



11
21

22

23

24

25

26

26



1715.

- 21^{a, b, c} Thomaeus, Christianus: De iure adimplementi
litterarum cambialium horris causa. 3 Exempt.
- 22^{a, b, c} Thomaeus, Christianus: De obligatione compromissionis
rei incertae 3. Exempt.
- 23^{a, b, c} Thomaeus, Christianus: De revocatione tacita mandati
judicialis 3 Exempt. 1715, 1724 & 1738
- 24^{a, b, c} Thomaeus, Christianus: Praecipua juris patronatus
ecclesiarum protestantium vulgari capite. 3 Exempt.
1715 & 1737
- 25^{a, b, c} Thomaeus, Christianus: De remissione tacita
pignoris per consensum, siue expressam, siue tacitam
creditoris in novam appignorationem. 2 Exempt. 1715 &
1738.
- 26^{a, b} Thomaeus, Christianus: De actione injuriarum. 2 Exempt.
1715 & 1735.
- 26^c Thomaeus, Christianus: Von der Bestimmung des
Im Festsche über... Von C.T. 1741.

27^{a.t.} Thomasius, Christianus : An legum juris Justinianae
sit frequens ac originis usus practicus in foreis
Germaniae? 2 Exempt. 1715-1724

28^{a.t.} Thomasius, Christianus : De praesumptione allodii
Citatis 3 Exempt. 1715, 1725-1749

als

u



[Faint, illegible handwriting, likely bleed-through from the reverse side of the page]



Præ-8. num. 9. 3 ~~Præ-8.~~

4

DISSERTATIO JURIDICA, 1775 177a

DE

**JUDICE EXTRA
ACTA ALIQUID
ADSERENTE,**

P. 466.

3

QUAM

adnuente diuina gratia,
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DN. CAROLO,

PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRANDEN-
BURGICO, RELIQUA,

In Illuſtri Fridericiana,

PRÆSIDE

**JACOBO FRIDERICO
LUDOVICI,**

J. U. D. ET PROF. PUBL. ORDINAR.

Ad d. Septembr. MDCCXV.

H. L. Q. C.

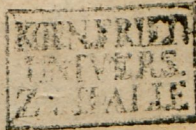
Placido eruditorum examini submittit

JOHANNES CHRISTIANUS 

Arnshaugensis Saxo.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,

Litt. CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typogr.



DISSERTATIO JURIDICA

JUDICE EXTRA

ACTA ALIQUID

ADSERVANTIA

RECTORI MAGNIFICENTISSIMO

DN CAROLO

TRINCLITIBUS HONORABILIBUS WILHELMO BRANNO

WILHELMO BRANNO

JACOBO THEOPHILICO

THEOPHILICO

AD ORDINEM JURIS

AD ORDINEM JURIS

THOMAS CHRISTIANUS

AD ORDINEM JURIS

IN ACADEMIA JURIS





Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA
DE
JUDICE EXTRA ACTA ALIQUID
ADSERENTE.

CONTENTA TOTIUS DISSERTATIONIS.

Judices in rebus publicis necessarii sunt, § I. debent illi primario ad jus respicere, unde vocantur ministri legum & jus animatum, § II. deinde etiam factum considerandum est, ejusque pro-
vatio, § III. facti probatio ex actis est desumenda. § IV. descriptio actorum. An adpellatione instrumenti acta judicialia veniant? § V. acta judicii & acta cause, acta adsertoria & probatoria, § VI. acta judicialia & manualia, priora huc proprie pertinent, § VII. formatur status controversie. Non est questio de eo casu, quando iudex contra acta aliquid adserit. Sententia contra acta lata est ipso jure nulla, § VIII. distinctio Vantii, an sententia se referat ad acta precise & specialiter, nec non per modum cause, an vero generaliter & enunciative, § IX. qua reiicitur, § X. applicatio distinctio-
nis inter acta adsertoria & probatoria. Sententia nulla est quando iudex rationem decidendi ex actis adsertoriis desumit, § XI. de casu, quando iudex sine actis aliquid adserit. Iudex in causis leuio-
ribus non est adstrictus ad acta conficienda, ipsi tamen sine actis ali-
quid adserenti plena fides non adhibetur, nisi prius partes super rela-
tione ipsius audita fuerint, § XII. questio principalis: iurum judi-
ci extra acta aliquid adserenti credatur? questio prejudicialis: utrum registratur & precise a secretario, vel actuario judicii confici de-
beant?

beant, an vero illa etiam probent, qua ab ipso iudice sunt confecta, & porro, an etiam iudex extra acta quid adferat, si ad registraturas a se ipso confectas prouocat? nonnulli DD. juxta jus canonicum praecise requirunt, ut registratura ab actuario conficiantur, §. XIII. quod tamen hodie in causis ciuilibus non est necessarium, §. XIV. quid in criminalibus obtineat? §. XV. iudex in causa ipsum concernente registraturas conficere non potest, §. XVI. rationes pro adfirmativa, quod iudici extra acta aliquid adferenti credendum sit, §. XVII. contraria tamen sententia, negatiua scilicet, praeferenda, §. XVIII. conciliatio duarum profectionum, scilicet, quod pro iudice praesumptio militet, & quod tamen ipsi extra acta aliquid adferenti non credatur, §. XIX. acta adcurate sunt conscribenda. *Querela Justiniani de actis adcurate non confectis.* Constitutio potentissimi Borussiae regis de hac re, §. XX. quaestio admodum controversa: utrum iudex secundum acta & probata, an vero juxta propriam conscientiam & scientiam iudicare teneatur? dissentiunt DD. §. XXI. Zieglerus illi opinioni subscribit, quod juxta propriam scientiam, non vero juxta acta & probata iudicare teneatur, & casus aliquos fingit atque supponit, §. XXII. confutat etiam dissentientium & praecipue Couarruiae argumenta, §. XXIII. argumenta, qua Zieglerus pro adstruenda sua sententia adducit, §. XXIV. nostras sententia. Duo distincti casus, an iudex esse possit, qui probationes in actis adlatas falsas esse nouit, & deinde, an is, qui iudex est, contra conscientiam iudicare queat? §. XXV. negatur, cum iudicem esse posse, qui probationes in actis adlatas falsas esse nouit, §. XXVI. occurritur dubio, ac si ita veritas occultetur, §. XXVII. dubia Frantzii & Ziegleri contra nostram sententiam, §. XXIX. ostenditur, haec dubia petitionem principii inuoluerent, ut simul testes esse possint, §. XXX. nec etiam sententia iudicis inferioris contra acta & probata iudicantis in iudicio superiori effectum habere potest, §. XXXI. notatur consilium Frantzii, quod iudex, qui reum innocentem esse nouit ex priuata scientia, carceres apertior relinquere queat, ut reus incarceratus aufugiat, §. XXXII. notatur etiam Zieglerus, dum statuit, iudicem

se-

secundum acta & probata judicare debere, licet sciat, eum esse nocentem, §. XXXIII. de questione, utrum judex contra aliquem procedere queat ex conscientia principis, licet ipse judex acta & probata in promptu non habeat? §. XXXIV. judici extra acta aliquid adferenti non creditur, quamvis factum notorium esse dicat, §. XXXV. an judici credatur, qui adferit, quod fama præcesserit? distinguunt DD. §. XXXVI. quæ distinctiones rejiciuntur §. XXXVII. non creditur judici extra acta adferenti, quod denunciatio inquisitionem præcesserit, §. XXXVIII. adplicatur & extenditur hoc ad alios actus in processu criminali obvientes, §. XXXIX. non creditur judici, qui in literis requisitorialibus, *der Urtheilstage*, aliquid adferit, quod in actis non habetur, §. XL. quomodo fraudibus occurri possit, quæ hic interdum a iudicibus admittuntur? §. XLI. quid si judex in literis requisitorialibus aliquid adferat, quod ad favorem inquisiti tendit? §. XLII. quid sciendum de eo casu, si iudices non integra acta, sed excerpta solum ex actis ad collegia juridica transmittunt? §. XLIII. quemadmodum judici extra acta aliquid adferenti non creditur, ita nec membris collegiorum juridicorum, qui tale quid adferunt extra acta, §. XLIV. quemadmodum judici in causis criminalibus extra acta aliquid adferenti non creditur, ita nec in eodem casu in causis civilibus ipsi fides habetur, §. XLV. judex, qui in causis civilibus aliquid discernere vult, acta semper ad manus habere debet, §. XLVI. questio: utrum credatur attestationsi iudicis in decreto, vel sententia de iis, quæ coram ipso gesta sunt, quamvis in actis de iis nihil habeatur, & quamvis a sententia appellatum fuerit? §. XLVII. *Carpzovii* argumenta pro affirmativa, quod attestationsi fides habenda sit, §. XLIX. responsio ad primum argumentum *Carpzovii*, §. XLIX. ad argumentum secundum §. L. ad tertium, §. LI. argumenta pro nostra sententia §. LII. responsio ad exceptiones *Carpzovii* contra hac argumenta, §. LIII. casus specialis, ubi judex adferebat, quartam substitutionem factam fuisse volente licitatore, de quo tamen in actis nihil reperiebatur, cum responsio facultatis juridicæ *Hallensis*, §. LIV. de casu, quando judex restatur, adpellationem coram se hoc, vel altero die interpositam esse §. LV. judici de consuetudine

ne restanti non creditur, nisi actus aliquos in specie adducat, §. LVI. ratio, quare iudici extra acta aliquid adferenti non credatur, §. LVII. iudex superior extra acta prima instantie non potest discernere, §. LIX. acta prima instantie integre sunt edenda, non in filza, §. LIX. quid, si acta prima instantie plane amissa fuerint, §. LX. legato de latere non adhibetur fides, si extra acta quid adferat, §. LXI. nec cardinali legato, §. LXII. nec habetur duobus iudicibus fides, si extra acta quid adferunt, §. LXIII. quid si in sententia quid adferatur, qua in rem iudicatam transiit, & tamen acta non reperiuntur, ad qua illa res iudicata se refert, §. LXIV. quoad jus iudex aliquid adferere potest, licet illud in actis adductum non reperiatur, §. LXV. quoad factum duos casus distinguit Zieglerus, an scilicet iudex suppleat per modum fictionis, an per modum explicationis, & hoc posterius permisum esse censet, LXVI. primum Ziegleri exemplum, quo ostendere vult, iudicem per modum explicationis factum supplere posse, §. LXVII. quod rejicitur, §. LXVIII. alterum exemplum §. LXIX. quod pariter incongruum esse ostenditur, & hinc tota distinctio Ziegleri rejicitur, §. LXX. an iudex in causis personarum miserabilium, piis & publicis extra acta in facto aliquid supplere queat? §. LXXI. conclusio dissertationis, §. LXXII.

§. I.



Elicissimi sine dubio

essent mortales, si nullis iudicibus indigerent. Et certe non indigerent illis, si modo juxta voluntatem benignissimi creatoris studium pacis excolerent, mutuo eoque infucato amore sese complecterentur, atque ab omnibus inanibus litigiis prorsus abstinerent. Sed proh dolor! postquam primi parentes primæva integritate exciderunt, & dicente Apostolo per unum hominem peccatum in mundum introiit: loco pacis

pacis bella inter homines exorta sunt, jurgia, rixæ, calidæ machinationes, fallacia & fraudes. Hoc ergo misero statu supposito maxima est mortalium felicitas, quod judicia bene instructa in rebus publicis deprehendantur, unde jam olim sapientes Hebræi dixerunt: *ora pro pace regni, nisi enim metus (magistratus, judicia) esset, aliter alterum deoraret vinum*, v. Besold. *synops. doctr. polit. in præcogn. §. 42.*

§. II.

Necessarius itaque judex, ut lites inter subditos obuientes legitimo modo dirimat pacemque restituat. Quando autem judex controuersias exortas componere intendit, ad duo respicere debet, scilicet ad *jus* & ad *factum*, siue ad circumstantias in facto obuientes, quæ jus variant. Quia ad jus tamquam normam respicere debet, vocatur minister legum, qui non de legibus, sed secundum illas iudicat, prout loquitur Meuius *p. 2. dec. 73.* ne scilicet voluntate iudicum magis, quam legitima auctoritate lites dirimantur, dicente Justiniano in *l. 2. §. 17. C. de vet. jur. enuel.* imo judex hoc intuitu *jus animatum* vocatur, v. Struu. *S. I. C. exerc. 44. th. 14.*

§. III.

Deinde etiam ad *factum* respicere debet judex, scilicet non ad illud, quod nude adlegatum, sed quod rite probatum esse deprehenditur. Multi multa garrunt, non scripta minora & libellos supplices, sed volumina plane iudici offerunt, in quibus plurima recensentur, quæ aduersa pars contra leges perpetravit. Sed cui usui? certè parti aduersæ sufficit vulgatum illud: *negō narrata*, prout narrantur, quæ negatione facta grande illud oblatum volumen omni prorsus effectu destituitur. Si accusare sufficeret, quis foret innocens? actori incumbit probatio.

§. IV

§. IV.

Facti probatio ex actis est dijudicanda, unde quando acta ad collegia juridica transmittuntur & sententiæ a collegiis istis expetuntur, in literis requisitorialis peti solet, ein denen Rechten und Acten gemäses Urtheil in der Sachen abzufassen, & hoc quoque est, quod dicitur, judicem non supplere, nec ejus rationem habere debere, quod in facto consistit & de quo in actis non adparet, *l. 6. §. 1. ff. de offic. presid. Meu. p. 1. dec. 87. num. 8. & 9.* ex diverso autem ea, quæ in actis probata sunt, notorium inducunt, Pruckmann, *vol. 1. conf. 14. num. 142.* Finckelth. *obs. 44. num. 2.* quod tamen intelligendum est intuitu partium litigantium, non vero intuitu aliorum, quos causa controuersa non tangit.

§. V.

Acta juxta Befoldum *in thesaur. pract. voc. Gerichts-Acta* dicuntur, quæ continent gesta inter litigantes coram iudice, adeoque negotia actis insinuata & omnia, quæ facta sunt in iudicio, vel qualiquali iudicii forma, prout scilicet iudicium vel ordinarium est, vel summarium. Posses etiam acta describere, quod sint instrumentum publicum continens ea, quæ coram iudice peracta fuerunt & in causis voluntariæ & contentiosæ jurisdictionis, quamuis nobis de causis contentiosæ jurisdictionis principaliter hic sermo sit. Adseritionem Theauri, quem adducit Befoldus *loc. cit.* quod scilicet adpellatione instrumenti non veniant acta judicialia, non curamus, tamquam genuino fundamento destitutam. Acta vero & ætitata nobis idem significant. Conferri hic etiam potest Friderus Mindanus *l. 2. de mandat. c. 66. num. 3.*

§. VI.

Robertus Maranta adducente Rüdinger *sing. obseruat.*

uat. cent. 1. obs. 8. num. 1. inter acta iudicii & acta causæ differentiam constituit. Acta iudicii ipsi dicuntur illa, quæ tendunt ad litis ordinationem, prout est libellus, litis contestatio, terminus probatorius, satisfactio & alii similes actus, acta causæ autem ea, quæ ad litis decisionem tendunt, prout sunt depositiones testium instrumenta, confessiones & similia acta probatoria. Alii ea, quæ Maranta acta iudicii vocat, adsertoria adpellant, acta causæ autem acta probatoria, de qua distinctione infra §. XI. videbimus.

§. VII.

Alias acta diuidi solent in *judicialia* & *manualia*, sive *practicorum*. *Judicialia* sunt ea, quæ in iudicio adseruantur & in quibus scripta partium originalia, Registraturæ iudicis, (de quibus in specie egit Dn. Hertel in *disp. de regestis judicialibus*;) protocolla & decreta deprehenduntur certo ordine disposita: *manualia* autem sunt acta priuata, quæ quilibet ex clientibus pro noticia sua conficit, ac in quibus copiam scriptorum iudici oblatorum, registrarum, decretorum & similibus inueniuntur. *Judicialia* acta hujus loci sunt, & hinc quando dicitur, acta inducere notorium & euidenciam, l. 6. C. de re iudic. Gail. 1. obseru. 134. n. 13. & 16. Ruding. cent. 1. obs. 8. n. 10. v. supra §. IV. hoc proprie ad acta *judicialia* pertinet. Interim tamen acta *manualia* quoque suam utilitatem habent, si enim acta *judicialia* mutila & manca sunt, illa ex *manualibus* partium supplenda sunt, Brunnem. *proc. cit.* c. 28. n. 62. Meu. p. 2. dec. 69.

§. XIX.

His ita generaliter præmissis jam ipsum controuersie statum paulo adcuratius formemus. Scilicet, non

B

est

est quaestio de eo casu, quando iudex *contra acta* aliquid adferit, quod interdum fieri solet, quando iudex acta non adhibita debita, diligentia, sed fugitiuo saltem, quod a iure, oculo, perlustravit & pro ratione decidendi certam facti circumstantiam supposuit, quasi illa in actis probata repeririatur, ubi tamen nulla probatio in actis adparet, vel contrarium plane ibi habetur. Ejusmodi sententia sine dubio ipso jure nulla est. Sebastianus, Vantius *in tract. de nullit. process. ac sent. rubr. de nullitate ex defectu processus & formae ipsius sententiae num. 128. & 129.* hac de re ita: si sententia, inquit, lata esset ex causa notorie falsa, tunc ipso jure nulla esset, unde, pergit, si sententia expresse se ad aliquam acta, non vera, seu nulla, vel erronea retulisset, puta, quod dixisset, (iudex) quia nobis constat per talem & talem, testes, &c. vel per tale instrumentum, &c. te debitorem, ideo te condemnno: & inspectis homini testibus, seu instrumentis, ad quae specialiter sententia per modum causae se referebat, de errore ipsius constaret, sententia esset nulla. Idem paulo post obtinere dicit, si sententia iudicis se refert ad probationes a jure reprobatae, puta, si iudex dixisset, quoniam probatum est per duellum, vel experientiam ferri candentis, &c. ideo condemnamus, &c. quamuis, si dicendum, quod res est, iudex hic potius contra jus, quam contra acta pronunciauerit, & sic sententia eo magis nulla sit, *v. l. 2. C. quand. prouoc. non est necess.*

§. IX.

Ea vero, quae Vantius *loc. cit. num. 230.* subjungit, nondum intelligo. Si vero, ait, sententia, ad acta in specie per modum causae se non referret, sed potius *generatim & enunciatim*, (ut puta, quando dicitur, *visis actis &c.*)
vel

vel quoniam nobis constat, ideo te condemno, &c. tunc licet error deprehenderetur in actis, nihilominus sententia ipso jure valeret, ex quo potuisset iudex probationes aliquas recepisse, quæ non essent in actis redactæ, vel animum suum ex confessione partium, seu aliunde informare, juxta dictum Baldi in l. quoties. §. i. ff. de probat. ideo sententia quasi contra jus partis lata valeret, secundum communem sententiam scribentium. Ad invalidandam itaque sententiam per modum erroris in actis expressi requiritur, quod sententia *præcise* referat se *per modum cause* ad aliqua acta, quæ erronea detegantur, & error hujusmodi sit patens & inexcusabilis, tunc namque error & nullitas actorum hujusmodi propter expressam relationem sententiæ inesse censetur. Hactenus verba Vantii.

§. X.

Distinguit ergo Vantius, utrum sententia se referat ad acta *præcise & specialiter*, nec non *per modum cause*, an vero *generaliter & enunciatiue*. Priori casu ea obtinere putat, quæ §. *preced.* adseruimus, non autem posteriori, si iudex solum dicit *visis actis*. Ego vero, quod ingenue fateor, inter utrumque casum nullam hactenus inuenire potui differentiam. Siue enim iudex generaliter, siue specialiter ad acta sese referat, relatio autem ista actis contraria sit, semper eadem decisio manet, quod sententia vitio nullitatis laboret. Quæ enim, quæso, hoc intuitu est diuersitas inter *generale & speciale*? mendacium generale & speciale ratione turpitudinis non differunt. Diuersus modus adest, si iudex generaliter, vel specialiter sese ad acta, sed falso, refert; verum modus ipsam rem non variat. Quid vero sibi volunt verba, quæ

Vantius ex Baldo adfert: *ex quo potuisset iudex probationes aliquas recepisse, quæ non essent in actis* (sunt verba citati auctoris) *reductæ, vel animum suum ex confessione partium, vel aliunde informare?* sane hoc casu iudex neque generaliter, neque specialiter ad acta sese refert, & ergo hæc a statu controuersiæ, quem formauerat Vantius, plane abluunt. Iudex hic, non contra, sed extra acta aliquid adferit, de quo casu nos in præsentî dissertatiõne ex instituto agere constituimus.

§. XI.

Diximus supra §. VI. quod acta diuidantur a nonnullis in acta *judicii & causæ*, siue juxta alios in acta *adfertoria & probatoria*, v. Brunnem. *proc. ciu. c. 28. n. 30.* videndum itaque, quomodo hanc distinctionem adplicent doctores. Scilicet sententiam validam esse dicunt, quando se refert ad acta probatoria, testium depositionem, instrumenta, &c. incertam vero esse sententiam ac dubiam, quando iudex ad acta adfertoria, siue enunciatiua se refert, v. g. ad libellum, positiones, &c. Vantius *loc. cit. num. 105.* Equidem alias expediti juris est, sententiam subsistere, quamuis sese referat ad libellum, v. g. quando pronunciat, *daß Beslagter die libellirte Summe Klägern zu bezahlen schuldig;* verum DD. citati ad hunc casum non respiciunt, sed ad illum solummodo, quando iudex rationem decidendi in conceptione sententiæ ex libello, vel ex positionibus desumit. Hic utique peccat iudex, libellus enim non efficit probationem, interim, quando ad priorem questionem in §. IX. propositam reuertimur, sententia non solum nulla est, si iudex contra acta probatoria pronunciat, sed eadem quoque nullitas adest, si contra adfertoria acta sententiam fert, id est, si in ali-

aliud condemnat, quam quod petatum fuit, sententia enim libello conformis esse debet, *c. 31. X. de smon. ibi. ut juxta judicii formam sententia quoque forma dicitur.*

§. XII.

Diximus de iudice, qui contra acta aliquid adserit, quid jam de eo statuendum, qui *sine actis* adserit, id est, quando nulla plane acta de negotio controverso confecta fuerunt? ante omnia obseruandum, quod necessitas conficiendi acta iudici remissa sit in causis leuioribus, siue summariis, neuiquam vero in ordinariis & grauioribus. Jam de proposita quaestione ita statuit Gailius *1. obs. 134. num. 18.* in breuioribus, inquit, statur nuda adsertioni iudicis. Si enim nunciirelatio fidem facit, *l. apparitores. C. de ex-act. tribu. lib. 10.* cur non aequae iudicis credendum in causis breuioribus, maxime si inter personas viles lis agitur, *auth. nisi breues. C. de sentent. ex breui. recis.* ubi Bartolus hoc inducit ad compromissa, quae ea conditione fiunt, ut coram arbitris in scriptis, vel sine scriptis procedi possit, quia, inquit, per hoc videntur partes velle, ut nuda relationi arbitri credendum sit, & dicit, hoc perpetuo menti tenendum. Ita Gailius. Consentit quidem cum eo Brunnemannus *proc. cin. c. 28. n. 62. in f.* verum recte subiungit, *partes super relatione iudicis audiendas esse, ante quam illi relationi plena fides adhibeatur.* Eadem est opinio Meuii *p. 5. dec. 74.* si iudex, inquit, acta edere tenetur, (iudici superiori,) nulla autem sunt conscripta, dum forte leuato vel sine scripto actum, relatio iudicis transmitti solet, eaque recipitur quidem, sed fidem plenam non habet, nisi prius ea communicata & audita utraque parte, qua in illam consentiente (relatio) actorum instar est, altera (parte) in repugnante non ultra attenditur, quam non repugnat

iis, quæ postea in actis deducuntur, in quibus fidem supplere valet, ideo plane non rejicitur. Non obstat argumentum Gailii, nuncii relatio fidem facit, ergo etiam soli judicis adfertioni standum; procedit enim illud a diuersis ad diuersa. Nuncii officium versatur solummodo circa executionem iussus judicis, v. g. circa insinuationem citationum, mandatorum, &c. super qua nunquam peculiaria acta conscribi solent: ast judici ipsi incumbit causæ cognitio & decisio, quæ regulariter sine actis conscriptis fieri non potest. Eodem modo non procedit hic argumentum Gailii, aut potius Bartoli, ab arbitro ad judicem. Arbitrarius enim ex voluntate partium iudicat, quæ & modum procedendi & modum conficiendi acta pro lubitu determinare possunt, in iudice vero res secus se habet. Manet ergo, solam adfertionem iudicis sine actis factam non efficere plenam probationem, nisi partes super eadem auditæ fuerint.

§. XIII.

Ceterum in præsentem nec ille casus ad nos proprie pertinet, quando iudex *sine actis* aliquid adferit, sed nos supponimus, acta judicialia extare, iudicem vero aliquid, quod in illis non habetur, & sic *extra acta* adferere. Quæstio itaque principalis erit: utrum judici extra acta aliquid adferenti fides haberi debeat? Quoniam vero registraturæ in actis obuientes partem actorum principalem constituunt; hinc antequam ad resolutionem quæstionis propositæ nos accingamus, quæstio præjudicialis adhuc excutienda erit: *utrum registraturæ præcise a secretario, vel actuario iudicii confici debeant, an vero etiam ille probent, quæ ab ipso iudice sunt confectæ, & per consequens, an etiam iudex, extra acta aliquid adferat, si ad registraturæ*

ras

ras a se ipſo confectas prouocat? Meuius p. 5. *decif. 74. n. 2.* in nor. præciſe requirit, ut acta conficiantur ab actuario, vel tabellione publico. Ad acta, inquit, ut perfectam fidem faciant, duo hæc requiruntur, ut in iudicio fiant, & deinde a publico tabellione, aut actuario, paria habet Fride- rus Mindanus *de mandat. l. 2. c. 47. num. 19. & 20.* & Papa in *c. 11. X. de probat.* idem adferit in verbis fequentibus: *quoniam contra falſam adſerionem iniqui iudicis innocens litiga- tor quandoque non poteſt veram negationem probare, cum negantis factum per rerum naturam nulla fit directa probatio, ne falſitas veritati præiudicet, aut iniquitas præualeat æquitati: ſtatuiſmus, ut tam in ordinario iudicio, quam extraordinario, iudex ſemper adhibeat aut publicam (ſi poteſt habere) perſo- nam, aut duos viros idoneos, qui fideliter uniuerſa iudicii acta conſcribant, videlicet citationes, dilationes, recuſatio- nes, exceptiones, petitiones, reſponſiones, interrogationes, confeſſiones, teſtium deſiſitiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, adpellationes, renunciationes, conclu- ſiones, & cetera, quæ occurrerint competenti ordine conſcri- benda, loca deſignando, tempora & perſonas. - - Iudex au- tem, qui conſtitutionem ipſam neglexerit obſeruare, ſi propter ejuſ negligentiam quid difficultatis emerſerit, per ſuperiorem iudicem animaduerſione debita caſtigetur, nec pro ipſius præ- ſumatur proceſſu, niſi quatenus in cauſa legitimis conſtiterit documentis.*

§. XIV,

Quidquid vero fit de iure canonico & de opinione nonnullorum DD. nobis cum Dn. Hertelio in *diſſ. de reg. ſt. iudic. §. 12.* contrarium placet, ſcilicet, regiſtraturas e- andem fidem mereri, ſiue ab actuario, ſiue ab ipſo iudice confecta fuerint. Actuario fides habetur, quia iurauit, ſed

sed & *judex* juramentum præstitit, ergo eadem fides ipsi adhibenda. *Jure* *ciuili*, sunt verba *Hertelii*, nulla extat *lex*, neque in recentioribus quædam constitutio, *judicem* ejusmodi personas minus principales, in officio sibi adjungere cogens, ut adeo non ad esse, sed ad bene esse *judiciorum* ex omni parte sufficientissime constitutorum pertineat. Ita *Suendendorff*, ad *Fibig. rubr. de proc. arresti p. m. 1174.* alternatiue requirit, ut *arrestii* concessio vel a *judice*, vel ab *actuuario* ad acta *judicii* registretur. Ita *Seckendorffius* im *Teutschen Fürsten-Staat part. 2. c. 6. rubr.* Die *Berrichtung* der *Räthe* in sechs *Puncten* *num. 4. & 5.* Daß *Sie*, die *Räthe*, auch dasjenige, was beschlossen ist, entweder, nachdem es wichtig, selbst schriftlich in reiner teutscher Sprache zierlich und nach *Ge-wohnheit* oder *Stilo* der *Cansley* abfassen, oder den *Inhalt*, wie es von den *Secretarien* aufgesetzt werden soll, in eine sonderliche *Registratur* dictiren und aufzeichnen lassen. Et paulo post *num. 5.* nichts weniger das *Fürbringen* in die *Raths-Becher*, oder *Protocoll* zu schreiben und einzuzichnen, &c.

§. XV.

Hæc ita in causis civilibus. In criminalibus actua- rius juratus hodie requiritur, qui in Saxonia & nonnullis vicinis prouinciis in præsentia subditorum juramento obstringitur quod alibi præcise non obseruatur, sed in expeditione actuum criminalium a nobilibus de jurisdictione inuestitis *Notarius* ex vicina aliqua urbe adhiberi solet. Imo & in Saxonia persona *directoris* *judicii* & *actuarii*, des *Gerichts-Verwalters* und *Gerichts-Schreibers*, saepe in uno subiecto concurrunt, præcipue, ubi *jurisdictio* angustis *cancellis* est inclusa. Præter *judicem* &

& actuarium in judiciis inferioribus, maxime tempore factæ litis contestationis, examinis testium & confrontationis, sculterus cum duobus scabinis præfens esse debet in Saxonia, quo etiam constitutio criminalis collimare videtur, quamvis extra Saxoniam hoc non adeo adcurate obseruetur.

§. XVI.

Hoc etiam facile largimur Dn. Hertelio *loc. cit.* §. XVII. quod registraturæ in eo casu ab ipso iudice, vel jurisdictionis domino confici non possint, quando iudex, vel jurisdictionis dominus, *der Gerichts-Herr*, altera litigantium pars est. Nemo enim in propria causa testis idoneus esse potest, neque iudex competens. Quæcunque ergo in hoc casu forsan ad acta scribit, ea tamquam priuatus scripsisse intelligitur, & per consequens, si ex illis fundamentum probationis desumere vult, extra acta aliquid adserere censetur.

§. XVII.

Accedamus nunc ad quæstionem principalem in §. XIII. propositam: *urum iudici extra acta aliquid adserenti fides haberi debeat?* pro adfirmativa pugnat generalis præsumptio, quam omnes priuati & sic multo magis persona in officio publico constituta pro se habet. Iudex præstitit speciale iuramentum sub initium suscepti officii, & sic quemadmodum nullus alius, ita nec ille immemor salutis æternæ præsumitur, quam materiam latius profecutus est B. Sam. Strykius in peculiari dissertatione, quam *de præsumptione pro magistratu* ante aliquot annos in hac academia publice proposuit.

§. XIX.

Hiscæ tamen & similibus non obstantibus interpre-

C

tes

tes communiter in contrariam transeunt sententiam, scilicet, quod iudici extra acta aliquid adferenti fides neutriquam sit adhibenda, v. Brunnem. *proc. inquis. c. 8. membr. 4. num. 7.* & quos hic citat, Mascardum *concl. 35. n. 3.* & Cothmannum *vol. 3. conf. 30. num. 128.* add. Oldekop. *in obseruat. crimin. obs. 8.* Præ aliis de hac materia fusius agit Caspar Zieglerus *in dicastice, sive tractatu de iud. cum officio & delictis conclus. 34.* sub rubrica: *peccat iudex, qui extra acta in facto quid supplet, & casum sibi propositum vel auget, vel minuit, ex quo autore deinde plura ad scopum nostrum facientia adducemus,*

§. XIX.

Quomodo itaque conciliabimus illa duo: pro iudice esse præsumtionem bonitatis & veritatis, & deinde tamen: iudici extra acta aliquid adferenti fidem non adhiberi? sane hæc sibi aperte contradicere videntur, contradictoria autem simul vera esse non possunt. Sed salua res est, & contradictio illa adparens facili negotio tolli potest. Scilicet iudex & acta conjungi debent, & iudex ab actis non est separandus. Ergo quando dicebatur, pro iudice esse præsumtionem, hoc ad eum casum pertinet, *quando iudex talia adferit, quæ in actis consignata inueniuntur*, tertius vero quispiam, vel etiam altera ex partibus litigantibus ea falsitate laborare contendit. Primo, inquit Friderus, Mindanus, *l. 2. de mandat. c. 66. n. 3. seq.* ipsa iudiciorum gesta actaque processus plenam inter partes fidem faciunt absque ullis testibus, *l. gesta. & ibi DD. C. de rejud. c. fin. X. de cohob. clericor. Maranta p. 6. tit. de act. edit. num. 23.* & sicuti actis editis; quod in iis scriptum non reperitur, omissum esse, adeoque nunquam interuenisse intelligitur: ita contra pro iis, quæ scripta in actis sunt,

sunt, iudex præsumtionem pro se habet, donec & quousque contrarium, puta defectus aliquis proberetur. Ex diuerso, quando dicebatur: iudici extra acta aliquid adferenti fidem non haberi, hoc ad eum casum pertinet, *quando talia adferit iudex, quæ in actis consignata non inveniuntur.* Hic ergo non consideratur ut iudex, sed ut priuatus, cui in propria causa testimonium ferenti non creditur.

§. XX.

Videant ergo iudices, ut acta adcurate conscribantur, & sic omnia, quæ adferunt, ex iisdem probari queant. Sed proh dolor! maximus hic sæpe deprehenditur defectus hodie, imo & ipsis jamdum Justiniani temporibus idem deprehensus fuit. Audiamus imperatorem de iudicibus conquerentem in *noell. 15. in præfat. que vero, inquit, aguntur ab eis, ad instar non actorum sunt; si enim imperauerint prouinciarum iudices, nequaquam præsumunt quedam gesta monumentorum conficere apud semetipsos, per omnia seruientes eis defensores & illorum nutibus intendentes solis. Si vero quedam conficiantur, primum quidem etiam hæc venundant: deinde cum nullum habeant archiuum, in quo gesta apud se reponant & nequaquam inuenies apud eos plurimum temporum poni monumentum ullum penitus, sed ad heredes eorum, aut alias successiones his monumentis egentes, gesta querunt, & horum, que quidem inveniuntur, nulla fide sunt digna: alia vero etiam pereunt & in tantum cadunt, ut in similitudine non actorum sint.* De emendatione ejusmodi defectuum potentissimus Borussiae Rex in der allgemeinen Ordnung von Verbesserung des Justiz-Wesens §. 43. hunc in modum disponit: Es sollen die Recesse von Wort zu Wort vom Munde aus in die Feder und

aufs Papier von einem dazu zu vereydigenden Secretario, oder Cancellisten gebracht, der Bescheid zu Ende des Protocolls geschreiben, und jedes Protocoll absonderlich dergestalt ad acta geleyet werden, welche hienächst geheftet und mit beygefügtem Rotulo wohl verwahret werden müssen, damit solche auf Erfordern desto eher vollkommen, und zwar mit denen hinführo beyzulegenden protocollis aufgefunden werden können.

§. XXI.

Excutienda hiecit primo quæstio illa maxime controversa: *utrum iudex secundum acta & probata, an vero juxta propriam conscientiam & scientiam judicare teneatur, quamvis contrarium in actis habeatur?* judicem juxta acta & probata sententiam concipere debere adstruunt Covarruias, Sayrus, Tolerus, Azorius, Diana, Alvarez de Velasco, Sanchez, Cujacius, Gregorius Tholofanus, Pileus Modicensis, Seraphinus de Seraphinis, Scaccia, Perez, aliique citati a Zieglero *in dicast. conclus. 35. §. 2.* ac Brunnemanno *ad l. 6. ff. de offic. presid. num. 2.* nec non Struuius *S. I. C. ex. 44. th. 5.* alii contra judicem obstrictum esse contendunt, ut juxta scientiam propriam sententiam concipiat eam que scientiam probationibus in actis deprehensis præferat, in quorum numero & theologi & Jcti reperiuntur, Gerhardus, Danhauerus, Riuetus, Vöetius, Hottomannus, Vasquius, Corafius, Arumæus, Ummius, Vinnius, Frantzkius, Zæsius, aliique apud Zieglerum *loc. cit. §. 30.* Ipse Zieglerus huic posteriori opinioni calculum suum adjicit & peccare dicit, qui secundum acta & probata condemnat eum, de quo liquidißimam hanc habet scientiam, quod sit innocens.

§. XXII.

§. XXII.

Casus sequentes fingit atque supponit Zieglerus *d. conclus. 35. §. 3.* Meuius homicidii, vel alterius cuiusdam criminis capitalis reus per duos, tresve, aut etiam plures testes conuincitur. Illa ipsa nocte, qua crimen commissum dicitur, iudex una cum Meuo extra locum delicti in urbe longius distita pernoctauit, eumque alea secum ludentem semper presentem habuit. Iudex hinc certus est, homicidium istud a Meuo commissum non fuisse, an igitur condemnare eum oportebit, quia testibus conuictus est? Finge, pergit, per testes probatum esse plenissime, Titium & Cajum Romæ presentes contraxisse, & Titium stipulanti Cajo illic promississe centum. Iudici liquidissime constat, Titium per totum istum annum Romæ non fuisse, sed Londini sibi contubernalem extitisse. Numquid igitur præualere debebit testium depositio huic exactissimæ iudicis scientiæ? & num condemnari potius debebit reus, quam absolui?

§. XXIII.

Quoniam Zieglerus, uti §. XXI. dictum, eo inclinatur, quod iudex propriam potius scientiam, quam acta & probata sequi teneatur, hinc primo dissentientium, præcipue autem Couarruuiæ argumenta confutat §. 10. seqq. Primum argumentum desumptum est ex *l. 6. §. 1. ff. de offic. præsid. ibi: veritas rerum erroribus gestarum non vitiat, & ideo præses prouincie id sequatur, quod conuenit cum ex fide eorum, quæ probabuntur.* Putat Zieglerus, hunc textum nihil probare, cum per illum hoc præcipue innuatur, *veritatem, cuius conscius iudex est, nullis testimoniis vitari.* Secundum argumentum petit Couarruuias ex *l. rem non nouam. 14. C. de iudic. ubi dicitur, iudices præstito iureju-*

rando olim promittere debuisse, omnimodo sese cum veritate & legum obseruatione iudicium esse disposituros. Responsio Ziegleri §. 14. eo recurrit, quod iudex tunc etiam cum veritate iudicet, quando iudicat secundum propriam scientiam. Quando Couarruias tertio loco obijcit, iudicem publica autoritate fungi, ergo quoque eum in definiendis controuersis scientia publica, tali scilicet, quae ex actis comparatur, uti debere; Zieglerus consequentiam negat, & eum quoque iudicem publica autoritate fungi dicit, qui scientiam suam priuam sequitur. Ad argumentum quartum ex c. pastoralis 28. §. quia vero X. de offic. deleg. ubi dicitur, ordinarium exequi debere sententiam iudicis delegati, etiamsi sciat, eam esse iniustam, regerit Zieglerus §. 18. nullam hic adesse illationem, id est, ab executore ad iudicem non valere consequentiam. Argumentum quintum est, iudex non potest sententiam dicere ex instrumento scripturae non producta in iudicio, licet ei priuam ita fuerit exhibita, ut plene cognouerit ex ea ius actoris, vel rei, ergo nec ex alia scientia priuata iudicare potest. Zieglerus respondet §. 23. a scientia, quam habet iudex ex priuam exhibito instrumento, ad scientiam, quam habet ex proprio visu non valere consequentiam, quoniam alteri parti contra instrumentum priuam iudici exhibitum multae exceptiones competere possunt, unde etiam instrumenta in ipso iudicio producta non aliter probant, quam si recognita fuerint. Sextum & ultimum argumentum Couarruias desumit ex can. 4. caus. 3. qu. 7. in quo habetur, bonum iudicem nihil ex arbitrio suo facere & proposito domesticae voluntatis, sed eum iuxta leges & iura pronuntiare &c. reponit Zieglerus, sermonem in illo canone esse de praconceptis sententiis & iudicis

cus domesticis, siue præsumtionibus, minime vero de certa iudicis scientia.

§. XXIV.

Pro adstruenda sua sententia, quod nempe iudex potius secundum propriam scientiam, quam juxta acta & probata iudicare teneatur, sequentia argumenta adducit Zieglerus §. 31. §. 99. *Primum* ex scriptura sacra, Exod. 23. v. 7. *mendacium fugies, insonem & iustum non occides,* quod tamen fieret, si iudex secundum acta & probata in casibus supra §. XXII. propositis iudicaret. *Secundum* argumentum hoc est: *inducta ad unum effectum non debent contrarium ejus operari.* Atqui, dicit, actorum & probationum series inducta est, ut constet de veritate, e go illa actorum & probationum series veritatem opprimere non debet. *Tertium* ex fine probationum petit. Scilicet, *ead probaciones attendi debere in iudicio, que fidem facere possunt iudici.* Sed vero, inquit, probaciones, quæ pugnant cum scientia iudicis, non sunt tales, quæ fidem facere possunt iudici, & ergo nec tales in ferenda sententia sunt attendendæ. *Quartum:* *iudex secundum veritatem iudicare debet,* at vero, qui certo scit, factum ita reuera se habere, uti ipse vel vidit, vel audiuit, acta autem & probata falsa esse, non iudicat secundum veritatem, si acta attendere, suam vero scientiam negligere velit. *Quintum:* conscientia dictamen est, *nihil dici, fieriue debere, quod verum non est, quodue damnum inferre possit proximo.* Damnum autem inferretur proximo, si iudex non iudicaret juxta propriam scientiam. Argumentum *sexium* habetur in §. 51. *quod acta & testificata non simpliciter ex se fidem faciunt, sed uti a iudice fuerint approbata.* Ea vero ju-

judex non potest adprobare, quæ cum ipsius scientia pugnant.

§. XXV.

Hæc sunt præcipua argumenta, quæ ab utraque parte adduci consueverunt. Nobis videtur primo, casus illos fictos, quos supra §. XXII. ex Zieglero adduximus, rarissime dabiles esse: deinde vero posito, eos aliquando dari posse, censemus, duas plane distinctas quæstiones ab inuicem separandas esse. *Prima est: an ille judex esse possit, qui probationes in actis adlatas falsas esse nouit? secunda autem, an is, qui judex est, contra conscientiam & scientiam propriam iudicare queat?* prima quæstio est præjudicialis, adeoque si ostenderit, eam negandam esse, secunda sine dubio otiosa erit atque frustranea.

§. XXVI.

Certo autem persuasi sumus, primam quæstionem negari debere. Hoc enim expediti juris est, neminem simul judicem & testem esse posse. Excipit quidem Zieglerus *d. concl. 35. §. 29. frustra adseri, quod index hac ratione se testem faciat*, cum teste opus non habeat judex, qui ipse aliquid vidit; verum hoc petitionem principii inuoluit & a Zieglero frustra adseritur. Judex de testimoniis a partibus litigantibus adductis iudicium ferre tenetur, an sufficientia sint, annon, neutiquam vero ipse tamquam testis produci potest. Munus iudicis & testis diuersissimæ naturæ est, & hinc in una eademque persona neutiquam concurrere potest, nisi absurdum quid statuere velimus.

§. XXVII.

Ergo, inquis, occultatur veritas, ergo innocens condemnatur ab alio iudice, qui scientia veritatis facti destituitur. Imo non. Sed hoc exinde sequitur, quod iudex ille,

ille, qui adcuratam facti notitiam habet, & tamen probationes contrarias in actis deprehendit, totam rem Principi exponere, quoad hanc causam iudicis officio sese abdicare & in classem testium transire teneatur. Ita inter alios jam olim statuit Huberus *in tract. de jur. ciuiv. l. 3. sect. 2. c. 1. §. 22.* faciendum, inquit, ut iudex ea causa se exoneret officio suo, ac inter testes potius auxilio veritatis adsit, conf. idem *in prælect. ad tit. I. de off. jud. §. 3. add. Struuius in S. I. C. exerc. 44. th. 5. & Bachou. ad Treul. vol. 1. disp. 12. th. 14. lit. E. & F.*

§. XXIX.

Hæc tamen nostra adsertio non est ad mentem Frantzkii *l. 2. resol. 22. num. 26. seqq.* quem sequitur Ziegler *d. conclus. 35. §. 54.* Putat Frantzkus, iudicem *neque salua officii ratione, neque tuto officium iudicis deponere & in testium numerum transire posse.* Non saluo officio, quia jurejurando adstringitur, ut quod sibi iustum videatur, iudicet. Tunc vero, quando juxta propriam scientiam iudicat, quid iustum sit, exacte cognitum habet, ergo omnino iudicet vinculoque juramenti se exsoluat. Non tuto, pergit, potest in numerum testium transire, quia unicum ejus testimonium tanti valoris non erit, ut contraria plurium dicta euertere & eneruare queat. Nec igitur tunc quidquam proficiet, & in hoc conscientie suæ parum consulat, quod cum ex potestate iudicialia absolueret innocentem potuisset, nunc condemnari eum videre oporteat. Quæ causa est, addit Zieglerus, quod nec eorum probari queat consilium, qui iudicem causam ad superiorem referre jubent, ut aut alium sibi substituat, aut ipsemet causam dijudicandam suscipiat. Nec tum enim euitari potest, ut innocens non damnetur, &

D

hic

hic tamen principalis finis, quare cedere debeat iudicio iudex priuatim innocentiam rei cognitam habens, v. Ferdinand, Vasqu. *l. i. controu. illustr. c. 14.* Eandem quoque sententiam fouet Perez *ad tit. C. de offic. rect. prouinc.*

num. 9.

§. XXIX.

Sed hæc quidem parum in recessu habere videntur. Scilicet, adstringitur iudex, ut iudicet, quod sibi iustum videatur, verum non aliter, nisi quod æquum videtur *ex actis & probatis.* Ergo si iustum ex priuata scientia diiudicare vult, tunc non amplius iudex esse potest, sed in testimonium numerum transire debet. At vero, dicunt Frantzkius & Zieglerus, nos statuimus, iudicem quoque secundum priuatam scientiam iudicare posse; sed respondemus, hoc petitionem principii inuoluere, negamus enim, quod recte ita statuant. Deinde, quamuis testimonium iudicis, qui in numerum testium transit, singulare sit, tamen & autoritate & circumstantiarum explicatione iudicem superiorem mouere poterit, cum alias post sententiam a se ipso latam testimonium ejus nullius sit futurum momenti, prout loquitur Bachou. *d. vol. 1. disp. 12. th. 14. lit. E. & F.* & notum est, quod pro defensione etiam adtendantur probationes semiplenæ, ad minimum eo effectu, ne ad pœnam ordinariam deueniri possit. Satis ergo consuluit conscientia sua iudex in numerum testium transiens, quia ex potestate iudiciaria absoluere reum non potuit, per ea, quæ §. XXVI. ostendimus.

§. XXX.

Maxima sane confusio metuenda esset, si iudicibus permitteretur, ut simul testes esse possint. Equidem prout quilibet priuatus, ita etiam quilibet iudex bonus
præ-

præsumitur; sed experientia quotidiana pro dolor! testatur, in quolibet statu deprehendi etiam deperditos & pessimos homines, qui nec leges, nec juramenta præstita curant. Si ergo statuamus, eandem personam simul judicem & testem in eadem causa esse posse: corruptis judicibus semper via pateret, ut casum pro amico exercere possent, sub prætextu, quod quamvis non secundum acta & probata, secundum conscientiam tamen & propriam scientiam judicium ferant. Hac certe ratione acta & probata frustranea erunt. Si dicis: Zieglerum aliosque solum de judicibus probis loqui; respondeo, hanc esse petitionem principii, an in uno alterove casu speciali iudex probus sit, annon. Homo non scrutatur corda hominum, sed solus Deus. Ponamus & speramus, plurimos iudices probos esse; interim tamen negari non potest, quin etiam aliqui improbi sint, qui thesi Ziegleri aliorumque admissa improbitatem suam conscientia priuatæque scientia suæ pallio obtegere possunt. Hac ratione autem multis non exiguum præjudicium inferri potest: nostra vero sententia admissa omnia illa præjudicia evitantur.

§. XXXI.

Quid etiam, si iudex inferior non juxta acta & probata, sed juxta propriam scientiam judicauerit, causa vero deinde ad superiorem iudicem devaluatur, an hic superior juxta scientiam iudicis inferioris iudicabit? non existimo. Prævidit jam hoc dubium Frantzkius *d. l. 2. resol. 22. num. 27.* ergo sequentem in modum respondet: *quod si superior contrarium statuerit, noster hic erit excusatus, officio suo fideliter perfunctus.* Adsumo hæc & contra Frantzkius, ea inuerto: si iudex inferior officio suo

quoad hanc causam, cujus priuatam scientiam habet, sese abdicauit & in testium numerum transit, noster hic erit excusatus, officio testis fideliter perfunctus. Et certe iudex superior magis attendet testimonium iudicis, quod tulit ut testis, quam quod reddidit ut iudex & testis simul, quia hoc posteriori casu suspectum est ipsius testimonium.

§. XXXII.

Illud valde absurdum esse existimo, quod addit Frantzkus *loc. cit. num. 29. illud tamen adeo absurdum non erit, ut si secreto & circa scandalum fieri possit, iudex carceres apertos relinquat, quo captiuus in pedes se coniciat & sibi sua salutem quaerat, quod remedium Dom. Soto l. 5. de iust. & jur. quest. 4. art. 2. vers. quia etiam & c. proponit & sibi place- re scribit Gutierrez l. 2. quest. canon. 29. num. 12. in fin. Soto, Gutierrez & consortes multa absona habent, quæ nemo probabit, qui micam salis habet. Ipse Zieglerus *d. concl. 35. §. 55.* quamuis alias Frantzkii opinionem suam faciat, hoc remedium improbat. Adponamus ipsius verba: ego, inquit, id æque minus tutum & haud parum absurdum esse existimo. Minus tutum, quia accusatus, quando docunque adprehensus fuerit, in carcerem iterum conijci potest. Absurdum, quia non decet iudicem, reum sine sententia dimittere, aut absoluere. In iudicio omnia aperte, candide & sincere fieri debent, nulla locum inueniat collusio, nulla præuaricatio. Ita Zieglerus, qui iudicem simul & testem eandem personam esse posse censet. Et nos multo magis ita existimamus, qui iudicem simul testem esse posse penitus negamus.*

§. XXXIII.

Hoc denique addo, non cohærere ea, quæ statuit Zie-

Zieglerus alique, iudicem non secundum acta & probata, sed secundum propriam scientiam iudicare debere, eo casu, quando iudex nouit, *accusatum esse innocentem*, bene tamen eum secundum acta & probata iudicare adstrictum esse, si juxta acta & probata reus quidem sit innocens, iudici vero constat, *eum nocentem esse*. Zieglerus *d. concl. 35. §. 36.* rationem diuersitatis adesse putat. Nam, inquit, condemnare certo innocentem cognitum, habet in se malitiam intrinsecam & materiam indebitam, non etiam absolueri publice innocentem probatum, licet reuera nocentem, in quem finem loco probationis Zoesium, Sigismundum Scacciam & Gabrielem Alvares de Velasco adlegat. Ego autem nullam diuersitatis rationem hic deprehendo. Argumenta enim, quæ Zieglerus intuitu primi casus adducebat, v. supra §. XXIV. eodem modo etiam ad secundum casum quadrant. Sane mentitur iudex ex mente Ziegleri, siue illum, quem innocentem esse nouit, contra acta & probata condemnat, siue illum absoluit, quem nocentem esse ipsi constat, qui tamen in actis non est conuictus, nec confessus. Porro actorum & probationum series in neutro casu veritatem opprimere debet, illæ probationes sunt adtendendæ, quæ fidem facere possunt iudici, iudex etiam secundum veritatem in utroque casu iudicare tenetur, &c.

§. XXXIV.

Tangamus nunc quæstionem: *utrum iudex contra aliquem procedere queat ex conscientia principis, licet ipse iudex acta & probata in premissis non habeat?* Oldekopp in *obseruat. crim. tit. 2. obs. 8. n. 11.* hoc maxime periculosum esse existimat & ergo contrariam sententiam amplectitur cum Co. huanno ab ipso citato *vol. 1. resp. 7. n. 51. & 52.* Ver-

rum postquam euolui Menochium *de arbitr. jud. quest. l. 1. qu. 78. n. 4. & 5.* quem etiam a delegat Oldekoppius, deprehendi, illam sententiam, quod iudex ita procedere possit, non esse adeo iniquam. Nempe dicit Menochius, iudicem per modum inquisitionis procedere posse, quamuis nulla acta adsint, modo id princeps jubeat, *si princeps causa cognita id jubet.* Si ergo princeps de causa jam cognouit, utique acta jam adsunt & licet princeps ea simul non transmiserit iudici, principis tamen testimonium, quod causæ cognitio præcesserit, iudici illi jam sufficere potest & hinc reuera iudex in hoc casu nihil aliud est, quam nudus executor. Interim iudex id ipsum ad acta scribi curet, quod princeps expresse dixerit, sibi de delicto & ejus fama constare, Oldekopp *l. c. n. u.* ibique Maranta & alii citati.

§. XXXV.

Sed quæritur: annon iudici extra acta aliquid adferenti credatur, si dicat, *factum, quod adferis, notorium esse?* acta demum notorium inter partes inducere, supra §. IV. ostendimus, & ergo illud quoque factum, de quo in actis nihil habetur, tamquam notorium venditari non potest. Notatu digna sunt, quæ hic habet Oldekopp *obs. crim. 14. n. 13. seqq.* iudex, inquit, ne fidat quoque informationibus super delicto, quod dicitur notorium, extrajudicialiter adsumtis, illæ enim non sufficiunt, veluti ex aliis deducit & concludit Clarus §. *fin. quest. 9. vers. si item quero. 5. in fin.* debet enim constare iudici, ut iudici, de notorio, Rol a Valle *vol. 1. conf. 99. num. 16.* alioquin nec ipsi adferenti creditur. - - Quapropter cautus iudex super notorio informationes ex officio adsumit, easque ad acta redigit, ne damnum, aut dedecus, patiatur. Pa-

ria

ria habet Brunnemannus *proc. inquis. c. 4. n. 6.* ut ut crimen dicit, sit notorium, nihilominus adsumendæ sunt judici informationes, tam de delicto, quam de delinquente, eæqueredigendæ sunt in scripturam, nam si postea negetur, delictum fuisse notorium, hoc ipsum ex actis poterit in continenti probari, nec timere necesse habebit iudex periculum syndicatus, Clarus *§. fin. qu. 9. n. 5.* & si notorium sit crimen, autor potest esse ignorus, aut, si hic notus, causa est incognita, vel ejus defensio.

§. XXXVI.

Ex eodem fonte profluit, quando DD. statuunt, non esse credendum judici adserenti in inquisitione, *famam præcessisse*, nisi de ea fama aliunde adpareat per testes examinatos, Clarus *§. fin. qu. 31. n. 10. verb. fama publica.* Oldekopp. *obs. crim. 8. n. 5. 6.* Prout vero alias, ita & in hac materia valde dissident inter se Doctores. Refert diuersas DD. opiniones Clarus *loc. cit.* Aliqui, inquit, dicunt simpliciter, quod sic, id est, prout antecedentia ostendunt, quod ex adsertione iudicis, dicentis in libello inquisitionis, famam publicam præcessisse, dicatur probata fama. Aliqui distinguunt, an iudex procedat ad instantiam alicujus, an autem ex mero officio, ita quidem, ut si ad instantiam alterius procedat, teneatur ille, qui promouet inquisitionem, facere fidem de fama, si vero procedat iudex ex mero officio, credatur ipsi judici adserenti, famam publicam præcessisse. Rursus alii distinguunt inter iudicem ordinarium & delegatum, ut scilicet delegatus non possit inquirere, nisi prius fama ipsa per testes probata fuerit, in ordinario autem, ubi procedat ex mero officio, sufficiat, quod extrajudicialiter ei de fama constet, ex quo inferunt, quod possit ordinarius formare
in-

inquisitionem, non examinatis testibus super infamia, & quod ubi recipiat aliquos testes super infamia, non teneatur eorum dare copiam reo petenti, sed tamen, si adpellatur ad superiorem, dicunt, quod teneatur iudex probare, reum fuisse diffamatum, alias processus esset nullus.

§. XXXVII.

Quilibet ex hisce distinguendis, quos citat Clarus, opinionem suam communem esse & in practica servari dicit, prout semper fieri solet. Verum nobis videtur, omnes illas distinctiones genuino fundamento destitui. Iudex enim, siue ordinarius sit, siue delegatus, siue ad denunciationem alicujus, siue ex mero officio procedat, extra acta aliquid adserit, si super fama testes non examinavit, extra acta vero aliquid adserenti non creditur. Ergo non sufficit vulgaris illa & generalis registratura, prout loquuntur: Nachdem bishero das gemeine Geschrey gegangen, vel. nachdem bishero öffentlich, auch so gar bey Zusammenkünften, Gelagen und Gastereyen, u. s. f. geredet worden, daß Titius mit der Sempronia ärgerlich und verdächtig umbgehe, als habe man sich Umbrs-wegen genöthiget befunden, wieder diese Personen zu inquiriren; sed ulterius quid accedere debet, quod verbis Dn. Præsidis in der Einleit. zum Peinl. Proc. c. 1. §. II. exponam. Hierauf müssen diejenige Personen, welche etwa dergleichen Reden geführt werden, vorgeschrieben, und ihre Aussage mit Fleiß verzeichnet werden, wobey der Richter sonderlich dahin zu sehen hat, daß Er nach dem Ursprung des gemeinen Geschreyes fleißig inquirire, z. E. ob Zeuge den angezeigten verdächtigen Umgang selbst gesehen, oder nur etwa von andern davon ge-

gehöret habe? Wenn nun der Zeuge das letztere bejahet, muß der Richter diejenige Person, darauf sich der Zeuge beruffet, gleichfalls vorfordern, und auff ietz gemeldte Art gleichfalls verfahren. Dieses ist deswegen höchst nöthig, weil man viele Exempel hat, daß sich immer einer auf den andern beruffen, und endlich die ganze Sache auf ein altes Weiber-Mährchen hinaus gelauffen ist. Ipse etiam Clarus non adtipulatur DD. illis distinguentibus, de quibus in §. *præced.* locuti sumus. Et certe, inquit, si obseruaretur illa opinio, quod crederetur iudici de fama adserenti, posset quilibet iudex procedere ad inquisitionem specialem criminis contra aliquem, adserendo, quod sibi extrajudicialiter constat, illum esse diffamatum de ipso crimine, quod esset destruere totam practicam criminalem, secundum quam prohibetur iudici inquirere, nisi præcedat diffamatio, aut aliquid aliud, quod aperiat viam inquisitioni. Et dicere, ita pergit Clarus, quod si pars adpellet, tenebitur iudex facere fidem de infamia coram superiore, mihi videntur somnia vigilantium, cum bona veniantorum patrum. Et si quis vellet ista in practica obseruare, credo, quod omnibus se deridendum præberet. Tu ergo dic, quod ad hoc, ut iudex possit inquisitionem suam fundare super diffamatione, requiritur, quod de fama constet per testes judicialiter receptos.

§. XXXIIX.

Eodem modo non creditur iudici extra acta adserenti, quod denunciatio inquisitionem præcesserit. Ergo ad acta consignandus est dies factæ denunciationis, nomen denunciantis, nomina testium, ad quorum scientiam forte prouocauit denuncians & reliquæ circumstantiæ, quas

E

re-

Tetulit, v. *const. crim. art. 188.* ibi: Ob aber die Klage von Amtswegen herkäme, und nicht von sonderlichen Anklägern gechehe, (soll beschrieben werden,) wie dann die Klage an den Richter kommen, *conf. Dn. Præses in not. add. art. 183. & in introd. ad process. crim. c. 1. §. 6. & 7. Brunnem. proc. inquis. c. 8. membr. 4. num. 6. Clarus pract. crim. qu. 7.*

§. XXXIX.

Porro omnia in actis fideliter sunt consignanda, quæ in tota inquisitione obueniunt, scilicet quid testes tam in inquisitione generali, quam speciali recepti deposuerint, quid inquisitus ad articulos inquisitionales responderit, qualis ipsius vulcus fuerit, an eum mutauerit, an trepidauerit, quid in actu confrontationis inquisiti & testes dixerint, & similia. Notari hic præcipue debent nonnulli articuli ex constitutione criminali Caroli V. scilicet *art. 181. usque ad art. 190.* ubi semper dicitur, es solle der Gerichts-Schreiber alles und jedes insonderheit ordentlich und unterschiedlich nacheinander beschreiben, & propterea Brunnemannus *proc. inquis. c. 8. membr. 4. num. 6.* recte monet, actuarios, quando præsertim in grauissimis negotiis versantur, citatos articulos sæpe perlegere debere.

§. XL.

Multa etiam in *transmissione actorum* a iudice & ejusdem Notario delinqui, dicit Brunnemannus *loc. cit. num. 7.* quando scilicet iudex in epistola ad collegium aliquid juridicum transmissa (Der Urtheils-Frage) interdum nonnullas circumstantias narrat, de quibus tamen in ipsis actis nihil inuenitur, item, quando personam inquisiti tacentibus tamen actis ita describit, ut inquisitus eo magis gra-

graetur vel intuitu torturæ, vel etiam pœnæ dictandæ, v. g. quando iudex dicit, inquisitum etiam ratione præteriti pessimæ vitæ fuisse, aut eum plura delicta commisisse, si enim hoc verum est, testes super vita antea acta examinandi, aut acta, in quibus aliorum delictorum conuictus fuit, præsentibus actis sunt adjungenda, ut iudex, qui nunc sententiam concepturus est, de veritate adseri certus esse queat. Sæpe laudatus Brunnemannus in tractatu germanico *Anleitung zu vorsichtiger Anstellung des Inquisitions-Processes c. 2. §. 3.* hac de re ita loquitur: Der Gerichts-Schreiber muß sich auch alles ungleichen Berichts wieder den Inquisiten enthalten, und ihn nicht in dem Neben-Schreiben graviren, da in denen Acten solches nicht enthalten.

§. XLI.

Ne autem fraudes ejusmodi malorum iudicum detegantur ab inquisitis ipsis, vel eorum defensoribus, hoc medio uti solent, ut copiam literarum requisitorialium actis non inferant. In tali casu autem collegia juridica neutiquam connivere, sed fraudibus istis obuiam ire tenentur. Adponam hic verba Dn. Præsidis *in introduct. ad proc. crim. c. 10. §. 6.* Und aus dieser Ursachen muß die Urtheils-Frage allezeit zu denen Acten geschrieben werden, oder wann solches nicht geschehen, und doch etwas verhängliches darinnen enthalten ist, pfleget man entweder in das Urtheil mit einzurücken: daß vor allen Dingen die überschickte Urtheils-Frage zu denen Acten zubringen, oder, welches das sicherste, man läset die an das Juristen Collegium überschickte Urtheilsfrage in originali zu denen Acten, oder an das Urtheil hefften und schicket sie also wieder zurück, daß die Acten auff solche weise volien,

kommen werden. Collegia etiam juridica talia plane adtendere non debent, quæ in ipsis actis transmissis fundamentum certum non habent.

§ XLII.

Sed quid, si iudex in literis requisitorialibus aliquid adferat, quod ad favorem inquisiti tendit? v. g. si referat, inquisitum esse fatuum, vel infirmum, & hoc vel illo adfectu laborantem, ut magnum torturæ gradum sustinere non possit. Judici hac parte etiam extra acta fidem adhibendam esse, existimant nonnulli, inter quos Brunnemannus est in *proc. inquis. c. 8. membr. 4. n. 7.* Verum, quemadmodum hic autor ipse mox subjungit, forte melius esse, si super his etiam circumstantiis testes simul examinentur: ita ego censo, hoc ex necessitate fieri debere & per consequens ne quidem hoc casu judici fidem adhibendam esse, si extra acta aliquid adferit. Alias enim improbus iudex quemlibet sceleratum hominem ex arbitrio suo a tortura, vel plane etiam a pœna promerita liberare, vel priori casu hoc ad minimum efficere posset, ut remissior torturæ gradus dicitaretur, qui confessionem inquisiti non extorqueret. Publice interest, ut delicta detegantur & delinquentes condigna pœna adficiantur. Ergo, quemadmodum non creditur judici, si in præjudicium inquisiti aliquid extra acta adferit: ita nec ipsi fides adhibenda erit, si in præjudicium publicum tale quid adferit, aut adferere præsumitur. Adferit autem aliquid in præjudicium publicum non solum eo casu, quando dolose veritatem mutat, sed quoque quando nudæ adsertioni inquisiti, aut simulationi illius fidem habet, v. g. eum esse fatuum, ægrotum, &c. & sic per negligentiam peccat. Interim, quomodo inuestigatio in ejusmodi casibus per pe-

ritos in arte fieri debeat, de eo v. l. 6. C. de re militar. ibi: nisi quos constet medicis denunciatis & iudice competente diligenter examinante vitium contraxisse, Paul. Zachiam quest. med. legal. l. 2. tit. 1. qu. 1. n. 1. 2. 3. Finckelth. obs. 45. n. 5. Obseruanda hic simul est cautela pro defensoribus inquisitorum, ut scilicet, quia sciunt iudici extra acta aliquid adserenti fidem non haberi, interim tamen inquisitus reuera est fatuus, imbecillis, ægrotans, &c. iudicem implorent, quo eo nomine testes examinet. peritos consulat & omnia in actis fideliter consignari curet.

§. XLIII.

Interdum, ut Dn. Præses mihi retulit, euenire solet, ut iudices non ipsa acta originalia, sed excerpta solum ex actis inquisitionibus ad collegia juridica transmittant, quaeritur: quid hic statuendum? distinguendum esse existimo, utrum iudex saltem consilium aliquod expetat pro informatione sua, an vero sententiam, quæ jus facere debet. Priori casu consilium dari poterit, sub conditione tamen, si acta originalia cum transmissis excerptis conueniant, unde in responsis & consiliis semper hæc formalia inueniuntur: Dem Anführen nach, dem Berichte nach, vel, dafern es sich dem Berichte, oder Anführen nach verhält, si enim iudex quædam reticuit, quæ tamen in actis inquisitionibus originalibus aliter deprehenduntur: responsum, quod obtinuit, ipsum non iuuat, sed omnia in iudicem redundant. Posteriori autem casu collegium juridicum sententiam ferre non poterit, ne quidem sub conditione, de qua mox dictum fuit, quoniam sententia frustranea foret & deinde iterum aliud collegium juridicum cognoscere deberet, utrum excerpta cum ipsis actis conueniant, annon.

§. XLIV.

Quæ de iudice adtulimus, quod illi extra acta aliquid adferenti non credatur: ea quoque *ad membra singula collegiorum juridicorum* adplicari possunt. Scilicet interdum ei, cui acta ad referendum, ut vocant, dantur, vel alteri cuidam ex collegio certæ circumstantiæ quoad factum innotuerunt, de quibus tamen in actis nihil certi reperitur: exponit eas referens, vel alius adfessor, collegio: testatur, istas veritati consentaneas esse, imo votum suum iisdem superstruit: certe reliqui adfessores ejusmodi circumstantias adtendere nec possunt, nec debent, quoniam referens, vel alius adfessor extra acta aliquid adferit. Optime dicit Franciscus Stypmannus *de referendar. c. 4. n. 13. & 14.* quod referendarius æquabiliter juxta acta & probata, juxta consuetudines & mores cujusque provinciæ & illis deficientibus juxta jus imperii, vel commune, jus dicere & sententiam suam proferre debeat.

§. XLV.

Quæ hætenus de iudice extra acta aliquid adferente tradidimus, ea maximam partem quidem causas criminales respiciunt, suo tamen modo etiam ad causas civiles adplicari possunt. Interim nunc *de causis* ejusmodi *civilibus* nonnulla in specie etiam adjiciamus. Hic eadem regula obtinet, cujus sæpe hætenus mentionem injecimus, quod omnia in actis fideliter sint consignanda, citationes, mandata, accusationes contumaciæ, depositiones testium, & quæ sunt similia, qua consignatione deficiente iudici extra acta aliquid adferenti fides non adhibetur.

§. XLVI.

Quotiescunque etiam iudex in processu jamdum moto aliquid *decernere* vult, acta præsentia esse debent,

ma-

maxima enim calamitas partium litigantium in illis præcipue judiciis, in quibus diversi afflores sunt, hæc est, quando extra acta ad nudam petitionem unius alteriusve partis aliquid decernitur, unde sæpe in actis decreta sibi e diametro contraria reperiuntur, quo ipso nihil agitur, nisi quod partes sportulas frustra soluere teneantur. Saluberrime itaque constituit potentissimus Borussiae Rex in der allgemeinen Ordnung die Verbesserung des Justitiz Wesens betreffend *de anno 1713. §. 25.* Wie dann unsere eigentliche Willens Meynung es ist, daß hinführo weder in des Præsidenten, noch in der Råthe Häuser Supplicata mehr angenommen, sondern alle ohne den in der Cammer - Gerichts - Ordnung gemachten Unterscheid, bey denen Protonotariis und Secretariis, welche die Acta haben, überreicht werden sollen, die dann das præsentatum darauf so fort setzen und die Supplicata mit denen Acten dem Collegio vorlegen müssen, worauf das Collegium denen jedesmahl in dem Neben-Zimmer decretirenden Råthen die Supplicata mit bereits verhandelten Actis zuzustellen hat, damit nicht, wie bißhero, zeit wåhrenden Verhören decretiret und die Judicantes dadurch distrahiret werden. Was hier dem hiesigen Cammer-Gericht anbefohlen wird, soll auch bey allen Unseren anderen zureichend-besetzten und mit Arbeit ziemlich occupirten judiciis, wie obstehet, beobachtet werden. Similis locus notatu dignus est in §. 43. quem ex parte jam adduximus supra §. XX. Nachdem auch vielfältig geklaget worden, daß insonderheit in unseren höhern judiciis die Protocolla nicht vollständig gehalten werden und ad acta kommen, so sollen die Reccesse von Wort zu Wort vom Munde aus in die Feder und aufs Papier, von einem

nem dazu vereydgenden Secretario, oder Cangelisten gebracht, der Bescheid zu Ende des Protocolls geschrieben und jedes Protocoll absonderlich dergestalt ad acta gelegt werden, welche hiernächst geheftet und mit beygefügem Rotulo wohl verwahret werden müssen, damit solche auf Erfordern desto eher vollkommen und zwar mit denen hinführo beyzulegenden Protocollis aufgefunden werden können. Und weils bey einigen Gerichten darin ein großer Mangel sich eräuet, daß die Supplicata nicht in pleno verlesen und resoluiret, sondern bisweilen in denen Häusern die resolutiones abgefasset werden; So soll dieses Letztere hinfünftg gänglich abgestellt, sonsten aber die resolutiones in denen Gerichten, wo die Räthe nicht selbst die decreta auf das memorial schreiben, und vom ganzen Collegio unterschreiben lassen, protocolliret, damit nicht decreta contra decreta ertheilet werden und die Richter mehr unter sich, als die Partheyen selbst streiten mögen.

§. XLVII.

Ratione eorum, quæ in ipso decreto, vel etiam sententia testatur judex, valde quondam agitata fuit quæstio in Saxonia: *utrum credatur adestationi judicis in decreto, vel sententia de iis, quæ coram ipso gesta sunt, quamvis in actis de illis nihil habeatur. Et quamvis a sententia adpellatum fuerit?* casus hic fuit: T. actor contra D. & S. ex facta delegatione judiciali actionem intentabat: rei fundamentum actionis, id est delegationem factam negabant, judex vero in prætorio Lipsiensi in decreto aliquo testabatur, delegationem factam fuisse. Huic decreto innitebantur Dnn. Scabini Lipsienses atque ideo reos ad solutionem summæ ab actore petitiæ condemnabant. Rei ad curiam provin-

ci-

ciam supremam, quæ Lipsiæ est, prouocabant, ibique sententiam reformatoriam obtinebant, scilicet, reos nondum condemnandos esse, nisi antea actor fundamentum actionis suæ, quod in delegatione positum erat, probasset, & ergo curia suprema Lipsiensis iudici extra acta adserenti, quod delegatio facta fuerit, fidem non habebat. Actor T. ab hac sententia ad supremum adpellationis iudicium, quod Dresdæ est, iterum adpellabat ibique pronuntiabatur, primam sententiam in prætorio Lipsiensi ex informatione Dnn. Scabinorum latam confirmandam, sententiam vero supremæ curiæ Lipsiensis corrigendam & sic iudici extra acta aliquid adserenti fidem adhibendam esse.

§. XLIX.

Res itaque inter partes litigantes tunc temporis decisa fuit, nos etiam fidei & auctoritati illustrium collegiorum, quæ reos ad solutionem condemnarunt, nihil detrahimus, vel detrahere possumus, sed certo persuasi sumus, speciales alias circumstantias adhuc in facto obuuisse, quæ fundamentum decisionis præbuerunt & quas tamen Carpzouius *decis. 48.* ubi de quæstione proposita agit, non adduxit. Liceat interim nobis pro recepta libertate academica quæstionem illam generaliter propositam considerare & rationes illas, quas Carpzouius ex iure adduxit, modeste excutere. Carpzouius illas sententias probat, per quas rei ad solutionem condemnati fuerunt & quarum fundamentum adseritio iudicis fuit. Argumentis sequentibus utitur: *primum est ab insigni iudicis auctoritate desumptum, quia iudex regulariter est vir bonus atque honestus, ad quod probandum diuersas leges atque DD. adducit, l. 137. §. 2. ff. de V. O. l. 18 ff. iudicat. solum l. pen.*

F

ff. de

ff. de procurat. Bald. in l. cetera. ff. famil. ercisc. &c. quibus quidem opus non erat, cum de generali illa præsumptione nemo dubitet, prout & nos ostendimus supra §. XVII. *Secundam* argumentum petit Carpzovius ex c. 6. X. de renunciat. in quo dicitur, quod licet iudex non semper ad unam speciem probationis adplicet mentem suam, sed ex confessionibus, depositionibus, allegationibus & aliis, quæ in ejus præsentia proponuntur, formet animi sui motum, tanta tamen sit judicialis autoritas, ut semper pro ipso præsumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur: quare, inquit Pappasitu coram Dulmensi episcopo & ejus consudicibus nihil penitus probavisses, standum tamen sententiæ fuerat, nisi aduersarius eam ostenderit irritandam. Porro tertium argumentum depromitur ex c. 23. vers. porro excessus. X. de elect. & c. 28. X. de testib. & attestat. in primo textu c. 23. X. de elect. dicitur, quod pro his, quæ a iudice sunt acta, præsumatur, quod omnia rite fuerint celebrata. In altero autem c. 28. X. de test. & attestat. habetur prohibitio, ne unius iudicis, quantumcumque fuerit autoritatis, verbo credatur in causis, siue super testamentis, siue quibuslibet aliis contractibus questio agitur.

§. XLIX.

Hæc sunt argumenta a Carpzovio pro ea opinione adducta, Nobis autem ea insufficientia esse videtur. Primum enim quod adtinet, jam supra §. XIX. ostendimus, pro iudice tunc solum præsumtionem esse, quando talia adserit, quæ in actis consignata inveniuntur. In casu proposito autem in actis non deprehendebatur consignatum, quod judicialis delegatio facta fuerit. Testari hoc debuisset registratura aliqua, non vero ex decreto iudicis extra acta testantis probatio desumi debebat. Iudici
non

non creditur, nisi quatenus constat ex actis, & hinc licet arbiter, vel iudex, in sententia meminerit alicujus actus confecti coram se, adhuc tamen illud instrumentum sententiæ non probat acta præcessisse, nisi partes presentes fuerint tempore prolationis sententiæ, adde, & tamen sententiæ non contradixerint, v. Mascard. *vol. 1. conclus. 32. n. 55.* & 56. ibique Bartolum, Baldum, Riminaldum aliosque citatos; in nostro autem casu rei sententiæ contradicebant eamque per remedium appellationis impugnabant.

§. L.

Quod secundum argumentum adinet, verba illa, quod iudex non semper ad unam speciem probationis adplicet mentem suam, sed ex confessionibus, depositionibus, allegationibus & aliis, que in ejus presentia proponuntur, formet animi sui motum, recte sese habent nec nobis aliqua ex parte contrariantur; sed de eo saltem quaestio est, annon illæ confessiones, depositiones, adlegationes & alia probantia in actis consignari debeant? de hoc autem nihil in *cit. c. 6. X. de renunc.* habetur. At vero, dicit Carpzovius, extat tamen expresse in *d. c. 6. standum sententiæ esse, licet alter nihil probauisset*; sed & hoc nobis non aduerfatur. Contextus enim ostendit, quod quamuis defecerit probatio, alterius tamen partis confessio adfuerit, & ergo iudex ex illa confessione formavit animi sui motum, ut cum Papa Clemente III. loquamur. Pertinent huc verba finalia etiam, quæ in dicto textu habentur: *quia tamen præter ista* (depositiones & adlegationes) *constitit de ipsius renunciatione spontanea per quasdam episcoporum literas & confessionem ipsius.* Instas forte: non tamen extare in textu, quod hæc confessio in actis consignata fuerit; sed regero, non extare etiam,

iam, quod in actis consignata non fuerit. Ergo præsumendum est, quod consignata fuerit, consignationem enim omnium, & in specie confessionum, præcise requirit *c. n. X. de probat.* quod retulimus supra §. XIII. in dubio autem inter nullas leges & sic nec inter textus juris canonici contradictio statuenda est, sed textus ex textu explicandus est.

§. LI.

Videamus nunc quoque de textibus illis, quibus *tertium* argumentum superstruit Carpzovius. Primus est in *c. 23. X. de elect.* qui nobis plane non obstat, verum enim est, quod pro his præsumatur, quæ a iudice sunt acta, sed subintellige, modo hæc in actis consignata fuerint, confer iterum *c. n. X. de probat.* Alter est in *c. 28. X. de test. & attestat.* Carpzovio directo contrarius, quod non credendum sit unius iudicis verbo, quantæcunque autoritatis ille fuerit, scilicet, quando illa, quæ iudex adferit, in actis consignata non reperiuntur.

§. LII.

Remotis ergo hisce fundamentis, quibus innititur Carpzovius *d. decis. 48.* pro adstruenda sua sententia: validiora nobis ea videntur, quæ Curia Lipsiensis suprema secuta est & ex quibus reos ab actione instituta absolvit. Primum desumptum est ex *cit. c. n. X. de probat.* ubi dicitur, quod pro illius iudicis, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, processu non præsumatur, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis. Per hæc vero legitima documenta nihil aliud indigitatur quam consignatio in actis facta, prout totus contextus ostendit. Alterum vero exinde petitur, quod nemo simul iudex & testis esse possit, hinc non parum iudicis testimonium suspectum, quippe qui pro ea parte præsumitur dicere, pro qua iudicavit, prosp.

Fa-

Farinac. *de testib. qu. 60. num. 89. seqq.* unde fides non habetur judici, quantacunque etiam dignitate præfulgenti, in causis coram se vertentibus testanti, *c. 28. X. de testib. Fulu. Pacian. de probat. l. 1. c. 48. n. 20.* nec creditur ejus adserzioni pro justificando decreto a se dato, Faber *in Cod. l. 4. tit. 14. def. 7.* Adducunt alias & hoc argumentum, quod nempe decretum eo minus probet, si per adpellationem, vel simile remedium a viribus rei judicatae suspensum fuerit; verum eo nos non utimur, decretum enim, vel sententia plane non probat, etiamsi pars grauata ejusmodi remediis nondum usâ sit.

§. LII.

Quid ad hæc Carpzouius? facile ea refelli posse autumat. Quoad *primum* argumentum respondet *d. decis. 48. num. 22.* quod *quamuis pro judicis processu non præsumatur, præsumtio tamen sit pro sententia & attestacione judicis per sententiam facta,* propter autoritatem & fidem, qua pollet judex ceu vir probus atque honestus. Distinguit ergo inter processum & sententiam, item inter processum & attestacionem in sententia factam. Scopæ dissolutæ. Processus est fundamentum sententiæ & adtestacionis per sententiam factæ. Ergo si pro processu non præsumitur, unde nascetur præsumtio pro sententia & adtestacione per sententiam facta? *alterum* argumentum ita remouere vult: *dicit,* inquit, *testimonium sit suspectum, nec propterea attestacio ejus plenam mereatur fidem; attamen præsumtio hinc dicto & scripto ipsius non est deneganda, quin potius ei scandalum, donec ab aduersa parte contrarium probetur, & c. petunt hæc id, quod in principio est, perinde ac sequentia: quod dictum, judicis adserzioni non esse credendum, id restringi debere ad eum casum, quo tamquam testis producitur, ut vius*

*voce deponat; se eius vero rem se habere, quando testatur de iis, quæ coram se gesta sunt, nam neque hoc intuitu iudici creditur, nisi illa, quæ coram ipso gesta in actis consignata fuerint, si vero illa consignatio facta, tunc exinde nascitur præsumtio, quæ tamdiu valet, donec contrarium probe-
tur, & hic est sensus textus a Carpzouio num. 24. citati c. 28. X. de test. & attest.*

§. LIV.

Ex sæpe dictis, quod iudici extra acta aliquid adferenti fides non habeatur, fuit quoque resolutio sequentis casus a Dn. Præsidente mihi communicati. Scilicet adferebat iudex, quartam subhastationem certi alicujus prædii ad instantiam & accedente consensu illius, qui ante licitauerat, decretam & factam fuisse, licitator autem huic adferto contradicebat & responsum fuit, adferti iudicis fidem adhibendam non esse. Adponam integrum responsum illustris Facultatis juridicæ Halensis de hoc anno mens. April. Hat derselbe von der in contumaciam geschehenen adjudication an die Königl. Preuß. Regierung des Herzogthums Magdeburg adpelliret, es hat aber der Justitiarius zu W. darauf apostolos refutatorios ertheilet, und darinnen unter andern angeführet, daß die vierdte subhastation auf desselben eigenes Ansuchen und mit dessen Einwilligung veranlasset worden, welchem Ansuchen hingegen derselbe beständig widerspricht.

Ob nun wohl regulariter vor einen jeden Richter die Vermuthung ist, daß Er etwas, so in facto irrig, nicht adferiren werde;

Die weil aber dennoch derselbe anführet, daß von dem angegebenen facto, als ob nemlich der selbe umb die vierdte subhastation selbst angesuchet und solche mit dessen Ein-
wil-

willigung geschehen sey, keine registratur in denen actis befindlich, wie dann derselbe auch nicinahlen darum angesuchet, noch darein gewilliget habe, und aus denen Rechten bekandt ist, quod iudici extra acta quid adserenti fides non habeatur,

Brunnem. proc. inquis. c. 8. membr. 4. n. 7.

weshalb die vorhin angeführte præsumtion in dem Fall, ubi registraturæ deficiunt, nicht adpliciret werden mag; So erscheinet daraus so viel, daß des Justitiarii in apostolis refutatoris gethanes Anführen wieder denselben als ein Beweissthum nicht angezogen werden möge,
B. R. W.

§. LV.

Ex iisdem fundamentis profluit decisio quæstionis: an iudici credatur, si adtestetur, adpellationem coram se hoc, vel altero die esse interpositam? si adpellatio in scriptis interposita, & in schedula adpellationis dies ille, quo schedula oblata, consignatus, vel si etiam in actis deprehenditur, quod adpellatio stante pede oretenus interposita fuerit, prout in nonnullis locis ita eam interponere permissum: res dubio caret & adsertioni iudicis juxta acta fides habetur, & huc etiam respicere puto illa, quæ illustr. Bergerus in *æconom. jur. l. 1. tit. 1. §. 19. not. 7.* tradit, iudici, ut tali, fidem sine jurejurando haberi, ut testi, non haberi. Ita iudici omnino credi sine jurejurando, siquidem testetur, adpellationem coram se hoc, vel altero die esse interpositam, & ita senatum (supremum Tribunal adpellationis Dresdense) censuisse in causa *Unnen Marien Gardinin contra Susannen Etmüllerin* Consil. hybern. 1678. sed quid, si schedula adpellationis in actis quidem reperiatur, dies vero (præsentatum vocant practici,) in illa non sit consignatus, aut dies quidem consignatus, sed hora factæ oblationis deficiat,

at, adpellatus vero neget, adpellationem iusto tempore (ubi etiam horæ computantur, prout notum est,) interpositam fuisse? ego quidem existimo, in eo casu, quando ne quidem dies factæ oblationis in actis consignatus est, iudici de oblatione iusto tempore facta testanti si dem adhibendam non esse, quia extra acta aliquid adserit. Imo ex eadem ratione idem dicendum erit, si dies factæ oblationis quidem consignatus reperiatur, hora autem deficiat. Interim puto, exinde, quia libellus adpellationis, leu-terationis, &c. in actis reperitur, pro adpellante oriri præsumtionem, quod fatalia accurate obseruata fuerint, quæ præsumtio hoc operatur, ut adpellans ad iuramentum supplementarium admitti possit.

§. LVI.

Judici extra acta aliquid adserenti etiam non creditur, quando de consuetudine testatur. Hinc actus tales, qui ad introducendam consuetudinem requiruntur, adlegare tenentur. Quæritur, inquit Brunnemannus *ad l. 34. ff. de LL. num. 4.* an magistratui de consuetudine testanti credatur? quod adfirmatur, si de curiæ stilo testetur, nisi adleget stilum pro colorando facto suo, nam tunc in propria causa non semper credendum, nisi actus adleget & consuetudinis requisita. Plenius rem exponit Meuius *part. 4. decis. 2. & 3.* nominare ergo debet iudex partes, inter quas contro-uerfia fuit, adleganda quoque sunt acta, in quibus illa contro-uerfia, de qua quæritur, ventilata fuit, ut adsertio iudicis ex actis probari queat, loquimur enim hic de actibus judicialibus, de quibus iudex testatur, quamuis illi alias ad probandam consuetudinem præcise non requirantur, sed etiam extrajudiciales sufficere possint.

§. LVII.

Si rationem quæris, quare iudici extra acta aliquid ad-
se-

ferenti non credatur, hanc cape. Judex duplici modo considerari potest, vel ut judex, vel ut priuatus. Quando ut judex consideratur, acta ab ipso separari nequeunt, si enim illa separantur, non amplius ut judex, sed ut priuatus consideratur, priuatus vero quando de facto proprio testimonium fert, fidem non meretur. Creditur ergo judici intuitu eorum, quæ vel ipse, vel alia persona juramento obstricta, in actis consignauit, hoc enim casu consideratur ut persona publica, cujus testimonium præsumtionem veritatis pro se habet. Dico: *presumptionem*. Interdum enim a maleuolis quoque judicibus nonnulla in actis consignantur, quæ veritati minime sunt consentanea, & hinc cui libet liberum est, si contrarii probationem in se suscipere velit, quæ tamen probatio evidens esse debet.

§. LIX. Ex illis, quæ hæctenus adtulimus, quod nempe judici extra acta aliquid adserenti non credatur, hoc etiam profluit, quod in illo casu, quando causa controuersa a judice primæ instantiæ ad superiorem per modum appellationis deuoluitur, judex superior de justitia, vel injustitia prioris sententiæ judicare non possit, nisi acta primæ instantiæ, ut vocant, ipsi edita fuerint. Requiritur hic, ut acta primæ instantiæ accurate conscripta sint, ita enim in *ordinat. camer. part. 2. tit. 32. §. 5.* Und nachdem etliche Richter unbilliger Weiß, oder aus Hinfälligkeit ihrer Schreiber, den Tag des Monaths und Stund ausgesprochener Urtheil unterlassen, ordnen und wollen wir, daß die Unter-Richter, von welchen an das Cammer-Gericht adpellirt, den Tag des Monaths, und nicht nach dem Sonntag, oder Fest, des gleichen auch, so viel möglich, die Stunde der gesprochenen Urtheil und aller Handlung unterschiedlich lauter bestimmen und die Acta anzeigen sollen.

§. LIX. Acta a judice primæ instantiæ integre edenda,

G

&

& hinc plene adcurateque per notarium (secretarium, vel actuarium) iudicii conscribenda sunt, ut veritas habeatur & falsitas euitetur, v. Gail. 1. *obs.* 134. num. 12. Ruding. *cent.* 1. *obs.* 8. num. 2. Pertinet huc iterum locus ex *ordin. cam. part.* 2. 116. 32. §. 4. Würde sich aber erfinden, daß die Acta in dem, oder sonst in andere Wege mangelhafftig, oder daß im verfertigen derselben geirret, sollen alsdann die Urterrichter, oder ihre Schreiber dieselbe auff ihren selbst eingen Kosten, ohne Nachtheil der Partheyen zu reintegriren, oder wieder umbzuschreiben und den Partheyen vollkommen mitzuthellen schuldig seyn. Ita quoque non sufficit, si iudex primæ instantiæ, extractum, ut vocant, ex actis primæ instantiæ transmittat, sed juxta modo dicta acta integra requiruntur, & huc spectare censeo, quod habet Mascardus *de probat. vol. 1. concl.* 33. n. 1. acta producenda esse in secundo iudicio speciatim, & non *in filia*, quam formulam loquendi usitatam vocat.

§. LX. Sed quid, si acta primæ instantiæ plane amissa fuerint? hoc casu in camera imperiali causa ex officio pro conclusa acceptatur & decernitur, ut si is, qui in prima instantia actor fuit, de nouo agere velit, id in ipsa camera facere debeat, prout diuersa præiudicia adducit Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 11. Ruding. *d. obs.* 8. num. 2. quod si acta negligentia iudicis, vel notarii manca & imperfecta sint, ac integre edinequeant, iudex partibus ad interesse tenetur & utrique parti in expensas litis condemnatur, prout in camera ita decisum refert Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 11. Gail. 1. *obs.* 134. n. 14. qui & hoc addit, quod iudex præterea pœna aliqua arbitraria coerceri possit, Ruding. *d. obs.* 8. n. 5. & 6. Friderus Mindanus l. 2. *de mandat. c.* 47. num. 9.

§. LXI. Quærent: an legato de latere fides adhibenda, si extra acta aliquid adserit? nonnulli, ut Imola, Romanus,
Fe

Felinus & Baldus, quos adducit Mascardus *de prob. conclus.* 35. n. 28. questionem adfirmant, existimantes, quod quando legatus a latere sententiam fert & in eadem acta præcessisse adferit, acta in processu præcessisse præsumantur, quamuis talia non reperirentur; rectius vero ipse Mascardus *loc. cit. num. 29.* contrariam eamque negatiuam sententiam amplectitur. Si enim supponimus, quod legatus a latere sententiam tulerit, non aliter, quam iudex considerari potest, at vero iudici extra acta aliquid adferenti non creditur, hinc Mascardus *num. 31.* subjungit, non satis esse honestatem & dignitatem personæ, ut sibi soli fides habeatur in alterius præjudicium.

§ LXII. Non obstant dictis, quæ idem Mascardus *concl. 140.* habet. Dicit quidem *num. 1. seqq.* cardinali adferenti, tibi aliquid esse commissum a principe, siue romano pontifice, plenam fidem adhiberi, licet literas sui mandati non ostenderit, quam thesin multis modis ampliat; verum limitat eandem *num. 10.* quod scilicet non procedat, quando ageretur de magno tertii præjudicio, tunc enim etiam Cardinali legato non esse credendum dicit, nisi literas commissionis suæ ostenderit, in quem finem inter alia *c. 23. X. de testib.* probationis loco adducit. Paucis: si cardinalis legatus tamquam iudex in causis controuersis procedit, ipsi extra acta aliquid adferenti fides non habetur v. Mascard. *d. num. 10. verb. hanc limitationem maxime procedere in his, quæ ipse cardinalis ex suo officio & ex proprio arbitrio non possit disponere, nisi cum causæ cognitione.*

§ LXIII. Redeamus ad iudicem proprie dictum. Mascardus *conclus. 35. num. 7.* regulam a nobis positam & adstructam limitandam esse censet in eo casu, quando duo iudices de actis coram eis gestis testantur, horum scilicet testimonium plene probare existimat. Verum non video, quomodo

do hæc adfertio cum altera cohæreat, quam ipse Mascardus passim defendit, nempe quod judici extra acta quid adferenti non credatur, conf. eundem *conclus. 142*. Duo judices nihil aliud sunt, quam duo membra ejusdem collegii. Jam quidem alias notum est, quod veritas consistat in ore duorum, vel trium testium; ast illa regula hic adplicari nequit. Qui testimonium dicere vult, illud juxta præscriptum legum ferre debet, leges vero requirunt, ut illud, de quo judex, ut judex testimonium fert, in actis consignatum deprehendatur. Quod si ergo unus judex de eo testatur, de quo acta silent: testis ille est inhabilis. Si duo judices de eodem facto testantur: duo adsunt testes inhabiles, & ergo quemadmodum unus inhabilis nihil probat, ita nec duo plane inhabiles probationem nec plenam, nec semiplenam efficere possunt.

§. LXIV. Altera limitatio, quam Mascardus, *d. conclus. 35. n. 21. seqq.* tradit, alicujus momenti esse videtur. Scilicet, adfertioni judicis in sententia factæ credendum esse dicit, *quando sententia in rem judicatam transit & antiqua est*, acta vero, ad quæ sententia ista sese refert, deinde non repertiuntur. Admitto hanc limitationem, si partes fatentur, sententiam ipsis præsentibus publicatam fuisse eandemque in rem judicatam transiisse, propter mirandos illos effectus, quos rei judicatæ tribuunt, quod ex nigro album & ex albo nigrum, ex non ente ens, ex non jure jus, ex non herede heredem, ex non vasallo vasallum, ex non filio filium faciat, quos fosciculos ex Mascardo, Scaccia, Ayrrero, alii quæ collegit Zieglerus *dicast. concl. 35. §. 6.* neque suppositis illis biennii lapsum post publicatam sententiam requiro, quod Mascardus facit. Ex diverso autem, si una ex partibus litigantibus negat, sententiam se præsentem & legitime citata publicatam fuisse, aut eam deinde in rem judicatam tran-

transiisse, adsertioni iudicis fides non habebitur, nisi acta producantur, ad quæ sententia se refert, ex rationibus sæpius a nobis adductis.

§. LXV. Quemadmodum quoque statim ab initio hujus nostræ dissertationis §. II. & III. diximus, quod in actis duo principaliter obueniant, jus & factum: ita nunc quoque ad meliorem explanationem materiæ a nobis pertractatæ de differentia hujus juris & facti nonnulla adhuc addenda erunt. Agit de hac materia fusc etiam Zieglerus in *dic. ast. conclus. 34. tor.* quæstionem ita formans: *urum iudex aliquid supplere queat, quod actis deest?* quod eodem recidit, ut nos statum controuersix formamimus: *an iudicis adsertioni fides habeatur, quando aliquid adsert, quod in actis non deprehenditur?* multi sane sunt ex aduocatorum numero, qui eo quoque casu, quando de notissimis juris principiis agitur, leges ciuiles adducunt, & tunc iudex, si ad hæc quoque adlegata in sententia prouocat, extra acta nihil adserit, & ergo de hoc casu nulla plane quæstio est. Dubium saltem, ut videtur, in altero casu adest, an iudex eo effectu, ut ipsi fides adhibenda sit, leges & Doctores adducere queat, de quibus in actis nihil reperitur? & hic salua quoque res est, quoniam iura sunt certa & propterea eorum adductio specialis non requiritur, sed iudex vi officii etiam iura a partibus litigantibus non adducta ad facta obuenientia controuersa adplicare obstringitur. Pertinet huc Parisiensis curiæ ad aduocatos de jure se inuicem fatigantes dictorium: *venite ad factum, curia scit iura, v. Sypmann. de referend. c. 5. num. 105.* nec non integer titulus codicis: *ut que desunt aduocatis partium iudex suppleat.* Hinc si pars altera adlegaret legem ad propositum minus facientem, iudex certe alia lege magis adcommodata uti potest, conf. Brunemann, *ad l. un. C. d. tit.*

§. LXVI. Fides ergo judici tunc saltem non habetur, quando *quoad factum* extra acta aliquid adferit, aut, quod idem est, quoad factum aliquid supplet. Hic vero duos casus distinguit Zieglerus *d. conclus. 34. §. 7.* alter, inquit, est, quando iudex ad factum aliquid addit & fingit atque præsupponit, taliter factum fuisse, de qua tamen qualitate, aut additamento, plane nihil ex actis adparet. Alter est, quando dicunt, posse suppleri a iudice, quæ desunt, non quidem per modum fictionis & ex imaginariis præsuppositis in factum illatis, sed per modum explicationis, majoris dilucidationis, & ut eruatur atque in cognitionem veniat id, quod reuera factum est, etsi a parte non adlegetur. Ultimus, addit, hic supplendi modus nec prohibitus est, nec ad hanc inspectionem pertinet.

§. LXVII. Ut eo melius de Ziegleri mente constet, exempla ab ipso in §. 8. & 9. adducta etiam subjiciemus. Primum hoc est: proponitur ab actore libellus generalis & incertus, aut a reo talis exceptio, quæ incerta plane est & obscura. Iudex, si hic jubeat, alium libellum offerri, aut exceptionem magis perspicue opponi & explicari, nihil omnino tum supplet in facto, sed potius supplet de jure, ne ex probatione generali & incerta super exceptione generali iudicium fiat elusorium, cum super incerto certa ferri sententia nequeat, & si libellus incertus sit, deliberare non possit reus, cedere, an contendere velit. Aluar. Valascus *consultat. 97. num. 1.* neque hinc dici potest iudex, quod in facto suppleat, sicubi ad eruendam facti veritatem, quæ in obscuro est, interrogationibus utatur, Frid. Hiltrop. *in process. part. 1. tit. 19. num. 100.*

§. LXIIX. Recte se habent, quæ hic adstruit Zieglerus. Nec est, ut quis officium iudicis mercenarium crepet, si enim iudici non obstante hoc officio permittitur, de quo

ne-

nemo dubitat, ut post longas partium disceptationes pronunciet: Daß Beklagter auff die Klage, inuassien sie angebracht, sich einzulassen nicht schuldig, quare, quæso, ipsi non permittetur, ut mox actorem ad libellum, quem obscuram & ineptum deprehendit, melius formandum adigat? ego certe ad officium nobile pertinere existimo, ut lites quocunque modo abbrevientur, quoniam protractio processuum cum utilitate subditorum & reipublicæ pugnat. Interim hoc adhuc moneo. Scilicet, quoniam ipse Zieglerus faterur, iudicem hic non in facto, sed in jure aliquid supplere, me nondum adsequi posse, quare Zieglerus duos casus (v. § LXVI.) suppletionis in facto statuerit & posteriore exemplo adlato illustrare voluerit.

§. LXIX. Videamus nunc quoque alterum Ziegleri exemplum in §. 9. d. conclus. 34. Pari modo, inquit, si exceptiones, de quibus ex actis manifeste constat, attenderit iudex, & propter eas reum absoluerit, ut maxime ab eo adlegata non fuerint, nihil ille supplet in facto, cum istæ exceptiones jam facto insint & ex actis probari luculenter queant, nec enim omnino suppletur, quod ex ipsis actis & instrumentis litis colligitur. Ant. Faber cod. l. 8. tit. 23. def. 36. sic enim quando exceptio oritur ex ipso contractu, non est dubium, si ex actis de ea constet, iudicem eam adte. idere posse, ut maxime nullam ejus mentionem fecerit reus. Quod magis obtinet tum, sicubi per exceptionem, de qua ex actis constat, actio ipso jure elidatur, quia tum actio plane non competit, & iudicium hinc frustraneum fit, cum nemo sine actione experiri possit, v. Zanger. de except. p. 3. c. 26. n. 15. seqq. Matth. Coler. de proc. execut. p. 4. c. 1. n. 93. seqq.

§. LXX. Omnia hæc iterum sese recte habent. Verum cum ipse Zieglerus & hic fateatur, sermonem esse de ejusmodi exceptionibus, de quibus ex actis manifeste constat, non video, qua ratione etiam per hoc exemplum diuersi illi duo casus a nobis in §. LXVI. ex Zieglero adducti illustrari, vel explicari queant. Me-
li-

lius ergo forsan erit, ut illis duobus casibus repudium mittamus & cum dicto autore in §. 20. d. conclus. 34. concludamus, in facto ipso & circumstantiis ejus nihil omnino suppleri a iudice posse. Videretur enim tum ille adsumere partes advocati, quod iudicem minus decet, conf. Sig. Scaccia de judic. l. 2. c. 7. qu. 1. n. 34. Aymo Crauetta conf. 134. n. 1. Durum esset & periculosum litigare, aut iudicium subire, in quo tam laxa foret iudicis potestas, ut supplere, & quod factum non est, quodque ignoratur, factum fuisse, ut factum præsuppone e liceat.

§. LXXI. Dubium adhuc occurrit: *annon in causis personas miserabiles, causas pias & dotem concernentibus iudex factum supplere queat?* & per consequens, *annon iudici credatur, si in his casibus extra acta aliquid adserat?* video, hanc quæstionem nonnullos adfirmare, ut Afflictum & alios, quos citat Brunnemannus in comm. ad l. un. C. ut que desunt advoc. part. ubi idem quoque intuitu causarum publicarum adstruitur. Ego salvo aliorum iudicio dissentio. Eadem enim ratio hic militat, quæ iudici extra acta quid adferentis fidem habendam non esse suadet. Alia quæstio est, quam DD. cum prius adducta sine dubio confuderunt, *annon iudex in causis publicis, & quæ singularem favorem in jure habent, testes ex officio examinare possit?* quam facile adfirmamus, interim tamen, si ejusmodi testium ex officio examinerum depositiones in actis deinde consignantur & iudex sententiam ferens ad easdem prouocat, de iudice dici nequit, quod extra acta aliquid adserat.

§. LXXII. Multos casus speciales adhuc cumulare potuissim; sed partim superfluum hoc videbatur, cum rite positis & intellectis fundamentis de conclusionibus exinde profluentibus facili negotio, iudicium ferri queat, partim quoque tempore excludor, abitur enim ex illustri hac musarum sede in patriam meditor. Deo optimo maximo pro omnibus iam me hætenus collatis beneficiis immortales persolvo gratias, ejusque clementiæ in futurum quoque me commendo, & sic esto

FINIS.

DOMINO RESPONDENTI.

S.

Dulce profectò munus est, & dubito an quicquam dulcius, quam Amicis gratulari. Fortuna enim ipsis secunda nos quoque arridet, & gaudia illos exhilarantia, animum quoque nostrum demulcent. Sinas itaque, Doctissime Domine Respondens, ut, cum firmissima amicitia sociatos nos teneat, officium illud hisce literis subeam. Questionem tuam: an iudex extra acta quicquam adserere possit? tractasti quam solidissime, & Eruditius diversimode sententibus firmum satis, cui innituntur, fundamentum proficisci. Nos est, quod utrumque, & nobis eruditus, cuius examini atque iudicio disputationem Tuam submissisti, secus ne iudicet. Dum enim illam sententiam inculcas: nefas esse, Iudicem ex propria conscientia & opinione iudicare, sed testes & documenta normam ipsius arbitrii esse debere; pari quoque ratione non in eos compromisisse videris, qui animo præiudiciorum nebula obsuscato quaecunque diiudicant, sed eos tantum TE agnoscere Iudices, qui recta ratione, & probatione a TE facta de veritate asserti Tui iudicium ferre velint. Cui monito tacite a TE dato, quin cordatiores dicto audientes sint futuri, eo minus dubito, quo certius mihi constat, nihil eos prius nihilque antiquius habere, quam ut veritas derogatur, errores evellantur, & solida eruditio propagetur. Que cum ita a TE prestita sint, ut non tantum spem, quam de TE conceperamus omnes, expleveris, sed & superaveris; non possum non, quin eam, quam inde habui, animi voluptatem Tibi, Doctissime Domine Respondens, referre, & de eleganti hoc eruditionis Tue specimine ex corde gratuler. Addat Summum illud Numen, quod Tibi semper adsuit, in posterum quoque Studiis Tuis suam benedictionem; omniaque tua incepta secundet, ut in Clarissime Tue familie gau-

816

gaudia, Patrie emolumenta & orbis literarii decus crescas & floreas. Interim autem in patriam reversurus ne mei obliviscaris, sed continuo Tuo favore amplecti pergas, etiam atque etiam peto

TUUM TUI OBSERVANTISSIMUM,

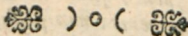
MATTH. BON WICHT,
Aurica-Frisonem.

L' Etoffe se connoit par un echantillon.
Par votre coup d'essai Vous Vous faites connoitre:
Les connoisseurs diront que c'est un coup de maitre;
Et nul ne parlera de Vous d'un autre ton.

Permettes cher amy, que je ajoute ma voix
Aux applaudissemens d'un scavant auditoire.
Que cet acte public vous va combler de gloire!
Et que vous voyes clair au Dedale des loix!

Au chemin du scavoir faites toujours des pas.
L'avenir vous promet une gloire infinie:
Vous feres le bonheur, l'honneur de la patrie,
Vivés, vivés heureux, & ne m'oubliez pas.

C. E. BACMEISTER,
d' Aurick en Ostfrise.



877

NOBILISSIMO ATQUE DOCTISSIMO
DN. RESPONDENTI

S. P. D.

P R Æ S E S.



Postquam hætenus per aliquot annos in utraque Salana, Jenensi scilicet atque Fridericiana Halensi, studio juridico sedulo operam nauasti & nunc post reditum in patriam, quem meditaris, inter causarum patronos nomen profiteri constituisti: non inconueniens esse dixi, ut hac epistola vale Tibi dicerem admixtis nonnullis de officio & qualitate aduocatorum. Aduocati sunt homines, qui laudantur ab his, culpantur ab illis. Cur ita? quia sunt homines. Homines sunt vel boni, vel mali, probi, vel improbi. Hæc distinctio ad omnes homines pertinet in quocunque statu uiuant, nullo excepto, & sic etiam ad aduocatos applicari potest. De Aduocatis probis imperatores loquuntur in *l. 14. C. de aduocat. diuers. iudicior.* quod dirimant ambigua fata causarum, suæque defensionis viribus in rebus sæpe publicis ac priuatis lapsa erigant, fatigata reparent, & non minus prouideant humano generi, quam si præliis atque vulneribus patriam parentesque saluarent. De improbis sermo est Ammiano Marcellino, quod apud eos libertatem temeritas, constantiam audacia præceps, eloquentiam vero inanis quædam imitetur fluentia loquendi, & qui dicente Zieglero *de iur. maiest. l. 2. c. 2. §. 40.* nihil possunt aliud, quam malam causam

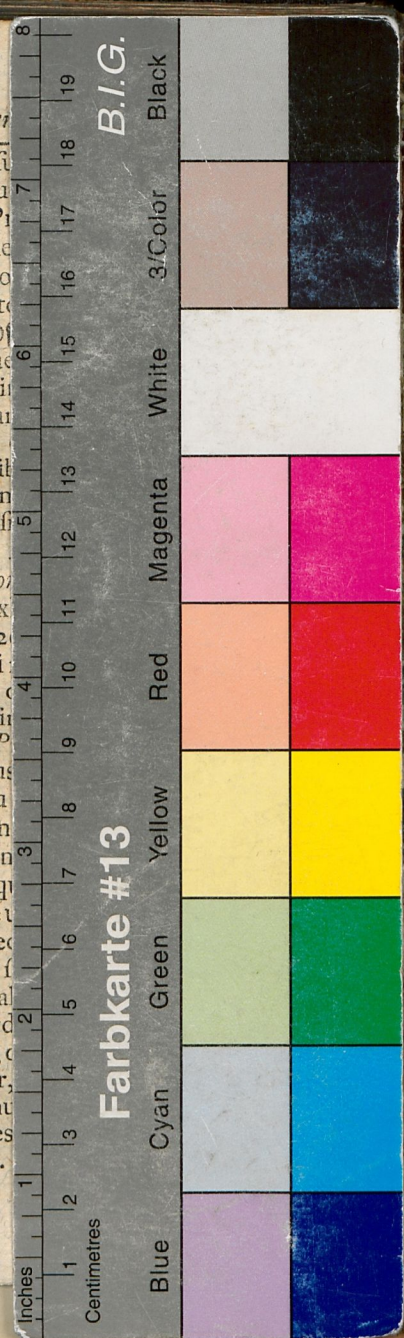
878
fam in infinitum trahere & suspendere. Habes qualitates proborum & improborum aduocatorum: habes aduocatos, qui rite officio funguntur, & qui a tramite recti recedunt. Crede & hoc, quod interdum numerus improborum major vincat numerum proborum minorem. Inter quos jam nomen tuum profiteri constituisti? ego vero certus sum, Te, prout omnes homines improbos fugis, ita quoque omnes rabularum malignas artes auersaturum esse. Certus propterea sum, quoniam per integrum illud tempus, quo auditor & inquilinus meus fuisti, hominum proborum consortium sectatus es, ab helluationibus & commestationibus abstinuisti, collegia adfide frequentasti, & quod maximum est, priuatam etiam industriam legendo & repetendo probasti. Sunt proh dolor! admodum multi, qui pro causarum patronis se gerunt, & qui jura ad factum adplicare volunt, qui tamen jura nondum intelligunt, sed futuro demum tempore, si Diis placet, ea sumtibus clientum addiscere volunt, audaces interim, nugiuenduli & maledici. Hi dignissimum aduocatorum ordinem conspurcant & in causa sunt, ut non raro omnes etiam probi aduocati parui fiant. Sed hæc sunt vitia personarum, non ipsius ordinis. Tuum, amice, officium erit, ut æquum ab iniquo separe, licitum ab illicito discernas. Hoc est officium omnium proborum aduocatorum. Tua qualitas erit, ut sis pius, candidus atque sincerus. Hæc est omnium aduocatorum proborum qualitas. Si talem Te gesseris, de quo nullus dubito, & Deo & hominibus gratus, & ita verus causarum patronus eris. Ita Te Deus adiuuet. Vale, amice suauissime, & mei etiam memor esto. Dabam
Hale d. XXI. Septembr. MDCCXV.

ULB Halle
004 950 143

3







Pr. 8. num. 9. 3

4

DISSERTATIO JURIDICA, 1715 171a
DE

**JUDICE EXTRA
ACTA ALIQUID
ADSERENTE,**

P. 406.

3

QUAM
adnuente diuina gratia,
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. CAROLO,
PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRANDEN-
BURGICO, RELIQUA,

In Illustri Fridericiana,
PRÆSIDE
**JACOBO FRIDERICO
LUDOVICI,**
J. U. D. ET PROF. PUBL. ORDINAR.

Ad d. Septembr. MDCCXV.
H. L. Q. C.

Placido eruditorum examini submittit
JOHANNES CHRISTIANUS Böhm
Arnshaugensis Saxo.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,
Litt. CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typogr.

