



20.

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA, #
DE

POTESTATE IVDICIS

INDIFFERENTI,

RADICATA ET FVNDATA

IN L. 40. D. DE IVDICIIS,

QVAM

IUVANTE JEHOVA,

EX AVCTORITATE ET DECRETO

AMPLISSIMI ICTORVM ORDINIS

IN

ILLVSTRI ET INCLYTA HAC ACADEMIA PATRIA,

Pro LICENTIA

SVM MOS IN VTROQVE IURE HONORES

ET PRIVILEGIA DOCTORALIA CAPESSENDI,

PVBLICO ET SOLENNI ACADEMIE PROCERVVM EXAMINI

AD DIEM XXV. JUN. A. D. MDCCXVI.

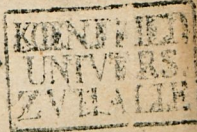
SVBMITTET,

BERTHOLD HELFRICH WINTER,

HERSFELDENSIS.

MARBYRGI CATTORVM,

Typis PHILIPPI CASIMIRI MÜLLERI, Acad. Typ.



16/1

P. 465.



DISEPTATIO INNOCENTIALIS IURIDICA
DE

POTESTATE IUDICIS

INDIFFERENTI

RADICATA ET FUNDATA

IN A. D. DE IUDICIS

QVAM

IANNATE JEHONA

EX AVTORITATE ET DECRETO

AMPLISSIMI ICTORVM ORDINIS

IN

ALBERT ET INCLITA HAC ACADEMIA PATRIA

PRO LICENTIA

SVMOS IN VTROVE IURE HONORIS

ET PRIVILEGIA DOCTORALIA CANENDI

FRUCTO ET SOLENNI ACADEMIE PACTUM ALIUM

AD DIEM XXV. IULII A. B. MCCCLXII.

SVMMITET

BERTHOLD HELFRICH WINTER

HERSTEDDIS

M. HARRIGEL CATTOMM.

THE PRINTER: GOTTFRID HERRMANN, AMB. STP.





I. N. D. N. J. C. A.

§. I.



Prima sane ratione de iudice locutus est Balduinus, dum illum debere duplici sale instructum esse dixit: uno nempe scientiæ sine quo aliàs esset insipidus, conscientiæ altero sine quo esset diabolicus. Cum enim boni & innocentis viri officio eum fungi oporteat uti vult *l. 4. ff. fam. ere.* uti-

que conscientiæ quoque ipsi litandum erit ut absque *πρωσοληψία* iustitiam exercent iusve cuique suum tribuat. Nec in alium quam malitosum iudicem sarcasticum illud sed commune dicitur proverbium: Favor iudicis plus valet quam mille leges Codicis. Qua quidem scoptica dicendi ratione homines carere possent, si in omnibus omnino & undique iudicis officium & ejus potestas certa lege adstricta esset. Sed ampla ejus est potestas *v. l. 1. ff. de jurisd.* & iudicis arbitrio multa sunt relicta quæ a legibus non sunt definita: nam officium iudicis in hoc negotiorum oceano infinitis casibus factis & litibus applicandum, impossibile est ut in omnibus individuis certa legi quam transgredi non debeat, adstringi queat, quod & Julianus in *l. 12. ff. de Legib.* confirmat; qua enim ratione fieri potuit, ut ea quæ in facto consistunt, & quæ ob magnam varietatem commode definiti non possunt, in lege continentur.

A

antur.

antur. Judicis ergo arbitrio & potestati ejusve conscientia (quam ideo habere præsumitur v. *Ant. Winteri Beati propatru mei olim Prof. Tubingensis Tr. de Assessore p. 1. c. 4. n. 39. it. Motla in empor. jur. tit. de jurisd. omnium jud.*) qua certa sub lege claudi non potuerunt, definienda relinqui debuerunt conf. Menoch. *proæm. de A. J. Q.* Hinc haud raro evenire solet ut judex arbitrio suo male utatur, & conscientiam suam parum curet, maxime quando ea sola illum ligat, quod, ubi fiat & in quibus casibus nulla vincit lege sed sola conscientia ipsi pro norma sit, in hac disputatione inquiremus, (ubi semper falis conscientia summa necessitas, ipsa nobis sese in oculos ingeret) sed ob urgentes circumstantias cum brevitate studio, prolixiori commodiori tempore reservatis.

§. II.

Prius autem quam ad speciales casus descendamus verba *paragaphi 1. legis 49. ff. de Jud.* præmittenda & ob oculos nobis ponenda erunt, quippe quæ ansam nobis argumenti nostri dederunt, & ut fundamentum hic substernuntur. Ea vero hæc sunt: *Non quicquid judicis potestati permittitur, id subicitur juris necessitati.* Quibus paululum immorabimur. Præprimis attendendum est, legem hic nullo modo distinguere inter actiones bonæ fidei & stricti juris, inter actiones arbitrarías & alias actiones, inter prætorum & judicum pedaneum, sed generaliter loqui. Nec nos ergo distinguere volumus utpote brevitate, temporisque (quod hoc non permetteret) rationem habentes & iudices prout nunc sunt & hodierno die, supponentes & cessat iudicis pedanei restrictum officium uti Dd. unanimiter fatentur, de distinctionum autem inter b. f. & stricti juris actiones, item arbitrarías & non arbitrarías, usu moderno

moderno adhuc lis inter JCros movetur. Eoque facilius his distinctionibus impræsentiarum superfedere possumus, cum & absque iis argumentum nostrum commode tractari possit. Ipsum vero legis sensum hunc esse clare videmus. Scilicet non semper iudicem teneri id facere quod potest. Consequenter si iudex, quæ taliter ipsius potestati permessa sunt, facit, illa leges approbant i. e. non infirmant aut irrita faciunt, si non facit, ideo non tenetur, cum utrumque ipsi a lege permissum sit v. Brun. *ad b. l.* Adeoque pro lubitu & beneplacito suo hic agit, eaque propter rubricam posuimus. De potestate iudicis indifferenti. Non quod secundum omnes omnino moralitatis gradus ea indifferens sit, sed saltem respectu legum civilium, quæ iudicis potestatem non semper juris necessitati subijciunt, sicque impune quid facit & etiam omittit. Nam prout res indifferens nulli in noxam in foro minimum soli cedit, ita ut puniri possit, sed soli conscientiæ cuiusvis relinquatur; Sic hæc iudicis potestas, qua ipsius beneplacito permittitur aliquid facere vel non facere, soli ipsius conscientiæ relicta & de cætero innoxia ipsi est i. e. sive utatur sive non utatur ea, nulla ipsi poena timenda nec processus nullitas, jure enim suo utitur, licet ea ita uti possit ut non semper in conscientia sua tutus sit, non enim omne quod licet, honestum est juxta *l. 144. ff. de Reg. Jur.* imo uti Brun. *in prov. civ. c. 1. n. 9.* habet, sæpe in jure nostro quædam pro licitis & justis habentur, quæ in iudicio divino & interiori foro plane injusta sunt, cujus rei *ibi deml. c.* plura adducit exempla.

§. III.

Hiscæ præmissis ad specialia nunc deveniendum, quæ cum sint judicialia secundum processus ordinem ea

evolvemus. Et primo quidem quoad remedia processum
 impediencia. In Exordio litis iudex quidem concordiam
 partibus suadere ad eamque interdum illas adigere potest,
 sed nulla juris necessitas illum ad id cogit. Testatur qui-
 dem *Mev. p. 1. dec. 224.* iudicem in causa injuriarum tene-
 ri cohibere, ne actor vindictæ nimis indulgeat, & com-
 pellere partes ad concordiam debere, præsertim si cum
 scandalo actio conjuncta sit. Sed etiam si largiamur iudi-
 cem hoc casu teneri, tamen in aliis casibus secus est &
 non tenetur. Potest & Christiano nomine rem dignam
 facit, si omni studeat modo partes conciliare ne ad liti-
 gandum prosiliant, ubi infinitæ molestiæ devorandæ &
 gravibus expensis in processum erogandis facultates homi-
 num atteruntur, leges tamen præcise ipsum hoc facere
 non cogunt, nec poena afficiunt, si tentamen amicabile
 compositionis omisit, cum quæ ante iudicium contin-
 gunt, non valde ad ipsum pertineant *v. l. 25. §. 8. ff. de E-
 dil. Edict.* Qua enim iudex, non peccavit, sed officium
 suum imploratus interposuit, quod cum consistat in co-
 gnitione causæ controversæ, *l. 9. C. de Judic. & judicatione
 l. 74. ff. eod.* secundum leges *Nov. 82. c. 13.* add. Schœpff.
Syn. Jur. ad T. de Jud. n. 6. Berg. *Oecon. jur. L. 4. tit. 5.* his-
 que terminis claudatur, Tentamen amicabile composi-
 tionis extra officii ejus spheram est, v. hic Celeberr. & Acu-
 tiss. D. Zaunschl. in *Tr. de off. jud. suppl. p. 2. concl. 5. n. 2.*
 & solummodo ita illud ad ipsum pertinebit uti ad quem-
 vis alium virum pium & bonum qui lumen suum coram
 hominibus lucere satagit. Ad hoc autem legibus civili-
 bus quis cogitur? Nemo. Foret etiam absurdum aliquem
 poena afficere ob pietatis suæ specimina non edita, coacta
 enim pietas, pietas non est. Ergo nec iudex cogitur sed
 ipsi



ipsi indifferens hoc erit. Interim in conscientia sua peccat, idque eo magis quo multiplicior ipsi occasio est, hac via animos hominum ad pacem & quietem ducere, sed non semper tamen peccat, possunt etenim tales circumstantiæ concurrere ut nihilominus etiamsi concordiam tentare omisit, tamen in conscientia tutus sit, v. g. si videat virum pium & lites aliàs execrantem, manifestum jus habere contra malitiosum & morosum debitorem. Partes itaque si sibi consulere volunt, in causis dubiis non mox ad judicia convolent sed amicablem litem inter se componere omni laborent studio assidue cogitantes, macre concordium utilius esse quavis pingui sententia. Stryck. in introd. ad prax. c. 2.

§. IV.

Partibus non conciliatis sed ipsum processum inchoantibus, primo primarioque circa libellum iudicis versatur officium, ille enim futuræ litis speciem exhibet Schoepff. in Syn. Jur. ad T. de Edend. n. 4. & sententia ipsi conformis esse debet per l. 18. ff. comm. div. Hinc videndum quibus in casibus aliquid circa libellum facere vel non facere iudici indifferens sit. Dicunt Doctores libellum ineptum, iudicem debere dentibus lacerare, & inepte libellantem (ut loquuntur) a iudicii limine repellere. At quia libellus interdum interpretatione juvandus & quoad fieri possit sustinendus est Gail. 1. Obs. 61. n. 16. non semper tenetur, iudex hunc rigorem observare (præprimis si est male dentatus) ut statim patebit. Libellus enim vel in totum & plane ineptus est ita ut nulla interpretatione juvari possit, qualis est qui vitio contrarietatis laborat vel in tantum ut sustineri possit. Priori casu iudex in eo indifferenter potestatem habet quod possit vel simpliciter

actorem a limine iudicii repellere & reum ab observatione iudicii absolvere, vel rejecto saltim libello actori injungere ut alium clarum & concludentem exhibeat ita ut non sit necesse reum ab observatione iudicii absolvere, uti hunc casum habet Gail. 1. *Obs. 67. n. 1. & 5.* qui præiudiciis quoque hoc confirmat. Faciat nunc iudex quid velit, valet. Posteriori casu si libellus non per omnia est ineptus v. g. si saltem minus obscurus & confusus, iudicem illum rejicere non debere statuit quidem Gail. 1. *Obs. 66. n. 6. - 9.* ex ea ratione quia ad officium ejus pertinet lites finire. Sed dum tamen idem Gailius non neget iudicem rejicere posse si velit, credo illud esse de genere eorum quæ iudicis potestati permixta sed juris non subjacent necessitati. Ideoque potest iudex vel libellum tali modo ineptum rejicere & actori injungere ut clariorem proponat vel expectare donec reus exceptionem libelli inepti opponat (quod etiam consultius, ne cum actore necesse habeat disputare v. Stryck, *coll. præf. quod Introd. ad pr. adjectum est Sect. 3. memb. 3. §. 1.*) idque indifferens est, nam parti idcirco si rejicit non tenetur, & non minus iudici incumbit curare & providere ut clare omnia & perspicue proponantur arg. *l. f. C. de ann. except. ibique Brunn. n. 7. præprimis libellus, cui sententia conformis esse debet, quam ut lites finiantur, utique cum lis eapropter non finiatur, si ineptus libellus sustinetur, potius inde confusio metuenda. Facit mecum Stryck, in coll. suo præf. l. c. ut & Nobiliss. Dn. Zauncliff, in alleg. Tr. de off. jud. suppl. p. 2. concl. 7. n. 4. qui iudiciosissime in hac materia versatur.*

§. V.

Libello, nullo vitio laborante oblato, iudex citationem decernere solet, qua inter alia responsio etiam ad propositi-

propositum libellum reo injungitur quæ litis appellatur contestatio & pro varietate libellorum variat, in iis enim cum litis contestatio sive rei responsio ad propositam actionem petatur, judex eam reo injungit & citationi inserit, ut si libellus sit summarius litis contestatio injungatur minus solennis, si ordinarius, solennis. Interdum vero dum actor vel studio vel imprudentia causæ suæ haud conformam & congruam responsionem vel litis contestationem in libello petit, judex circa illam reo injungendam in citatione, iterum secundum indifferentem suam potestatem variè se gerere potest. Sic si causa sit summaria imprudens vero actor in libello petiisset litis contestationem solennem **Beklagten anzuhalten daß er auf die Klage antworte.** Judex nihilominus reo injungere potest litis contestationem minus solennem, **nicht daß er antworte/ sondern daß er sich auf die Klage einlasse/** nam quamvis ad formam judicii servandam, adstrictus sit judex; tamen quæ ad justam procedendi viam faciunt, si a partibus sunt omiſſa ea supplere & sic ipsorum errori subvenire potest *arg. l. un. C. ut qua adv. part. des. &c.* cum & valeat etiam in judicii regula: quod potest fieri per pauca frustra fit per plura. *v. Mey. p. 3. dec. 108. n. 4.* Si vero hoc non facit sed secundum actoris petitionem litis decernat contestationem solennem **daß Beklagter auf die Klage antworte** non inique decrevit cum secundum petita actoris decretum Stryck. *supra cit. loc.* nec processus nullus est. Utrouque ergo casu judicis decretum defenditur, adeoque indifferens ipsi erit, quomodo velit decernere. Hic autem salis conscientia quis non videt necessitatem? E contrario si causa est ordinaria & callidus actor petiisset litis contestationem minus solennem **daß sich Beklagter auf die Klage**

die Klage einlasse iudex vel statim libellum rejicere vel exceptionem rei expectare vel rei exceptionem prevenire potest, L. cont. solennem decernendo daß Beklagter auf die Klage zu antworten und den Krieg rechtens zu befestigen schuldig quicquid faciat nunc iudex valebit, indifferens est. v. Stryck. l. c. & rationes supra adductas.

§. VI.

Decreta citatione & reo in iudicio comparente exceptiones ab ipso opponi solent quibus vel suspenditur actoris intentio vel perimitur unde vel dilatoria vocantur vel peremptoria. Quoad dilatorias iudex potest supplere exceptionem primæ instantiæ & litis pendens, sed non tenetur. Nam cum partes primæ instantiæ beneficio renunciant valeant per l. pen. C. de pact. add. Gail. 1. Obs. 40. n. 1, eaque renunciatio fiat prorogatione tam tacita quam expressa Mev. p. 2. dec. 370. quis iudici superiori denegabit potestatem, in causa ita ad se delatam, iudicandi, si velit, processus ob præteritam primam instantiam non reddi potest nullus, cum iudex superior causam a iudice inferiori, primæ instantiæ, avocare potuit Gail. 1. Obs. 41. n. 1. 2. quod si tamen nolit superior iudex, hac sua potestate uti non tenetur, sed statim potest exceptionem primæ instantiæ supplere & ad eam actorem remittere, quod plerumque fieri solet. Hæc tamen dicta cum grano salis accipienda sunt, non enim promiscue cuilibet superiori iudici semper licet in causa tali modo coram ipso introducta procedere sed obstrictus est interdum supplere exceptionem primæ instantiæ, quod fit si iudici inferiori privilegio prospectum sit, quod non debeat præteriri, quale habent omnes Status Imperii, respectu Camerae Imperialis quæ primas instantias observare obligata est per Recept. Imp. Noviss. cu-

viff, cujus verba in hanc rem allegat Celeberr. D. Zaun-
 sceliff, in alleg. Tr. p. 2. concl. 11. §. 2. n. 4. conf Gail. 1.
 Obs. 40. De eo itaque casu intelligi volumus si nempe
 inferior nullo gaudeat privilegio. Affines casus in hac
 materia vide, sis, apud principem JCtum Mev. p. 3. dec.
 129. & p. 8. dec. ult.

§. VII.

Exceptio antecedentis paragraphi supponit iudicis
 competentiam, si ergo incompetens est, exceptio ipsi op-
 ponitur in competentia, quam iudex etiam non opposi-
 tam statim, si notorium ipsi sit, se esse incompetentem,
 supplere potest & pronunciare solet *daß die Sache hieher
 nicht gehöre / sondern es ist Kläger mit seiner Klage
 an Beklagten gehörige Obrigkeit zu verweisen.* Te-
 netur autem hoc casu iudex ita pronunciare & hanc ex-
 ceptionem supplere *per vulgata*, quia ex defectu jurisdic-
 tionis nulla aliàs ejus esset sententia, si quam nihilominus
 ferret, paria enim sunt sententiam non esse latam & a non
 competente iudice latam Gail. 2. Obs. 76. n. 12. Sed verò
 si de incompetencia iudici nondum satis constat & adhuc
 lis est competensne sit iudex nec ne? Quær. An ipse ju-
 dex cognoscere possit de competentia sua? Respondemus:
 Iudici indifferentem potestatem esse, velit ipse de sua ju-
 risdictione cognoscere quod potest per l. 2. §. 6. & l. 1. ff.
de jud. conf. Gail. 1. Obs. 34. n. 1. & seqq. an verò de op-
 positæ incompetentiæ exceptionis relevantia & irrelevan-
 tia, aliunde sententiam petere quod etiam potest, & ipsi
 aliquando consultius est, v. Brunn. in proc. civ. cap. 7. n. 9.
 Si tempus superesset possemus jam pergere & omnes dila-
 torias exceptiones speciatim percurrere; Sed sufficiat im-
 præsentiarum, ut de cæteris generaliter saltem notemus,

B

cas ut

eas ut ex officio iudex suppliceat non obligari, sed ex-
 curre posse, donec ab adversario opponantur, qui si illas
 negligat, sibi imputet cum nihil derogetur causæ princi-
 pali uti Stryck habet *l. supra cit.*, §. 12. Licet quandoque
 (nam non semper potest sic non supplet exceptionem ex-
 cussionis, divisionis &c. uti vult Gaik. 2. n. 27. & 46. ex
 ratione quia ipso jure inter confidentiarios non est divisa
 obligatio) possit pro ratione circumstantiarum & bene fa-
 ciat pieque si suppleat, cum in OMNIBUS rebus, æqui-
 tatis ratio præcipua sit uti dicit *l. 8. C. de jud.* & prout reli-
 gio suggerit, sententia ferenda per *l. 79. §. 1. ff. de jud.* v. g.
 si suppleret exceptionem satisfactionis, beneficium compe-
 tentiæ &c. Excipiendæ tamen hic veniunt duæ exceptio-
 nes nempe legitimatiōis & inhabilitatis quas iudex sup-
 plere tenetur. Et priorem quidem quia nullitas inde pro-
 cessus nasceretur si cum actore non legitimo quis litem
 susciperet, & iudicium redderetur elusorium quod iudex
 omni modo impedire debet, cuius officium non debet lu-
 dibrio haberi, ne actus declarandæ iustitiæ causa coram
 ipso deliberate gestus reddatur frustraneus uti loquitur Fr.
 Pfeilds *concl.* 125. §. 56. Imo in Saxonia si actori illegiti-
 mationis exceptio obstat, multa insuper quinque thaler-
 rorum plectitur **nach Inhalt der Chur. Sächs. Process-
 Ord.** v. Suendend. *ad Fibig.* p. 188. Posteriores vero
 quia non solum iudem nullitas processus oriretur v. Beat-
 propatrum *de Assess.* p. 2. c. 6. n. 38. Sed etiam quia vel per-
 sonam standi in iudicio non habet actor, vel plane prohi-
 betur in iudicio comparere ut Banniti, Procuratores infam-
 es, imo etiam illi contra quos saltem formata inquisi-
 tio est & adhuc pendet v. Rivin. *de exec. dilat.* c. 6. ubi
 etiam dicit exceptionem inhabilitatis obstat quoque ad-
 vocatis

vocatis illiteratis, quod recte per l. 7. C. de postul. & expediret si hæc exceptio in judiciis semper attenderetur, sed hodie terræ interdum filii, ut alicubi loqui amat Clariss. Zaunschl. advocati sunt. Tertiam hæc adjungere possumus ex Modestino. Exceptionem nondum præstitæ cautionis de rato, quæ exigitur a consanguineis sine mandato pro aliquo suorum consanguineorum comparentibus, ne judicium eludatur v. Modest. *quæst. jur. 144 n. 1. & seq.* Imo omnes exceptiones, quibus omittis judicium potest eludi, tenetur iudex supplere.

§. VIII.

Circa peremptorias exceptiones indifferentem potestatem [qua sc. vel supplet vel non supplet] nunc spectaturi, admonendi sumus, arg. §. 7. *Inst. de exc.* illas vel a legibus jurisve dispositione proficisci & introductas esse vel a facto originem trahere in eoque fundamentum habere. Per juris dispositionem introducta sunt. Exceptio minoræ ætatis cum quis negotium gessit cum minoreni absque auctoritate Tutoris v. l. 16. §. ff. de min. Exceptio SCti Macedoniani, Vellejani, exc. competentia v. l. 16 ff. de re jud. Cessionis bonorum [quæ, flebile & miserabile juris auxilium vocatur in l. 7. & 8. C. qui bon. ced. poss.] it. exc. legis Anastasiane l. 22. C. mand. usurarum illicitarum v. *Recif. Imp. de anno 1600. & de anno 1654. l. 20. C. ex quib. caus. inf. irrog. c. 2. de usur. in 6. &c.* quas exceptiones juris introduxit dispositio, quæ si deficeret hæc quoque exceptiones non essent. Circa has vero iudex non habet potestatem indifferentem, sed tenetur eas si opposita non fuerint supplere per l. un. C. ut qua 22v. part. def. &c. & pr. *Inst. de offic. jud.* cum quam maxime publicam respiciant utilitatem, quo casu iudex debet supplere v. Tusch.

1. *concl.* 397. n. 20. 70. Et si non suppleret sententia ipsius, juri non esset conformis v. Brunn. *ad d. l. un.* Exceptiones quæ in facto radicatae sunt licet interdum ipso jure actiones elidant, quia tamen in facto consistunt regulariter non praesumuntur nec suppletur sed allegari & probari debent *Mev. p. 7. dec. 253. n. 10* Berl. *p. 1. concl. 58. n. 1. & seqq.* nisi 1.] ex actis elucescant & judici ut judici nota sint, quæ suppleri debent: tenetur enim judex secundum acta & probata judicare *l. 1. §. 1. ff. de off. pras.* praesertim hoc procedit si clausula adjecta fuerint salutares, quarum virtute, omne remedium ex narratis resultans in judicium censeatur esse deductum *Gail. 1. Obs. 61. n. 11.* quod uti respectu actoris est favorabile, ita respectu rei, si ille etiam has clausulas adhibuit, multo magis esse debet, cujus partes favorabiliores sunt quam actoris *per l. 125. ff. de reg. jur.* Evidens ejus exemplum habemus in exceptione praescriptionis quam judex licet non oppositam ex actis tamen elucentem supplere tenetur v. Berl. *n. 1. concl. 58. n. 15. & seqq.* qui late & prolixè hanc materiam, cunctis ad id requisitis argumentis, persequitur & *n. 18. & seqq.* dicit: Judicem si omiserit ex actis evidentem praescriptionem supplere & contra reum pronunciaverit, reo teneri in Syndicatu, nec ejus sententiam transire in rem judicatam. Vel 2.] ex instrumenti inter acta reperti ventre, uti mos est loqui, resultent v. Excell. Dn. Zaunshl. *in all. Tr. p. 2. concl. 11.* Vel 3.] publicam respiciant utilitatem uti *pr. hujus §. habuimus.* Vel 4.) actionem ipso jure elidant v. *Mev. p. 7. dec. 182. n. 4.* Berl. *l. cit.* Has omnes judex supplere tenetur Dn. Zaunshl. *l. cit.*

§. IX.

Ex praecedentibus liquet judicem in suppleendis vel non supplen-

supplendis exceptionibus peremptoriis nullam habere potestatem indifferentem sed vel tenerii, eas supplere secundum §. *praced.* vel plane prohiberi supplere, id quod accidit in cœteris exceptionibus omnibus, quæ in facto radican- tur & ad nullam §. *praced.* adductarum exceptionum classẽ referri possunt; cujus videamus rationem. Dicitur ultra id quod in iudicium non deducitur potestatem iudicis excedere non posse *l. 18. ff. comm. div. add. Berl. p. 1. concl. 18. n. 63.* nihil autem in iudicium deducitur nisi quod litis contestatione deducitur. i. e. quando iudex per narrationem negotii causam audire incipit uti verba sonant *l. un. C. de lit. contest.* adeoque si ea quæ facti sunt (quod sunt reliquæ exceptiones omnes) non opponuntur, iudex non supplet ea, cum quæ sunt facti à partibus discere, non docere eas iudex debeat, secus enim litem suam facit v. Brun. *ad l. un. C. ut qua adv. part. del.* ubi tamen exceptionem facit respectu personarum miserabilium, causarum piarum &c. Allegari ergo & probari hæ exceptiones debent, aliàs illas Iudex non attendit, omisso enim vim abdicationis habet *p. l. 12. ff. de Novat.* & suam sibi quisque negligentiam imputare debet v. Mev. *p. 1. Dec. 87. n. 3. & p. 5. Dec. 42. n. 5.* nam jura vigilantibus scripta sunt *l. 24. in f. ff. qua in fraud. cred. nec negligentibus subvenitur l. 16. ff. ex quib. caus. maj. cautus* itaque reus opponit hic suas exceptiones, quas etiam probare debet nam excipiendo fit actor *l. 19 ff. de probat.* cui incumbit probatio *l. 21. ff. eod.* Verum enim verò his ita positis vel hoc saltem nihilominus indifferens iudici esse facile quilibet mecum percipiet; Quando nimirum exceptionem ipsi supplere permissam, velit attendere, num statim illam non expectata rei oppositione ipse velit in medium proferre, num vero expectare quid reus sit facturus, ob-

secturus illam an neglecturus sit? posteriori enim casu ve-
re supplet & priori fit per pauca quod alias fieret per plu-
ra & pertinet ad litium abbreviationem quæ judici incumbit
*per c. 5. X. dol. & contum. l. 21. ff. de reb. cred. conf. Gail.
1. obs. 42. n. 5. & 66. n. 9. item Mev. p. 4. dec. 64. n. 7.*

§. X.

Juramentum calumniæ cum vel ante vel paulo
post L. C. exigi possit Lauterb. *in comp. jur. pag. 189.*
imò omissum semper petatur usque ad conclusionem
secundum eundem Laut. *l. c. nemo nobis, credo, vitio*
vertet, quod hoc demum loco de eo aliquid agere inci-
piamus, nondum enim ad ipsam causæ ventilationem &
probationis onera accessimus, vix pertractatis processuum,
qui satis interdum sunt diuturni primordiis. Juramentum
calumniæ de jure Civ. quidem erat necessitatis, adeo ut
etiam non petitum præstari debuerat *l. 2. §. C. de jurejur.*
propt. cal. dand. add. Laut. l. all. p. 187. cujus Justinianus,
Divus Imperator fonticam dat rationem, ut litigatorum
improbritatem coerceret, & temeritatem refrenaret, qui
damnum & expensas litis adversario suo inferre cogebantur
v. §. 1. Inst. de pæn. tem. litig. si juramentum hoc præstare
derectabant, causa cadentes *l. 2. §. 6. & auth. principales*
C. de jurej. propt. cal. dand. præstitum verò liberabat à su-
spicione calumniæ non tamen à præstatione sumtuum
propter temeritatem l. 70. §. ff. de jud. Laut. l. c. p. 190. Brun.
in proc. civ. c. 15. §. 3. sed de jure Canonico, quod consuetudo
& mores judiciorum nostrorum sequuntur v. Mev. p. 4.
dec. 53. hæc immutata sunt; jus namq; Can. expressam quidem
non permittit hujus juramenti remissionem, quia hoc spe-
ciem collusionis haberet & remitteretur dolus futurus quod
invitaret ad delinquendum contra l. 27. §. 3. & 4. ff. de
pare.

part. conf. Hopp. ad just. tit. de pœn. tem. litig. ad §. 1. a^o tacitam remissionem, quæ sit non petendo, admittit c. 1. §. 1. de juram. cal. in 6. v. Laut. l. c. Brunn. l. c. Gail. 1. obs. 84. n. 1. & 2. Textor in prax. judic. p. 1. c. 7. n. 41. & 42. si ergo petitum fuerit hoc juramentum, tunc erit substantiale quid iudicii, nec sine processû nullitate omitti poterit v. Hopp. ad just. l. c. quæ tamen nullitas in inferioribus iudiciis admittitur in Camera Imperiali, uti testatur Gail. 1. obs. 84. n. 3. si verò non petitum fuerit, iudex nihilominus illud ex officio injungere potest per *Recess. Imp. de anno 1654.* Schoepff. in *syn. jur. ad T. de jurejur.* Brunn. l. c. Tumque non minus erit necessitatis ut præstetur ac si petitum esset à parte v. Hopp. *loc. alleg.* sed ita ex officio iudex injungit ut etiam omittere possit, indifferens enim sua in eo est potestas, soli ipsius conscientiæ & discretioni relinquitur, an exigendum sit nec ne, si enim non exigit processum non vitiat cum hoc fiat jure permittente v. c. 1. §. 1. de jurej. cal. in 6. & interdum iudex plane inhibere possit hoc juramentum, ne nomen Dei profanetur & supervacuis juramenti conscientiæ ligatorum onerentur v. Mey. p. 4. dec. 164. & p. 2. dec. 324. Exigit itaque prout ipsi fuerit visum v. Brunn. l. c. Mey. p. 7. dec. 387. Eadem ratio juramenti etiam est malitiæ Hopp. l. c.

§. XI.

Ad ipsam nunc causæ ventilationem & probationem propius accessuri, ordinis ergo cum Schoepff. in *syn. jur. ad T. de probat. n. 1.* non abs re erit distinguere inter probationem artificialem & in artificialem. Artificialis probatio fit per præsumptiones, conjecturas & argumenta arte probantis ex ipsa causâ deducta. In artificialis quinque perficitur modis per propriam adversarii confessionem,

ocu.

ocularem inspectionem, Testium depositionem, instrumentorum recognitionem & juramenti præstationem. Primo de artificiali probatione per præsumptiones & conjecturas. Constat præsumptionem esse triplicem vel juris vel juris & de jure vel hominis. Priores duas species *judex tenetur* in judicando parte licet non allegante observare, quia non aliter judicare debet quam legibus aut moribus prodirum est *§. just. de offic. jud.* quare hic nihil ipsi indifferens erit, si ergo pars præsumptionem pro se facientem non allegavit *judex* illam nihilominus attendere debet quia leges illam attendunt quarum minister non arbiter est *judex Nov. 82. c. 13. conf. Hopp. ad inst. pr. de off. jud.* Nisi contra præsumptionem juris (nam præsumptio juris & de jure nullam admittit probationem in contrarium, ibi enim simul est legis dispositio v. Schœpff. *l. supra c. n. 13.*) contrarium probetur Schœpff. *l. c.* Posteriori vero ultimam speciem, præsumptionem hominis, *judex ipse* (nam per hominem *judex* hic intelligitur, aliorum hominum præsumptione sive mala sive bona huc non pertinente) facit argumentis probabilibus ex negotii circumstantiis deductis, quæ tamdiu pro vera habetur donec probetur contrarium v. Laut. *comp. jur. p. 424. Strik. intr. ad prax. c. 17. §. 3.* Et hic quidem potissimum requiritur ut *judex* sit plenus conscientia Morla *emp. jur. p. r. tit. 3. quæst. 10.* cum hic leges non omnia determinare poterunt, hincque *judicis* arbitrio non definita relinquere debuerunt v. *§. 1. hujus disput.* quibus casibus leges generaliter *judicem* obligant ut præsumptiones justas & prout religio suggerit *l. 79. §. 1. ff. de jud.* inducat. Specialiter verò hic vel illic ipsius arbitrio omnia permittunt, quod tamen moderari debet prout ratio subjæctæ materiæ patitur perpenſis multis conjecturis, quibus ita in re aliena faciat
ut

ut in propria fieri vellet Men. *A. Q. quest. 14. n. 8.* Dum ergo iudex nullis legum vinculis ligatur, quivis facile perspiciet, illum quam multis modis posse fieri indifferentem, arbitrio ipsius potestati permisso, quod juris non subiacet necessitati, excluso tamen undique dolo Menoch. *A. Q. quest. 6. n. 3.* conf. etiam Men. *Tr. de præsumps.* ubi larga seges. it. Brunn. *proc. civ. c. 24.*

§. XII.

Quoad probationem inartificialem quod iudicis indifferentem attinet potestatem, secundum quintuplicem probandi modum §. *præc.* notatum, in eam inquirendum Igitur I. Circa adversarii propriam confessionem sive iudicialem sive extrajudicialem nulla versatur iudicis indifferentia. Si enim reus in iure confessus fuerit habetur pro iudicato l. 6. §. *ff. de confess.* & non est lis Eck. *h. t. n. 4.* nec attenditur hodie an adversarius absens sit an præsens cum & absente parte facta judicialis confessio plene probet v. Brunn. *ad dict. l. 6. de conf.* Mey. *p. 7. dec. 155.* Si extrajudicium confessio facta itidem plene probat modo ab altera parte acceptata fuerit & causam debendi contineat Schoepff. *Syn. Jur. ad T. de Conf. n. 10.* aut geminata sit Brunn. *proc. civ. c. 20. n. 4.* Si plane nulla confessio facta, nullam etiam circa illam esse iudicis potestatem, latus, ut cum Arithmetis loquar, per se est. II. Circa ocularem inspectionem den *Augenschein* quæ omnium probationum optima firmissima & perfectissima est Gail *1. Obs. 26. n. 9.* Hanc iudex, si ea a partibus non petatur ex officio quidem potest instituire sumptibus utriusque partis, si eam utrique parti iudicaverit expedire Brunn. *proc. civ. c. 22. n. 5.* non tamen tenetur (nisi reipubl. intersit quo casu etiam ante L. C. eam potest decernere uti Mey. *p. 6. dec.*

C

269. id

269. id in terminis habet) cum ipsi permissa non injuncta
 sit ocularis inspectio v. Berg. *econ. jur. L. 4. tit. 24. §. 8.*
nov. 3. imo interdum ne quidem ex officio possit illam in-
 stituere, nimirum si una pars in documentis suam fundet
 intentionem v. Brunn. & Berg. *l. jam cit.* nisi iudex se so-
 lummodo informare velit, quo casu ipsi indistincte &
 semper permissa est Gail. *1. Obs. 26. n. 10.* absque etiam
 partium citatione Gail. *ibid.* Sin autem partes ocularem
 inspectionem petunt instituere, iudex illam partibus cita-
 tis peragere debet *per vulgata.* In eo saltem indifferen-
 tem potestatem habens quod consuetum terminum pro-
 batorium non teneatur observare sed prout ipsi visum
 fuerit, vel in breve vel in longius tempus, præfigere ter-
 minum possit v. Ludov. **Einleit. zum** *civ. proc. c. 21. §. 3.*
 In ipsa inspectione pictores juramento prius adstringendos
 adhiberi solent, qui loci qualitatem & singulas circum-
 stantias in pictura (quæ vocatur *ein Ubrist* & quidem utra-
 que pars *per Recess. Imper. Nov.* producere debet) admi-
 nent Brunn. *l. c. n. 17.* quod etiam videtur indifferens esse
 nisi aliquando propter iudicem secundæ instantiæ necesse
 sit, ut ad illius plenioris informationem, causa per appels-
 lationem ad ipsum devolutâ, adhibeantur.

XII. In illi sunt etiam nulli
 III. Circa Testes. In hac ampla & diffusâ satis ma-
 teria ut quantum fieri potis est, accurate procedamus
 considerationem nostram dirigimus a. ad ipsas Testium
 personas b. ad examen & hujus iterum a. antecedentia b.
 ipsum examen c. consequentia. Quod personas concer-
 nit, Quidam Testes plane rejiciuntur & a testimonio di-
 cendo in totum prohibentur v. g. Hæretici, Excommuni-
 cati *auth. Credentes C. de hæret. damnati ex crimine publi-*
ci.

co l. 3. §. 5. ff. h. Item ob carmen famosum l. 27. ff. h. quorsum etiam refer infames de Jure Can. c. 54. X. de Test. &c. Quidam vero non plane arcentur a testimonio sed solummodo in certis casibus pro inhabilibus reputantur ut Domestici l. 24. ff. h. &c. Et circa hos an nempe iudex exceptionem inhabilitatis parte illam non opponente ex officio supplere possit? Dd. variant; Dn. Mevius negativam tenet p. 7. dec. 71. item Carpz. l. 3. resp. 87. n. 12. & seqq. &c. ex ratione quia omissio exceptionis tacitam approbationem in se continet; Quæ ratio, interdum quidem admitti potest; nam quamvis pars non opposuerit inhabilitatem, & sic postea si testes producti juraverint, eam non amplius opponere possit (licet hoc iterum multas patiatur exceptiones, quas enumerare super sedemus Lectorem B. ad proprias materię sedes remittendo. Farinac. de Test. quest. 62.) sed censetur eos approbasse, hoc tamen ipso non in totum sed in tantum scilicet ut examinari possint, approbavit v. Mev. l. c. & iudici nihilominus incumbit bene expendere quantum fidei tali testi tribuendum sit l. 3. §. 1. ff. h. Brunn. proc. civ. c. 20. n. 27. Non tamen semper hanc rationem admitti posse puto cum dubiam hanc sententiam esse dicat Brunn. l. c. partis enim adversæ silentium aliam habere potest causam. Et perdifficile est hic certi quid determinare in tantorum JCtorum diversis opinionibus, placet tamen præ cæteris Stryck. opinio in coll. pract. sect. 3. memb. 4. §. 15. distinguens inter exceptionem inhabilitatis liquidam & illiquidam. Si liquida puto cæteris paribus, (nisi scilicet ab utraque parte testis sit rogatus Gail. 1. obs. 100. n. 8. sic enim expresse quasi est approbatus, modo talis inhabilitas sit cui renunciari possit Brunn. l. c. n. 28.) iudicem habere potestatem indifferen-

tem, num testem statim velit rejicere, num verò expectare donec exceptio a parte opponatur, & parte illam non obijciente supplere. Sin illiquida iudex ad examen testem admittat, exceptione usque ad finitum examen dilata conf. *Mev. p. 5. dec. 217.* qui ita etiam intelligi potest.

§. XIV.

Ad ipsius Examinis a. antecedentia quod spectat omnium primùm indifferentem potestatem exercet iudex in citatione, si illi pœnam inserit vel non *Brunn. l. c. n. 45.* Ad citationem comparentes testes juramentum præstare necesse habent, cum injurato testi non credatur etiam si honore aliquo fulgeat *l. 9. C. de Test. & quantumcunque sit religiosus c. 51. X. de Test. Rosbach. in proc. jud. Tit. 57. n. 1.* potest autem in civilibus remitti juramentum hoc, consensu partium *c. 39. X. eod.* Quo casu quæstio emergit: Anne iudex illud nihilo possit deferre minus ex officio? *Resp. posse v. a Rosb. proc. jud. Tit. 57. n. 5. Gail. 1. Obs. 101. n. 5.* sed si ita videatur non ergo tenetur, nisi in causis criminalibus & aliis arduis v. a Rosb. & Gail. *l. c.* Si multi sunt Testes iudicis potestati permittitur indifferenter, num omnes simul eodem tempore vocare & adesse velit, num aliter. Cum hoc non pertineat ad substantiam examinis & nullum insigne præjudicium aut incommodum exinde sequi possit quod attendi mereatur vid in terminis iudiciosissimum *Jctum Mev. p. 4. dec. 264.* Imo etiam superfluos rejicere potest & tot admittere quot necessarios duxerit v. *Dn. Zauncliff. in ell. sep. Tr. p. 2. concl. 12.* multitudo enim testium refrenanda est per *C. 37. X. de Test. & iudici non minus hoc perinde erit, an secundum causæ conditionem velit arbitrari quot testes sufficiant l. 1. §. f. ff. h. & superfluos repellere an cum majori sua molestia omnes*

omnes admittere, quod credo tamen consultius ne favori partium aliquid dedisse videri possit. Secundo inter antecedentia, articulos & interrogatoria iudex bene considerabit, quæ quidem omnia admittere poterit & solet etiam, cum clausula: Salvo jure impertinentium Brunn. *l. sepius cit.* Sed potest etiam parte non petente, impertinentia & inutilia rejicere Gail. *1. Obs. 95. n. 1. & seqq.* quod etiam longe melius est cum per id laboribus & sumptibus parca- tur v. Myns. *cent. 2. obs. 90.* Carpz. *de proc. tit. 13.* imo si plane iudex super interrogatoriis non examinaverit, exa- men non erit nullum, cum & post publicationem attesta- tionum ad partis postulationem super iis testis examinat- pōssit, quod singulariter notandum monet Gail. *l. c. n. 7. 8.* ubi etiam habet, ex officio iudicem posse parte citata ab- sente interrogaciones proponere. Ipsos autem articulos, si impertinentes sint & irrelevantes, atque hoc constet, iudex ne quidem cum clausula: salvo jure impertinenti- entium, admittere *non potest sed debet* rejicere alias litem su- am faceret v. a Rosb. *prob. jud. T. 51. n. 26. - 29.* Gail. *1. Obs. 81.* adeo ut si semel (absque tamen prædicta clausula si enim hæc adjecta, responsio ad impertinentia haberur pro non data Gail. *l. c.*) admisisset iudex, nec discussit an sint pertinentes, etiamsi desuper testes fuerint producti, nihilominus rejicere possit, quia sententia super admissione articulorum lata est interlocutoria, quam iudex regulari- ter revocare potest *l. 14 ff. de re jud. Mev. p. 2. dec. 274.* quod si dubitet iudex de relevantia articulorum itidem cum præfata clausula illos admittere solet, satius enim est superfluum admittere quam necessarium omittere Gail *l. c.* Sed nonne posset si velit iudex prius cognoscere de rele- vantia citatis partibus quam post examen demum illam

cum magna tum sui, tum operosa & sumtuosa partium molestia excutere: v. *Myns. cent. 2. obs. 90. Gail. l. c.* Judex autem super admissione articulorum cognoscere volens non necesse habet ut partes citet dicit *Gail. l. c. in fine.*

§. XV.

b. Ipsum tandem Examinis actum summa cum diligentia judex tractare debet, torius ambigua causa fata exinde, dijudicaturus v. *Emer. a Rosb. proc. jud. T. 57.* qui plura in hanc rem concessit. Nos hic duo saltem, in quibus judex potestatem suam, ut ita dicam, amphibiam (nam utrobique ea subsistit & in fluctuanti litium undâ, si judex vi ejus aliquid in processu agit, & in sicca quæris terra, si judex cessat & omittit quod facere possit) exercere potest, notamus. Primum est judicem ordinem examinandum testium in Directorio expressum, observare quidem *solere non verò teneri*, si ipsi alius allubescat ordo, sed illum immutare posse, cum hoc innoxium sit v. *Stryck. Introd. ad prax. c. 18. §. 13.* ubi simul docet quid judex, si ordinem Directorii non sequatur, observare debeat. Alterum quod commodissime adjungendum putavimus est quod testes viva voce deponere debeant *arg. l. 3. §. 3. ff. de Test.* alias enim ipsis fides non est. eorumque testimonium est nullum v. *Mev. p. 5. dec. 12. n. 2. & 3.* adeoque judex ejusmodi attestaciones rejicere potest, etiamsi pars adversa contra eas non excipiat, quod si vero parte non excipiente, nec judex eas rejiciat, valebunt, quia potest quidem rejicere judex, sed id juris non subiacet necessitati secundum *Farinac. de Test. quæst. 80. n. 40.* Examine finito c. ad Consequencia properamus. Ante omnia testium conficiendus est rotulus juxta *Recess. Imper. Noviss. §. 52.* quo confecto publicatio attestatorum sequitur:

quitur : Hæc non est de substantia processus adeoque ea omissa nullitas minime oritur v. a Rosb. *proc. jud. Tit. 60. n. 5.* Mev. *p. 7. dec. 328. n. 6. & seqq.* & communiter hoc ita receptum esse testatur Gail. *1. Obs. 105.* Est tamen de iustitia & licet ordinem judicarium omisso publicationis non pervertat jus tamen partis lædit v. *auct. alleg.* cui proinde appellatio interponenda. Judex interim utrumque publicationem vel facere vel omittere potest, uti ex antedictis prono hoc fluit nexu, adeo ut interdum petitam publicationem denegari possit, quod alias non potest regulariter, v. casum apud Gail. *1. Obs. 103. n. 5.* præmissis si lis summariam desideret cognitionem v. Zang. *de Except. p. 1. c. 2.* Post publicationem & didicita (ut loquuntur Doct.) testimonia regulariter testes amplius produci & examinari non possunt, judici vero integrum semper est testes repetere & interrogare, si forte obscure & perplexe testificati fuerint ut declarent dicta v. a Rosb. *l. c. n. 10.* Gail. *l. c.* Et sic actum de Testibus sequitur nunc probandi modus.

§. XVI.

IV. Circa instrumenta partes mediantibus instrumentis & documentis intentionem suam probare annitentes, eorum ab adversa parte recognitionem petere solent, quam & judex in citatione injungit. Subinde autem si contingit ut pars producens recognitionem vel per negligentiam vel per imperitiam petere omittat tum judicis est officii ut illam nihilominus adversæ parti injungat Nicol. *in proc. p. 1. c. 53.* Sed numne judex præcise ad hoc tenetur? Distinguo. Instrumenta sunt vel publica vel privata, illorum cum judiciali auctoritate & fide confecta sint, poterit quidem judex si velit, sed non tenetur non petitam recognitionem.

cognitionem injungere, jam dum enim valent ac si recognita essent & judici plenam fidem faciunt v. a Rosb. *proc. civ. Tit. 62. n. 4.* & reus ea diffiteri non potest etiam si etiam jurato velit Carpz. *proc. Tit. 14. art. 3. n. 48.* adeoque eorum recognitione non opus erit; hinc ceteris paribus extra Saxoniam (nam in Saxonia indistincte publica & privata instrumenta recognoscenda sunt v. Berg. *acon. jur. L. 4. tit. 24. §. 14. n. 2.*) etiam non desideratur Stryck. *Introd. ad prax. c. 19. §. 7.* Notandum tamen salvis hoc fieri exceptionibus quæ contra instrumentum parti adversæ competunt, super quibus prius cognoscendum quam executio decernatur Berlich. *p. 1. concl. 84. n. 47. & seqq.* quia non sequitur. Hoc instrumentum est publicum. Ergo mihi nulla datur exceptio. Privatorum autem instrumentorum recognitio vel jurata diffessio semper est necessaria; nondum enim constat de eorum fide, tenetur ergo iudex eorum recognitionem injungere, nisi pars adversa, vel tacita etiam confessione fidem eorum agnoverit, quo casu licitum est judici, parte quamvis petente, recognitionem nihilominus non injungere tanquam superfluum, v. Mev. *p. 4. dec. 64.* Porro iudicis potestati abbreviandarum litium ergò permittitur certum terminum ad omnia instrumenta producenda constituere v. Brunn. *proc. civ. c. 19. n. 14. ubique alleg.* Sed juris non credo subesse necessitati. Tandem postremo V. Circa juramenti præstationem vix erit ut iudex indifferens esse possit, licet in materia hac, præsertim quoad suppletorium juramentum multum dominetur arbitrium iudicis uti loquitur B. propatruus meus in *Tr. de Assessor.* hoc enim arbitrium quam maxime debet esse regulatum, sequens Canones juris, rationis & æqui, spectans mentem legis, charitatem & æquitatem v. Menoch. *arb. quest.*

*arb. quest. 13. n. 15. Mev. p. 9. dec. 57. n. 2. Habet tamen casum aliquem Mev. p. 9. dec. 77. ubi mihi quidem iudex videtur esse indifferens si non in foro interno at in externo. Illustris vero Mevius etsi verbis, mente tamen non refragatur. Dicit ille, iudicem parte adversa etiam nihil dum probante iuramentum pro rei veritate indaganda exigere debere quod, debere, intelligo secundum conscientiam non obligationem externam, quis etenim iudicem in foro externo inculpare poterit, qui regereret, Actore non probante reus absolvendus nec ita facile conscientiam alicujus iuramento onerare licere. Ergo si facit ad indagandam veritatem in civilibus scilicet, permittitur *arg. l. 21. ff. de interr. in jur. fac.* sed juris non subjacet necessitati per *l. nostram 40. ff. de jud.**

§. XVII.

Probationum onerosa materia absoluta & disputata partes in causa concludunt i. e. omnibus ulterioribus probationibus & defensionibus renunciant Scacc. *L. 2. de jud. c. 12. n. 16.* idque vel tacite si priora repetunt vel expresse idque rursus vel pure vel conditionate de quo latius Brunn. *proc. Civ. c. 26.* Hinc Practici dicunt per conclusionem (qua an sit de substantia processus v. Mev. p. 2. dec. 265. n. 12.) os claudi partibus non vero iudici, quippe qui etiam post conclusionem officium suum exercere potest, cum enim accurate omnia & plena inquisitione discutere debeat ut sententiam certam & justam proferat *c. f. 30. quest. ult.* quid foret absurdius, quid injustius quam oculos, os, aures & manus ejus conclusionem partium obstringi

D ut

ut etsi res postulet ad informandum animum suum nihil amplius inspicere, rogare, exigere, audire vel recipere possit, id quod jura illi quoties æquum aut necessarium videtur permittunt *l. pen. ff. de interr. in jur. sac.* & officii ratio partiumque controversiæ postulant *l. 9. C. de jud.* quæ sunt verba Franc Pfeilds. *in concl. 125. §. 59.* integrum iraque semper est judici post conclusionem partes adhuc interrogare, quin plane illam rescindere & probationem injungere ulteriorem v. Gail. *1. obs. 107. n. 5.* ipsam verò conclusionem judex partibus injungit interdum, si nempe vel de facto plene constet, jura etenim curia satis intelligit, dicit Paris de puteo. Vel una partium negligens sit aut litis studeat protelationi Myns. *c. 3. obs. 17. n. 14.* interdum etiam eam rejicit si est inepta vel præmatura v. Mev. *p. 4. dec. 120.* sed an juris etiam hæc subiacent necessitati? sic sentio. Facta conclusione acta inrotulantur (ut practici dicunt) ubi in termino inrotulationis Transmissio actorum ad Collegium juridicum quandoque a partibus peti solet (si partes enim transmissionem non petant, per se est judicem ex officio posse sed non debere acta transmittere v. Schoepff. *inf. alleg.*) quam judex potest quidem sed non tenetur indulgere, & sententia quam eo casu nihilominus fert ea propter nulla non est v. Berl. *p. 1. concl. 59. n. 12.* Schoepff. *syn. jur. tit. de re jud. n. 6.* nisi de emendanda sententia agatur aut jam semel judex in causa pronunciatum est necessitatis *Rec. Imp. de anno 1654. §. 123.*

§. XIII.

Sequitur nunc sententia tanquam litis hæctenus agitata decisio. Hæc libello conformis esse debet *per l. 18. ff. comm.*

comm. div. & super iis ferri nequit quæ in iudicium non
 sunt deducta & non petita *per leg. cit.* quod uti generali-
 ter dicitur ita & exceptiones non desunt quas vid. *apud*
Brunn. ad l. alleg. inter quas præcipua est, si non petita,
 sint de natura petitorum & fluant ex eodem fonte *conf.*
Nicol. p. 1. c. 67. n. 16. Lauterb. *in comp. jur. p. 578.* Ziegl.
dicast. concl. 44 qui copiose de hac re scripsit; quare &
 nos prolixa disputatione eam persequi jam nolumus,
 illud tantum monituri, quod iudex *possit* sed non *obliga-*
sum sit expensas non petitas adjudicare. Regulariter quidem
per l. 79. ff. de iudic. victus victori in expensas condemnan-
 dus; subintelligitur autem si petita sint, secus enim si
 non sunt petita, neque expresse neque tacite per herbam
 Jctorum betonicam, clausulam nempe salutarem (per
 hanc enim expensæ censentur petita, tuncve iudex *tene-*
tur partem adversam in eas condemnare adeo ut si iudex
 omiserit eas adjudicare, teneatur parti petenti illas resarci-
 re v. *Rosb. proc. civ. lit. 35. n. 24.*) nam tum iudicis pleno relin-
 quitur arbitrio an velit eas adjudicare, quod potest vid. *Berl.*
p. 1. concl. 78. n. 54. *Myns. c. 2. obs. 22.* an nolit, quod
 etiam potest nec si non condemnavit ipsi aliquid imputari
 potest neque parti tenetur v. *alleg. auctores l. c. Schneidev.*
ad §. omnium Inst. de act. n. 128. Ziegl. *all. concl. §. 6.* Ha-
 beat ergo rationem conscientia suæ in hoc passu iudex.
 Annectendum hic est iudicem rationes decidentes in sen-
 tentia sua indifferenter posse quidem exprimere sed non esse
 obstrictum v. *c. 6. X. de sent. arg. l. 59. pr. & §. 1. ff. de*
re iud. Strick. *intrad. in prax. c. 22. §. 5.* nisi recedat a iu-
 re communi vel expensas compenset v. *Schoepff. in syn.*
jur. p. 609. ubi tamen generaliter sufficit dixisse: **AUS ER-**

D 2 bei unigro die hebs

hebllichen Ursachen. Brunnem. *proc. Civ. c. 27. n. 20.* & re qui plures exceptiones allegavit quas tamen praxi non convenire testatur Ludov. in der Einleitung zum *civ. proc. c. 25. §. 14.* Ipsa autem sententia partibus presentibus ferri debet *per l. 47. ff. de re jud.* Interdum tamen *potest* etiam iudex si velit, non vero *tenetur*, condemnare absentem *v. l. 1. C. quom. & quando jud. sent. &c.* cui jungi debet *l. 53. §. ff. de re jud.* quod utique vero non ita crude intelligendum esse quis facile mecum consentiet, ac si ob solam contumaciam reus etiam si justam causam haberet, condemnari & litis damno pro lubitu iudicis plecti posset; tali enim modo pro amico occasio daretur iudicandi, eique in iudicio gratificandi, quod admitti malis res esset exempli, ob solam enim contumaciam reus causa cadere nequit *v. Menoch. A. 2. cas. 280. n. 4. sin 1. lis est contestata 2. ex actis de justitia causæ sufficienter constare potest 3. actor desiderat.* Iudex reum absentem condemnare debet, si litem velit facere suam ut statuit Brunn. *ad alleg. l. 1. C. quomodo & quando jud. sent. &c.* Aliter ergo hæc sunt & quidem cum grano salis accipienda, videlicet si iudici ex actis nondum constet cujus potiora circa litem iura sint & reus est contumax, *potest* contumaciam litis damno coercere non tamen *tenetur*, cujus in hac re arbitrium nihilominus juri & rationi adstrictum est, ne contra contumacem decernat quod alias contra ipsum injustum esset decerni, vide sis de hac re lausius & ut solet, cum iudicii acumine differentem *Mev. p. 5. dec. 180. it. Barth. à Salic. ad l. 1. C. quom. & quand. jud. sent. &c.*

XIX.

Post latam sententiam nondum iudicis potestas indifferentialis expirat sed ea adhuc multipliciter viger. Quod paucis lustrabimus. Vel a sententia appellatum est vel non si prius



si prius, Appellans tenetur apostolos i. e. libellos dimissorios petere, quibus appellatum esse significatur, quos si petiit & non accepit, id ipsum contestari & ut hodie dicimus de adhibita diligentia protestari debet *v. l. un. §. 2. ff. de libell. dimiss.* si vero non petiit, iudex a quo indifferentem potestatem habet an nihilominus illos dare velit vel non *v. Clar. D. Zaunschl. in all. Tr. p. 1. concl. 12. §. 1. ibique auctores allegatos.* Ipsa appellatio interdum pro deserta propter elapsa fatalia declaratur. Hinc incidenter quaeritur. Num iudex etiam indifferentem potestatem habeat, si pars adversa non petat, appellationem pro deserta declarare? Ad quod Respondemus, cum non habere in eo indifferentem potestatem sed *teneri* parte etiam non opponente appellationem pro deserta declarare. Quid enim? prima sententia instantiae transit in rem iudicatam, quae, uti Dd. uno ore omnes fatentur, ex albo nigrum & ex nigro album facit & ne quidem rescripto principis rescindi potest *per l. 3. C. sent. rescind. non poss.* Et cum fatalia appellationis ex praescripto legis requirantur, iis non observatis ipso jure revolvitur iurisdictio ad iudicem a quo, & leges frustra latae essent si nihilominus iudex ad quem elapsis fatalibus in causa procedere posset *Gail. 1. obs. 137. n. 1.* ubi tamen vide exceptiones. In specie fatale interponenda appellationis nec a iudice nec a partibus potest proregari per ord. *Cam. p. 2. Tit. 29. §. so sollen* cuius ratio sine dubio est quia interpositio appellationis, appellanti nullum praesudicium infert, appellans enim ex postfacto appellationi etiam interpositae renunciare potest. Quapropter non attendimus hic quod *Gail. 1. obs. 140. n. 8. & Mev. p. 3. dec. 410* adductis *l. f. §. f. C. de Temp. app. & Auth. si tamen C. ibidem.* statuunt, pacto & expresso partium consensu fatalia haec praerogari posse. Si vero non appellatum decernitur Executio quae est actus quo iudex

parti victrici succurrit, adigendo victum ut iudicatis per omnia satisfaciatur. Victor itaque acquiescere debet si iudicatis satisficit; quumque nihil ipsius interfit, quomodo hoc fiat, iudex prout ipsi visum fuerit & indifferenter, nisi lex modum arbitrii ponat, aliud, quam quod est petitum executionis remedium eligere potest v. Dn. Zaunschliff. *T. c. p. 2. concl. 16. n. 3.*

§. XX.

Secundum processum seriem, quantum hactenus fieri potuit, iudicis indifferentialem potestatem scrutari fuimus, superest ut dispiciamus num quaedam etiam ad huc sint, circa quae in omni processus parte, iudex possit esse indifferens. Et sunt. Primo quidem iudici indifferens est in omni processus parte iuramentum calumniae partibus injungere, quandocumque ipsi visum fuerit, de quo quia jam supra §. 10. egimus, eo Lectorem remittimus. Secundo intervenientem quandocumque sese offerat, partibus licet non petentibus cogit interesse suum docere, & potest etiam ipsi si vult, iuramentum malitiae deferre, modo causam aliquam allegare potest v. Nicol. *proc. p. 1. c. 14. n. 6.* nullibi vero legimus, ad id iudicem teneri, si partes de iis taceant, aut processum, si intervenientem absque iuramento admisit, vel ob id solum quod interesse suum non docere iussit, annullari debere, si alias consistere potest. Tertio si pars quartam dilationem petit, ea non nisi cum solennitate legali conceditur, quae consistit in iuramenti praestatione, quae autem consensu partium committi potest, si nempe pars ad veram dilationem petenti, iuramentum hoc remittit v. Gail. *1. obs. 91. n. 6.* Iudex vero, reor, nihilominus injungere iuramentum poterit si velit; cum enim

enim juramentum calumniæ, quod eadem, ac illud quo de jam sermo nobis est, continet, iudex, a partibus racione remissum nihilo exigere possit secius, prout ipsi visum fuerit, cur non & hoc, nulla rationis disparitate apparente? Plures forte casus adduci possent, sed ob temporis angustiam & multa impedimenta, metam stringere debemus.

§. XXI.

Hæc ergo de potestate iudicis indifferenti dixisse sufficiat. Vix in alium, quam nos exposuimus, sensum, *lex nostra 40 de iud.* hodie commode accipi poterit, licet, non negandum sit in alium etiam sensum, illam sumi olim potuisse. Juvabit hoc paululum annotasse. Exhibet autem præclarissimus J. C. Jus. Jac. Cujacius *in opere posth.* *L. 4. ad hanc leg.* duplicem ejus, a nostro plane alienum, sensum. Primus est legem ita intelligi posse. *Non omne quod in iudicis accedere potest; arbitrio etiam iudicis debere, & esse in obligatione.* v. g. usuræ in actionibus bonæ fidei licet non debeantur atque adeo non sint in obligatione, ex mora tamen, officio iudicis accedere poterant. Quæ expositio cum distinctionem inter bonæ fidei & stricti juris actiones, ut hoc ipsum ex ipsissimis Cujacii verbis luce meridiano clarius est, præsupponat; Hodie verò plane actionum nominibus non utamur, harumque adeo actionum differentia minus conspicua sint & obsoleta, ita ut omnes vi & effectu videantur esse bonæ fidei, ut sunt verba summi J. C. Julii paci in *anal. J. §. 28. 1. de act.* nolui illam sequi. Secundus est; *non omne quod potest facere*

facere iudex, etiam debet. Quem eò restringit, si princeps ad praesidem negotia remittat eique permittat, non imponere necessitatem praesidi suscipienda cognitionis sed praesidem existimare utrum debeat ipse cognoscere an cognitorem vel iudicem dare hæc Cujac. Cui vel ideo insistere non potui, quia nimis est restricta hæc explicatio nec multum utilitatis practicæ continet, cum supponi videatur inter iudicem pedaneum & prætorem distinctio, in Germania autem non inveniuntur pedanei iudices. Quem vero nos exhibuimus & secuti sumus legis sensum, pressis Brunnemanni, Mevii, Menochii aliorumque in hac Disputatione allegatorum vestigiis, ideo præferendum ducimus, quia per eum lex pleno vigore in foris nostris observatur. Quæ hoc demum loco adjicere potuimus, quoniam dicti Jac. Cujacii opus posth. non prius venit in manus.

§. XXII.

Coronidis loco unum adhuc notabilem casum proposituri sumus ubi indifferentialis iudicis potestas, in foro hoc externo exeritur, Quanta sit inter iuris Dd. contentio & opinionum diversitas circa illam quaestionem, quando Q. an iudex secundum acta & probata an vero secundum propriam conscientiam iudicare debeat? nulli non constabit. Alii affirmant, negant alii. Ego ut contentionis ferram cum nemine idcirco recipere volo ita simpliciter solummodo meam hic proferam sententiam, quo dehinc ad casum præmemoratum devenire possim utpote cuius decisioni hæc præmittenda. Reputo autem iudicem secundum privatam conscientiam, contra acta & probata iudicare plane non posse. Leges enim nullibi volunt hoc, sed iubent potius fidem eorum sequi quæ probabuntur

l. 6. §. 1. ff. de offic. Præsid. Et si id liceret iudicibus, qui-
libet hunc privatæ suæ conscientiæ prætextum commini-
sccretur, eodem effectus suos amoris, iræ, odii velaturus,
quo fieret ut nemo tandem præ iudicum motibus satis
esset tutus; conf. B. propatr. mei *all. Tr. p. 2. c. 8.* Qui-
quid ergo de conscientia iudicum dicitur, forte non male
habet per se, & inter homines mere bonos, at non in
republica, ubi saltem quoad extra non quoad intra fidentur, &
sepe bonus civis qui eluet, intra se pessimum virum agit.
Ergone, alta jam voce inelamabis. Ergone contra con-
scientiam iudex iudicabit? Siccine impie sentis? Sed par-
cius quæso objice. Numne statim sequitur, iudex non
debet contra acta & probata secundum privatam suam con-
scientiam iudicare, ergo debet secundum acta & pro-
bata contra conscientiam suam iudicare? Minime. Quid
igitur? Declinet iudicationem & officio suo paulisper in
hoc passu renunciet, profiteatur potius apud superiorem
iudicem, se aliter in conscientia sua convictum esse, ac ex
actis & probatis appareat, adeoque non posse iudicare,
tum tanquam testis veritati innocenter poterit auxiliari.
At nonne ex dictis palpabiliter stuit? Hoc iudicis potestati
indifferendi permissum esse. Si enim postposita conscien-
tia forte amici causâ, secundum acta & probata iudica-
verit. Quis poterit illum arguere? Cum externe bonum
iudicem egerit, interne vero conscientiam ejus nemo
intueri possit, in qua peccavit.

TANTUM.

SOLI DEO GLORIA.

Corollaria.

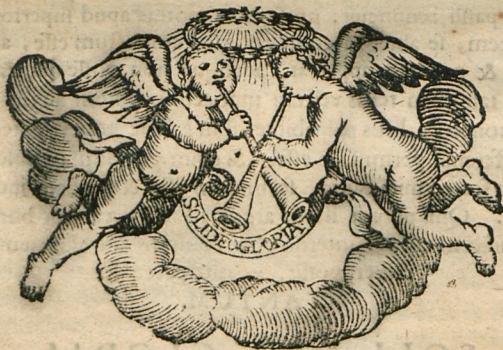
Israelita vasa Aegyptiis auferendo non commiserunt furtum.

FridERICI Barbarossa collum a Papa Alex. III. pedibus non fuit calcatum.

Datur bellum offensivum iustum.

Ad Majestatem spectat etiam cura Religionis.

Clara & distincta perceptio est quidem fundamentum propriae cognitionis non verò demonstrandi principium.





Marburg, Diss., 1708-78

ULB Halle

004 774 71X



3

f

TA-70L

nur 6 verknüpft



20.

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA, #

DE 1716, 2.

POTESTATE IVDICIS 16

INDIFFERENTI,

RADICATA ET FVNDATA

IN L. 40. D. DE IVDICIIS,

QVAM

IUVANTE IEHOVA,

EX AVCTORITATE ET DECRETO

AMPLISSIMI ICTORVM ORDINIS

IN

ILLVSTRI ET INCLYTA HAC ACADEMIA PATRIA,

Pro LICENTIA

SVM MOS IN VTROQVE IURE HONORES

ET PRIVILEGIA DOCTORALIA CAPESSENDI,

PVBLICO ET SOLENNI ACADEMIAE PROCERVVM EXAMINI

AD DIEM XXV. IVN. A. D. MDCCXVI.

SVBMITTET,

BERTHOLD HELFRICH WINTER,

HERSFELDENSIS.

P. 465.

MARBURGI CATTORVM,

Typis PHILIPPI CASIMIRI MÜLLERI, Acad. Typ.

