

Sammeld. Schm



IN NOMINE DOMINI  
PRESUMPTIO



ALLOUATI  
DOMINO CAROLO

BY CHRISTIANO THOMASIO

IOH. CLEMENS SOLIER

...



16  
Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA  
DE

16  
**USU PRACTICO  
ACTIONIS ADVERSUS  
JUDICEM IMPERITE  
JUDICANTEM**

*ad pr. Inst. de obl. quæ quæ ex Del. nasc.*

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,  
**DOMINO CAROLO,**  
PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRAN-  
DENBURGICO, &c.

PRÆSIDE

**DN. CHRISTIANO THOMASIO,**  
S. REG. MAJ. BORUSS. CONSIL. INT. UNIV. FRIDER.  
DIRECT. PROF. PRIM. ET FAC. JUR. ORDIN.

*IN ALMA FRIDERICIANA*

AD D. III. NOVEMBR. ANNI MDCCXIV.

*PUBLICO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT*

**ANDREAS HENRICUS DE SCHÜTZ,**  
EQVES FRANCUS.

— (9) —

*HALÆ MAGDEBURGIÆ,*

RECUSA LITERIS CHRISTOPHORI SALFELDII VIDUÆ, 1725.

DISSERTATIO JURIDICA

DE

USU PRACTICO

ACTIONIS ADVERSUS

JUDICEM IMPERITE

JUDICANTEM

AVCTORE

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO  
SERENISSIMO PRINCIPIS DE DOLMICO

DOMINO CAROLO

PRINCIPIS BORUSKIE MARCHIONIS BRAN

COLORENSIS

FRANCO  
DN. CHRISTIANO THOMASIO

REG. MAJ. BORUSKIE CONS. JUD. CIV. TRIBUN.

AVCTORE

IN. MAJ. ADVOCAT. CIV. P. BRANCOLORENSIS

AVCTORE

ANDREAS ERICHUS DE SCHULTZ

AVCTORE

AVCTORE



*A Son Altesse Serenissime*

MONSEIGNEUR

LE DUC REGNANT  
DE WURTENBERG  
ET TECK ETC.

MARECHAL GENERAL DES  
CAMPS ET ARMEES DE SA MAJESTE IM-  
PERIALE, ET DU SAINT EMPIRE,  
ET LES COMMANDANT EN CHEF,  
ETC, ETC, ETC,

MONSEIGNEUR,



On m'accuseroit justement de t merit  d'oser mettre au jour sous le Nom de V tre Altesse Serenissime cette Dissertation purement Academique; si de fortes raisons ne m'y engageoient. L'honneur, que mon Pere a d'etre au Service de V tre Altesse Serenissime; les graces & les faveurs, que vous lui faites, sont des motifs trop puissants pour ne me point porter   prendre cette seule occasion, que je puis avoir



voir d'en marquer une très-profonde recon-  
noissance. Que n'ay je, Monseigneur, les  
talens requis & necessairés pour publier icy  
tout les faits Heroiques de Vòtre Altesse Se-  
renissime pendant le Cours de ces longuës &  
ruineuses guerres, qui ont affligé & desolé  
presque toute l'Europe! Que ne puis je  
étaler aux yeux de tout le monde cette pru-  
dence, cette bravoure, cette conduite, &  
cette intrepidité, qui dans le métier de la  
guerre vous ont fait éгалer aux plus grands  
Capitaines, & qui sans contredit ont fait le  
Salut de l'Empire! Que n'auroit-on point à  
dire de cette fidelité à toute épreuve, qui re-  
jettant les offres seduifantes d'une puissance  
voisine & redoutable, vous a fait sacrifier,  
pour ainsi dire, Vos propres Estats, & Vos  
propres interets à ceux de la Cause commu-  
ne & de la Patrie! Mais, je crains même d'en-  
tamer cette matiere, qui pourroit donner  
lieu aux plus beaux Panegyriques; je crains  
par mes paroles d'enternir la splendeur &  
l'éclat.

l'éclat. Contént donc d' admirer dans le fi-  
lence toutes ces grandes actions je supplie  
trés-humblement V.A.S. d' agréer ces foibles  
marques de mon zele & de mon entiere de-  
votion à Son Service; de continuer au Fils  
la grace, dont Elle a la bonté d' honorer le  
Pere, & de croire, que je ferai toute ma vie  
avec un atachement in violable & très respe-  
ctueux,

MONSEIGNEUR

*de Vòtre Altesse Serenisime*

à Halle le 3. Nov.  
1714.

*Le très-humble, le très-obeissant,  
& très obligé Serviteur*

ANDRE HENRI de SCHÜTZ.



## SYNOPSIS DISSERTATIONIS.

**F**ulfiniani obscuritas in conceptu quasi delicti. §. I.

Variae divisiones obligationum. In specie Gaji.  
Pauli Philosophia. *a.*

Obscuritas definitionis quasi delicti. *b.*

Diversitas in exemplis quasi delicti. *c.*

*Dissensus interpretum. Nostra sententia. §. II.*

B. Hoppii definitio quasi delicti. Ejus differentiae inter verum & quasi delictum. Dubia contra differentiam primam, secundam, tertiam, quartam. Dubium circa Vinnii descriptionem quasi delictorum. *a.*

Quid sit factum damnificum. Differentia quasi delicti a contractu vel quasi. *b.*

Quasi delictorum convenientia, cum veris. Differentia. Vera dolum requirunt, quasi delicta culpam. An alienam? Imo propriam semper. *c.*

*Quatenus iudex male iudicans vel vere, vel quasi delinquat. §. III.*

Litem suam facere quid. *a.*

X 2

Sen-

STNOP SIS DISSERTATIONIS.

Sensus pr. h. t. Sensus l. 15. §. I. de judic. Sine causa hic quæri antinomiam. Aliæ pœnæ judicum dolose judicantium. *b.*

Tractatus variorum de syndicato. Syndicatus vox unde orta. Sæpius occurrens in Recessibus imperii. An etiam pertineat ad judices imperite judicantes? *c.*

Dubium, quod Medicus imperite judicans vere delinquat. Responso Donelli rejicitur. Responso aliorum, quæ & ipsa falsitatis convincitur. Tertia responso. Rationes & hanc rejiciendi. *d.*  
Nostra responso. *e.*

*Ad quid teneatur judex imperite judicans? §. IV.*

Probatio de actione in factum *a.*

Hanc nullam esse aliam, quam actionem legis Aquiliæ utilem. *b.*

Pœna pro usuris vel interesse. *c.*

An aliter condemnandus dolose; aliter ex imperitia judicans? Responderetur affirmantibus, Ratio sententiæ negativæ. Cur pœnæ vocem hic adhibuerit Gajus. Cur æqui & religionis judicantium mentionem fecerit. Culpa damnum patientis concurrens cum culpa damnum dantis, quid operetur. Removetur dubium, quod in judice non locum habeat actio legis Aquiliæ. *d.*

Judex ex imperitia judicans non fit infamis. Explicatur §. 2. Inst. de pœn. tem. litig. Sensus l. 7. de public. judic. & l. penult. ad L. Aquil. *e.*

SYNOPSIS DISSERTATIONIS.

*An actio hæc etiam detur contra magistratum, arbitros, arbitratores &c. §. V.*

Non datur hæc actio contra magistratum. *a.*  
Nec contra arbitros. Respondetur dissentienti  
Wissenbachio, & Paulo Voëtio. Probatum no-  
stra sententia & illustratur exemplo. *b.*  
Wissenbachii sententia de arbitratore, item Pauli  
Voëtii & aliorum. Judicium generale de hac con-  
troverfia. *c.*

*Huc non pertinere imprudentiam judicis in causis crimina-  
libus & processu civili præter sententiam, §. VI.*

Criminalia huc non pertinere probatur. *a.*  
Item agi hic de sententia definitiva. *c.*  
Obiter de judice in criminalibus male proce-  
dente. *c.*

Et in aliis partibus processus civilis. *d.*

*Que culpa judicis huc pertineat? §. VII.*

Latam putat Hoppius. *a.*  
Alii etiam levem & levissimam. *b.*  
Distinctionem culparum in praxi non habere  
usum. *c.*  
Probatum, judicem etiam teneri ex culpa levissi-  
ma. *d.*

*Quid si secundum, aut contra communem opinionem judi-  
caverit? §. IIX.*

Probatum, illam distinctionem hic non attendi. *a.*

*Quid si secutus fuerit consilium collegii juridici? §. IX.*

Tenetur collegium juridicum, non judex. *a.*  
Variæ distinctiones Ziegleri. *b.*

SYNOPSIS DISSERTATIONIS.

Nisi ipse iudex intuitu actorum culpam admiserit. *c.*  
De Iudice qui acta misit ad imperitos. Casus notabilis, sed huc non pertinens. Zieglerus notatur. *d.*

*An iudex teneatur, si pars non appellaverit? §. X.*

Affirmativa communis est, sed ratione destituta, & lege, nec etiam cohæret. *a.*

Negativa probatur. *b.*

*Quid si sententia sit ipso jure nulla? §. XI.*

Respondetur affirmantibus. *a.*

*Judex an regressum habeat? §. XII.*

Affirmantium ratio. *a.*

Negativa defenditur. *b.*

*An actio hac usum habeat in praxi? Autores & rationes pro affirmativa. §. XIII.*

Loca Autorum. *a.*

Ratio prima. *b.*

secunda. *c.*

tertia. *d.*

Quarta reliquis præferenda. Monita circa tres præcedentes. Cur omissa sit doctrina compilatoris juris Svevici. *e.*

*Differenties non loquuntur de Germania. §. XIV.*

Locus Groenewegenii. Alii autores. *a.*

Alia ratio differentia. *b.*

*Verior tamen sententia negativa. §. XV.*

Scilicet quoad exercitium hujus actionis. *a.*

Ratio generalis, quia datur ad interesse. *b.*

*Actio*

SYNOPSIS DISSERTATIONIS.

*Actio nostra ne quidem jure Romano habuit magnum usum in praxi. §. XVI.*

Scilicet in solo casu, si sententia judicis in appellationis instantia fuerit correctæ. *a.*

Referrri in jure etiam, quæ non habent usum in praxi. Cur id a JCris sæpius factum fuerit. Exemplum. Idem & hic factum a Gaio. Aliud exemplum de medico imperite curante. *b.*

*Etiam ideo, quod non omnis imperitia sit culpa, queratio ad huc magis in Germania obtinuit. §. XVII.*

Regula de ignorantia culpæ annumeranda. Ignorantia juris civilis vel lata, vel levis, vel levissima. Imperitia levissima est subtilis sed inanis speculatio. Imperitia levissima non est culpa. Imo ne levis quidem, sed saltem lata. *a.*

Etiam secundum jus Romanum non omnis ignorantia juris in judice culpa est. Explicatur l. 2. de Jur. & Fact. ignor. *b.*

Jure Germanico ignota distinctio imperitiæ levis & levissimæ. Olim prohibitum, judicem ob culpam convenire. *c.*

Maxima incertitudo juris Romani & hodierni Germanici. *d.*

*Actio Syndicatus etiam nullum habet usum in praxi. §. XIX.*

Probatio theseos. *a.*

In Senatu Aulico casus Syndicatus non est dabilis. *b.*

Res

SYNOPSIS DISSERTATIONIS.

*Res est plena periculi, judicem convenire de dolo vel culpa.*  
§. XIX.

Jus Ducatus Prussiae requirit probationes manifestas. *a.*

Difficultas harum probationum secundum pragmaticos. *b.*

Confessio Hoppii de periculo. *c.*

*Consensus aliorum nobiscum. Responsio ad objectiones.*  
§. XX.

Nobiscum sentit Lauterbachius. *a.*

Locus ex Oldendorpio pro probando usu practico hujus actionis. Responderetur, casam illum non solum esse fictum, sed etiam impertinentem. *b.*

Neque etiam casus a Mevio adductus probat usum actionis nostrae. *c.*

*Casus singularis huc pertinens.* §. XXI.

Relatio casus secundum circumstantias singulas. *a.*

Rationes sententiarum, judicem conventum condemnantium. *b.*

Rationes pro judice. *c.*

SENTENTIA FACULTATIS JURIDICÆ HALLENSIS.

DE





DE  
**LISU PRACTICO ACTIONIS**  
 ADVERSUS JUDICEM IMPERITE  
 JUDICANTEM

*ad pr. Inst. de obl. qua quas. ex del. nasc.*

§. I.



**D**ost vera delicta ad quasi delicta *Justiniani*  
 transiens Imperator, Cajum suum *obscuritas in*  
 secutus a), naturam quasi delicto- *conceptu*  
 rum non definit perspicue, sed ut in *quasi delicti.*  
 quasi contractibus fecerat, obscura  
 definitione rem magis implicat  
 quam explicat, b) & exemplis etiam  
 non unius generis sed valde diversi rem antea obscuram  
 magis obscurat, quam illustrat. c)

a) Tota enim divisio obligationum in eas, quæ oriuntur *Varie divisio-*  
 ex contractu vel quasi, ex delicto vel quasi, Cajo propria est, *nes obligatio-*  
 quamvis nec ipse constantur loquatur. Modestinus, si quis- *num.*  
 quam obscurissimam & variis nævis laborantem obligationum  
 divisionem proposuit *l. 52. pr. de O. & A.* Obligamur aut *re*, aut

A

*verbis*

verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato. Explicatio subsequens in d. l. 52. confusionem auget non minuit. Reliqui JCti communiter videntur divisisse in obligationes ex contractu & delicto, ut Ulpianus l. 14. cod. Ita & Cajus lib. 2. Inst. tit. 9. pr. *In specie Cajii.* Obligatio in duas species dividitur. Nam omnes obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex culpa. Quas vero hic obligationes ex culpa vocat, alibi d. l. 2. tit. 10. vocat obligationes ex delicto: & ad obligationes ex contractu retulit postea obligationes ex quasi contractu l. 5. §. 1. de obl. & act. ad eas, quas ex delicto esse dicebat, obligationes ex quasi delicto de l. 5. §. 4. Alibi tria genera obligationum fecit, l. 1. pr. d. t. Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Quo in significato obligationes ex quasi contractu & quasi maleficio pertinerent ad hoc genus tertium & ultimum. Neque omittenda Philosophia Pauli, quamvis non diferte eam proposuerit: *Furiosus*, inquit, & pupillus, ubi EX RE actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate, vel uti, si communem fundum habeo cum his, & aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit. Nam iudicio communi dividendo obligabuntur. Videtur Paulus divisisse obligationes ex consensu & ex re, & ad has posteriores obligationes ex quasi contractu, delicto, & quasi delicto retulisse.

Pauli philosophia.

Obscuritas definitionis quasi delicti.

b) Etenim in pr. Inst. de obl. que quasi ex contr. nasc. nihil aliud dicit, quam obligationes ibi recensitas proprie quidem non nasci ex contractu, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiant, quasi ex contractu nasci videri. Quod defumtum est ex Cajo l. 5. §. 1. de O. & A. Similiter hic in Inst. de obl. que quasi ex del. nasc. iudicem, qui litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatum videri dicit Imperator, sed quia neque ex maleficio neque ex contractu obligatus fit, & antequam peccasse aliquid intelligatur, licet per imprudentiam, ideo videri quasi ex maleficio teneri. Quod iterum descriptum est

est ex *d. l. 5. §. 4. d. t.* Vides eandem prope definitionem esse quasi contractuum & quasi delictorum, quod nempe neque sint contractus neque delicta. Igitur ingens remanet dubium, quomodo ergo quasi contractus & quasi delicta inter se differant.

c) Ut enim taceam, in exemplo judicis litem suam facientis plurimas subesse obscuritates, de quibus videbimus in sequentibus; inter exempla certe judicis male judicantis & exempla reliqua quasi delictorum hic recensitorum non unæ sunt differentia, v. g. judex per sententiam imperitam ipse damnum dedit, at paterfamilias ex cujus cœnaculo quid detectum vel effusum est, item exercitor navis, cujus famuli factum commiserunt, tenentur de aliena culpa vel dolo; qui possum quid vel suspensum habet, quod nocere potest, si ceciderit, convenitur, etiamsi damnum nullum datum sit. Verum quidem est, exempla illustrant (uti proverbium habet,) et si non probent, sed debet adesse res illustranda. Si definitionem posuisse Justinianus, exempla forte illustrarent, nunc cum id, quod exemplis illustrari debet, non propositum ab Imperatore, exempla non habent quod illustrent, sed profunt saltem ad divinationem, quid Justinianus sub nomine quasi delicti intelligere voluerit.

## §. II.

Dissentiunt igitur Doctores in formando genuino conceptu quasi delicti. a) Nobis videtur verius, quasi delictum esse factum damnificans b) ad quod sola culpantis concurrat, non dolus. c)

a) Novissime B. Hoppius ad *hoc pr.* quasi delictum vocat, quod factum per se licito sed male applicato, adeoque sine dolo ejus, qui exinde tenetur, per consequentiam saltem committitur. Sed quemadmodum hæc definitio valde obscura est; ita differentia, quomodo videlicet differant verum

A 2

& qua-

Diversitas in  
exemplis qua-  
si delicti.

Dissensus in  
interpretum.  
Nostra sen-  
tentia.

B. Hoppii de-  
finitio quasi  
delicti.

Ejus differen- & quasi delictum, quas exinde format B. Autor multis du-  
 tia interve- biis obnoxia sunt. 1. dicit: *Verum delictum esse factum per se*  
 rum & quasi illicitum simpliciter improbatum: ut furari, damnun dari, &c. quæ  
 delictum. delictum vero non item: ut judicare, ex cænaculo effundere, &c.  
 Dubia contra Sed hic opponent dissentientes, nequaquam judicari, sed  
 primam diffe- imperite judicare, & nequaquam ex cænaculo effundere, sed  
 rentiam. per effusionem damnun dare, esse illa facta quasi delicta  
 Contra secun- Etæ omnia, per quæ cuicumque damnun datur. 2. *Aut delictum*  
 dam. *delicto directo quem offendi vel in rebus vel in personis, quasi delictum*  
 vero læsionis ansam magis præberi, quam læsionem. Sed nec  
 posterior assertio est universalis. Nam judex imperite iudi-  
 cans directo damnun dat, & lædit, non saltem læsionis an-  
 sam præbet, & tamen ex quasi delicto solum obligatur. 3.  
 Contra ter- *Quod in quasi delicto nullus interveniat dolus, in vero delicto*  
 tiam. *autem semper interveniat, excepto damno injuria dato, quod*  
*quod etiam culpa committi potest §. 3. f. ad L. Aquil. Verum*  
 hic opponent dissentientes, sufficere, quod ipse fateatur  
 differentiam non esse universalem, cum dubium maneat  
 quomodo quasi delictum differat a vero delicto damni inju-  
 ria dati? 4. differentia in eo ponitur. *Quod verum delicta*  
 Contra quar- *rum certæ & nominatæ species sint, unde etiam speciales producuntur*  
 tam. *actiones; quasi delictorum vero incertæ species sint, unde solum ge-*  
*neralem producunt actionem in factum hoc t. tit. Hic multa mo-*  
*neri possunt. (1) Si Autor putavit, verorum delictorum sal-*  
*tem quatuor illas esse species quæ recensentur pr. f. de obi-*  
*que ex del. nasc. fallitur. Nam v. g. corruptio albi, violatio se-*  
*pulcri &c. sunt etiam vera delicta. Nec obstat hæc esse de-*  
*licta producentia actiones populares. Nam actio de posi-*  
*tis vel suspensis, quæ ex quasi delicto est, est etiam popularis.*  
 (2) *Æque dubia est assertio, quod quasi delictorum sint in-*  
 certæ species. Equidem cum exempla hic in titulo ab Im-  
 pera-

peratore recensita contineant certas ac determinatas & palpabiliter inter se differentes quasi delictorum species, præter quas an adhuc alix sint, dubito, & si maxime fuerint, pauca erunt facile ex pandectis supplenda. (3) Quis vero dixerit, ex quasi delictis non speciales oriri actiones, cum singula quasi delicta habeant specialia nomina, speciales actores & reos, specialia ac diversa petita. (4) Actio in factum est quidem nomen generale actionum plurium, sed non est actio quædam generalis, ad quam refugiendum actionibus specialibus deficientibus. (5) Actionis in factum nomen vel prædicatur de actionibus prætoriiis, vel de actionibus utilibus.

Uterque significatus pro diversitate quasi contractuum videtur esse hujus loci, quod tamen ulterius prolixè explicare non multum intererit. vid. interim Dn. Præses in *Dissert. Lips. de Philof. jur.* §. 146. 147. Vinnius in *comment. ad hi tit.* quasi delictum

Dubium circa  
Vinnii descri-  
ptionem qua-  
si delictorum.

b) Per factum damnificum intelligo factum non solum quod jam revera damnum dedit, uti est factum judicis male dicantis, dejectio vel effusio damnum dans, furtum in navi, imposita aut stabulo factum, sed & quod pronum est ad damnum dandum, ut factum, quo habetur aliquid positum vel suspensum, quod facile nocere potest. Ita enim & factum beneficium dicitur non solum illud per quod alterius utilitas promovetur actu, sed etiam per quod facile utilitas promoveri potest. Facti nomine autem, uti alias in jure non est infrequens, venit hic etiam non factum, uti in actione de positis vel suspensis illud *habere* non solum denotat factum positivum, si quis de novo ponat vel suspendat id, quod ab initio positionis vel suspen-

Quid sit factum damnificum.

Differentia  
quasi delicti a  
quasi contractu.

fionis facile nocere possit, sed etsi remita ab initio positam vel suspensam ut non facile nocere possit, postea cum in eum statum venerit, ut facile damnum dare queat, retineat, id est non removeat cum tamen remove jam deberet. Differt quasi delictum per hunc conceptum facti damni fieri, tam a contractu, quam a quasi contractu, quorum fundamentum est factum vel beneficium, vel certe non damnificum. Nam contractus sunt vel benefici vel non benefici, vel lucrativi, vel onerosi, ubi non benefici vel non onerosi tamen in se non sunt damnifici. Similiter in quasi contractibus negotiorum gestio & tutela sunt facta beneficia; habere rem vel hereditatem communem, adire hereditatem, solvere indebitum, sunt facta non quidem beneficia, certe tamen non damnifica.

Quasi delictorum  
convenientia cum  
veris.

Differentia.  
Vera dolum  
requirunt.

c) Vera delicta omnia damnum dant alteri in bonis vel honore, ergo in hoc conceptu generali convenit quasi delictum cum vero delicto. Differentia verorum & quasi delictorum in eo consistit, quod causa constituens verum delictum sit protervis seu dolus, ut quis sciens & volens alterum laedat, circa quod adeo non opus est, ut solliciti simus de textu juris Romani, cum illa essentia delictorum suat ex communibus principiis moralibus. Sufficit, quod nullus textus monstrari possit, qui doceat, Ictos Romanos secutos esse diversa principia. Nam quod instantiam de Leg. Aquilia attinet, ad illam mox respondebimus in sequentibus. Quasi delicta vero culpa constituuntur; nam id quod Vinnius dicere volebat, proxime accedere ad delictum atque idem innuit Imperator hoc pr. nostro in verbis, *non ex maleficio obligatus videtur, & utique peccasse aliquid intelligitur licet per imprudentiam.* Quid clarius? imprudentia enim culpa est, non dolus. Ceterum quod Struvius Exerc. 48. th. ediffinguat inter culpam propriam & alienam, & ex illa dicat omnidelictum imperfectum ex hoc quasi delictum, cum aliena culpa in alterum redundet, ut is ex culpa praesumpta teneatur, lateor

Quasi delicta  
culpam.

An alienam?

me non percipere. Nam præterquam quod iudex male judicans culpam ipse committat, & in actione furti adversus nautas furtum non est culpa aliena sed dolus. Quamvis, quod de culpa præsumta idem addit, non est plane de nihilo, modo recte explicetur. Nimirum semper quidem culpa propria est <sup>Imo proprium semper.</sup> sed culpa tamen est vel evidens vel dubia. Evidens est, ex imperitia nocere partibus per sententiam. Dubia est, habere servos vel famulos fures, in quibus aliis dejectione vel effusione nocentes, habere quid positum vel suspensum quod facile nocere potest. Equidem verum est, dominorum negligentiam sæpe corrumpere servos & famulos, & locatorum indulgentiam corrumpere mores inquilinorum; & noxia reipublicæ est negligentia eorum qui positum vel suspensum quid habent, quod nocere potest civibus. Sed rursus ex altera parte verum etiam est, actiones fervorum & in quilinorum non esse semper in potestate dominorum & locatorum, & delicta tenere debere suos autores, nec prætendi posse, ut quis in servitio suo aut in ædibus suis habeat homines sapientes, cum isti, si sint, certe sint rarissimi, & ut in proverbio apud nos est, oportet ut patres familias cum hominibus nequam & furibus vitam suam peragant; verum est, videri, pertinere ad perfectionem Reipublicæ cujusdam, sed Platonicæ, si quis indistincte pœnis coercere velit actiones civium, quæ damnum dare possunt, sed nondum dederunt, &c. Ergo necessaria hic fuit determinatio legis civilis, ut in datis casibus ob alias circumstantias, de quibus in explicatione singularum actionum agere solent Doctores; jus Romanum declaraverit, ista facta pro factis culposis esse habenda, seu, ut Struvius dicebat, subesse hic culpam præsumtam.

## §. III.

Prima species quasi delicti est, si iudex litem suam fecerit. a) Cum vero iudex vel dolose vel per imprudens <sup>Quatenus iudex male judicans vel</sup>

*vere vel quasi delinquat.*

dentiam male judicando litem suam faciat, b) quarum priorem speciem syndicatus nescio cujus actione coerceri dicunt Glossatores, c) ex hactenus dictis sua sponse sequitur, huc pertinere saltem judicem ex imperitia peccantem, ita ut fluctus in simpulo moverint Glossatores, dum dubium sibi formarunt ex eo, quod medicus imperite judicans teneatur actione legis Aquiliæ d) cum illud dubium nobis nequaquam contradicat. e)

Litem suam facere.

a) Dicitur proprie *litem suam facere* qui quasi cogitur litem, quam male terminavit, in se fuscipere, & hic ex iudice fit reus. Dum nimirum ei, quem sua sententia læsit, de eo damno tanquam reus respondere, in ipsum eidem refarcire, eumque indemnem servare tenetur. Ex Bachovio Hoppius *ad h. princ.*

Sensus pr. h. t.

b) De imprudentia loquitur Imperator h. princ. cum Gajo l. 5. §. 4. de Obl. & act. l. ult. de extraord. cognit. Sensus enim est. *Si iudex litem suam fecerit* (videlicet imprudenter judicando) *non proprie ex maleficio obligatus videtur*, (quia ad maleficiam proprie tale requiritur dolus.) *sed quia neque ex maleficio neque ex contractu obligatus est, & utique aliquid peccasse intelligitur, licet* (ut diximus non dolose egerit, sed) *per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.* De dolo loquitur

Sensus l. 15. de judic.

Ulpianus l. 15. §. 1. de iudiciis. *Judex tunc litem suam facere intelligitur* (potissimum) *cum dolo malo* (ut sæpe fieri solet, non exclusa tamen ejus imprudentia) *in fraudem legis sententiam dixerit.* *Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia, vel etiam sordes, ut veram estimationem litis prestare cogatur.* annot. *Et si igitur Budæus ad l. ult. de adilit. edict. putaverit antinomiam esse inter istam l. 15. §. 1. asserentem, iudicem litem suam facere si dolo malo judicaverit, & pr. Inst. h. t. statuens, quod iudex litem suam faciat, si per imprudentem*

Sine causa hic queri antinomiam.



dentiam judicet, jam tamen suo tempore recte respondit Cujacius *lib. 8. observ. 10.* istam antinomiam facillime conciliari. Nam utrumque esse verum, judicem litem suam facere, si dolo malo iniquam sententiam tulerit, & judicem litem suam facere, etiamsi per imprudentiam inique pronuntiaverit. Cæterum judex dolose judicans gravius punitur, quam qui ex imperitia peccat. Nam præter litis æstimationem punitur etiam famæ dispendio *L. fin. C. de Pœn. Jud. qui male judic.* imo si corruptus fuerit, criminis repetundarum etiam fit reus *l. 3. C. ad L. Jul. repetund.* Præter litis æstimationem etiam jus Canonicum alias pœnas dicitur *cap. 1. de sentent. & re judic. in 6.* Sed de hac materia nos hic non sumus solliciti amplius.

Alia: pœnæ  
judicum do-  
lose judican-  
tium.

c) Prodigunt Lugduni Anno 1560. Tractatus variorum de Syndicatu, puta, Baldi de Perusio, Angeli de Perusio, Caltaldini de Boncampagnis, Amedei Justinii, Paridis de Puteo, & Augustini Dulceri Veronensis. In nullo tamen horum autorum, deprehendes vel volam vel vestigium, unde inquisitio in acta & gesta judicum (nam tam late patet vox Syndicationis) Syndicatio appelletur, imo ne quidem accuratam definitionem Syndicationis hujus aut Syndicatus, sed fere non nisi centones materiarum male cohærentium exhibent illi autores, & qui reliquis prolixior est, Paris de Puteo pene omnem doctrinam de excessibus, & de processu vario isti farcimini infarxit. Agit enim de excessibus Imperatorum, Regum, Baronum, militum, Consiliariorum Regionum, advocatorum, potestatum terrarum & suorum officialium, judicum, assessorum, nuntiorum, Syndicorum, familiarum eorum &c. de potestate & officio Syndicatorum, de barattariis officialium & eorum ministrorum, de compositionibus, capturis, carcerationibus, executionibus injuriosis, extorsionibus, inquisitionibus, contumaciæ pœnis arbitrariis, probationibus, testibus, statutis, sententiis male latis, corruptionibus,

Tractatus va-  
riorum de  
Syndicatu.

Syndicationis  
vox unde orta.

Sæpius occur-  
rens in Recess.  
imperii.

An etiam per-  
tineat ad judi-  
ces imperite  
judicantes.

nibus, de iudiciis & torturis, pœnis & præceptis spretis, præ-  
sumptionibus officialium, libellis, appellationibus, solenni-  
tatibus judicialibus omiſſis per iudices in ſententiis, de pote-  
ſtate iudicum & reliquis omnibus ſecundum ordinem Alpha-  
beti. Id ergo ſaltem obſervemus, jam Baldi tempore circa fi-  
nem ſæculi 14. Syndicationis vocem pro inquisitione in mo-  
res iudicum & actione contra eos inſtituta, fuiſſe uſurpatam,  
& conſtanter a Gloſſatoribus ſequentibus retentam. Equi-  
dem Gallis *Syndiquer*, Italis *Sindicare*, Hiſpanis *Sindicar* idem  
ſignificat ac poſcere rationes adminiſtrationis, item actiones  
alterius ſub cenſuram vocare, ſed cui nationi ex his tribus  
prima inventio tribuenda ſit, in obſcuro eſt. Niſi me ta-  
men omnia fallunt, debetur iſte terminus Italis & aulæ Pon-  
tificiæ, unde poſtea mediante Clero Pontificio ad reliquas gen-  
tes translatus eſt. Ita jam anno 1254. Innocentius IV. re-  
ferente Dufreſnio in *Gloſſario mediæ latinitatis* hac voce uſus  
eſt in bulla quadam. *Teneatur poſteſtas ſeu Rector infra 10. dies ſui  
regiminiſ ſyndicare præcedentem proximo poſteſtatem vel Rectorem,  
& ejus etiam aſſeſſores per tres viros Catholicos & fideles electos ad  
hoc per diœceſanum.* Haud dubie vero excommuni illo Gloſ-  
ſatorum uſu, termini iſti Syndicatus & Syndicationis ac Syn-  
dicatorum in leges Imperii Germanici publicas irreperſerunt.  
Vide Receſſ. Ratiſb. 1532. tit. 2. §. 17. Ord. Cam. 1555. Part. 1.  
tit. 51. Part. 3. tit. 53. §. 2. 6. 10. Receſſ. Spir. 1557. §. 23. 24. Re-  
ceſſ. Auguſt. 1559. §. 60. 61. 62. 63. 64. item Ferdinandi III. Or-  
din. Jud. Aulici de anno 1654. tit. 5. §. 5. *daſern ſich nun.* Receſſ.  
Imp. 1654. §. 157. *Quamvis autem Schwendendörffer Summar.  
act. forenſ. expoſ. c. 3. ſect. 2. membr. 43. actionem de Syndicatu  
dublicem ſtatuat, unam obdolum male judicandis, alteram  
ob culpam; videtur tamen & intentioni Pontificis in d. cap.  
1. de ſent. & re judicat. in 6. & reſiſſibus imperii, potiſſimum  
Ord. Cam. Part. 3. tit. 53. §. 6. ſeq. & Receſſ. Imp. 1654. eſſe  
convenientius, ſtatueret, actionem de Syndicatu pertinere ſal-  
tem*

tem ad judicem dolose agentem. Conf. Joh Gravii *dissert. de judicio Syndicatur* p. 7. § 17.

d) Cur enim inquirunt, Judex per imperitiam male judicans ex quasi delicto, medicus autem per imperitiam male secans ex vero delicto, & Legis Aquiliæ actione tenetur? *§. 7. Inst. de L. Aquil. l. 17. §. fin. ff. eod.* Sunt quidam, qui de danda idonea diversitatis ratione desperantes etiam judicem ex vero delicto teneri arbitrantur, inter quos præcipue Donellus *lib. 15. Jur. Civil. c. 27. in fine.* Sed horum sententia manifeste repugnat *huic principio nostro.* Alii dicunt, ideo Medicum conveniri actione Legis Aquiliæ, quia Medicus male secans & curans directo damnum dat in corpus, adeoque vere delinquit. Non ita judex. Judicare enim factum civile est, & ab intellectu dependens, quo directo nullum damnum in corpus datur, nulla res læditur, secare vero & curare factum naturale est, & corporeum, quo directo damnum datur in corpus, & sic, si culpa factum, L. Aquilia vindicatur. Ita post alios Hoppius ad *b. princip.* Sed hæc responsio dubium propositum omnino non tollit, sed novos necit nodos. An ergo ideo Judex imperite judicans quasi delictum committit, non verum, quia judicare ab intellectu dependet? Itaque & judex dolo malo judicans committet saltem quasi delictum; itaque & autor libelli famosi committet quasi delictum, quorum utrumque tamen repugnat communi conceptui de veris delictis & inprimis nostro *princip. Inst.* Deinde ista responsio ostendit saltem, judicem non conveniri posse actione directa Legis Aquiliæ, ut medicum, non docet, medicum vere delinquere, sed saltem præsupponit, non docet judicem non conveniri posse actione utili Legis Aquiliæ, seu in factum, qua conveniuntur, qui nec corpore, nec in corpus damnum dederant *§. ult. Inst. de L. Aquil.* Audiamus tamen porro dissentientes. Accedit, inquirunt, quod æquum sit, ut lenius puniatur judex, qui publicum mu-

Dubium quod Medicus imperite secans vere delinquat. Responsio Donelli rejicitur.

Responsio aliorum.

Quæ & ipsa falsitatis convincitur.

Tertia Responsio.

nus, ad quod cogi potest, gerit, quique etiam ibi, ubi non  
 advertit, labi potest, quam cum Medico, qui privatim suo-  
 que arbitrio peritiam artis suæ profertur. Sed ne hæc dif-  
 ferentia satisfaciet lectori a præjudicio autoritatis vacuo.  
 Nam (1) inquirendum foret, an iudices pedanei, de quibus  
 agit principium nostrum, coacti fuerint ad iudicandum apud  
 Romanos. (2) Quamvis etiam hodie haud dubie iudicis  
 officium est munus publicum, tamen hodie ad munera pù-  
 blica non amplius coguntur homines, sed ea ulro ambiunt,  
 ergo saltem illa ratio non quadraret ad mores hodiernos. (3)  
 Etiam Medicorum quorundam ut Archiatrorum hodie est  
 munus publicum. (4) An ergo Archiater imperite secans  
 non conveniri poterit secundum principia juris Romani  
 actione L. Aquiliæ? Imo (5) an iudex dolose pronuntians  
 quasi delictum committet, quia ad officium suum cogi potuit.  
 (6) Falsum est iudicem imperite iudicantem mitius puniri  
 Medico, quod latius exponetur *§. seq.*

Rationes &  
 hanc rejicien-  
 di.

Nostra re-  
 sponso.

e) Nimirum falsum est, medicum imperite secantem  
 teneri ex vero delicto, falsum est, iudicem per imprudenti-  
 am male iudicantem non teneri actione Legis Aquiliæ. Prius  
 quod attinet, nusquam id asseritur in iure nostro. Nec etiam  
 ulla est consequentia: Medicus imperite secans tenetur actio-  
 ne Legis Aquiliæ, ergo tenetur ex vero delicto. Aut enim  
 nulla dari potest perspicua differentia inter verum & quasi de-  
 lictum, quod absurdum esset, aut dicendum, Legem Aquili-  
 am una fidelia coercere & verum & quasi delictum, prout  
 nempe damnum vel dolo vel culpa datum est. Vide latius  
 ea, quæ eum in finem disserit Dn. Præses in novis addit. ad  
 Huberi *Prælect. ad Inst. h. t. p. 355. seq.* De posteriori statim  
 videmus.

#### §. IV.

Ad quid te-

Tenetur vero iudex imperite iudicans actione in fa-  
 ctum

ctum a) id est, utili Legis Aquiliæ b) & in quantum ea de re æquum religioni judicantis visum fuerit, pœnam sustinebit, c) id est condemnabitur in veram litis æstimationem, uti dolose judicans, d) reliquis tamen pœnis judicis dolo malo litem suam facientis non subjacet. e)

a) Ita enim diferte Gajus *l. ult. de extraord. cognit.* Cur vero Tribonianus reliquia Gaji verba in principio nostro repetens hæc sola omiserit, ipse viderit. Probatio de actione in factum.

b) Notum equidem est, quod actionem utilem Legis Aquiliæ, & actionem in factum inter se mira differentia inventa distinguat Tribonianus *§. ult. Inst. de L. Aquil.* Sed istum errorem jam satis palpabiliter ostendit Dn. Præses in novis additionibus ad Huberi Prælect. ad *Inst. de L. Aquilia §. 7. p. 344.* Ubi simul responsum fuit ad objectionem, quod aliquando actiones in factum prædicentur de actionibus prætoriiis. Quæ novissime B. Beyerus in *post. ad Pand. tit. ad L. Aquiliam* objecit, quod actiones quæ ex sententia legis Aquiliæ dentur, semper vocentur actiones in factum, nunquam utiles, ad ea jam respondit Dn. Præses in *notis ad Instit. p. 250.* Hanc nullam esse aliam quam Actionem L. Aquiliæ utilem.

c) *princ. nostr. §. 1. ult. de extraord. cognit.* Notandum vero, pœnæ vocem alias etiam in jure improprie pro usuris & omni interesse accipi *l. licta 40. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de eo quod certo loco.* Ergo non statim ex voce pœnæ inferendam hic esse actionem pœnalem ad pœnam proprie dictam tendentem. Pœna pro usuris vel interesse.

d) Equidem alii differentiam hac parte inter actionem adversus judicem dolose judicantem & ex imprudentia peccantem agnoscunt, ut ex illa judex condemnatur ad veram, id est totam litis æstimationem *d. l. 15. §. 1. de judic.* ex hac vero saltem in tantum, quantum judici æquum visum An aliter condemnandus judex dolose aliter ex imperitia judicans?

visum fuerit. Vid. Illustris Coccejus *de iudice jus ignorante cap. 2. §. 6.* vel ut alii volunt ad multam arbitrariam. Huberus *in prelect. ad h. t. §. 2.* Hopp. *ad pr. Inst. h. t. verb. teneri.* Postiores decepti vox pœnæ, quam proprie acceperunt. Sed hi cogitare debuissent, hoc pacto deteriorem quodammodo reddi conditionem iudicis imperite iudicantis, si actione pœnali proprie dicta conveniretur, cum dolose iudicans saltem conveniri posset actione rei persecutoria, in qua difficile sæpe est actori, ut probet damnum ipsi per sententiam a iudice esse datum, & dolum a iudice esse commissum, cum contra facilius sit probare imperitiam iudicis. Priorum opinio hæctenus æquior est, quod utrobique videantur vel iudicem condemnandum esse ad restitutionem damni actori dati, & quidem si dolosum sit iudicis factum, ad totam æstimationem, si saltem imprudens, ad partem aliquam a iudice æstimandam pro gradibus forte imprudentiæ variantibus. Ita enim mitius puniatur iudex imprudens, quam dolosus. Sed quemadmodum alias in casu L. Aquiliæ non mitior est actio adversus damnum per culpam dantem, quam est adversus hominem dolosum, ita maluimus etiam actionem hanc nostram ex quasi delicto explicare, quod quoad restitutionem damni conveniat cum actione ex vero delicto contra iudicem dolose iudicantem, ut utrobique condemnetur reus in veram litis æstimationem. Saltem exponendum est, cur Gajus vocem pœnæ hic adhibuerit, & clausulæ *ex æquo & bono* mentionem fecerit. De pœna jam diximus nota præcedente. Adde quod in casu imprudentiæ iudex veram litis æstimationem solvens hæctenus *puniatur*, quod nullum lucrum ex imperitia sua senserit, cum contra iudici dolo malo sententiam pronuntianti sæpius auferatur saltem per veram litis æstimationem lucrum, quod ex corruptione hæctenus senserat. Quod porro verba attinet: *quantum ea de re æquum religioni iudicantis visum fuerit*, ea videtur non sine gravi ratione adhibuisse Gajus, nec

Respondetur  
affirmantibus.

Ratio sententia  
negativa.

Cur pœnæ vo-  
cem hic adhi-  
buerit Gajus?

Cur æqui &  
religionis ju-  
dicantium

nec simpliciter condemnationis in *veram litem æstimationem* mentionem fecisse mentionem. Nimirum dolose judicans indistincte videtur condemnandus esse in veram litem æstimationem, at ex imperitia litem suam faciens regulariter saltem, si aliæ circumstantiæ non svadeant, religioni judicantis, mitius esse condemnandum reum. Scilicet notum est, culpam damnum patientis concurrentem cum culpa damnum dantis, solere attendi a iudicibus, ut vel plane non condemnetur reus, vel mitius. Ita v. g. in contractibus, qui parum diligentem socium assumit, de se queri, sibi que hoc imputare debet *§. ult. de societ.* Ita securus est depositarius, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet, *§. I. quib. mod. re contrab. oblig.* Ita in ipsa lege Aquilia, qui propter imperitiam aut infirmitatem equum retinere non potuit, damnum domino equi datum refarcire tenetur. *§. 8. Inst. de Leg. Aquilia.* Sed quid si dominus imperito huic & in firmo imperitiam suam aut infirmitatem alleganti, equum ducendum, aut ad equitandum dederit, non video qua ratione damni dati reparationem ab eo postulari possit. Adde *l. 9. §. 4. l. 10. pr. in fine ad L. Aquil.* Ergo respexisse videtur Gajus in verbis recensitis ad similem casum, si videlicet is, cui per imprudentem sententiam Judex damnum dederit, ipse æquali vel majore culpa simul damnum istud sibi procuraverit, ut tum ex bono & æquo iudex vel absolvatur, vel non totius damni restitutione puniatur. Et hoc probe notandum est ob quæstiones alias, de quibus in sequentibus. Unicum adhuc dubium est removementum, antequam progrediamur ulterius, qua fronte asserere poterimus supra, iudicem sive dolose sive imprudenter judicantem teneri actione Legis Aquiliæ, cum tamen hic fateamur aperte, actionem adversus iudicem esse mere rei persecutoriam, in actione vero Legis Aquiliæ, quem condemnari in quantum res plurimi fuerit, primis Justinianeis con-

mentionem fecerit.

Culpa damnum patientis concurrentem cum culpa damnum dantis, quid operetur.

Removetur dubium quod in iudice non locum habeat actio Legis Aquiliæ.

constet. Sed salva res est. Illud quanti res plurimi fuerit, attendendum est in actione directa Legis Aquiliæ imo & in utili, si modo casus sit applicabilis. At in nostra quæstione si judex imperite judicaverit, non occurrit casus ubi istud, quanti res plurimi fuerit, applicari possit.

Judex ex imperitia judicans non fit infamis.

Explicatur §. 2. Inst. de pen. tem. litig.

Sensus l. 7. de publ. judic.

Et l. penult. ad L. Aquilian.

e) Quarum supra mentio facta ad §. 3. lit. b. circa finem. Et quidem quoad pœnam infamiæ non solum citata ibi l. ult. C. de pen. judic. male judic. probat, judicem ex imperitia judicantem ex intentione juris Romani non fieri infamem, sed & clarius id evincit §. 2. Inst. de pen. temere litig. argumento verborum bis *ibid* occurrentium *injuriarum, de dolo, & iterum injuriarum aut de dolo*, utpote quæ perspicue innuunt, non indistincte ex actione Legis Aquiliæ contemptum fieri infamem, sed tunc demum, si damnum dolo dederit, atque adeo simul illustrant nostram sententiam, quod Lex Aquilia hæctenus saltem oriatur ex vero delicto, si damnum dolo sit datum; imprimis si statim verba mox sequentia: *utrum ex delicto aliquis* &c. præcedentibus jungas. Non obstat, quod Macer in l. 7. de publ. judic. saltem furti, vi bonorum raptorum & injuriæ faciat mentionem, unde B. Beyerus in *pos. ad Inst. de pen. tem. litig. pos. 28. lit. b.* negavit ex L. Aquilia damnatum fieri infamem. Neque enim omisso JCti ita exponenda, quasi negaverit, unquam ex L. Aquilia damnatum fieri infamem, sed quod observaverit, id in Lege Aquilia non indistincte fieri, uti in reliquis delictis privatis, neque tamen voluerit istam quæstionem distinctius exponere, tanquam ad institutum firum non adeo pertinentem. Desumpta enim est hæc lex ex libris Macri, quos de publicis judiciis scripsit: Id vero valde miror, quod B. Hoppius sententiam, quod ex L. Aquilia damnati non fiant infames, probare voluerit *arg. l. pen. ad L. Aquil.* Ubi Paulus ait, mulierem, si in rem viri damnum dederit, *pro tenore L. Aquilia conveniri.* Et si enim facile concedamus, mulie-



mulierem in rem viri etiam dolo damnum dantem, non fieri infamem ex principiis etiam juris Romani, hoc tamen referendum erat ad exceptionem, non inde formanda regula ad alias etiam personas dolo damnum dantes &c.

## §. V.

Cum vero principium nostrum de iudice loquatur, & quidem pedaneo, neque adeo de magistratu iudicem dante verosimile sit Gajum etiam voluisse intelligi, a) multo minus vero de arbitro secundum principia genuina Jurisprudentiæ intelligi possit, etsi communiter contrarium statuant; b) de reliquis personis, ad quas nonnulli decisionem Gaji extendunt, puta arbitratoribus, examinadoribus testium, executoribus, advocatis, tabellionibus, notariis c) hic vel ideo non erimus solliciti, quia tempus omnium rerum carissimum sine fructu perderemus, disputantes anxie de extensione doctrinæ juris, cujus exiguum usum practicum docebunt sequentia.

a) Puta de Prætoris, præside &c. Hi enim si per imperitiam juris & legum iniquum jus statuerint, non puniuntur, sed assessores eorum *l. 2. quod quisque juris*. Quia videlicet se assessor pro jurisperito agit, & scientiam adeo juris præstare debet, prætor vero vel præses, se pro jurisperito non agit, & plerumque nec juris peritus est, sed vir militaris ex nobiliori familia quadam, qui arma potius callet quam leges. Ita vero fiebat, ut quicquid decerneret prætor vel præses, id decerneret ex consilio assessoris & ipso etiam assessore suggerente verba. Cujacius *lib. 22. obs. ult.* subi etiam locum Senecæ *lib. 1. de tranquill. animi* ex vetustissimo codice emendat: *Qui inter peregrinos & cives aut urbanos prætor ad euntibus ASSESSORIS verba pronunciat, cum in vulgaribus lega-*

*An actio hæc etiam detur contra Magistratum, arbitros, arbitratores. &c.*

*Non datur hæc actio contra magistratum.*

*an in iudicio...*

tur *affessoribus*. Alios pro hac sententia citat Wissenb. *exerc. 42. ad pand. th. 15.*

Nec contra  
arbitros.

Respondetur  
dissentienti  
Wissenbachio.

Et Paulo Voë-  
tio.

Probatu-  
ra sententia.

b) Equidem si de arbitro dolo malo pronuntiante loquerentur Doctores, controversiam iis non moverem, quo refero ea; quæ habet Gravius de iudicio Syndicatus c. 6. th. 5. p. 66. item Cataldinus de Boncampagnis de Syndicatu n. 41. Paris de Puteo de Syndicatu sub voce *lis sua* c. 3. n. 2. p. 33. per l. 29. C. de *actis*. At de arbitro per imprudentiam peccante miror, sequentia excidisse acutissimo alias Wissenbachio d. th. 15. *An arbiter, qui imperite arbitratus est, huic actioni in factum sit obnoxius? Fit arg. l. i. de rec. arb.* Videamus argumentum. *Compromissum*, inquit Paulus, *ad similitudinem iudiciorum redigitur, & ad finiendas lites pertinet.* Bene, sed hoc simile non est extendendum ultra tertium. Multæ sunt etiam differentie inter iudices & arbitros, hoc loco non exponendæ prolixius. Illa tamen hoc loco potissimum attendenda, quod partes litigantes sibi non eligant iudicem, uti partes in arbitrum compromittentes, & quod iudices ex classe Jctorum peritiam iuris profitentium apud Romanos fuerint electi, at arbitri sapius eligantur a partibus, qui iuris imperiti sunt. Sensit forte hanc differentiam, quamvis paululum obscurius loquatur, Paulus Voëtius in *commentario ad pr. Inst. h. i. p. 393.* *Quæ dicta*, inquit, *de iudice pedaneo, eadem arbitris applicanda videntur, quod arbitria ad similitudinem iudiciorum sunt redacta l. i. ff. de recept. qui arbit. recep. nisi hoc mutatum videri possit per Nov. 82. cap. 11.* At vero nihil reperio in d. c. u. Nov. 82. unde dici possit, quoad hanc quæstionem in genere Justinianum ius antiquum mutasse. Quin potius ex initio d. c. u. argumentum petimus pro nostra sententia. Dicit enim Imperator, quod ob electionem iudicum leges penitus ignorantium multæ apud ipsum fiant interpellationes. At vero quo colore illi, qui tales iudices ipsi eligunt, adeoque in culpa sunt, iudices ex imperitia peccantes convenire

pos-

possent, ob ea, quæ distinctius notavimus *ad §. anteced. lit. d.* Illustrare liceat sententiam nostram exemplo simili. Medicus imperite secans tenetur actione legis Aquiliae. At elegit quis medicum imperitum. Casum eiusmodi proponit Matthias Abele *Parte 2. cas. 28.* **Der seltsamen Gerichts-Handel.** Ein Pferde-Arzt machte einen Esel sehend, und als er einen Menschen mit blöden Augen auf sein selbst Anbegehren helfen will, wird der arme Patient ganz stockblind, und deswegen der Pferde-Arzt gerichtlich vorgenommen. **Entschuldigung:** Der Kläger wisse wohl daß er, Beklagter, nur ein grober Schmid, und nur der Pferde, keinesweges aber der Menschen Arzt sey; Und weil demnach der Kläger diejenige Arznei, welche dem Esel gelungen, von ihm begehret, als habe er solche demselben auf seine selbst eigene Wagniß und Gefahr folgen lassen, habe auch ihm mehrers nicht hinaus gegeben, als was er sonst in dergleichen Fall für einen gemeinen Esel zu gebrauchen pflege, &c. **Bescheid:** Der Beklagte wird von der gesetzten Klage ledig und müßig, hingegen dem Kläger seine eigene dabey unterloffene Schuld und Unachtsamkeit verwiesen.

Et illustratur  
exemplo de  
medico.

c) Ita Wissenbachius *d. th. 15.* postquam asseruisset, hanc actionem dari etiam contra arbitros, statim subiungit. *Sunt, qui ad arbitratorem, examinatorem testium, executores, tabellionem seu notarium eandem actionem producunt. Male.* Contra in notariis seu tabellionibus idem ius servari vult Paulus Voëtius *ad nostr. princ. p. 393.* quod etiam peritiam aliquam profiteantur *arg. l. si quis in conscrib. in fin. Cod. de pact. l. fin. Cod. de magistr. conv.* De advocatis idem fluctuat, an conveniri possint actione legis Aquiliae, de eo tamen non dubitat, quin advocatus saltem de dolo, & parti lætæ ad id quod interest, teneatur. In Paradis de Puteo tractatu de Syndicatu sub fin-

Wissenbachii  
sententia de  
arbitratore  
&c.

Pauli Voëtii.

Et aliorum.

gulis harum personarum rubricis & titulis plura afferri poterunt pro sententia, quam reiecit Wissenbachius, quamvis ibi magis agatur de iudice dolose iudicante, & iam aliquo-

Judicium generale de hac controversia.

ties dixerimus, differentias esse inter actionem contra judicem dolosum & culposum. Id tamen maluissimè, ut Wissenbachius rationem addidisset, cur ita recedat a sententia fere communi. Sane contra has personas ut detur eadem actio, fortior videtur militare ratio, quam contra arbitros. Nam & eorum imperitia cur non culpæ debeat annumerari, nulla videtur fuisse ratio dubitandi, nisi tamen forte concurrat culpa ejus, qui damnum ab eorum imperitia patitur, quod tamen regulariter fieri intuitu dictarum personarum nemo dixerit.

### §. VI.

Huc non pertinere imprudentiam in causis criminalibus & processu civili præter sententiam.

Cum vero Justinianus in institutionibus h. t. non agat de causis criminalibus, aut publicis judiciis, a) sed de jure privato & causis civilibus, ac præterea sermo sit de judice male judicante h. e. litem secus ac par est, definiente, b) inde huc non pertinent quæstiones de judice male procedente ex imperitia in causis criminalibus, c) nec de judice officium suum in reliquis processibus civilibus, v. g. citatione, litis contestatione, probationibus &c. negligente. c)

Criminalia huc non pertinere probatur.

a) Agitur enim in hoc titulo de jure privato *arg. §. ult. Inst. de just. & jure.* Criminalia vero & publica judicia pertinent ad jus publicum, de quibus agitur *tit. ult. hujus libri.*

Item agi hic de sententia definitiva.

b) Unde supra §. 3. *lit. a.* diximus litem suam facere judicem, qui male litem terminavit. Et male judicare hic est, male sententiam dicere. Sententiam vero dicere existimamus eum, qui ea mente quid pronunciat, ut secundum id discedere partes a tota controversia velit, ut Paulus docet *l. 19. §. 1. qui arbitr. recep.* Adde *rubr. Cod. de sentent. & interlocut.*

Obiter de judice in criminalibus male procedente.

c) Nullum vero est dubium, quin judex etiam in criminalibus multa & graviora damna inferre possit, partim dolo malo, partim ex imperitia, reis v. g. incarcerando reum in

in causa ubi pena corporis afflictiva locum non habet, injuste torquendo &c. Imo secundum jus Justinianicum si causa sit criminalis, bona in super iudicis dolosi publicanda erunt & ipse in exilium mittendus. Brunnem. & Perez *ad tit. C. de Pena jud. male judic.*

d) Nimis enim vagaremur extra oleas, si de officio iudicis circa totum processum vellemus esse solliciti. Interim speciminis loco hic esse poterunt, quæ tractavit illustris Coccejus *de iudice jus ignorante cap. 2. §. 7. & 8.* de iudice imperite versante circa citationem, item §. 13. circa dijudicandam litis contestationem. &c.

Et in allis partibus processus civilis.

### §. VII.

In eo vero dissentiunt Doctores, utrum ob imprudentiam saltem crassam & supinam conveniri possit male iudicans a) an etiam ob levem vel levissimam? b) *pertineat?* Posterior sententia, si theoriam spectes c) principiis juris Justiniani videtur convenientior, si modo omnis imperitia iudicis culpa fit. d)

a) Ita Hoppius *ad hoc princ.* putat requiri hic imprudentiam crassam & supinam, ejus scilicet, quod quis ipse jure merito nosse, vel ex prudentioribus discere debuisset, veluti si iudex in iis, quæ certo jure constituta sunt, impingit; secus ergo esse, si causa admodum dubia fuerit, de qua inter prudentissimos etiam non satis constet, sic enim iudici nihil posse imputari.

Latam putat Hoppius.

b) Contra illustris Coccejus *d. c. 2. §. 5.* ita distinguit. Alii etiam levem & levissimam. Si imperitia juris peccat iudex, indistincte tenetur, quia omnis, etiam levissima imperitia culpæ annumeratur in eo, in quo peritia requiritur. In cæteris vero, ubi non offendet ignorantia juris, sed alias per imprudentiam vel negligentiam quid committitur, dici potest, per culpam saltem levem id effici *ex l. 7. ff. de magistr. conven.*

C 3

c) Nam

Distinctio-  
nem culparum  
in praxi non  
magnum ha-  
bere usum.

c) Nam in ipsa praxi distinctionem culparum in latam levem & levissimam in genere non habere magnum usum, *peculiari Dissertatione* ostendit Dn. Præses. Unde etiam si ipsa actio contra iudicem male iudicantem esset apud nos in viridi observantia, distinctio tamen ipsa culparum & hic magis ad iucundas speculationes theoreticas pertineret, quam ut multum conduceret ad definiendas quæstiones practicas. Ita quamvis Illustris Cocceius in thesi dissentiat a B. Hoppio & nos cum ipso, in eo tamen credo sententia Hoppii dissentientem non habebit, quod iudici nihil possit imputari, si causa admodum dubia fuerit, de qua inter prudentissimos etiam non satis constet.

Probatur judi-  
cem teneri et-  
iam ex culpa  
levissima.

d) Diximus enim supra, actionem contra iudicem etiam ex imperitia male iudicantem esse actionem utilem Legis Aquilæ. Sed actio Legis Aquilæ datur etiam ob damnum ex culpa levissima datum §. 3. *Inst. de L. Aquil.* Alia vero quæstio est, an Imperitia levis & levissima sit culpa? Quod quidem communiter asseritur, sed de quo videbimus *infra*. §. 16.

#### §. VIII.

Quid si se-  
cundum aut  
contra com-  
munem opi-  
nionem judi-  
caverit?

Istud tamen non multum referre arbitror an iudex secundum communem opinionem pronuntiaverit an contra eam. Etenim pro variatione circumstantiarum poterit imperite iudicasse, etiam si secundum communem opinionem id factum fuerit, & poterit etiam sententia iudicis imprudentia carere, si ea repugnet communi opinioni. a)

a) Ita Paulus Voëtius ad *hoc princip.* p. 392. recte notat, litem suam facere iudicem, non quidem, si non secundum communem opinionem iudicaverit, quæ quandoque communis error est l. 1. §. 6. C. de V. I. E. Vaud. l. var. quæst. 10. Henricus Nebelkræ *decis. qu. 1.* Tractat etiam hanc quæstionem Georg. Schulz in *synopsi instit. ad h. r. lit. a.* & respon-  
det:

det: esse quidem vulgatam Theoricam, tam in iudicando, quam consulendo communem opinionem sequendam esse secundum Canonistas *in cap. canonum statuta 1. de constit.* sed hoc verum esse, nisi evidenter & notorie communis opinio sit falsa, vel possit bonis & probabilibus rationibus convinci secundum. Dd. *per d. cap. & cap. capellanus 4. de feriis & cap. Nicena 12. dist. 31.* tum enim communem errorem ius non facere per ea, quæ post alios tradit Matth. Wesenb. *conf. 1. n. 17.* vbi subiicit, quod potius in veritate legum detecta, quam erroneis Dd. opinionibus, licet communibus, acquiescendum sit.

## §. IX.

Quodsi iudex pronunciaverit secundum consilium collegiorum iuridicorum, malle simpliciter dicere, tum, si imperite iudicatum fuerit, teneri collegia iuridica hac actione, non iudicem, a) quam multis distinctionibus adhibitis rem expedire. b) Nisi forte dolose aut per culpam iudex seduxerit collegium iuridicum, c) vel consultores pro lubitu sibi elegerit imperitos. d)

a) Ita enim Paulus *l. 2. ff. quod quisque iur. Si assessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui efficere, sed ipse assessori.* Non alia autem est ratio, ut bene notavit Zieglerus *dicast. concl. 45. §. 6.* quod hoc negotium attinet, iuris peritorum. Uti enim illic magistratus ius dicit ex consilio assessoris, ita hic ex consilio prudentum, qui assessorum partes suppleant. Adde quod in *Const. Crimin. passim* & in aliis legibus imperii ac provincialibus iudices iubeantur in dubio consilia prudentum petere & sequi, nec possint sententias istas ab actis removere. Vid. Dn. Praeses *integra dissert. de iudice sententiam in causis criminal. ab actis removente.* Et ipse Zieglerus *d. tr. concl. 42.* latius ostendit, peccare iudicem, qui cum plures sibi habeat adiunctos iudices,

*Quid si secutus fuerit consilium collegii iuridici?*

Tenebitur collegium iuridicum non iudex.

ces, litem non ex pluralitate sententiarum, sed ex sua sibi-que adhærentium opinione dirimat.

Varia distin-  
ctioes Zie-  
gleri.

b) Unde miror, Zieglerum *d. concl. 45. §. 7. sequentibus* distinctionibus hic usum fuisse, rem magis implicantibus quam explicantibus. Putat igitur, interesse circa hanc quæstionem, utrum iudex consilium prudentum requisiverit sponte, & sola sua voluntate motus, an vero ex conventionem partium. Si prius, distinguendum iterum esse, ac videndum, utrum iudex iniquam sententiam secutus fuerit bona fide, eam justam & æquam esse credens, an vero sciens prudensque ex iniquo pronunciaverit consilio. Priori casu putat excusatum esse iudicem, & tum procedere sententiam Pauli ante memoratam de imprudentia assessoris: Et si enim optandum esse, ut iudiciis tales semper præficerentur viri, qui ipsi justum ab injusto discernere valerent, quia tamen in quavis universitate & civitate id obtineri semper non possit, cum multis in locis viros legum plane imperitos, etiam militares quandoque constituere oporteat iudices & Magistratus, nihil ipsis vitio verti posse, si, quod ad requisitionem suam acceperint consilium prudentum, an justum sit, explorare nequeant. Posteriori vero casu, quando sciens prudensque iniquum sequatur consilium, nullo modo excusari iudicem, sed iisdem legibus, quibus teneatur ille, qui injustam sententiam pronunciavit; quam in rem etiam allegat auctoritates aliorum JCtorum. In hoc vero casu non vult ulterius distinguere Zieglerus, utrum ipse iudex peritus sit, an imperitus: quia tum manifesta sæpe possit subesse iniquitas, ut a quovis etiam imperito observari queat. Et sufficere scilicet, iudicem hujus iniquitatis non ignarum esse sed scientem ejusmodi sententiam sequi; Quanquam augeatur facinus, si ipse quoque peritus fuerit, quippe qui tum consilium acceptum cum integris actis diligenter conferre, & quatenus illis respondeat examinare



nare teneatur. Quando autem ex partium conventionem periti consulti fuerint, interesse porro, utrum ipsi litigantes elegerint peritos, ad quos mittere debuerint acta, an vero liberum reliquerint judici, ut ipse eligat, & de transmissione tantum in genere convenerint. Priori casu nihil imputari posse judici, ut maxime etiam sciens prudensque iniquam istam publicaverit sententiam, quia videlicet tum compromiserint partes in prudentes istos, & judex tum nudum suum contulerit ministerium; sibi ergo habere eos debere, si quid iniqui receperint, a quibus justitiam expectaverint; neque tum judicem delicti alicujus reum eos facere posse, præsertim, si nihil ille omiserit, quod diligentem & sollicitum judicem deceat. Posteriori vero casu si judex in eligendis consultoribus culpam admiserit, & non idoneos elegerit, dubium non esse, judicem talem culpæ reum esse, perinde ac si ipse sententiam iniquam tulisset; Quia enim hoc ab utroque litigante ejus fidei commissum fuerit, ut eligat viros probatæ eruditionis & diligentia, qui controversiam & litem dirimant, peccare utique, si tales elegerit, quorum vel incognita plane, vel parum celebris sit peritia, præsertim, quando non procul distiti sint peritiores. Augeri delictum, si causa fuerit ardua, & vel vitam vel famam hominis, vel maximam facultatum partem concernat. Unde si judex plurimorum eruditorum copiam quasi præsentem habeat, & tamen extranei minus eruditi consilium quærat, puniri eum debere, recte statuere Hartm. Pistoris *obs.* 149.

c) Poterit enim judex ipse sententiæ iniquæ ex Collegio peritorum latæ autor esse, quando scilicet vel dolo vel imperitia mutila & manca transmisit acta, non omnes personarum, rerum, temporis, loci, & alias facti circumstantias descripsit, non omnia instrumenta adjunxit, defensiones reorum domi retinuit, aut prorsus rejecit, testium depositiones non ea, qua decuit, fide consignavit, aut aliud quid omisit, quod

Nisi ipse judex  
inritu actorum  
culpam  
admisit.

D

ad

ad causam facit. Quia enim minima sæpe qualitas totam causam mutat, ad iudicem & actuarium pertinet, omnia ista, quæ vel per scripturam, vel viva voce proponuntur, ad acta referre, nihilque penitus omittere, quod quoquo modo causam respicit. Si quid hic neglectum fuerit, non peritorum collegio imputari debet, quæ inde resultat iniquitas, sed ipsi iudici, qui causam dedit, & acta imperfecta transmissit. Ziegl. *d. concl. 45. S. II.*

De iudice, qui  
acta misit ad  
impetras.

d) Atque huc pertinet ultimum membrum in distinctione Ziegleriana, quod cur ad eum saltem casum restrinxerit vir alias iudiciosissimus, causam non video. Etsi enim contra conventionem partium sponte iudex ad hominem imperitum miserit acta, eadem erit ratio. Alia vero quaestio est, quando censeatur iudex culpam commisisse in hoc casu? Neque enim sufficere arbitror, si ad extraneum Doctorem eumque parum celebrem acta missa fuerint, etiamsi peritiores sint propiores, quod Zieglerus ibidem urgebat, nisi iudex obstrictus sit acta ad cerrum vel propinquum collegium mittere, aut, quæ Hartmanni Pistoris *d. obs. 149.* sententia est, si ad collegium fama minus celebre acta fuerint missa, cum facile in promptu fuerint collegia magis approbata; item an in illo loco recipiantur ad gradum Doctorum candidati cum parva causæ cognitione. Quamvis non negem, tutius esse, si iudex acta mittat ad collegium iuridicum, quam ad privatos Doctores singulos, (unde etiam thesis nostra de sententia collegii est concepta) & si mittat ad collegium, quod est in territorio principis sui, quam ad extraneum. Consentio equidem in decisionem casus, quem ibidem proponit Hartmannus Pistorius, scilicet: cum quidam confessus esset, se uxorem cum liberis interfecisse, & scabini cuiusdam civitatis a nobili Domino illius loci desuper consulti simpliciter respondissent, reum ex propria confessione rota pena afficiendum, nec consultorem admonuissent, eum prius de delicto,

Casus notabilis sed huc non pertinet.

delicto, utrum id vere commissum esset, inquirere, & rei veritatem investigare debere, ac Dominus responsum ipsorum secutus de reo supplicium summissit; Postmodum vero tam uxor, quam etiam liberi captivi iam interemti essent reversi: quarebatur, an Dominus qui sententiam scabinorum executioni mandaverat, illud impune ferre deberet? Et respondit Pistoris, illam negligentiam Dominum non debere ferre impunem. Sed non pertinet hic casus ad nostram disputationem, quia ibi ut ipse fatetur Hartmannus Pistoris non agitur de actione nostra ad interesse, sed de poena. Deinde iam *supra* §. 6. monuimus, nos hic non agere de causis criminalibus. Adde quod illius decisionis aliae etiam rationes dari poterant, v. g. quod iudex non ipse ante sententiam secundum normam in Constitutione criminali praescriptam statim ab initio de corpore delicti fuerit sollicitus; quod hominem imperitum adhibuerit ad directionem processus, quod reo non ex officio defensorem dederit &c. Quod autem Zieglerus arbitratur, iudicem qui acta plena ad peritos misit, hanc suam facere, si sciens sententiam esse iniquam, eam pronunciet, in eo ab ipso dissentio, ex ratione, quod iudex teneatur consilium prudentum sequi per dicta *lit. 4.*

## §. X.

Quod si pars laesa sententiam iniquam iudicis per remedia competentia a viribus rei iudicatae non suspenderit? Communis sententia Doctorum arbitratur, iudicem tamen condemnandum esse. a) Ego non arbitror, quia hic concurrit culpa damnum patientis. b)

a) Sequuntur communiter Schneidevinum *ad h. t. n. 27.* Affirmativa & Georgium Schulzium *ad b. t. lit. a.* Vid. Ziegl. *d. concl. 45.* communis est. §. 5. Hopp. *ad nostr. princ. in usu hodie.* Gravium *de judic. Syndicatus p. 20.* Schneidevinum forte decepit Paris de Puteo *de Syndic.*

Secū ratione  
delictura.

*Syndicatu sub rubrica Appellatio c. 4. n. 6. & 7. p. 170.* qui rursus provocat ad Bartolum & Baldum. Unde extendunt sententiam hanc iidem Autores, ut valeat, etiam si appellaverit laicus & appellationem deseruerit, vel ei renunciaverit. Sed jam supra notavimus, communem sententiam saepe esse communem errorem. Ergo videamus rationes & leges, ad quas provocant illi autores. Equidem loco rationum nihil ab ipsis allatum esse observavi, nisi quod apud Schulzium hæc verba legam: *Est enim per desertionem appellationis sententia transierit in rem judicatam, & appellans ei acquisivisse credatur; tamen desertio adversæ parti tantum prodest, non iudici, qui cum iniquam sententiam tulerit, litem suam fecit & parti ad ingressu obligatur.* Verum hæc non est ratio, sed mera petitio principii, quod in hoc casu etiam iudex litem suam faciat. Leges quod attinet, citantur *l. 15. de iudic. l. fin. de var. & extr. Cogn. c. saepe 44. de appell. c. pastoralis 28. de offic. de leg. c. sacras 48. de sent. excomm.* Sed quod leges civiles attinet, loquuntur ea saltem in genere de eo, quod iudex litem suam faciat male iudicando, non de hoc casu in specie. Textus juris Canonici, uti nos non ferirent, etiam si aliud probarent, cum de sensu juris Justiniani simus solliciti; ita plane nihil probant, cum de actione nostra non loquantur, nec ex istis capitulis allegatis ulla argumenta nisi valde contorta quoad quæstionem præsentem formari possint. Provocat equidem Paris de Puteo *d. l. etiam ad l. cum jure C. arbitr. tu el.* Sed cum nulla lex talis in *d. tit.* extet, omiserunt eam alii Dd. Equidem illi Dd. qui actionem nostram sic explicant, ac si in ea agatur ad multam pecuniariam, contra quos disputavi *ib. 4. lit. d.* rationem illam pro se allegare possent satis evidentem, quod nempe in hac actione non attendatur restitutio damni dati, sed poena proprie dicta negligentiae. At quoad poenam hanc nihil interesse, utrum reus adversus hanc imperitam sententiam remedium suspensivum adhibuerit, vel minus, cum

Nec etiam co-  
harer.

impe-

imperitia & culpa judicis semel commissa maneat in utroque casu culpa. At cum plerique Doctorum citatorum in eo nobiscum consentiant, quod & nostra actio detur ad interesse verum, adeoque sit rei persecutoria, & adeo velint, judicem imperite pronunciantem teneri ad damni dati restitutionem, non cohæret eorum hæc sententia cum extensione illa, ut etiam detur, si læsus non appellaverit.

b) Scilicet id allegare poterunt dissentientes, ipsos pro se habere regulam, in qua tam diu se fudent, nec probatione opus habeant, donec proberetur a nobis exceptio. Igitur id fecimus in thesi, provocando videlicet ad aliam regulam, quod toties cesset actio Legis Aquilia vel similis tendens ad damni dati restitutionem, quotiens ejus, qui damnum passus est, negligentia vel culpa concurrat. Regulam vero istam jam probavimus per rationes & leges supra §. 4. lit. d. adductas. At negligentiam ejus, contra quem imperite judicatum est, hic concurrere ad damnum, si non appellaverit, aut si appellatiōni renunciaverit, multo magis si deserta pronuntietur appellatio, quis dubitaret; quia si appellasset, imperita sententia, si modo vere imperita fuerit, fuisset reformata. Hoc vero non factō, imputet sibi met ipsi, quod damnum passus fuerit.

Negativa probatur.

### §. XI.

Idem dicendum erit, si sententia a judice sic imperite lata sit, ut sit ipso jure nulla, quia tum is contra quem lata fuit, exceptione tutus, nec adeo damnum passus est, etsi & hic dissentiant viri celebres, a)

a) Ut Wissenbachius ad Pand. Diff. 42. §. 16. Etiam si, inquit, sententia sit ipso jure nulla, tamen actione illa tenetur judex affirmantibus. Respondetur I. ult. de extraord. cogn. l. 5. §. si judex de O. & A. pr. Inst. de obl. quæ quasi ex delicto nasc. que hætenus non distinguunt

*inter sententiam nullam & iniquam.* Ita quidem est, sed ratio harum legum ita iubet distinguere. Quamquam Wissenbachius ideo in hac quaestione est excusandus, quia videtur putasse, actionem hanc dari ad pœnam proprie dictam, qua circumstantia posita, utique nulla foret differentia, utrum sententia sit ipso iure nulla, an citra appellationem in rem iudicatam transeat.

## §. XII.

*Judex an regressum habeat?*

Et quamvis alii putent iudicem ita condemnatum regressum habere ad eum, in cujus favorem imperite pronunciavit, a) haud dubie tamen verior est altera sententia, regressum istum iudici denegandum esse, cum actio hæc ex quasi delicto oriatur. b)

Affirmantium ratio.

a) Ne videlicet alter cum iudicis iactura contra regulam vulgarem locupletior fiat. Ita post Paulum de Castro, Ferdinandum Vasquium, Petr. & August. Barbosa, Celsum Bargalium, putat Mylerus ab Ehrenbach, *Hyparchol. c. 11. §. 11.* qui tamen & ipsi hanc doctrinam restringunt ad casum paragraphi nostri, si videlicet culpa sola iudicis adfuerit, non si dolus.

Negativa defenditur.

b) Inter quod adeo & verum delictum hoc intuitu non est differentia. Unde quaestionem hanc nobiscum negat Wissenbachius *d. Exerc. 42. §. 16.* argumento *l. 7. §. pen. ne quis cum, qui in jus voc. l. 1. §. plane 14. l. 15. de tut. & rat. distrab. l. si plures 38. §. ult. de admin. & peric. tut.* Ubi etiam respondet ad argumentum obstitans ex *l. 7. C. de exalt. tribut.* in verbis: *ipsis adversus obnoxios repetitione servata.* Scilicet in illa lege iam antea Provinciales erant obnoxii præstare annonas militares Misso Opinatori. Ergo iudices vel præfides provinciarum, qui intra annum non exegerant annonas, de suo eas Opinatori præstare debebant, ac deinde a provincialibus reperere. At is, qui utilitatem ex sententia iudicis impru-

impudenter iudicantis habent non sunt obnoxii iudici. Patris, nullus adest fons, ex quo iudex condemnatus regressum instituere possit.

### §. XIII.

Jam videamus, an actio de qua hactenus egimus, *An actio hac usum habeat in praxi?* Et sunt non pauci viri celebres, qui quæstionem affirmant a) ex illis potissimum rationibus: quod hic paragraphus nusquam fit abrogatis; b) imo actio de syndicato in legibus Imperii & ordinationibus quibusdam Provincialibus expressis verbis sit recepta; c) quin etiam collegia juridica in responsis eam receptionem testentur. d) Quibus addi potest, quod hæc actio non fluat ex statu peculiari Romanæ Republicæ; Sed ex ipso jure naturæ; quod videlicet jubeat, damnum ex quacunque culpa datum, ab eo qui dedit, læso esse refarciendum. e)

a) Schneidewin *ad Inst. b. pr. in not. lit. a.* Georg. Schulz. *Loca Autorum in Syn. inst. hic lit. b.* Carpzov. *lib. 2. resp. 64.* Mev. *ad jus Lubec. Part. 5. tit. 1. artic. 2. in fine.* Myndling. *resp. 90.* Gail. *l. 1. obs. 153. n. 4.* Philipp. *us. pract. inst. lib. 4. Ecl. 39.* Hopp. *ad princ. inst. b. 1. in usu hodierno.* Gisebert. *peric. statut. 1. artic. 15. n. 80. in fine.*

b) Hac ratione utitur diserte Mevius *d. l.*

c) Loca Recessuum Imperii de Syndicato disponentia iam supra exhibuimus *S. 3. lit. c.* Ita in iure Pruten. Elect. *lib. 1. tit. 5. §. 4.* constitutum est. *Judices, Assessores, Scabini caveant, ne negligentes sint in officio suo, neque lenta & longa nimis mora postulantiibus jus reddant, tardeve justitiam administrarent. & ne ducissim precipitanter causa nondum sufficienter discussa, neque satis probata sententiam ferant. Si quid horum iudex secus fecerit, & male in iudicando versatus fuerit, litem suam facit, & parii læse*

*Ratio prima.  
Secunda.*

*Ad*

ad id, quod ejus interest, & omne damnum resarciendum tenebitur. Quid clarius dici poterat?

Tertia.

d) Ita Philippi citato loco refert responsum Scabinorum Lipsiensium Ann. 1632. Uffn Fall das Amt Aenstein den von euch rechtmäßig gesuchten Arrest nicht annehmen wolte, und durch solche Verweigerung euch einiger Schaden zugezogen würde: So wäret ihr bemeltes Amt ad interesse und um Erstattung des Schadens gebürlichen zu belangen wohl befugt.

Quarta reli-  
quis prae-  
renda.  
Monita circa  
tres preceden-  
tes.

e) Atque haec ratio videtur omnium esse fortissima, quamvis autores citati eam non soleant allegare. Nam ad primam rationem responderi possit; jus Romanum intuitu Germaniae esse peregrinum; at in peregrino jure ab ejus usum negante non propandam esse abrogationem hujus juris, sed ab affirmante probandam receptionem. Circa secundam moneri possit; saepe etiam in recessibus imperii quaedam extare, quae nullum habeant usum practicum. Ita prohibitas esse in recessibus imperii potationes in salutem, & tamen in toto imperio impunia esse pocula etiam in salutem ipsorum recessuum ea prohibentium. Ita quod receptionem juris Romani attinet, notum est, Recessus imperii secundum principia juris Romani procuratori tribuere dominium litis post litem contestatam, & tamen ipsis recessibus consentientibus nullum effectum hujus domini apparere usquam, quod thema peculiari dissertatione tractavit Exell. Böhmerus. Et solent quidem etiam pro affirmativa adducere jus provinciale, vetus Svecicum, ubi collector *cap. 73. §. 7.* (ap. Goldast. Reichs-Satzungen f. 43.) ita loquitur: Welcher Richter Gut nimmt von einen der unrecht hat, und wieder einem nimmt der recht hat, der thut recht als Judas, der verkauffet das unschuldige Blut, und das rechte Blut und nahm darum unrecht Gut. Also hat der Richter gethan, der hat seinen Bruder verkaufft um ein wenig Guts. Das soll er wissen, daß er Gottes Huld hat verlohren. Und ist, daß ihn Gott ermahnet, daß er es wieder thun (restituere) will, so

Cur omissa sit  
doctrina  
compilatoris  
Juris Svecici.



so soll er das Guth, das ihm jener gab um das Unrecht, das soll er dem nicht wieder geben, der es ihm da gab: wann (quia) er es ihm darum gab, daß ihm der Richter unrechts hülf und das Recht vertilgete. Davon gab er es sündlich und schändlich. Da nahm es der Richter als unrecht und als übel, davon soll es ihm nit wieder werden. Es soll der Richter dem wiedergeben, dem da unrecht geschah. Ihm ist der Richter schuldig zu gelten allen den Schaden, der ihm geschah, also von seinen unrechten Gericht. Davon sollen sich die Richter hüten, daß sie niemand kein Unrecht thun, noch gestatten zu thun. Apparet hic, collectorem (uti saepius alias moribus patrii immiscuit leges Romanus) etiam doctrinam juris Romani de remedio adversus calumniatores in Germaniam introducere voluisse. Sed nolumus vel ideo id afferre, quia is collector privata auctoritate non potuit recipere jus Romanum ad usum practicum, & quia modo notavimus, ne quidem relationem juris Romani in Recessus imperii sufficientem esse ad probandum ejus usum practicum. Quod tertiam rationem concernit, pariter urgeri posset, responsa juridica non probare usum practicum actionis, sed saltem opinionem practicorum de hujus actionis usu, quæ tamen saepe fallat. Confer Dn. Præsid. *Delin. Histor. juris Romani & Germanici* §. 196. Cum autem ipsum jus naturæ tanquam universale, & quod cordibus hominum inscriptum est, dicitur, quod actionem habeamus adversum judicem male judicantem, quis dubitaret amplius, aut saltem quæreret an jus illud sit receptum a Germanis?

## §. XIV.

Porro quamvis Doctores alii testentur, actionem illam in Gallia & Belgio aut Italia non esse receptam; *Dissentientes non loquuntur de Germania.*  
 a) id tamen præcedenti sententiæ ob stare non poterit, cum jam de Germania quæstio sit. b)

E

a) Ut

Locus Greene-  
vegii.

a) Ut Greenewegen de LL. abrogatis ad pr. Inst. de obl. quas quasi ex del. nasc. Quemadmodum, inquit, jure civili consilii non fraudulentis nulla est obligatio l. 47. d. R. l. ita & moribus hujus aevi non tenetur iudex, qui per imperitiam male judicavit privileg. Mariae 14. Mart. 1476. art. 6. idque vel ex eo manifestum esse videtur, quod imperitissimi quoque judicandi munus ambiant, minime veriti, ne per imperitiam male judicaturi plurimas lites suas facturi sint. Et sane periniquum foret, & male ageretur cum iudicibus, praesertim subalternis, si in tam difficili juris & praxeos scientia, in tanta opinionum varietate, tantaque causarum moram non ferentium multitudine, ut saepe non detur plenum deliberandi spatium, ipsi singularum litium periculo tenerentur obnoxii, si quid forte itis per imperitiam & imperitiam excidat &c.

Alii Auctores.

Alios auctores Gallos & Belgas citat idem ibid. & Hoppius in usu mod. ad h. r. qui etiam quoad Italiam citat Joh. Ludov. Decis. i. n. 50. & dec. 3. n. 39.

Alia ratio differenz.

b) Hopp. d. l. qui & istam rationem suppeditat, quod ideo in Gallia, Belgio & Italia actio hæc non fit recepta, quia ibi omnia fere officia venalia sint, & hinc imperitissimi sæpe judicandi munere fungantur.

### §. XV.

Verior tamen sententia negativa.

His tamen non obstantibus putamus assertionem, quod hujus actionis vel plane nullus, vel certe valde exiguus sit usus in praxi, veriorem esse, non quod desit fundata intentio agentis & receptio juris, a) sed quod non expediat eam actionem instituere, idque ob varias rationes. b)

Scilicet quoad exercitium hujus actionis.

a) Igitur hoc pacto tollimus objectionem ex ratione quarta §. 13. lit. c. & concedimus adeo, jus ipsum receptum esse, sed non juris exercitium. Possumus ergo hic actionem instituere, sed non expediat.

Ratio generalis.

b) Rationes has statim dabimus. Hic saltem præmittimus

mus rationem generalem. Diximus actionem nostram tendere eo, ut iudex condemnaretur in veram estimationem litis, id est quanti interfit actoris male iudicatum non esse. At vero constat, regulariter actiones ad interesse parum esse provicias, ob difficultatem maximam probandi. *l. ult. de prator. stipul.* & quod *Dd.* mirum quantum dissentiant in definiendis variis speciebus ejus quod interest, potissimum in demonstrando interesse tam lucri cessantis, quam damni emergentis. Vide *Dd. commum. ad rit. C. de sentent. que pro eo quod interest profer.* *Carpozov. lib. 3. resp. 100.* Et vel juris tyronibus constat, eam ob causam inventam esse a Romanis stipulationem duplæ pro præstanda evictone, item stipulationes penales. Quodsi vero de summa, quæ primario petitur, constet, loco interesse ob eandem difficultatem probationis solent peti usuræ consuetæ ac promissæ &c.

lis, quia datur ad interesse.

### §. XVI,

Quinimo asserere ausim, apud ipsos Romanos non solum tempore Justiniani, sed ipsius Gaji nullum vel exiguum usum hujus actionis fuisse, vel ideo, quod locum non habuerit, si sententia fuerit ipso jure nulla, vel ab ea non fuerit appellatum. a) Quodsi obijcias, non præsumendum esse, quod juri Romano insertæ fuerint doctrinæ exiguum usum in praxi habentes, non difficilis ad hanc objectionem erit responsio. b)

a) Nam si sententia fuit ipso jure nulla, non potuit iudex conveniri, quia tum nullum damnum est passus per dicta §. ii. Quodsi non appellaverit læsus, iterum non tenebitur iudex per ea, quæ §. io. latius docuimus. Ergo restat casus, si is, contra quem ex imprudentia pronunciavit iudex appellaverit, ac appellationem justificaverit. Sed tum vel

*Actio nostra ne quidem jure Romano habuit magnum usum in praxi.*

*Scilicet in solo casu, si sententia iudicis in appellationis instantia fuerit correctæ.*

E 2

confir-

confirmata est prior sententia, vel fuit emendata. Priori casu potuit quidem contingere, ut iudex, ad quem fuerit appellatio directa, æque imperite eam confirmaverit. Sed tunc vel iterum ad alium appellandum fuerit, & tum eadem distinctio esset repetenda, vel etiam, si appellari non possit, qua ratione probaverit læsus, quod ambo isti iudices imperite judicaverint. Pertinet huc elegans locus apud Philibert. Bugnyon *de Leg. abrog. & institut. lib. i. tit. i. p. 5.* *Maintenant ils (les Juges) ne sont autre chose, que de sciemment mal juger, usans de tels mots anciennement allegues, Si gravaris, appella: bien assurez, que les Juges superieurs ne les contraind ont à soutenir leur juge, quod mutuas sibi nonnunquam præstent operas, & mutuo velut nulli scabant l.* Agaso ubi gloss. ff. si quadr. paup. fec. dic. Itaque sibi invicem suppetias ferunt, ut, si quid hujusmodi forsitan illis accidat, a supremis Curis benignissime tractentur. Posteriori casu, si in instantia appellationis prior sententia fuerit correctæ, cessat ipsa læsio, adeoque etiam damnum per eam datum, nisi quoad impensas in appellationem factas, & interesse dilatae victoriæ. Atque adeo hic solus casus restat, ob quem, jure Romano etiam, iudex ob imperitiam possit conveniri, in quo tamen & ipso multæ circumstantiæ aliæ concurrere possunt, felicem ejus exitum haudquaquam promittentes, ut mox videbimus.

Referri in jure  
etiam quæ  
non habent  
usum in praxi.

Cur id a JCris  
sepius factum  
sit.

b) Ut enim taceam, a Dn. Præsidi in *dissert. de usu pract. tit. instit. de adopt. cap. 1. §. 26. lit d.* esse ostensum, quod ministri Justiniani quandoque actum frequentis usus ex impro-  
dientia emendando, præter intentionem destruxerint, & ita docuerint, rem nullum usum practicum habituram, exemplo adoptionis ab extraneis factæ; etiam intuitu ICtorum veterum, ex quorum scriptis pandectæ sunt compositæ, idem dici potest, nec exempla desunt. Initio enim leges ex eorum commentariis ad leges Romanas, vel Edictum Pratoris excerptæ tantum non ubique ostendunt, eos, (ut hodiernum fieri

fieri solet, in commentatione & explicatione legum vel autorum sive scripta, sive viva voce prolata) maximam dedisse operam, ut casibus quibuscunque conquisitis, singula verba legum vel Edicti & eorum vim ac efficaciam exponerent, sine circumspectione, utrum illi casus sint frequentis usus in praxi, an rariores. Atque ea in re non peccabant, cum non leges scriberent, sed interpretarentur. Leges enim non debent fieri de eo, quod raro fit, sed interpretis exemplis sensum legis exponendo, ampliando, limitando, pro fine habet illustrationem conceptum in intellectu lectoris, sine respectu ad frequentiam exempli in ipsis rerum argumentis. Hoc igitur intuitu uti, quod in proverbio est, exemplorum non requiritur veritas, ita nec frequens existentia. Eadem est ratio, dum JCti institutiones legitimæ scientiæ & similes libros scripserunt. Ita doctrina de triplici gradu culpæ in speculationibus intellectualibus fundamento suo non destituit, & frequenter a JCti Romanis inculcatur, etsi ejus nullum vel exiguum usum esse, peculiari dissertatione ostenderit Dn. Præses.

Quare Caius proponendo distinctionem obligationum, & de exemplis quasi delictorum vel culparum sollicitus exemplum dedit de iudice imprudenter judicante, non necessarium esse opinans circumspicere, utrum iudices frequenter ita convenirentur, ac sufficere sibi putans, si modo istud exemplum perspicue exponeret doctrinam de quasi delictis. Res adhuc magis perspicua fiet, si consideremus aliud exemplum in eadem doctrina, scilicet medici, de cujus comparatione cum iudice jam supra adversus communem Doctorum sententiam egimus §. 3. lit. d. e. Proculus ait, *si medicus serum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem l. 7. §. 8. ad L. Aquil.* Videtur Proculus studio imperitiæ saltem sectionis mentionem fecisse, non medicamento perperam adhibiti, forte respiciens ad usum practicum, quia imperita sectio facilius probari potest, quam imperitiæ intui-

Exemplum.

Idem &amp; hic factum a Gaio.

Aliud exemplum de medico imperite curante.

itu medicamenti. At idem noster Gaius *l. 8. pr. ff. cod. solum ad expositionem sensus in lege Aquilia, non ad usum practicum reflectens addidit. Idem juris esse, si medicus medicamento perperam usus fuerit.* Ulpianus omitta relatione exemplorum de obligatione Medicorum generalem regulam eodem tendentem proponit *l. 6. §. 7. de offic. Præsid. Sicuti Medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quæ per imperitiam commisit, imputari ei debet. Pretextu humane fragilitatis delictum decipientis in periculo hominis innoxium esse non debet. Quæ omnia intuitu theoriæ recte se habent.* At in praxi, ubinam medici in judicium vocantur ob imperitiam; scilicet ob difficillimam imperitiæ probationem. *Medici enim sic curant animal humanum, nec confisum scientia veritate, sed in arte suspicabili positum & conjecturarum estimationibus nitunt.* Arnob. *lib. 1. adv. gentes p. 28.* Unde & Greenewegen *ad §. 7. Inst. de L. Aquil. scripsit, medicos in judicium non vocari, quod eorum imperitiæ terra degat.*

## §. XVII,

*Etiã ideo, quod non omnis imperitia sit culpa, quæ ratio adhuc magis in Germania obtinet.*

Accedit quod adhuc dubium sit, an secundum principia tam juris naturalis a) quam Romani b) & Germanici c) omnis imperitia & imprudentia etiam eorum, qui artem aliquam profitentur, pro culpa sit habenda, etsi de regula nemo dubitet. Sanè errare humanum est, & omnia scire magis divinitatis est, quam ut ab homine id postulari queat. Quæ consideratio, uti iterum ostendit difficultatem probandi sæpissime subesse, ita non solum apud Romanos docet rarissimam fuisse praxin hujus actionis, sed & adhuc minus frequentem apud Germanos, quo major est apud nos legum pluralitas & incertitudo. d)

Regula de

p) Ignorantiam culpæ annumerari dicit *l. 132. de R. J.*

Quam

Quam regulam communiter sic explicant, ut in eo procedat, qui peritiam aut artificium profiteatur, si circa hoc negotium per imperitiam quid commiserit, cum alias imperitia alicujus rei per se culpa non sit. Vid. Vinn. *in notis ad §. 7. de Lege Aquilia.* Quod & ipsum regulariter procedere concedimus, sed non universaliter. Etenim ignorantia vel imperitia juris est vel naturalis vel civilis. Ignorantia juris naturalis huc non pertinet, quam uti in omnibus hominibus, ita vel maxime in iudice culpæ annumerari non negamus. Sed de ignorantia juris civilis sermo est. Video & hanc dici, uti culpam in latam levem & levissimam. Latam vocant, cum quis ignorat ea, quæ communiter omnes JCTi intelligunt; levem, cum quis ignorat ea, quæ soli excellentes JCTi sciunt; denique levissimam, ignorare ea, quæ non nisi rarissimi quique sciunt, qui propterea pro excellentissimis habentur. Primam dicunt esse culpam latam, secundam levem, tertiam levissimam. Vid. Alciat. *ad l. 213. §. 2. de V. S.* Posse imperitiam ita subtiliter dividi concedo; nego vero eam divisionem esse perspicuam, nego, ignorantiam levissimam esse culpam. Perspicua non est, maxime intuitu imperitiæ levissima. Quinam enim sunt illi JCTi rarissimi & excellentissimi, & ubi existunt? Nescio equidem an JCTi eadem præditi sint modestia, quæ de septem sapientibus Græciæ narratur, quorum nullus tripodem iussu oraculi, sapientissimo tradendam, accipere volebat, sed mittebat ad alium. Ita homines comparati sumus, ut facile quislibet se putet alios se & scientia & virtute excellere. Quis vero in hoc dissidio iudex erit competens. Ergo vereor, ne imperitia hæc levissima si ad praxim deduci debeat, id fieri possit, sed conceptus ille imperitiæ levissimæ & JCTi illius rarissimi & excellentissimi potius referendus sit ad ideas plus quam Platonicas, & adhuc magis, quam conceptus diligentissimi patrisfamilias, quem JCTi Romani sibi formarunt

ignorantia  
culpæ annu-  
meranda.

Ignorantia ju-  
ris civilis vel  
lata vel levis  
vel levissima.

Imperitia le-  
vissima est  
subtilis sed  
inanis specu-  
lacio.

Imperitia le-  
vissima non  
est culpa.

Imo ne levis  
quidem.

Sed saltem  
lata.

Etiam secun-

marunt in doctrina de contractibus. Videamus jam, an imperitia levissima illa, quæcunque etiam sit, pro culpa haberi debeat etiam in iudice? Nego, & ex his rationibus ostendo. Culpa est, ignorare ea, quæ quis scire debet. In hoc consentiunt omnes. Jam vero quis postulaverit, ut JCrus omnis, qui jurisprudentiam provitetur, præ se ferat, aut præ se ferre debeat, ut sciat ea, quæ excellentissimus JCrus & Phœnice rarior, multa lectione ac experientia sibi paravit. Ita sane tolleretur omnis scientiæ gradus, omnis excellentia, si omnes JCrus essent æquales. Quilibet JCrus peritiam profidetur juris, hanc si non præstet, in culpa est. Peritus autem haud dubie est, qui non est imperitus. Imperitus vero est, qui nescit ea, quæ communiter juris periti sciunt. Ergo non est imperitus, qui ignorat ea, quæ scit excellentissimus & rarissimus ille JCrus, atque adeo nec imperitia hæc ejus culpæ est annumeranda. Jam facile quidem sentio, quod argumenta hæc nostra ex eo sis impugnaturus, quasi vitium in iis lateat vel ideo, quod plus probent, quam probare debeant: Voluisse enim me probare, imperitiam levissimam non esse culpam; Sed ex istis rationibus etiam sequi ne quidem imperitiam levem esse culpam, si quis ignoret ea, quæ excellentes JCrus sciunt. Bonum factum. Statim ab initio in ea sententia fui, sed statim eam dicere nolui, ad cavendam indignationem dissentientium. Jam cum res eo deducta sit, non dissimulabo amplius. Ita est. Sola imperitia crassa & lata in JCrus culpa est, uti in omnibus artificibus, h. e. si JCrus ignoret ea, quæ communiter JCrus sciunt, etiamsi non sint excellentes. Commune proverbium est, nemo nascitur artifex. Imo nemo qui fit artifex, statim excellit inter artifices. At quis unquam hactenus ista docuit? Istam quidem objectionem parum curo. Sufficit quod ratio recta hæc doceat. At jurisprudentia nostra rationalis est.

b) Neque tamen putandum, alienam esse ab hac doctrina



na Jurisprudentiam Romanam. Nam etſi Gajus noſter dicat, imperitiam culpæ annumerari *d. l. 132. de R. J.* Etſi idem dicat *l. 8. §. 1. ad L. Aquil.* neminem affectare debere id, in quo intelligat vel intelligere debet infirmitatem (vel imperitiam) ſuam aliis periculofam futuram; nusquam tamen dicit, imperitiam aut imprudentiam (nam utriusque hic eadem eſt ratio, etſi alias non omnis imprudentia ſit imperitia, cum etiam imprudentia poſſit oriri ex inadvertentia, ut recte obſervat Zieglerus *Dicaſt. Concl. 1. §. 9.*) levem vel leviffimam eſſe culpam, ſed hæc doctrina eſt inventum interpretum Juris Romani, per modo notata. Id quidem agnoverunt JCi Romani, *turpe eſſe Patrio, & nobili & cauſas oranti,* (adeoque multo magis & judici) *juſ in quo verſaretur* (vel ſecundum quod pronunciare deberet) *ignorare, l. 2. §. 43. de O. J.* Sed ipſum tamen Jurisprudentiæ ſtudium tam vulgare & facile eſſe non ſunt arbitrati, ut ignorantia omnis etiam JCto turpit haberetur ac pro culpa imputaretur. Ego, inquit Pomponius (*l. 20. de fidei com. libert.*) *diſcendi cupiditate, quam ſolam vivendi rationem optimam in octavum & ſeptuageſimum annum ætatis duxi, memor ſum ejus ſententiæ, qui dixiſſe fertur: Etſi alterum pedem in tumulto haberem, non pigeret aliquid addiſcere.* Cum ergo natura hominis ita comparata ſit, ut ſcientia humana quotidie augmenta capiat, & dies diem doceat, quis diceret, Pomponium, juventutis tempore ſi quid ignoraverit, quod alii JCti ſeniores ſciverint, in culpa fuiſſe, quod id ignoraverit. Annon recordati ſunt juris interpretes ipſius Imperatoris Juſtiniani, qui in *l. 3. §. 13. de V. J. E.* de ſe ipſo diſerte ait: *In nullo aberrare, ſeu in omnibus irreprenſibilem & inemendabilem eſſe divinx utique ſolius, non mortalis eſt conſtantia ſeu roboris, quemadmodum & a majoribus dictum eſt. Quid clarius ex hac lege deduci poteſt, quem, non omnem juris ignorantiam etiam in JCtis culpæ eſſe adſcribendam? Et tamen*

F  
JCti

dam juſ Ro-  
manum no-  
omnis igno-  
rancia juſis  
in juſdice cul-  
pa eſt.

Explicatur  
l. 2. de J. &  
F. L.

JCti iidem, qui leges modo memoratas ut notabiles edicendas commendant juvenibus, docuerunt, levem vel levisimam juris ignorantiam in iudice culpæ esse annumerandam! Vides quid profit, si saltem leges commendentur memorix, cum neglecto iudicii & sollicitudinis intelligendi, quænam sit legum vis & potestas. Sed video facile, dissidentes, qui imperitiam etiam levissimam in iudice culpam esse arbitrantur, forte seductos esse effato Neratii, in l. 2. de J. & F. ignor. ubi sic disserit: *In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet, cum jus finitum & possit esse & debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit.* Sed respondeo 1) Non dicit, quod juris error nunquam excuset, sed quod non semper excuset. Scilicet ut Papinianus loquitur l. 7. eod. *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet*, h. e. ut interpretes recte exponunt, non nocet illis, qui in damno vitando versantur, qualis etiam est iudex ex imperitiâ levi vel levissima judicans. Porro, quemadmodum Cassius referente Pomponio l. 3. §. 1. eod. cum Sabino ignorantiam (facti) ita accipiendam existimavit, (in regula quod facti ignorantia non noceat) ut non sit deperditi & nimis securi hominis, idem quæ Paulus cum Labeone statuit l. 9. §. 2. ita natura correlatorum postulat, quoad juris ignorantiam nocentem ut talis intelligatur, cum quis ignorat, quæ reliqui JCti sciunt. Sientia vero hoc loco neque curiosissimi, neque negligentissimi accipienda, verum ejus, qui jus diligenter discendo notum habere possit *arg. d. l. 9. §. 2.* 2) Dicit quidem JCtus, jus finitum esse posse & debere, sed non dicit, jus finitum esse. Concedo, jus etiam civile finitum esse posse & debere, sed quid inde adversus iudicem jus civile quod infinitum est, ignorantem, inferri potest? Nihil. 3) Quodsi dicas, JCtum voluisse etiam dicere quod jus sit finitum,

nitum, si de Jure naturali ei sermo sit, tum adversus nos allegari non poterit ob dicta §. *preced. lit. a.* 4) Sed haud dubie sentit Jctus de Jure Civili eoque Romano. Ita simili est sententia Quintiliani *lib. 12. Inst. cap. 3.* Hoc, inquit, (Studium juris) non tam est arduum, quam procul intuentibus fortasse videatur. Namque omne jus, quod est certum, aut scripto, aut moribus constat: Dubium, aequitatis regula examinandum est. Quae scripta sunt, aut posita in more civitatis nullam habent difficultatem, cognitionis sunt enim, non inventionis. At quae consultorum responsis explicantur, aut in verborum interpretatione sunt posita, aut in recti pravique discrimine. Vim cujusque vocis intelligere, aut commune prudentium est, aut proprium Oratoris. Aequitas optimo cuique notissima. Nolo equidem prolixè examinare sententiam Quintiliani, cum ad finem properem, & disquisitionis hanc peculiarem inspectionem mereatur. Quod ad praesentem scopum sufficit, liceat & Neratio, & Quintiliano objicere, quae Gulielm: Budaeus ad ff. tit. de Just. & J. p. m. 10. seqq. adversus hanc Neratii disserit. Eo res redacta est, ut nulla etas huic studio sufficiat. Ceu vero scita plebis indocta, edita Praetoris plerumque semidocti, principum sanctiones & imperia interdum precipitata, consulta senatus, nonnunquam ambitiosa, aut per metum Principum extorta, aut per assentationem effusa, aut necessitate aliqua expressa, denique ambigua saepe jurisprudentum responsa, id est, eorum, qui suffragatorum praecipus, aut summi beneficii loco a Principe impetraverant, ut jurisprudentes essent, & de jure publice responderent: haec, inquam omnia, quasi Sibyllinorum carminum instar sint, aut oraculorum propheticorum, ac nunquam satis enarrata, secunda hominum ingenia & ad omnes disciplinas, (si per priscam juris facilitatem licuisset) versatilia, aeternum exercere debeant; ut ille quondam scriptus & a tergo, nec dum finitus Orestes. Inde illa cantatissima de dividuo & individo, de suitate, de pacto nudo, nec dum ego voluminum textura

vestito, & alie hujusmodi finuosissima questiones &c. Adde tot diffensiones inter Labeonis & Capitonis successores, Proculianos, Sabinianos &c. Quos inter si alteruter alterutrum accusasset, quod imperite judicaverit, quis iudex futurus fuisset? §) Non solum imprudenter iudicat, qui jus ignorat, sed etiam qui jus parum prudenter applicat ad factum propositum. Jam etiam demus jus finitum esse, juris tamen applicatio infinita est, propter infinitatem circumstantiarum facti, quarum vel minima juris applicationem variat.

Jure Germanico ignota distinctio imperitiae levis & levissima.

c) Germanos nunquam subtilem illam & in praxi inutilem distinctionem inter culpam latam, levem & levissimam recepisse, & olim eandem jure suo ignorasse docuit Dn. Praeses in dissert. de usu practico distinctionis culpae in contractibus. Ergo & ignorarunt multo magis distinctionem inter imperitiam juris latam, levem & levissimam, quae glossatoribus demum aut juris Romani interpretibus novioribus originem debet. Quod vero iudicem imperite judicantem, eum jam sub linea Merovinga Reges Francorum e Germania oriundi, tantum culpa damnum dantem condemnare noluerunt. Ita enim legitur in Capitulari Dagoberti Regis seu legibus Bajuvariorum Tit. 2. cap. 18. & 19. *Judex, si accepta pecunia male judicaverit, ille, qui injuste aliquid ab eo per sententiam judicantis abstulerit, ablata restituat. Nam iudex, qui perperam judicaverit, in duplum ei, cui damnum intulerit, cogatur exolvere, quia ferre sententiam contra legem nostrarum statuta praesumpsit, & in fisco cogatur quadraginta solidos persolvere. Si vero nec per gratiam nec per cupiditatem, sed per errorem injuste judicaverit, iudicium ipse, in quo errasse cognoscitur, non habeat firmitatem; iudex vero non vocetur ad culpam.*

Maxima incertitudo juris

d) De pluralitate & incertitudine legum Romanarum modo. locum Budæi dedimus. At vero. apud nos. hodie Jus.

Jus Justinianicum, varia Germanica, Feudale, Longobardi-<sup>Romani, &</sup> cum, Suevicum, Saxonicum, Jus Canonicum, Praxis & <sup>hodierni Ger-</sup> Mores saepe e diametro & in ipsis principiis sibi contrariantur, <sup>manici,</sup> ut loquitur Philippus Burchardus *de hodierna Jurisprudentia* *novis & remediis p. 31.* quæ integra dissertatio assertum hoc nostrum latius probat. Laboramus enim etiam incertitudine opinionum communium contra communes & rerum judicatorum contra res judicatas &c. Et nulla sententia tam absurda est, quam non defenderit aliquando Doctor famigeratissimus, aut integrum etiam JCorum collegium. Unde ad oculum patet, quam difficile & pene impossibile sit, apud nos probare, quod judex imperite judicaverit.

## §. XIX.

Adjuvat sententiam nostram argumentum magni *Actio Syndi-* roboris. Si enim non obstante frequente mentione *catus etiam* Syndicatus in legibus Imperii nusquam tamen apparet *nullum usum* actio de Syndicatu in Imperio instituta, a) quamvis *babet in* lapides clament & publice notorium sit, multas sententias pronuciari per sordes judicum, b) quis speraret *praxi.* quæso aut sibi promitteret usum practicum actionis contra judicem ex errore aut imperite judicantem.

a) Non adducam, quod jam Hippolitus a Lapide *de Probatio* *Ratione status imperii Germanici Part. 2. c. 7. sect. 5.* observave-<sup>thescos.</sup> rit, in judicio Aulico Cæsareo nunquam admitti remedia revisionis vel Syndicatus, sed ea tantum in Camera Imperiali locum habere. Sed jam ante plures annos observavit Burgoldenensis *ad Instrum. pacis Part. II. disc. 20. §. 10. circa fin.* syndicatam istum, quia ob dolum detur, nullo adhuc exemplo in Camera firmatum esse, & quia est remedium valde periculofum, ei aliud mitius nempe revisionem esse adjunctam.

Idem tradit Gregorius Biccus *rev. quotid. sive aur. sect. 5. n. 176*, & Lyncker *de Gravam. extraj. c. 9. p. 2. S. 67*, neque qui post hos 1685. scripsit, Gravius de iudicio Syndicatus, ullum exemplum adducere potuit. Conf. B. Beyeri *posit. ad ff. cit. de appell. posit. 29.*

In senatu Au-  
lico casus syn-  
dicatus non  
est dabilis:

b) Scilicet in iudiciis inferioribus. Sed cum Senatus Aulici Cæsarei ea sit integritas, ut nihil ex affectione aut corruptione quicquam contra iustitiam attentet, hinc etiam nulla Syndicatus gravamina Excellissimo huic iudicio hæcenus imminuerunt, adeoque merito superfedemus de imperitia & dolo eorum plura dicere, in quos ne doli quidem vel imperitiæ suspicio cadere potest. Sunt verba Joh. Christoph. ab Uffenbach *de Const. Cæs. Aul. c. 23. sect. 2.* Adde omnino *II. Sam. XX. 11.*

## §. XIX.

*Res est plena  
periculi judi-  
cem conveni-  
re de dolo vel  
culpa.*

Scilicet res est etiam periculi plena, iudicem convenire de dolo vel imperitia, cum eadem leges, quæ actionem nostram indulgent, admoneant partes de manifestis probationibus & de præsumtionibus pro iudice & eorum sententiis, a) & ea de re unanimis sit Jctorum sententia, b) ut adeo ipsi dissentientes, fateantur propterea actionem nostram raro apparere in foro. c)

Jus ducatus  
Prussix requi-  
rit probatio-  
nes manife-  
stas.

a) Ita enim jus provinc. ducatus Prussix *lib. 1. tit. 5. §. 4.* postquam docuisset, iudicem male iudicantem parti læse teneri ad id quod ejus interest, & omne damnum resarciendum, subiungit: Cæterum, quia iudex in jure pro viro bono habetur, ideo pro ipso præsumitur, nec ullis adversus eum, iudiciumque, quod exercet, suspicionibus locus est, nisi contrarium manifeste probetur,

b) Ita

b) Ita enim docent: Præsumtio est pro judicis sententia *l. 63. §. 1. ff. de evict.* Tabor *ad Barbos. l. 17. c. 19. ax. 18.* unde injustitiam evidentem & probationes in Syndicatu luce meridiana clariores esse oportet, cum Baldo & Paride de Puteo, aliisque Giurba *consil. 72. n. 15.* five criminaliter, five civiliter agatur *arg. l. f. C. de probat. junct. l. fin. C. ad l. Cornel. de falsis*, in quo nec mediator, qui se pecuniam ab alio ad corumpendum receptam solvisse dicit, utpote in hoc se ipsam exonerans, cum potuisset penes se retinere, ad ferendum testimonium admittitur. Idem *d. Consil. n. 16.* Nec judex Syndicatu conventus aëtori acta judicialia adversus se edere tenetur, Matth. Berlichius *integra, decis. 56.* ubi id præjudicii firmat. Siquidem delinquere & male agere vel alias nemo præsumitur *l. 51. pr. ff. pro socio*, maxime viri boni *c. fin. X. de præsumt. c. un. vers. cum illum X. de scrutin. l. 18. §. 1. ff. de probat. veri Christiani, Nobiles & doctores arg. l. 2. C. de debit. civil.* cum major pro iis regulariter stet virtutis, integritatis atque innocentie præsumtio *arg. l. un. ff. de offic. Præf. Prætor. Joh. le Cirier de primog. lib. 2. qu. 4. art. 2. n. 4. Farinac. op. crimin. qu. 39. n. 48.* Et quidem nihil est hodie familiarius litigantibus, quam vel in ipsum etiam judicem conviciando, cavillando & maledicendo scriptis pariter atque verbis procacius & effrenatius invehi, si nempe causa, quam sibi justissimam persuaserunt, cadant, ut vere Consiliarius quidam in Aula Electorali Saxonica Nobilissimus dixerit, judicem tot amicos sibi acquirere vel inimicos, quot sententias publicari fecerit, quæ victori semper placeant, victo nunquam non displiceant, ab illo laudentur, ab hoc vituperentur. Carpz. *lib. 6. Repr. 97. pr.* Flura vide apud Gravium de *judicio Syndicatus c. 5. §. 15. & c. ult. §. ult.*

c) Ita enim Hoppius *ad hoc pr. in usu mod.* Nec est, quod Confessio  
 infles, rarius tamen hodie in judicium deduci hanc actionem. *Esto* Hoppii de  
 enim periculo.

Difficultas harum probationum secundum pragmaticos.

*cum id ita esse, exinde tamen non statim ad abrogationem ejus argumentandum, & forte id ipsum non tam ideo fit, quod jus illam instituendi deficiat, quam quod quisque sibi metuat a iudice, nec facile cum illo contendere aufit.*

## §. XX.

*Consensus  
aliorum n -  
biscum. Re-  
sponso ad  
objectiones.*

Nec desunt plane JCTi famigeratissimi, qui ante nos idem docuerunt, non observari hodie hanc actionem. a) Unde non curamus, quod tamen ejus practica extet in Classibus Oldendorpii, quia illa practica est hypothetica. b) & quod apud Mevium extet decisio de hac actione revera instituta, quia illa non condemnavit iudicem, sed absolvit. c)

*Nobiscum  
sentit Lau-  
terbachius.*

a) Unus sit instar omnium ex JCTis Germanis, Lauterbachius in *Compend. ad tit. de extraord. cognit. in fine*, in primis, cum ille alias non sit facilis in afferendo non usu actionis alicujus in jure Romano fundatæ, & etiam longa experientia præditus, ut dispicere potuerit, an actio hæc, de qua agimus, sit in viridi observantia, an minus.

*Locus ex Ol-  
dendorpio pro  
probando usu  
practico hujus  
actionis.*

b) Gavissus sum, cum in classibus Oldendorpii circa finem id est, *class. 7. act. 13. p. 917.* invenirem rubricam de Practica hujus actionis, nec pigebit eam totam describere, cum rarius occurrat, ubi tamen notes velim, verba parentesi inclusa esse glossas Oldendorpii, rationes libelli ibi propositi declarantes. Ergo ita proponit casum seu libellum: *Actor dicit, quod Sempronius ipse Utopia civis exercet quasdam negotiationes hic gentium (Exprimendæ sunt in specie res illarum negotiationum) Tales negotiationes Rempublicam Stadensem multum ledant. (Merito igitur agendum est ut desinant privata comoda propter publicam utilitatem:)* *Sempronius ille admodum, ut a tali gravamine abstineret, nihilominus in præjudicium totius populi dicta exercuit negocia. (Non decet Christianum homi-*



hominem talis obstinacia adversus proximum, multo minus adversus totam universitatem.) *Actor nomine senatus populi que Stadenſis vocavit eum Sempronium in jus apud Titium judicem.* (Recte quidem. Nam ideo est Magistratus, ut sit timori malis, præsertim lædentibus Rempublicam. Rom. 13.) *Actor eidem judici exposuit, reo non esse jus prædictis negotiationibus civitatem Stadenſem intolerabilibus damnis afficere.* (Hæc clausula manifestissimi juris est, ut infra dicitur.) *Actor probavit intentionem, quatenus ad factum pertinet confessione rei conventi (ex l. 1. ff. de confess.)* *Judex prædictus non considerata actione Stadenſium justissima, pronuntiavit, reum, quominus prænominate negotiationis exerceat, impediri non debere.* (Illa pronuntiatio omnibus modis contra jus & æquitatem fuit: juxta l. ult. C. si contra jus vel util. publ.) *Civitas Stadenſis tali pronuntiatione injusta fuit damno mille aureorum affecta.* (Si autem judex forte odio, gratia, aut pecunia corruptus pronuntiaverit, varianda est hoc clausula.) *Quare petit actor universitatis dictæ Stadenſis, vestra sententia pronuntiari; non licuisse Titio reo, tunc judici contra jus & utilitatem publicam sententiam dicere, ideoque ad solvenda mille Senatui populoque Stadenſi omnibus modis eum teneri.* (Si id genus actionis aliquanto frequentius tenderetur adversus iniquos judices: haud dubie non ita susque deque pronuntiarent, præsertim in causis publicis.) Hactenus Oldendorpius. Ex cujus verbis finalibus parenthesi inclusis apparet, practicam hanc esse hypotheticam, & casum ab Oldendorpio fuisse fictum, non in ipsis obtinuisse rerum argumentis. Neque enim narrat eventum hujus actionis, sed fictione utitur, uti in toto prope libro fecerat. Ut taceam, Oldendorpius, si unquam, parum prudenter hunc casum pro monstranda practica actionis, de qua agimus, elegisse, nec verosimile esse, in casu simili contra judicem pronuntiatum iri. Ipse quidem pro judice fingit

Responderetur  
casum illum  
non solum ef-  
se fictum sed  
etiam imperti-  
nentem.

singit hanc exceptionem: Titius *reus dicit, se contra jus par-*  
*tis, non vero contra jus scriptum pronunciaffe.* Et statim ni-  
 mis severe pronuntiat: *Abeat autor istius distinctionis in malam*  
*erucum. Quid enim differunt jus partis & jus scriptum in judi-*  
*ce calumnioso? &c.* Sed vereor, ut judex in casu simili ista  
 absurda exceptione usus sit, cum non deficiant alia ex-  
 ceptione non longæ quærendæ. Quid enim, inquiet, hoc  
 novæ rei est, ut actores me conveniant quasi imperite  
 judicaverim pro exercitio negotiationis libero? Audio  
 allegari contra me, quod non deceat Christianum homi-  
 nem talis obstinacia adversus proximum. Virtutes Chri-  
 stianæ sunt omnis coactionis expertes, nec usquam legi  
 in toto corpore juris ob violata præcepta humanitatis &  
 benevolentia, actionem concedi, si modo regulæ justi-  
 tiæ non violentur. Dicunt actores, quod mercator con-  
 ventus hic exercuerit. Bene, sunt enim commercia ju-  
 ris Gentium. Dicunt, negotiationem ejus Rempubli-  
 cam eorum multum læsisse. Sed sub quo pretextu, cum  
 qui suo jure utitur, nemini faciat injuriam. Dicunt eum  
 læsisse utilitatem publicam, dicunt, eum hoc confessum  
 esse. Confessus est factum, id est negotiationem. At  
 non confessus est, se quid commisisse contra utilitatem pu-  
 blicam. Utilitas publica plerumque servit pretextui il-  
 lis, qui non quærunt nisi utilitatem propriam, eamque  
 privatam. &c. Vel me omnia fallunt, vel certus sum,  
 judicem ita pronunciantem nequaquam imprudenter aut  
 imperite pronunciaffe.

Neque etiam  
 casus a Mevio  
 adductus probat  
 usum acti-  
 onis nostræ.

c) Extat illa decisio *Parte 8. decis. 480.* ubi, postquam  
 Mevius de requisitis hujus actionis ex principiis juris Ro-  
 mani nonnulla præmisset, casum narrat de judice, qui de  
 fuga hominis proprii conventus erat, quod admissa cautio-  
 ne istum ex carcere dimisisset, & subjungit: *est efficaciter*

ter conveniri potuisset, si de injuria admittæ cautionis & relaxationis res plana fuisset, apparentibus tamen quibusdam circumstantiis, ex quibus excusari factum judicis potuerit, pro eo absolvendo prævaluisse sententiam, in causa *Mittmeister Sperlings* contra senatum Civitatis Wismariensis die 8. Octobr. 1661.

## §. XXI.

Sed & qui nuper ventilatus est, in Facultate Juridica hujus *Almæ Fridericianæ*, casu, docet, institutam quidem fuisse ex hoc textu Institutionum actionem contra judicem imperite judicantem, a) & sententias duas condemnatorias actorem jam obtinuisse, b) verum iustas subesse rationes dubitandi, utrum exinde actor multum sit lucraturus. c)

a) Casus iste erat. Primus convenerat Secundum coram Tertio, quod Secundus ante mensem vendidisset Primo equum cæcitate lunatica laborantem pro 31. thaleris, petens rescindi emtionem, & Secundi equum alium interim erresto detinendum. Secundus responderat, equum tempore venditionis omni vitio fuisse destitutum, et si idem equus deprehensus sit a iudice & assessoribus, Secundo etiam non contradicente, tempore actionis institutæ esse cæcum. Testimonium etiam dixerat testis, sed non juratus, quod equus post octiduum post venditionem jam cæcus fuerit, & alii duo, sed pariter injurati, quod equus statim post venditionem cæcus fuerit deprehensus. Pronunciaverat Tertius, rescindendum esse contractum, & Primo a Secundo pretium esse restituendum, ac interim alium equum Secundi in arresto esse detinendum. *Relatio casus secundum circumstantias singulas.*

sententiam latam die, Primus petierat, ut iudex æstimaret equum arrestatum, & ipsi pro summa æstimata addiceret. Æstimatione facta equus iste a Tertio adjudicatus fuit Primo pro 27. thaleris; Verum Secundus convenit iterum Tertium iudicem, quod imperite iudicaverit, petens restitutionem damni dati.

Rationes sententiarum, iudicem conventum damnantium.

b) Pronunciavit enim iudex coram quo Tertius erat conventus: Tertium debere Primo intra sex septimanas satisfacere ob damnum ipsi per sententiam suam datum. Leuteratione interposita a Tertio, per Collegium aliud Jure Consultorum sententia prior confirmata erat, ac Tertius in expensas Leuterationis erat condemnatus, salvo tamen regressu adversus Assessores iudicii, si modo probasset intra quatuor septimanas, quod per horum vota plura sit adactus ad ita pronuntiandum. Quamvis autem nullæ additæ fuerint rationes decidendi istis duabus sententiis, facile tamen iudicari potest, ex quibus fundamentis illæ fuerint latæ, scilicet (1) ex communi persuasione de usu practico actionis contra iudicem male iudicantem, nondum abrogato, item (2) quod omiſsa a læso per sententiam iudicis iniquam appellatio non possit nocere illi, iudicem ex quasi delicto convenienti. (3) quod probatio læsionis per illam sententiam iudicis hic sit evidens, cum Primus fundamentum actionis suæ posuerat in venditione equi cœcitate lunatica (Wend-Blindheit) laborantis, posteo vero equus deprehensus erat laborasse cœcitate absoluta (Stoch-Blindheit) & vero cum hæc posterior sit vitium sensibile, ob eam non locum habeat redhibitio: Accedere, quod neque probatum fuerit, tempore venditionis equum jam fuisse coecum, cum testes omnes non fuerint iurati, & unus eorum deposuerit, equum post octiduum demum a contracta venditione fuisse coecum deprehensum; neque obſtare quod

quod Secundus præsens fuerit, & non urserit, testes prævio juramento esse examinandos; cum judex id ex officio facere debuerit; Denique & id considerandum esse, quod, etiam si forte reo imputari posset, quod a sententia iniqua judicis non appellaverit, in præsentem tamen casum Secundo nihil esse imputandum, ideo quod Tertius sequenti statim die post publicatam sententiam Primo adjudicaverit alium equum sanum, ac ita de novo Secundum læserit, non expectans ejus appellationem intra decendum interponendam. &c.

c) Quia Tertius sententiæ suæ fundamentum non solum posuerat in constitutione Principali, jubente pecudes cœcitate lunatica laborantes esse redhibendas, sed etiam illas, quæ vitium haberent tempore venditionis, quod eas plane inutiles redderet ad usum emtoris, inter quæ etiam recenseri debeat cœcitas absoluta, ut quæ pariter non numerari possit inter vitia visibilia *arg. l. 43. §. 1. de cont. emt. ac alibi eam ob causam vitii ob quæ redhibitio concedenda sit, accensetur;* (2) quia imperitia judicis concurrens cum dolo actoris non relinquat locum actioni nostræ contra judicem imperite judicantem; in primis cum (3) iste dolus sit plane enormis, si Primus Secundo vendidisset equum revera vix pretii 4. aut 6. thalerorum pro thaleris 31. & (4) testimonium duorum testium injuratorum de cœcitate absoluta equi tempore venditionis ad minimum indicium faciat adversus Primum ad juramentum purgatorium; Porro falso supponi (5) in sententiis Tertium condemnantibus, ac si actio contra judicem imperite judicantem sit in foris Germaniæ usu recepta, per hæcenus deducta, & (6) quasi ea etiam locum habeat in casu, si læsus non appellaverit, per ea, quæ docuimus §. 10. Neque prodesse (7) Secundo, quod Tertius statim postredie post sententiam publicatam adjudicaverit Primo equum Secundi,

G 3

nam

nam & hoc vel attentatum, vel imperite factum potuisse emendari mediante appellatione &c. Igitur de hoc casu Facultas nostra pronunciavit mense Augusto hujus anni, quod ante omnia Secundus debeat se juramento purgare, quod nesciverit equum venditum tempore vendicionis fuisse cœcum, uti patebit ex ipsa sententia subiecta, circa quam tamen paucis monendum: quod ibi concessum fuerit, ac si competat actio læso, etiamsi non appellaverit, & quod actio adversus judicem male judicantem non detur ad interesse, sed ad multam arbitrariam, quorum utrumque tamen falsum esse hic ostendimus *d. §. 10. & §. 4.* cum dicta sententia concepta fuerit ad gustum Dd. erroribus communium opinionum adherentium, nec ibi locus fuerit, eosdem prolixè refutare, TANTUM HAC VICE.

## SENTENTIA FACULTATIS JURIDICÆ HALLENSIS

Mense Augusto 1714.

**A**uf gesuchte Restitution in integrum und ferneres Einbringen in Sachen des Stadt-Vogts K. zu U. Beklagten an einen, Hans S. zu E. Klägern am andern Theil, erkennnen Churfürstl. r. auf eingeholten Rath, auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die Gravamina restitutionis erheblich, und ist nunmehr aus denen Acten soviel zu befinden, daß es noch zur Zeit bey dem am 7. Martii 1713. assidortem

ten abgespröchenen Urtheil nicht zu lassen, auch Bekk. in die Unkosten der Reuterung-Instanz nicht zu condemniren, sondern es ist zuörderst Kläger, nach vorhergegangener ernstlicher Verwarnung vor der schweren Straffe des Meinenydes, darbey auch ein Geistlicher zugebrauchen, vermittelst Eydes sich zu reinigen, und daß das an Heinrich O. verkauffte Pferd, zur Zeit des Verkaufes, seinem sup. n. 4. geschehenen Vorgeben nach, frisch und gesund und ohne allen Mangel, insonderheit aber, nicht blind gewesen, oder er doch, daß es blind gewesen sey, nicht gewußt, zu schweren schuldig. Er thue nun solches oder nicht, so ergeheth dennoch in der Sache ferner was recht ist. Von Rechts wegen.

Rationes dicidendi.

Hat Heinrich O. mense Martia 1712. den jezigen Kläger coram jezigen Beklagten verklaget, daß er ihn vor 4. Wochen ein Mondblindes Pferd für 21. Thaler verkaufft hätte, und daß solches wegen dieses Haupt-Mangels, gewandelt, auch biß dieses geschehen, dessen bey sich habendes Pferd arrestiret werden möchte, gebeten. Und als damahlig Bekk. Hans S. vorgegeben, daß das verkauffte Pferd beyim Verkauf frisch, gesund und ohne allen Wandel gewesen, ist das Pferd befunden worden, daß es blind sey, auch Hans S. selbst solches bekennen müssen. Und als hiernechst der Vogt von St. Summarisch

marisch bezeuget, daß das Pferd, wie der Käufer solches Acht Tage gehabt, blind gewesen; imgleichen Ernst S. und Heinrich D. jedoch beyde ohne Eyd, bezeuget, daß das Pferd den Mangel, sobald sie nach getroffenen Kauff in die Stadt kommen, an sich augenscheinlich spühren lassen, ist der Bescheid ertheilet worden: Daß bey so gestallten Sachen die Wandelung erkannt sey, und des Bekl. Pferd, bis dieses geschehen, in arrest bleiben sollte. Als auch den folgenden Tag darauff Kläger angehalten, daß das arrektirte Pferd estimiret, und ihm zugeschlagen werden möchte; und dieses von etlichen darzu benannten Personen auf 26. bis 27. Thaler taxiret worden, ist solches dem Kläger vor 27. Thaler zugeschlagen worden, u. s. w. Hat darauf Hans S. den Judicem, quod ob imperitiam male judicaverit, belanget, und ist n. 19. & 20. erkandt worden, daß Beklagter sich wegen des, Klägern durch sein Judicatum zugefügten Schadens, innerhalb 6. Wochen mit ihm abzufinden habe. Und da Beklagter wider diese Sentenz geleutert, ist ferner n. 48. & 49. erkant worden; Daß es bey diesen Urtheil lediglich zu lassen, auch Leuterant in die Unkosten dieser Instanz zu condemniren, es könnte und wolte dann derselbige innerhalb 4. Wochen, gehörig erweisen, daß er durch die Vota der Gerichts-Assessorum überstimmet, also, wie geschehen, judiciren und verfahren müssen, so bliebe ihm billich der Regress gegen selbige bevor. Wie  
der



der dieses letzte Urtheil hat Beklagter abermahl restitutionem in integrum gesucht, und ist auf solche gesuchte Restitution von uns nunmehr erkannt worden. Ob es nun wohl scheinen möchte, daß die bisherigen Urtheile zu confirmiren gewesen wären; indem Kläger angeführet, daß Heinrich O. darauff geklaget, daß das Pferd Mondblind gewesen, da doch nur soviel erhellet, daß das Pferd zur Zeit der Klage stockblind gewesen, die Fürstliche Constitution auch nur von der Mondblindheit rede, als welche nicht zu allen Zeiten gemerckt werden könne, die Stock-Blindheit aber ein vitium visibile sey, wegen welches er nicht könne belanget werden, wenn gleich das Pferd zur Zeit des Verkaufes diesen Mangel an sich gehabt, oder er solches gar vor sehend ausgegeben hätte;

l. 55. de Ædilit. Edicto, l. 15. §. 1. de contrah. emt.

l. 43. eod.

Hernach noch nicht erwiesen worden, daß das Pferd zur Zeit des Verkaufes stockblind gewesen, indem die beyden Zeugen Ernst S. und Heinrich D. so solches bejahet, unvereydet gewesen; Und wenn gleich Beklagter darwieder eingewendet, daß Kläger die Vererdung nicht begehret, sondern tacite darein consentiret hätte, dannoch ihm den Beklagten als judi-  
 di zugestanden, ex officio die Zeugen verhören zu lassen,  
 H

sen, und da Kläger seinem juri nicht renunciiret, auch dessen Stillschweigen pro tacito consensu nicht zu halten wäre; Ferner die Exception des Beklagten, daß der Kläger den Bescheid per remedium Leuterationis vel Appellationis a viribus rei judicatæ nicht suspendiret, ihm deswegen nicht zustatten kommen könne, weil eines Theils der Beklagte Klägern dadurch über-eilet, daß er sofort des andern Tages post publicatam sententiam Klägers Pferd dem O. adjudiciret, andern Theils aber bekannnen Rechten, quod si iudex ob imperitiam judicandi conveniatur, hæc exceptio ipsi non competat.

Hopp. ad princ. Inst. de Oblig. quæ quasi ex delicto nascuntur.

Dieweil aber dennoch der Beklagte seinen Bescheid n. 4. nicht nur in §. 1. des Hochfürstlichen Edicts, welcher von der Mond-Blindheit, als einen Haupt-Mangel redet, sondern auch ausdrücklich in dessen §. 2. gegründet, worinnen n. 5. enthalten, daß wenn ein Pferd schon von denen Haupt-Mängeln befreyet sey, und dennoch ein anderer Mangel anselbigen sich befinde, der solches Pferd zum Gebrauch untauglich mache, dieser Schade auch bey Verkaufung des Pferdes bereits gewesen, und der Verkäufer, selbigen gewußt zu haben, erweislich gemacht werden könne, derselbe das Pferd innerhalb 2. Monden zu wandeln, schuldig seyn solle; und hieher die Stock-Blindheit der Pferde

Pferde allerdings zu rechnen: auch Kläger irrig ist, wenn er die Stock-Blindheit inter vitia visibilia, von welcher die von ihm allegirte Leges reden, zehlen will, indem ein grosser Unterscheid unter einen stockblinden Pferde, und unter einen Knecht dem die Augen ausgestochen sind

V. l. 43. §. 1. verb. hominem luminibus effosis, de contrah. emt.

zu machen; und in dessen Ansehen an vielen Orten die Stock-Blindheit gar unter die Haupt-Mängel gerechnet worden

B. Stryk. in Usu moderno ad tit. de Aedilic. Edict. §. 13. & 18.

auch ferner etiam in vitiis visibilibus & ubi crassa & supina est emtoris negligentia, si venditor sciverit illud vitium, tenetur rem venditam ob dolum redhibere, etiam si protestatus fuerit, quod de nullo vitio teneri velit.

Idem ibid. §. 8. & 10.

Und ex ibidem adductis rationibus ebenmäßig unbillig seyn würde, wenn der judex ex imperitia & culpa condemniret werden, dem Kläger aber sein dolus so vor genossen ausgehen, und er deßfals melioris conditionis seyn sollte; Bey dieser Bewandniß aber, es hauptsächlich auf diesen Umstand ankommt, ob Klägers verkaufftes Pferd zur Zeit des Verkauffs albereit blind gewesen, und er solches gewußt habe, inmassen alsdann dessen dolus pro evidente & enormi

H 2

zu

zu achten wäre, daß er ein blindes Pferd, daß kaum 4. oder 6. Thaler werth gewesen, für 31. Thaler verkaufft; und, ob schon die zwey oben benannten Zeugen, die, daß das Pferd gleich nach dem Verkauf vor blind befunden worden, ausgesagt, als unvcreydet, weder plene noch semiplene beweisen; Dennoch ihre Aussage, bey dem Umstand, daß das Pferd tempore institutæ actionis annoch blind gewesen, einen starcken Verdacht wider Klägern erwecket, weßwegen demselben, zumahl gestalten Sachen nach anders nicht aus der Sache zukommen, der Reinigungs-Eyd, gar wohl aufgelegt werden kan; Zugeschweigen, daß, wenn der iudex ex imperitia & non propter dolum belanget wird, als wie in gegenwärtigen casu geschehen, derselbe nicht in restitutionem damni sondern in mulctam arbitratiam zu condemniren ist.

princ. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nasc.

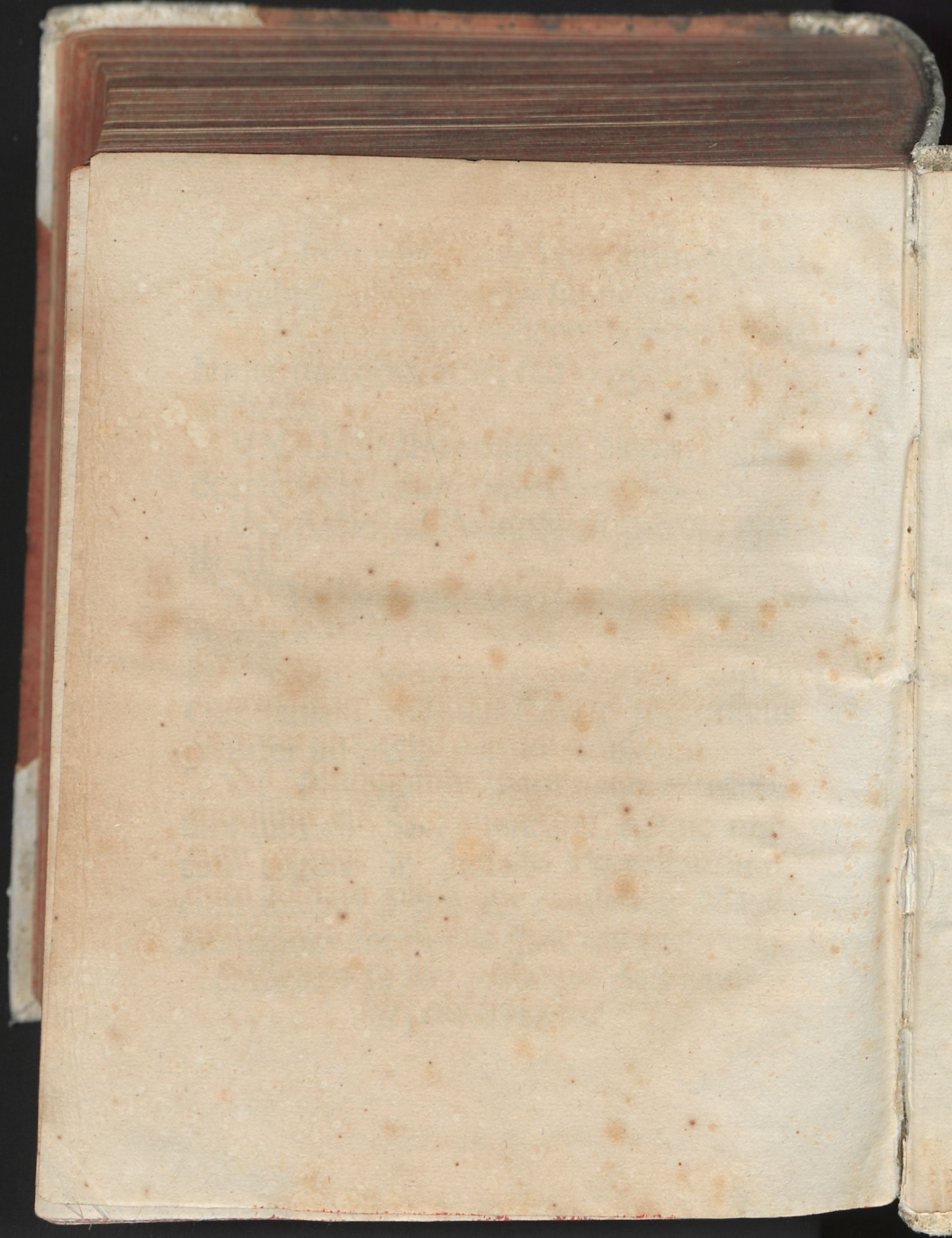
l. ult. ff. de extraord. cognit.

Hopp. ad d. princ. Inst.

Als ist von uns obsthender massen zu erkennen  
gewesen.

**F I N I S.**





00 A 63.93

ULB Halle 3  
002 912 228



Retro ✓

WNY

vol 18









16

Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA

DE

USU PRACTICO

ACTIONIS ADVERSUS

JUDICEM IMPERITE

JUDICANTEM

*ad pr. Inst. de obl. quæqu. ex Del. nasc.*

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,  
DOMINO CAROLO,  
PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRAN-  
DENBURGICO, &c.

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO,  
S. REG. MAJ. BORUSS. CONSIL. INT. UNIV. FRIDER.  
DIRECT. PROF. PRIM. ET FAC. JUR. ORDIN.

IN ALMA FRIDERICIANA

AD D. III. NOVEMBR. ANNI MDCCXIV.

PUBLICO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

ANDREAS HENRICUS DE SCHÜTZ,  
EQVES FRANCUS.

HALÆ MAGDEBURGIÆ,

RECUSA LITERIS CHRISTOPHORI SALFELDII VIDUÆ, 1725.