


**Cvm Magnifico, Praenobilissimo Atqve Doctissimo Domino, Domino Hermanno  
Becker ... Fasces Prorectorales Traderentvr, Praemissis Qvibvsdam De Arbitrio  
Jvdicis, Observantiae Declarandae Ergo Favsta Qvaevis Praecatvs Est Andr.  
Conr. Werner, Stada-Brem. L. L. St.**

Rostochii: Typis Jo. Jac. Adleri, [1758?]

<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1002513057>

Druck Freier  Zugang



RU jurist. 1758

~~Werner, Andr. Conr.~~

Becker, Hermann

/b







20

CVM  
 MAGNIFICO, PRAENOBILISSIMO  
 ATQVE  
 DOCTISSIMO DOMINO,  
 DOMINO  
**HERMANNO BECKER,**  
 J. V. D. ATQVE INST. IMPER. P. P. O.  
 FAMIGERATISSIMO,  
**FASCES PRORECTORALES**  
 TRADERENTVR,  
 PRAEMISSIS QVIBVSDAM  
 DE  
**ARBITRIO JVDICIS,**

OBSERVANTIAE DECLARANDAE ERGO FAVSTA  
 QVAEVIS PRAECATVS EST

ANDR. CONR. WERNER, STADA-BREM.  
 L. L. St.

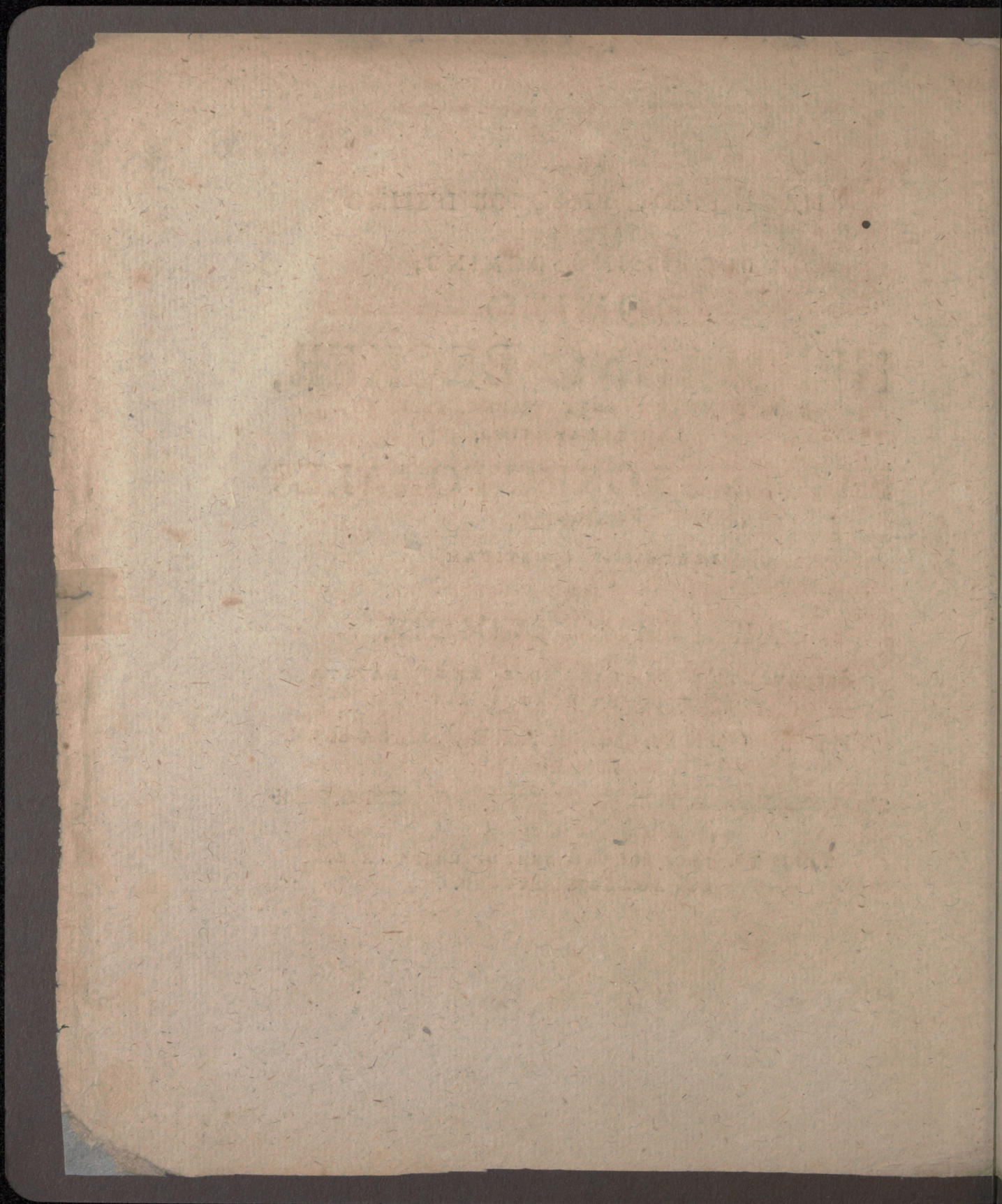


ROSTOCHII,  
 TYPIS JO, JAC. ADLERI, SEREN. PRINC. AVL.  
 ET ACADEM. TYPOGR,

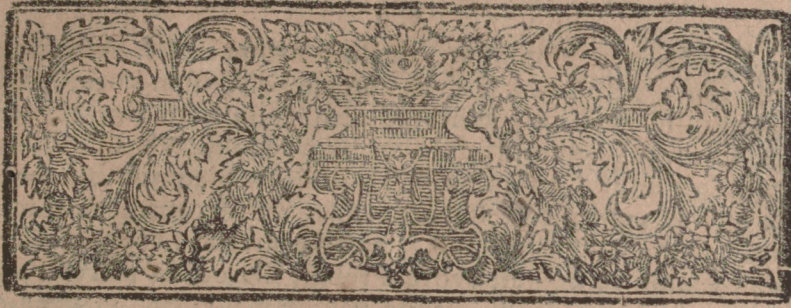
1758/59.

~~1750~~ 1759









**S**i quis, nulla in studiis formandis fidelitate motus, medium se gerit, quando doctoris augetur splendor, quin instar lapidis plane est immobilis, merito probatissimus quisque indignationem prae se fert. Qui vero adeo est impudens, ut ne singulari quidem benevolentia calcaria sibi admoueri patiatur, ut nihil dicam de eximia in instruendo diligentia, qui stupet, cum gaudium declarare deberet suum, is vero ingratus omnium mihi videtur. Quorsum haec, *Vir Magnifice*? Traduntur Tibi hodierno die scepra significantia, Te nunc totius esse Academiae caput, Prorektoris in Te. defertur munus. Quis non me Tibi devotissimum tacere, indigne ferret? Applaudo itaque, ut debeo. Conventus omnium me excitat, & quamquam instar anseris inter odonos, ut ego quidem probe scio, sim reputandus, tamen offero munusculum, sola Tui observantia conspicuum. Exaravi quaedam leuissimi momenti, Tibi scripsi, ut vilitas contextorum grauitate accipientis compensetur. Permittas igitur, *Vir Magnifice*, ut ea que de arbitrio Iudicis meditatus sum praemittam, antequam honores Tibi gratuler hodie assumendos.



§. I.

Conditionem hominum, qualis a natura erat, funestissimam fuisse, atque pestiferam, si ab ea non esset discessum, nemini non in oculos incurret, qui multitudinem animalium sine moderatore, sine fraenis externis, sine coactione cupiditatibus suis illimitate indulgentium, ad quaevis mala perpetranda promptissimorum sibi vivide concipit. Rotunda miscerentur quadratis summa imis. Suum cuique detrahere, maxime juvaret homines, & cui validissimum contingeret virium robur, ille oculos pasceret aliorumque bona suae maculando voluptati. Quare maxima digna est veneratione providentia divina, cujus auspiciis gens humana coit, diversasque formavit respublicas, ut communibus coadunatisque viribus tutam sibi redderent vitam. Summum in has respublicas imperium, quod omnibus competit conjunctim, ut id, quod hae volunt societates obtineri possit, multis mansit rebuspublicis, plures vero illud in unum detulerunt, qui, quae totius gentis commodum & damnum concernunt, ea omnia omnium nomine facit, jubet, vetat, prohibet, avertit.

§. II.

Est hoc non sterile, sed fertilissimum principium, unde omnia, quae principi ut principi competunt, quaeque majestatica vocari solent jura tanquam ex scaturigine profluunt. Ut caetera, quae mei non sunt instituti omittam, unum tantum jus majestaticum inde derivabo. Quod si princeps omnia ea potest, quae securitas reipublicae requirit, certe poterit controversias inter cives de jurebus cuique competentibus sua decidere auctoritate, poterit sibi subjectos confringere, ut, quae alterius sunt, relinquat, ablata restituat, suum cuique tribuant. Neprivatus sibi jus diceret, & inde bellum omnium erga omnes oriretur, id vero movit etiam homines ad conglutinandam societatem. Decisionem itaque litium principali auctoritate, praeeunte justitia, faciendam requirit conditio reipublicae, eamque ipsam ob causam nemini, nisi ex speciali competit concessione, si a superiore discesseris, & a solo summo imperio dependet.

§. III.



§. III.

In multitudine vero hominum unius imperio subjectorum, non possunt non quotidianae atque reiteratae obvenire controversiae. Quoties quis putat sibi competere, quod idem alter etiam sibi afferere vult? Quoties quis alterum sibi ex pacto devinctum habet, ubi alter se omni liberatum esse obligatione, sumit? Quoties de persona, quam quis in republica tenet ejusque juribus disputatur? Hi omnes ad superiorem currunt, & ut sibi satis fiat, petunt. Quantis obruitur negotiis? O infelicem principis conditionem! Uno verbo, impar huic uni jurium majestaticorum. Eligunt igitur viros probatae fidei, eosque in quolibet loco constituit, atque exercitium hujus juris principi competentis illis confert, ut justitiam secundum modum praescriptum exerceant, civesque ad id adigant, ad quod vi illius sunt obligati. Hanc concessam potestatem vocamus jurisdictionem. Sic humeri levantur. Sic multum oneris detrahitur. Sic non, nisi administratoribus in officio deficientibus ad eum res devolvitur, & suprema tantum apud istum manet inspectio.

§. IV.

Cuivis igitur facile patet, magnam esse inter potestatem judicariam & jurisdictionem differentiam. Potestatem judicariam, exercet superior vi imperii in se translata, & legis cuidam regiae ut ita loquar, eamque ob causam jure proprio: Jurisdictio dependet a concessione, geruntur ea negotia alterius, ideoque desiderat mandatum, & hanc exercens est mandatarius ejus, qui habet potestatem judicariam, tanquam principalis. Inde in apico est, jurisdictionem suos habere limites praescriptos, qui in illa deficiunt, conjunctum esse onus reddendarum rationum, quotiescunque desideratur, ex ea causa, quia alterius geruntur negotia exulare potestatem substituendi, & quae sunt reliqua ex conceptu mandati fluentia. Restat, ut addam ab effato jus dicentis provocari posse ad principem concedentem, qui vero nullum superiorem, nullumque ideo sententiam corrigentem habet.



§. V.

Ille, cui ista jurisdictio demandata est, vocatur iudex, & per eum concipimus nobis personam, quae habet potestatem cum jurisdictione conjunctam. Jurisdictio vero cum versetur circa res civium controversas secundum LL. decidendas, prout inde alveo sequitur, determinari debere circumstantias rei controversae, ut inde appareat, utrum lex applicari possit, nec ne, tumque prout ejusque causae conditio requirit, sententiam praeeunte lege esse ferendam. Uno verbo causae cognitio atque ejusdem decisio sunt ea, quae jurisdictionem constituunt; sententiae executionem enim omittere non dubito.

§. VI.

Quodnam igitur iudicis sit officium, in aprico est. Cognoscit, decedit, interdum etiam exequitur. Statim quando ille, qui se ab altero laesum esse affirmat, iudicis implorat officium, prima ejus cura est, ut inquirat, utrum factum tale sit, quale actor venditat, eamque ob causam non hunc solum, sed reum etiam explorat, ut ex collatione horum constet facti veritas, probationem injungit, quando opus est, & quae sunt reliqua ad determinandum controversiae statum facientia. Hoc negotio peracto sententiam fert, quo quid iustum sit in hac causa, quidve non declarat.

§. VII.

Sumamus nunc primam iudicis operationem, & discipiamus, utrum in ea de ejus arbitrio quicquam occurrat, & ubi. Iudicem sine mandato nihil facere posse, ex antecedentibus patet. At mandato generali multa expresse quidem non concessa, sed tacite tamen permessa inesse posse, neminem fugiet. Quando superior iudicem aliquem designat, eo ipso illi facultatem causam cognoscendi concedat necesse est. Quia vero illa versatur circa facta, facta ex circumstantiis pluribus inter se connexis constant, circumstantiae plane infinitae sunt, modus causam cognoscendi non nisi generaliter praescribi potest, ut scilicet prudenter, iuste, sine praevagatione dijudicet, utrum circumstantiae, quae efficiunt, ut factum sit, quod in hoc casu esse debet, nec ne, ad specialia in quovis facto,



Et o possibili, descendere non potest, cum quot possibilia sint, determinari non possit. Veluti lex praecipit, quodvis furtum violentum poena laquei esse puniendum. Furatur est quis, & sine adhibita vi lapides non adhaerentes e muro demisit ad aditum sibi patefaciendum. Hic iudex cognoscere debet, utrum hoc furtum pro violenti sit reputandum, nec ne. Tales casus possibiles determinari plane nequeunt. Modo sunt circumstantiae aggravantes, & exasperationem merentes, modo tales, quae poenam minuunt, & quot sunt facta ad idem genus pertinentia, tot in iis diversae obveniunt circumstantiae. Vno verbo cognitio facti iudici non nisi generaliter praescribi potest.

#### §. VIII.

Quodsi vera est assertio sphi antecedentis sequitur, iudicem circa causae cognitionem multa supplere debere ex mandato generali concessae jurisdictionis. Induit personam boni viri, quem admodum hoc casu in jure vocatur, & secundum aequitatem agit, regula speciali positiva deficiente. Quando vero iudex, uti sibi secundum aequitatem videtur, & placet, aliquid determinat, tum illum ad arbitrium egisse dicimus, eamque ipsam ob causam, tunc, cum circumstantias causarum & gravantes & lenientes agnoscit, arbitrium exercet. Iudicis igitur arbitrium nullos, nisi aequitatis limites habet, & jurisdictioni illud inesse patet ex L. 13. de LL. ubi verba sunt. caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.

#### §. IX.

De hoc iudicis arbitrio circa circumstantias factorum nos plenius instruit L. 16. §. 2. 3. 4. 5. 6. de poenis, quae genera hic consideranda affert, causam nempe, locum personam tempus, qualitatem, quantitatem, effectum. Iudex quamquam non de LL. sed secundum LL. iudicare debet, tamen suadente aequitate ob locum ubi factum commissum, personam in quam, tempus, quo commissum, poenam modo duriorē, modo leniorem infligere potest. Generaliter enim ejus est, applicare LL. ad facta pro ratione circumstantia-



stantiarum, eamque ob causam pro arbitrio de circumstantiis judicare, utrum eas minuere, an intendere poenam putet.

§. X.

Ut ad exempla descendam, potissimum iudicis arbitrium circa circumstantias s. cognitionem occurrit in eriminalibus, ubi circa corpus delicti iudex versatur. Ibi enim vel minutissima res est attendenda, quia de corpore & capite hominis negotium geritur, quae saepe fervare aliquem potest, & ad defensionem multum conferre. Nam cum delicta diversis qualitatibus & circumstantiis definiantur, quas singulas lex exprimere non potuit, religioni certe iudicis relinquendum est, ut is existimet, ex quibus causis delictum atrox efficiatur, & ex quibus causis ad quaestionem cum contrario descendi possit. Porro mihi in mentem veniunt, quae de praestatione culpa jura habent. Ad sunt LL, quae in omni cruiatu hanc rem definiunt, nihilotamen fecius, si ad casum specialem pervenimus, ex solo jus dicentis arbitrio ea dependet, ut is determinet quanam regula circumstantiis obuenientibus fundetur. Provoco ad commodatum, utrum solius accipientis, an solius dantis, an tandem utriusque commodum pro objecto habeat. Denique, quando quaerimus, quis ad testimonium dicendum sit admitendus? generaliter jura respondent, qui non est suspectus. Suspecti vero dijudicatio, utrum criteria sufficientia adsint, nec ne, arbitrio iudicis committitur. In calce adjicio L. 2. §. 2 de testibus quae insigniter confirmat, quae diximus, verba sunt:

„Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. . . .  
„Hoc ergo solum Tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim allegari debere, sed in sententia animi Tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum esse opinaris. Item l. 13 Eod. verum, tamen, quod si omissum, non omitteretur religione judicantium, ad quorum officium pertinet, eius quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere,

§. XI.



§. XI.

Haec de arbitrio iudicis in cognitione causae. Restat, vt etiam discutiamus, quatenus in ejusdem decisione illud occurrat, Iudex decedit, quando causa controuersa cognita sententiam fert, qua declarat, quid iustum sit, quid non. Quid iustum sit, quidue non, ex convenientia facti cum LL. dijudicatur. Leges igitur sunt normae, secundum quas Iudex sententiam fert, & ferre debet. LL. vero sunt vel scriptae, vel non scriptae, vel provinciales, vel domesticae, vel receptae, cumque quaelibet suum habeant viri decidendi ordinem, Iudex eum seruare debet. Hoc officium rite explanat §. I. J. de offic. iudicis, sic praescribens:

„Et quidem inprimis illud obseruare debet, ne aliter iudicet, quam LL. aut constitutionibus aut moribus proditum est.

Et iudici id omittenti poenam minatur L. I. §. 3. de L. Corn. de falsis.

§. XII.

De LL. posituiuis in §. anteced. sermonem fuisse, vel me tacente quilibet intelliget. Ad has restricta est decidendi potestas, quam habet iudex, & sine lege vix quicquam definit. At vero LL. positivae sunt normae a legislatoribus humanis latae, de diuino Legislatore non loquor. Legislatores humani sunt entia finita, eamque ob causam omnes, qui accidere possunt casus, divinare, ideoque L. L. eos moderari & temperare nequeunt. Neque leges neque SCA ita scribi possunt, vt omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendant, sed sufficit & ea, quae plerumque accidunt, contineri. l. 10. de LL. Evenire itaque potest, ut iudicaturus desit lex, quae contineat decisionem, quid tum? Ejus est ad iustitiam litem componere sine lege non potest, quid illi faciendum?

§. XIII.

Quando decisorius non habet legem expressam, & tamen vi mandatae jurisdictionis jus civibus dicere debet, tum aut adest  
b lex,



lex, quae per consequentiam huc trahi potest, aut non ad-  
est. Priori casu aut per legitimum ratiocinium evincere li-  
cet, casum hunc non expressum in lege sub lege conti-  
neri, aut propter similitudinem inter casum decisum & non-  
decisum statuere potest. Illa vocatur decisio secundum  
argumentum legis, haec secundum analogiam facta esse dicitur.  
Ita argumento legis etiam ad emptorem applicatur L. 2. C. de re-  
scind. vendit. & ob analogiam juris commodanti reuocatio per-  
mittitur, quae expresse locatori tantum permessa est, ob propriam  
necessariam atque subitam indigentiam. Posteriori casu, quando  
nulla adest lex positiva, iudex in subsidium aequitatem naturalem  
vocat, & prout sibi aequum atque iustum videtur, decisionem in-  
terponit. Nec verendum est iudici, ne hic difficiat lex. Ius e-  
nim naturae est completum, & quamdiu interna moralitas actionis  
adest, quae abesse nullo modo potest, tamdiu unum tantum est ju-  
stum, alterum iniustum. Sic decidenti iudici arbitrium assigna-  
mur in decidendo. Nam quando LL. positivae adsunt, tum pla-  
ne restricta est ejus voluntas, nec illi permittitur de LL. philoso-  
phari. His vero non existentibus rectam suam rationem sequitur,  
& quo perspicacior est, eo melius philosophatur. Controversia  
si adest, inter Naturalistas, quos vocant, aequiorem sententiam e-  
ligit, & sine circumscriptione ad certam & determinatam regulam  
judicat. Quae longe fecius se habent, quando in subsidium non  
vocat aequitatem.

#### §. XIV.

Exempla, qui quaerit huius arbitrii, ille evolvat librum juri-  
dicum, quem libet, statim in oculos incurrent, evolvat potissimum  
Menochium, qui peculiari libro illos casus collegit, ubi locum sibi  
vindicat. Quoties in jure de restitutione interesse, & damni dati  
agitur toties vestigia invenies huius arbitrii. Quoties habes con-  
tractum b. f., toties occasionem illi praebet. Quoties de poena  
extraordinaria & arbitraria legimus, toties fundatur arbitrium judi-  
cis, ut nihil addam de restitutione in integrum, concessione dila-  
tionis, causis diuortiorum & repudiorum & infinitis aliis in jure,  
quae certa regula non possunt definiri. Sigillatim de arbitrio in  
juramento in litem affectionis loquitur L. 4 §. 2. de in lit. jur.

„&



„& quidem in arbitrio esse judicis, deferre jusjurandum, nec  
ne constat. An igitur, qui possit jusjur. non deferre, idem pos-  
sit & taxationem juri jurando adjicere, quaeritur. Arbitrio ta-  
men b. f. judicis etiam hoc congruit. Prudens in fine adjicio L.  
l. §. 2. de jur. delib. cum dicit tempus, nec adjicit diem, sine du-  
bitio ostendit, esse in ejus dicentis potestate, quem diem prae-  
stituat.

§. XV.

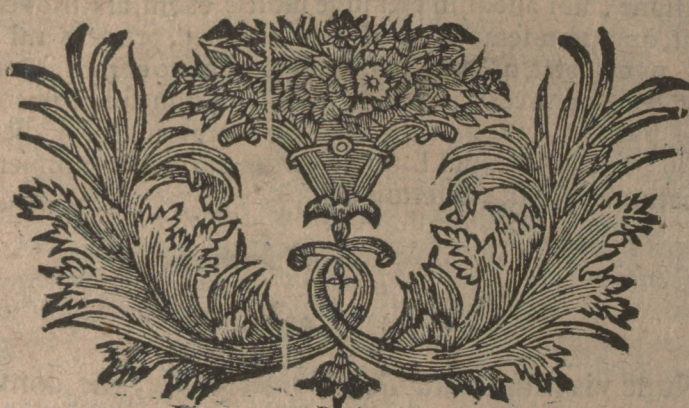
Vidimus ita arbitrium judicis in cognitione & decisione. De  
executione, ubi alioquin pleraque judicis etiam arbitrio relinqui  
debent, quia non semper ea ad eum pertinet, prudens nil addo.  
Facile nunc patet, quid sit, nempe determinatio eorum secundum  
aequitatem, quae certa regula determinata non sunt, nec deter-  
minari possunt. Sequitur inde legislatores augere judicis ar-  
bitrium, si complexum LL. positivarum rejiciunt, minuere, si  
LL. naturales plenius determinant.

\* \* \* \* \*

Nunc via munita ad Te, *Vir Magnifice*, me converto.  
Cum enim fasces Prorectorales Tibi tradantur, cumque eo  
ipso totius Academiae judicem. Te constituent, multa ar-  
bitrio Tuo relinqui, me non monente quisque intelligit.  
Non possum igitur, quin Academiae gratuler, cui contin-  
get, per instans brumale sub tanti viri arbitrio vivere, qui  
& eruditione, & aequitatis studio nemini est secundus.  
Gratulor Tibi adeptos honores, atque ex imo pectoris  
precor, ut valetudine serena, nullisque imbrium & tem-  
pestatum laesionibus obnoxia fruaris, quo oneri imposito  
par sis. Tum ita arbitrium geres, ut absoluto spatio prae-  
scripto diuturniorem Te desideraverint Pro-Rectorem.  
Gratu-



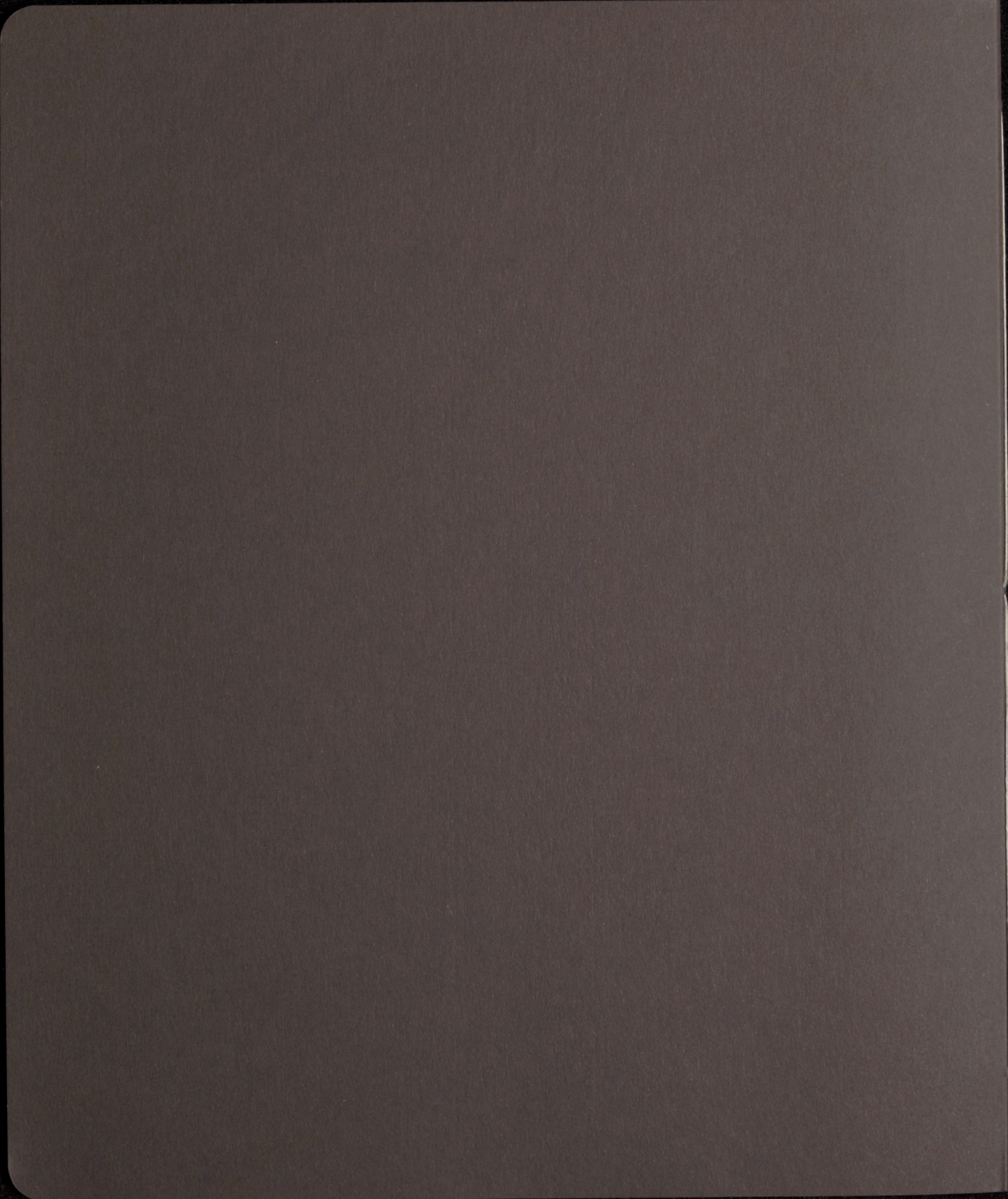
Gratulor mihi, me & Venerandi mei Doctoris simul arbitrio subesse, ejusque praecepta & ad jurisdictionem & ad doctrinam pertinentia sequi posse. Valeas, *Vir Magnifice!* & me benevolentiae Tuae quam commendatissimum habeas.













§. XI.

Haec de arbitrio iudicis in cognitione causae. Restat, vt etiam  
uatenus in eisdem decisione illud occurrat, Iudex  
lo causa controuersa cognita sententiam fert, qua de-  
tum sit, quid non. Quid iustum sit, quidue non,  
tia facti cum LL. dijudicatur. Leges igitur sunt  
dum quas Iudex sententiam fert, & ferre debet. LL,  
criptae, vel non scriptae, vel provinciales, vel dome-  
ceptae, cumque quaelibet suum habeant viri deci-  
p, Iudex eum seruare debet. Hoc officium rite  
de offic. iudicis, sic praescribens:

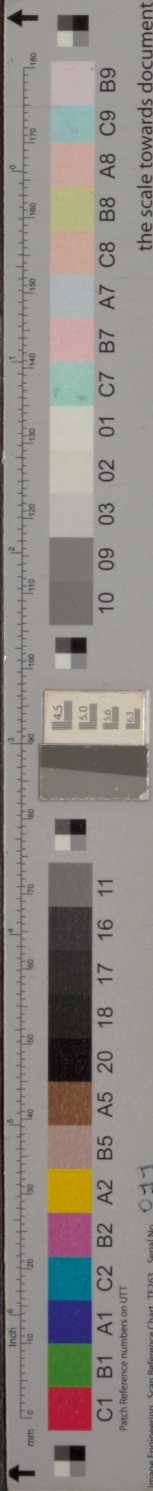
em inprimis illud obseruare debet, ne aliter judi-  
aut constitutionibus aut moribus proditum est.  
id omittenti poenam minatur L. I. §. 3. de L. Corn.

§. XII.

fitiuis in §. anteced. sermonem fuisse, vel me tacente  
iget. Ad has restricta est decidendi potestas, quam  
sine lege vix quicquam definit. At vero LL po-  
mae a legislatoribus humanis latae, de diuino Le-  
loquor. Legislatores humani sunt entia finita, e-  
am omnes, qui accidere possunt casus, divinare,  
eos moderari & temperare nequeunt. Ne-  
ue SCta ita scribi possunt, vt omnes casus, qui  
ciderint, comprehendant, sed sufficit & ea, quae ple-  
nt, contineri. l. 10. de LL. Evenire itaque potest,  
desit lex, quae contineat decisionem, quid tum?  
itiam litem componere sine lege non potest, quid  
?

§. XIII.

decisurus non habet legem expressam, & tamen vi  
dictionis jus civibus dicere debet, tum aut adest  
lex,



the scale towards document