petitas, condemnare, quia negligens sibi imputare debet, quod expensas non petierit MARTINI *in proc. tit. 36. §. 1. num. 152.* &c.

Quid iudex ex officio circa facta supplere possit?

§. XII. *VLTIMA* denique *REGVLA* respicit *factorum* supplementa. Equidem iudici extra acta non creditur, adeoque si extra acta de circumstantiis aliunde sufficienter informatus est, has tamen supplere non potest, si de iis ex actis non appareat. Quæ autem actis inserta sunt, vel ex actis statim probari liquido possunt, illorum iudex omnino rationem habere debet, si vel maxime non allegantur. Sic exceptio præscriptionis facti est, & allegantis probatione regulariter indiget; MEVIVS *p. IV. decis. 22. n. 5.* eam tamen supplere debet, vbi ex actis apparet. *IDEM p. VIII. decis. 419.* etiamsi a parte non fuerit opposita. *IDEM p. VII. decis. 182.* Idem de aliis exceptionibus, vt *rei iudicatæ, transactionis, deficientis causæ debenti* &c. dici posset, prout plenius declarat Dn. ZAVNSCHLIFFER *de offic. iudic. supplet. p. II concl. 11.* *Ex notorio* quoque ea, quæ in facto omissa sunt, suppleri a iudice posse, Dd. volunt, contendentes, notoria non esse probanda, de quo themate ex professo egit Dn. I. S. STRYK *de Notorio* insimulque ostendit, regulas fere omnes, quas *de notorio* formare solent, inapplicabiles esse, adeoque hæc obseruatio de *supplendo notorio* quoque otiosa videtur, & applicatione destituta, vtut Dn. ZAVNSCHLIFFER *p. II. concl. 12. inf. & p. I. concl. 9. § 3.* eam adhuc explicet & illustret. Possent sane iudices sub prætextu *notorii* multas circumstantias supplere, & ita in fraudem legis talia committere, quæ directo prohibita sunt, quod minime ferendum est. Cetera, quæ etiam huic nostro labori desunt, suppleat legalis dexteritas beneuoli lectoris, & ex officio humanitatis, quæ ipsi reiicienda videantur, placida mente toleret, quo ipso sane æquissimi iudicis officium sustinebit.

FINIS.