

C. M. F. Hartung

**De Legitimationibus Et Inprimis De Natura Et Usu Probationis Quam In Judiciis Civilibus Germanicis Legitimationem Ad Causam Vocare Solent : Commentatio Juridica**

Rostochii: Typis Adlerianis, MDCCCXXXVII

<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn100627135X>

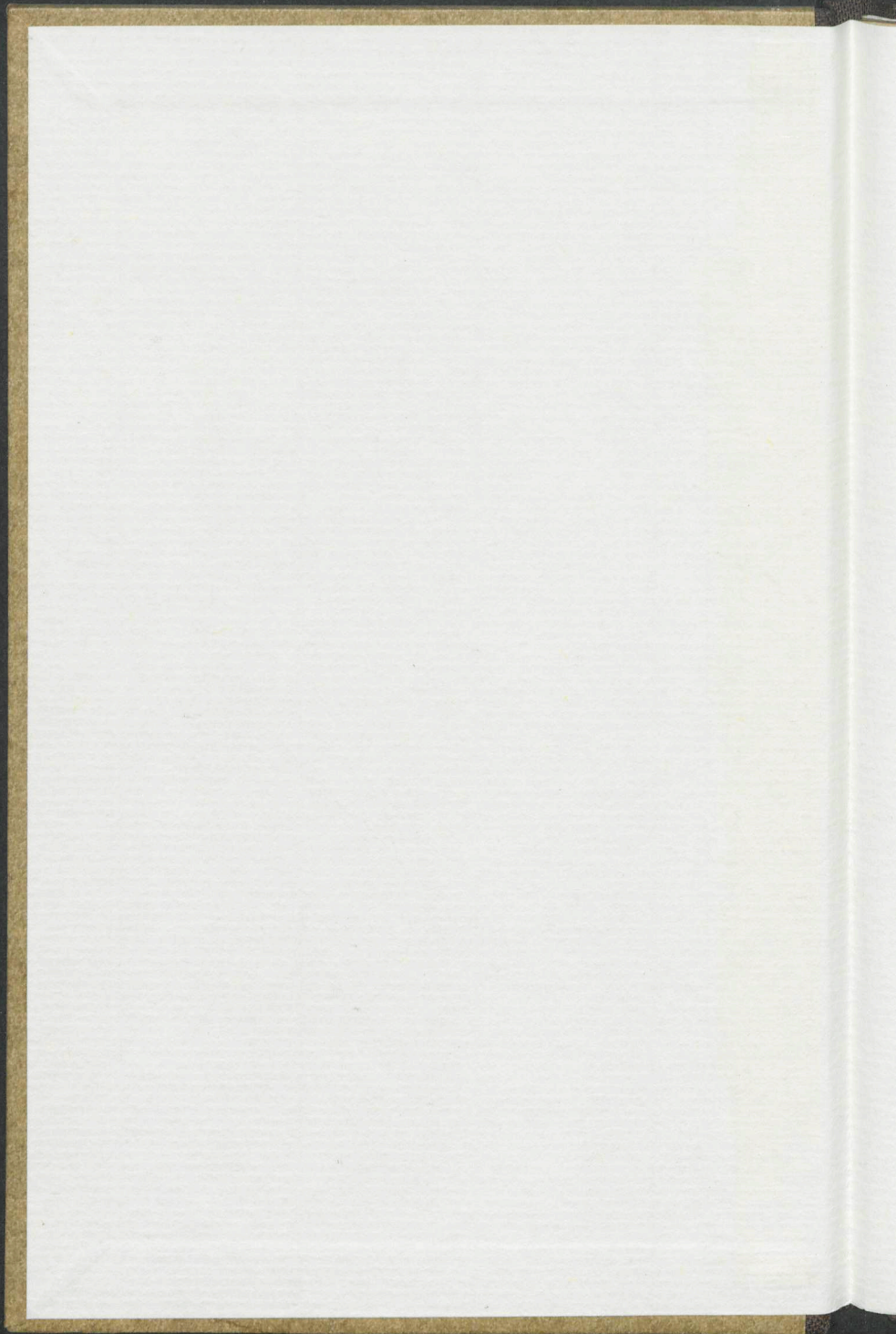
Druck Freier  Zugang

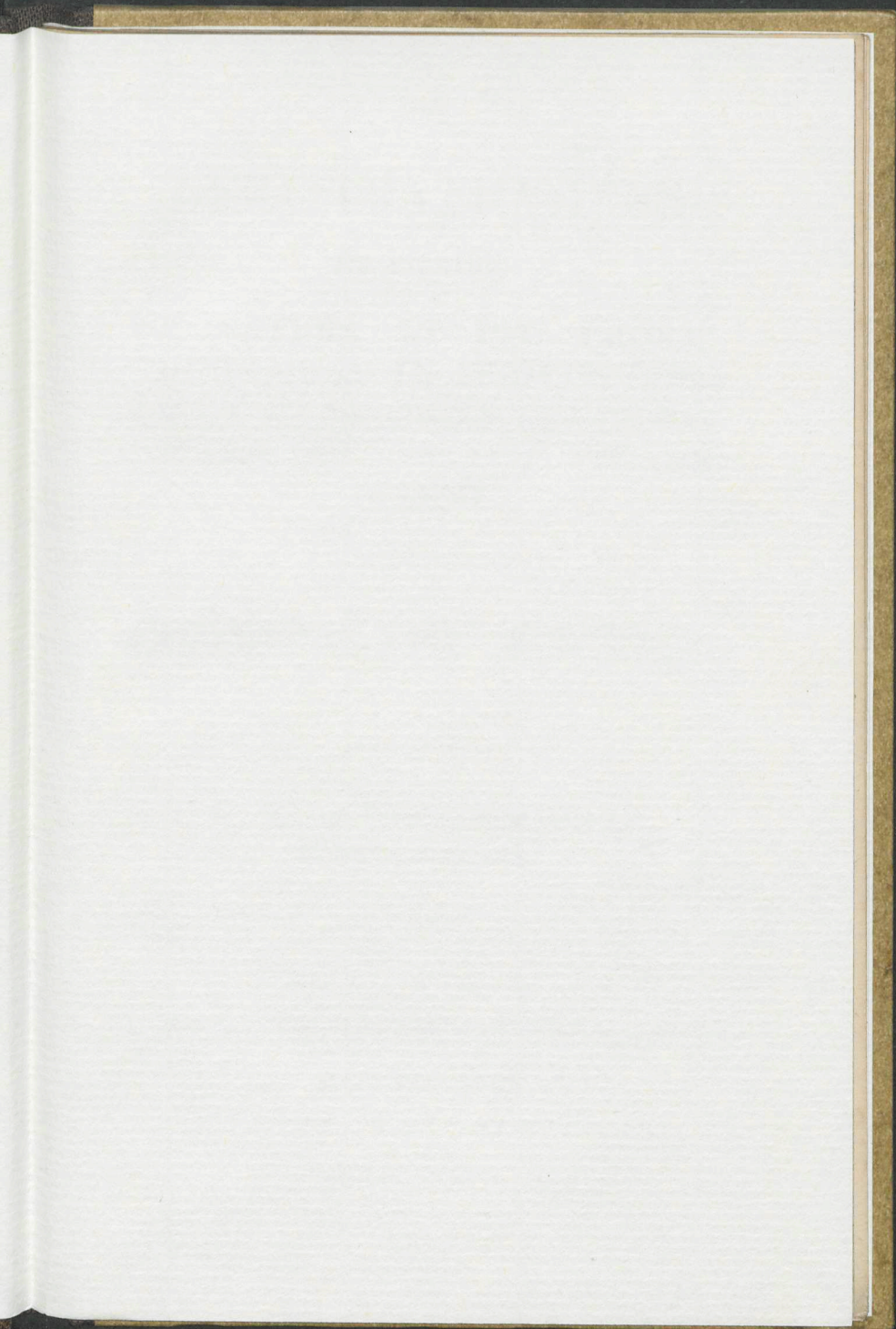


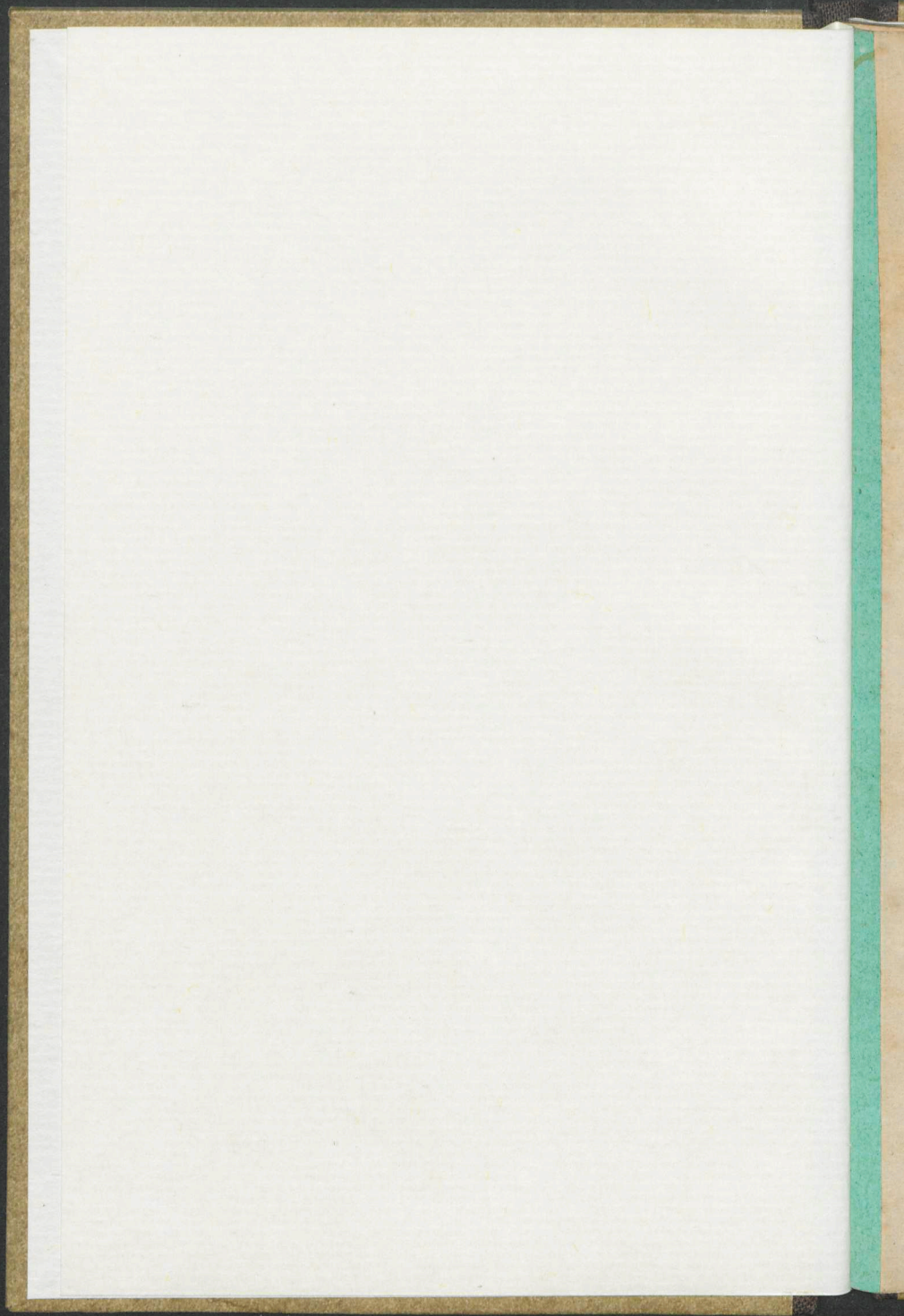
OCR-Volltext

RU jurist. 1837

Hartung, C. M. F.







DE  
**LEGITIMATIONIBUS**

ET INPRIMIS

DE NATURA ET USU PROBATIONIS QUAM IN JUDICIIS CIVILIBUS GERMANICIS LEGITIMATIONEM AD CAUSAM VOCARE SOLENT.

---

**COMMENTATIO JURIDICA**

QUAM SCRIPSIT

**C. M. F. HARTUNG**  
**ROSTOCHIENSIS.**



---

**ROSTOCHII**

TYPIS ADLERIANIS.

MDCCCXXXVII.

*H. v. Becker*

LEGITIMATIONES

VIRO

AT ENRICH

EXERCITANDO IN CONSULTANDO

DE NATURA ET USU PROBATIONIS

PROF. QUAM IN VITAE

PROF. GERMANNIS LEGITIMAS

TITULUM AD CAUSAM

BOHEMIA

ALTIORUM RECTORUM COLLEGIUM BOHEMIAE

COMPLEMENTUM JURIDICUM

ALTIORUM RECTORUM COLLEGIUM BOHEMIAE

BOHEMIAE

BOHEMIAE

J. M. F. H. H. H. H.

BOHEMIAE

BOHEMIAE

BOHEMIAE

BOHEMIAE

BOHEMIAE

V I R O

EXCELLENTISSIMO ET CONSULTISSIMO

***ERN. EMIL. EGGERSS***

SERENISSIMO MAGNO DUCI MEGAPOLITANO - SUERINENSI

A CONSILII AULICIS

IN CANCELLARIA MEGAPOLITANA ROSTOCHIENSI CAUSSARUM

PATRONO

STIPENDII SASSIANI COLLATORI BENIGNISSIMO

HUNC LIBELLUM GRATI ANIMI EXIGUUM  
DOCUMENTUM

D. D. D.

**SCRIPTOR.**



THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
LIBRARY

CHICAGO, ILL., U.S.A.

1870

THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
LIBRARY

CHICAGO, ILL., U.S.A.

1870

THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
LIBRARY

## **Praefatio.**

**I**nter varias multasque partes processus civilis, quae tironi haud parvas difficultates afferre solent, doctrina de legitimatione ad causam, quam dicunt, prae ceteris omnibus singulari mihi gravitate excellere visa est. Quare, ut veram legitimationis ad causam naturam et indolem ejusque usum melius comprehenderem, ex quo primum tempore ad principia processus civilis ediscenda me contuli, in eo elaboravi, ut paullo diligentius atque accuratius in hanc doctrinam inquirerem, quam ab iis fieri solet, qui processus civilis praecepta atque regulas tractare incipiunt. De qua re, quae ex librorum lectione didici, literis quidem mandavi; sed dum benevolo ea lectori tradere in animo est, tantum abesse libere fateor, ut novi quiddam difficili huic materiae addiderim, vel omnibus eam numeris absolverim, ut ad ea, quae in libris doctissimorum **J**Ctorum de legitimatione ad caus. dispersa sunt principia colligenda confirmandaque animum adverterim. Spero itaque fore, ut eo magis mihi ignoscant benevoli lectores, quo minus et doctrina et experientia cum iis viris comparari queam, qui hanc processus partem uberiore disquisitione dignam existimaverunt. Praeterea in conficiendo hoc libello nihil aliud me spectasse affirmo, quam ut non frustra operam meam atque diligentiam in jurisprudentiae studio me collocasse ostenderem.

Ordinem autem atque dispositionem commentationis meae ita institui, ut primo capite de

legitimatione in universum ac de variis ejus partibus dissererem. Quum autem haec meae commentationis particula haud magnis difficultatibus laborare videretur, quam brevissime eam absolvi. Alterum caput doctrinam de legitimatione ad causam amplectitur, quam, quum multo majoris sit momenti, paullo uberius explicavi, et ita quidem, ut, iis allatis, quae de legitimationis ad causam notione plerumque a scriptoribus proferuntur, veram ejus vim atque indolem indicarem. In fine denique ea praecepta exposui, quae in causis forensibus dijudicandis adhibenda esse putavi.

Ex magno librorum numero, quibus de hac sola re exponitur, hi potissimum afferendi mihi videntur:

Slevogt Diss. de exceptione legitimationis ad causam. Jen. 1695.

Ludovici Diss. de legitimatione ad causam. Hal. 1712.

Carrach Diss. de vera indole exceptionis legitimationis ad causam. Hal. 1737.

Gensler Handbuch zu Martins Lehrb. des gem. bürgerl. Proc. Bd. I. Abh. V. p. 103 — 190.

Gönner Handbuch des gem. Processes. Bd. I. Abh. XV.

Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses. Berlin 1827. Nro. II. p. 78 — 137.

Linde in der Zeitschrift für Civilr. und Proc. Bd. III. Heft 3.

Ex iis autem, qui totum processum civilem complectuntur, hi afferendi sunt:

Schaumburg princ. prax. jur. jud. p. 134 seq.

Sieber gerichtlicher Process. §. 392 — 395.

Jo. Andr. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Th. I. §. 355 et §. 115.

Claproth bürgerl. Proc. §. 70. 71. 140.

Danz bürgerl. Proc. §. 124. 125.

Grolmann Theorie des gerichtl. Verf. §. 56.

Hofacker princ. jur. civ. Tom. III. §. 4264 seq.

Thibaut Syst. des Pand. Rechts. Th. III. §. 1058 (ed. 5.)

## CAPUT I.

### De legitimatione in universum et de variis ejus partibus.

#### §. 1.

#### *Origo et notio vocabuli legitimationis.*

Vocabulis *legitimandi* atque *legitimationis*, quae antiquis scriptoribus juris Romani plane incognita sunt, primum usi sunt scriptores medii aevi, ex quo tempore duplex iis vis atque significatio tribui solet. Legitimare enim significat:

- 1) legitimum aliquem facere, vel jus aliquod in aliquem conferre. Ita dicitur: „legitimationo per subsequens matrimonium“, vel: „legitimare aliquem per rescriptum principis“;
- 2) legitimare se dicitur is, qui probat, se jus vel potestatem habere ad faciendum aliquid <sup>1)</sup>.

In processu civili vocabulum *legitimationis* saepissime alteram habet hanc significationem, ejusque notio in universum ita definiri potest, ut sit actus judicialis, quo quis vel suo vel alieno nomine in judicio agens, sive judici sive adversario rite probat, aut omnino sibi facultatem esse agendi, aut certos actus judiciales in jure persequendo expediendi. Cujus legitimationis quatuor vulgo nominantur partes, quae sunt: *legitima persona standi in judicio, legitimatio ad*

*processum vel ad acta, legitimatio ad praxin* 2), et *legitimatio ad causam*; quarum quae sit notio et usus, jam uberius exponam.

- 1) Adjectivum „legitimus“ apud Romanos idem valet quod: aptus, habilis, idoneus, quod vel ex Tit. Cod. „qui legitimam personam standi in iudicio“ etc. intelligitur.
- 2) Tres hae partes legitimationis a prioribus scriptoribus hoc uno nomine „legitimationis personae“ comprehenduntur. Cf. Slevogt Diss. cit. §. 5. Ludovici l. c. §. 4.

## §. 2.

### *Legitima persona standi in iudicio.*

Generalibus quidem juris principiis convenit, ut unusquisque, quum jura sua injusta violantur, a iudiciis, quae juris nostri conservandi confirmandique causa in civitate instituta sunt, auxilium petat, vel, quum in iudicium vocatus sit, se defendat 1). Attamen et rei natura et lex ipsa saepius impedimento sunt, quominus quis jura sua persequi possit. Sunt enim, quibus agendi defendendique facultas omnino adempta sit 2), ita ut neque actoris, neque rei partes in iudicio suscipere possint; sunt autem alii, quorum facultas et iurium exercendorum et officiorum subeundorum iis finibus circumscripta sit, ut non nisi *per* aliam personam, iis adiunctam, vel *cum* alio jura sua persequi possint, quia e. g. aut corporis aut mentis vitio impediti sunt, quominus ipsi vel soli res suas administrarent 3). Ita servum apud Romanos neque suo neque alieno nomine in foro litigasse invenimus, quippe quum sibi met ipsi jura neque acquirere, neque alienare posset, ita ut nullam omnino juris potestatem cum habuisse

dixeris 4). Eodem modo hodie quoque ii omnes a qualibet juris persequendi ratione excluduntur, qui capitis deminutionem maximam vel mortem quam dicunt civilem passi sunt. Contra vero minores, mente capti atque furiosi, prodigi denique atque mulieres, quamvis jura exercere vel officia subire possint, hoc tamen nullo modo iis concessum est, nisi tutor iis vel curator legitime adjunctus sit.

Quicumque igitur eo statu vel qualitate fruuntur, quam vel leges vel rei ipsius natura requirunt, ut jura sua, et ipsi quidem, persequi possint, legitimam personam standi in judicio habere dicuntur. Neque vero iis, quibus minuta tantum agendi facultas a legibus tributa est, ut minoribus, mente captis ceterisque hujus generis personis, nullam omnino legitimam standi in judicio personam esse, poterit contendi. Quatenus enim a legibus iis concessum est, ut ipsi sine legitimo tutore vel curatore jura sua persequantur 5), eatenus legitimam standi in judicio personam habeant necesse est 6).

Ceterum vero legitima persona standi in judicio in omni processu requiritur, qua deficiente omnia, quae acta sunt, insanabili nullitate laborant 7).

- 
- 1) pr. J. de iis, per quos agere possumus.
  - 2) Martin Lehrb. §. 35.
  - 3) Quae sint in specie personae illae, de quibus in universum hoc loco loquutus sum, vid. apud Dapp, Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Process. Frankf. a. M. 1789. §. 7. seq. Claproth l. c. §. 67. seq.
  - 4) fr. 107. et 21. D. de R. J. 50. 17. fr. 13. D. si quis cautionib. 2. 11.
  - 5) Quando hoc in specie fieri possit, vid. apud Dapp l. c. Claproth l. c.

- 6) Gensler, Handb. I. Nro. V. §. a. in fin.  
 7) L. 6 et 7. C. de judic. 3. 1. Si tamen minores vel prodigi vel aliae hujusmodi personae tutore vel curatore non adhibito ipsi in judicio litigaverunt, distinguendum erit, utrum prospere res suas gesserint, an damnum sibi comparaverint. In priori enim casu omnia ab iis acta conualescunt; cf. L. 1. C. qui legit. person. 3. 6. L. 14. C. de procuratorib. 2. 13.

§. 3.

*Legitimatío ad processum.*

Sicuti omnes personae, quibus minuta tantum agendi facultas concessa est, non nisi per alium quendam, veluti tutorem vel curatorem in judicio agere possunt, ita ii, qui plenam atque perfectam habent agendi potestatem, haud raro per procuratorem omnia exsequuntur, quae ad jura sua perseguenda necessaria sunt, quum saepius, quominus ipsi in judicio adsint, impediuntur. Omnes autem personae, quae iis, qui non plenam habent juris potestatem, a legibus adjunctae sunt, ut jura eorum persequantur <sup>1)</sup>, vel quae pro aliis ex libera eorum voluntate agunt, (veluti advoeati et procuratores) in singulis causis probare debent, se aut legali modo aliis adjunctos esse, aut ratum sibi firmumque mandatam ad agendum ab iis esse datum, quorum nomine judicio intersunt. Inde igitur oritur legitimatío ad processum vel ad acta, cujus notio ita definiri poterit, ut sit probatio, qua quis et judici et adversario demonstrat, aut ipsa lege, aut speciali mandato potestatem sibi datam esse, ut in certa quadam causa alieno nomine agat, omniaque suscipiat, quae in processu necessaria sint. Ita tutores minorum, curatores furiosorum, mulierum, prodigorum, aliorumve,

syndici denique universitatum, quoties vel actores vel rei litem ingrediuntur, aut tutorio, aut curatorio aut denique syndicatu ad processum sese legitimare coguntur<sup>2)</sup>; nec non iis, qui voluntarii procuratores aliorum loco in foro disceptare volunt, aut expressum aut tacitum mandatum (procuratorium) opus est, ut ad processum vel ad acta legitimentur.

- 
- 1) Hi fere sunt: aut tutores, aut curatores, aut denique syndici.
  - 2) Ut tamen pro alio quodam quis postulare possit, non semper sufficit, eum vel tutorem vel curatorem huic adjunctum esse; saepius enim speciale mandatum accedat necesse est. cf. Gensler l. c. §. 6. not. 8.

#### §. 4.

#### *Legitimitio ad praxin.*

Quicumque singulare quoddam jus vel agendo vel excipiendo persequi vult, non modo accurata earum legum eorumque juris principiorum cognitione instructus esse debet, quae ad hanc ipsam causam adhibenda sunt, sed etiam eas regulas normasque bene cognoverit necesse est, quae de modo procedendi in causis civilibus constitutae sunt. Quum autem non omnes reipublicae cives, qui vel suo vel alieno nomine in foro disceptant, perfectam legum scientiam, ad jura persequenda necessariam, sibi comparare, neque varias multasque regulas cognoscere possint, quae adhiberi debent, ut ea, quae in processu agenda sunt, rite atque legitime perficiantur, cuilibet litem ingredienti, a legibus adjutore vel interessore uti concessum est<sup>1)</sup>, qui vel in locum agentis succedat, vel ea tantum negotia exsequatur, quae in processu necessaria sunt. Ita-



que quum civitas summopere cavere debeat, tum ne in foro litigantibus tales desint adjuutores, tum ut ii, qui partibus litigantibus consilio suo in foro succurrere volunt, ea legum atque juris scientia instructi sint, quae ad agendum vel ad defendendum requiruntur: iis tantum viris procuratoris vel advocati munere fungi conceditur, qui, examine probati, ad hoc munus apti atque idonei inveniuntur. Quare legitimationem ad praxin dicimus probationem, qua quis demonstrat, se publica auctoritate examinatum et ad procuratoris vel advocati munus exercendum a civitate admissum esse <sup>2)</sup>.

Legitimitio igitur ad praxin cum legitimatione ad processum minime confundi debet. Ea enim probatio, qua procurator vel advocatus in singulis causis iudici et adversario demonstrat, se ab altera parte litigantium rogatum esse, ut procuratoris munus suscipiat, vel ut negotium quoddam exsequatur, nihil aliud est, quam legitimitio ad processum, quae, quum ad substantiam processus pertineat, utique requiritur. Procurator autem vel causarum patronus, quem omnes atque ipse iudex sciunt publica auctoritate esse constitutum, ad praxin sese legitimitare minime tenetur <sup>3)</sup>. Si autem in iudicii diversarum civitatum procuratores atque advocati mutuo admittuntur, saepius accidit, ut legitimitio ad praxin ab iis desideretur procuratoribus vel advocatis, qui ex aliena civitate iudicio intersunt. Quoties enim iudici fidem nondum fecerunt, se in numerum procuratorum vel advocatorum rite receptos esse, se ad praxin legitimitatos esse comprobare debent.

1) Interdum leges procuratorem adhiheri vel iubent. cf. fr. 1. §. 2. D. 3. 3. fr. 5. §. 7. D. 46. 7. Thibaut, Pand. III. §. 1099.

- 2) Apud Romanos jus postulandi (Titt. Dig. & Cod. de postulando) duplicem habuit significationem. Primum enim significavit procuratoris vel advocati munere fungi; deinde autem de iis quoque dicitur, qui proprio nomine jus suum persequuntur. fr. 1. §. 2. seq. D. de postulando 3. 1.
- 3) Martin l. c. §. 74. in fine.

---

## CAPUT II.

### De legitimatione ad causam.

#### *I. Ejus notio variaeque species.*

##### §. 5.

Quum igitur varias, quae in processu civili esse solent, legitimaciones, superiore capite breviter consideraverimus, nunc ad legitimationem, quae ad causam vocatur, transeamus. Priusquam autem ad veram ejus naturam atque indolem indicandam progrediamur, ea paullo copiosius enucleare haud inutile erit, quae ab antiquioribus et recentioribus scriptoribus de vi atque notione legitimationis ad causam prolata sunt.

Sicuti omnino postulari jam supra (§. 2.) intelleximus, ut, quicumque in foro litigare velit, potestatem suam agendi in universum ostendat, ita necesse est, ut utraque litigantium pars rite demonstret, *sibimet ipsi* potestatem esse comparatam, ut hoc ipsum jus, de quo nunc certetur, vel agendo vel excipiendo persequatur. Etenim quum nemini liceat ex jure tertii alium convenire <sup>1)</sup>, vel exceptionem inde desumptam actori opponere <sup>2)</sup>; deinde, quum etiam legibus provisum sit, ne ea, quae de jure tertii illicite atque injuste acta sunt, huic praejudicent, eaque potius ipso jure nulla existimanda sint <sup>3)</sup>: judex

nemini jus dicere auxiliumque civitatis permittere debet, nisi qui probare possit:

- 1) *se verum esse actorem*, i. e. se eum esse, cui plena facultas comparata sit juris in concreto litigiosi agendo persequendi, et
- 2) eum, quem conveniat, *verum esse reum*, i. e. qui ex jure illo revera conveniri debeat.

Haec ipsa probatio „*legitimatio ad causam*“, eaque *activa* vel *passiva* vocatur, prout quis se verum esse actorem, vel eum, quem conveniat, verum esse reum demonstrat.

Priusquam vero de singulis his legitimatationis ad caus. speciebus uberius disserere incipiam, haec tantum mihi monenda esse arbitror.

Priores JCtos <sup>4)</sup> legitimatationem ad causam activam ad actorem tantum, passivam autem ad reum tantum referre videmus. Ne autem in errores incidamus, statuamus, opinor, necesse est, utramque legitimatationem ad causam, et activam et passivam, ad actorem pariter atque ad reum esse referendam <sup>5)</sup>. Primum enim neque reum exceptionem, ex jure tertii haustam, actori posse opponere, neque actorem ex jure tertii alium posse convenire notissimi juris est; deinde autem veram exceptionem semper habere actionis naturam satis constat <sup>6)</sup>. Consequitur inde, de veris replicationibus atque duplicationibus idem esse dicendum, quatenus jure tertii nituntur. Quum enim replicatio nihil aliud sit, quam contraria exceptio, quasi exceptio exceptionis, actionis loco habenda est <sup>7)</sup>.

Quibus praemissis, redeamus, unde defleximus.

Etiamsi ex ea, quam modo indicavimus, notione legitimatationis ad c. satis superque pa-

teat, eam in qualibet lite desiderari, plerumque tamen accidit, ut legitimatio ad c. cum probatione, quam principalem vocant, arctissime cohaereat, ita ut ab hac probatione nullo modo separari queat. Quotiescunque enim quis vel actionem vel exceptionem vel replicationem vel denique duplicationem ex jure aliquo deducat, quod *ipse*, non alius quisquam, primus adquisierit, legitimatio ad c. jam iis ipsis continetur factis, quae ab actore vel reo afferuntur, i. e. si ea probantur facta, quae ad fundamentum agendi pertinent, legitimatio ad caus. quoque in dubium vocari nequit; si autem actoris vel rei assertiones verae non reperiuntur, legitimationem quoque ad c. deficere dicendum est. Idem semper statuendum erit, si agendi vel excipiendi facultas a singulari quadam actoris qualitate vel a jure reali, veluti dominio, possessione etc. non pendet. Quotiescunque igitur legitimatio ad c. a fundamento agendi sejungi non potest, ea nihil aliud est quam causa principalis, de qua in judicio dijudicanda est <sup>8)</sup>; neque singulari probatione legitimationem ad c. demonstrare opus est. Quicumque enim vel actionem vel exceptionem suam probavit, eo ipso sibi vel agendi vel excipiendi facultatem comparatam esse satis superque ostendit. Idem vero de legitimatione ad c. passiva statuendum est <sup>9)</sup>.

Quare certa quaedam causarum genera a scriptoribus vulgo nominantur, in quibus de legitimatione ad c. singularis probatio, quae a principali probatione separata sit, ab actore vel reo afferri debeat <sup>10)</sup>. De his nunc singulis videndum erit.

*A. Legitimatío ad caus. activa.*

Legitimatío ad c. activa apparere dicitur:

- 1) Si quis jus aliquod in iudicio persequatur, quod ab initio non sibi sed alii natum esse fateatur, postea vero in se vel ut cessionarium vel heredem translatum esse contendat; vel etiam si reus eodem modo exceptionem suam ex jure aliquo deducat, quod primum non ipse, sed alius quidam acquisierit. Factum enim illud atque probatio, jus illud litigiosum, quo actor actionem vel reus exceptionem fundat, in hunc vel in illum translatum esse, actoris vel rei legitimationem ad c. efficiunt, eaque praejudicialis quasi conditio habetur, quae, nisi probetur, actorem atque reum impediatur, quominus jus, tertio primum competens, vel agendo vel excepiendo sibi vindicent <sup>11)</sup>.
- 2) Si jus illud, de quo potissimum agitur, a statu quodam personae vel qualitate quadam pendet, vel si exceptionem reus opponit, ex tali statu vel qualitate desumtatur, ex tali statu vel qualitate desumtatur, qua statum illum vel qualitatem in actore vel reo revera adesse ostenditur, legitimatío ad causam vocari solet. Quicumque igitur jus aliquod sibi vindicare conatur, se civem esse, vel feudi dominum vel militem vel denique cognatum adseverans, ante omnia hanc ipsam qualitatem sibi deberi cogitur demonstrare, priusquam jus ipsam, quod persequitur, a iudice ei addicatur <sup>12)</sup>.
- 3) Denique legitimatío ad c. activa requiritur, si agendi vel excepiendi facultas ea condi-

tionem adstricta est, ut vel actor vel reus jus quoddam reale, veluti dominium, possessionem etc. habeat, quod quidem ipsius causae fundamentum non tangit, sed tamen potestatem tribuit, de causa principali, in litem deducta, proprio nomine disceptandi<sup>13)</sup>, de quo quidem adversario et iudici fides ante omnia erit facienda, ne frustra litigetur. Itaque si quis actione confessoria servitutem sibi vindicare vult, ante omnia ad causam se se legitimare, i. e. se praedii dominantis dominium acquisivisse demonstrare tenetur; vel si reus, qui de onere publico praestando convenitur, se praedium illius oneris immune possidere praetendit, priusquam haec exceptio admittatur, se praedii illius dominum esse ostendat necesse est.

*B. Legitimatio ad causam passiva.*

Legitimationis ad c. passivae vim atque notionem ita definimus, ut sit probatio ab alterutro litigantium allata, adversarium, sive actor sit sive reus, eum esse, qui in processu ad actionem vel ad exceptionem oppositam respondere ex legibus teneatur. Requiritur autem haec legitimatio:

- 1) Si quis reum propter obligationem convenit, quae ab initio quidem alii nata, in reum tamen postea translata est; vel si eodem modo reus exceptionem suam, actori oppositam, ex obligatione repetit, quam quidem ipse actor non contraxit, quae vero in eum translata est. Ponamus igitur Titium de mutuo solvendo contra Mevium agere, quem defuncti Sempronii heredem

esse contendit: quaeritur, utrum **Mevius Sempronii** heres revera factus sit? Haec ipsa autem quaestio nihil aliud est quam legitimatio ad c. passiva, a **Titio** demonstranda.

- 2) Si obligatio, quam a reo solvi postulat actor, cum personali quodam statu vel qualitate rei cohaeret, ita, ut deficiente hoc statu obligatio illa cogitari nequeat <sup>14)</sup>; vel si e contrario exceptio rei ad statum vel qualitatem actoris respicit, ita ut exceptio illa, nisi revera status ille in actore reperitur, opponi non debeat. Ita in diversissimis causis legitimatio ad c. passiva vel consanguinitate, vel alio quodam statu familiae, vel civitate, vel statu clerici aut militis aliisque multis similibusque qualitatibus continetur, quibus deficientibus neque actio actori, neque reo competit exceptio. Quotiescunque igitur quis de obligatione agit, quam a tali quodam statu vel qualitate pendere adseverat, hunc ipsum statum vel qualitatem in reo adesse probare tenetur; nec non de reo quoad exceptionem idem statuendum erit.
- 3) Denique si jus ab actore potissimum vindicatum a jure reali pendet, quod nisi reus adquisierit, tota actio in hunc reum omnino non competit; vel si exceptio rei de jure reali actoris deducta est, quo deficiente ipsa exceptio frustra actori objicitur. Ita e. g. dominio praedii servientis legitimatio ad c. passiva continetur, si quis de oneribus realibus praestandis agere vult; deinde in rei vindicatione reum possidere ante omnia demonstrandum est.

Quare si altera pars litigantium ita se defendere conatur, ut adversarium ad causam nondum satis legitimatum esse admoneat, exceptio deficientis legitimationis ad caus. oritur, de qua fusius infra [§. 7.] nobis disserendum erit.

- 1) Non obstant leges; nam L. 1. C. 8. 5. aliaque leges ad legitimationem ad processum referendae sunt. Publicae autem atque populares actiones jus persequuntur, quod civibus, qua talibus, proprium est. cf. fr. 3. §. 9 et 11. D. 43. 29.
- 2) Martin, Lehrb. §. 96 in fin.
- 3) fr. 31. i. f. D. de judic. 5. 1. fr. 14. §. 1. D. de appellationib. et relationib. 49. 1. L. 1. 2. 3. C. int. al. acta etc. 7. 60. fr. 27. §. 4. D. de pactis. 2. 14. L. 1. seq. C. quib. res judic. non nocet. 7. 56. L. 2. C. de except. 8. 36. fr. 10. D. eod. 44. 1. fr. 63. D. de re judicat. 42. 1.
- 4) Vid. int. al. Gönner l. c. §. 2.
- 5) Schweitzer, Lehrb. des sächs. Processus. §. 39. et not. 49. — Gensler, l. c. pag. 119. not. \*) — Biener, syst. proc. l. §. 34.
- 6) fr. 1. D. de except. 44. 1. „Agere enim is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est.“ — fr. 19. pr. D. de probationib. 22. 3.
- 7) cf. fr. 2. §. 1. fr. 22. §. 1. cum fr. 1. D. 44. 1. pr. et §. 1. J. de replicationib. 4. 14.
- 8) Gönner, l. c. §. 2. — Grolmann, Theorie des gerichtl. Verf. §. 56. — Danz, ord. Proc. §. 124.
- 9) cf. Gensler l. c. §. f. init.
- 10) Gensler (l. c. §. e. p. 116. et §. f. p. 124. 125) hanc ob causam legitimationem ad c. sensu generali et speciali distinguit. Quantum vero huic distinctioni tribuendum sit, infra (§. 6.) videamur.
- 11) Fisco tamen ex privilegio concessum est, ut debitorem debitoris sui conveniat etiamsi nulla actio ei cessa sit. cf. L. 2. 5. C. quando fiscus. 4. 15.
- 12) Gensler l. c. p. 120. 121.
- 13) cf. fr. 2. §. 1. D. si serv. vindicetur. 8. 5. fr. 16. 18. D. 44. 1.
- 14) L. 2. C. de liberal. caus. 7. 16.



§. 6.

Hæc fere sunt, quæ de legitimætionis ad c. vi atque notione a plurimis auctoribus in medium prolata esse invenimus. Quibus opinionibus, quantum tribuendum sit, nunc videamus.

Ex iis, quæ modo attulimus, satis apparebit, quam plurimos scriptores legitimætionem ad c. ita definitivisse, ut a principali probatione prorsus diversa atque ab hac probatione omnino separanda esset. Scriptores autem recentiores, hanc opinionem affirmantes, non minus in eo quam maxime elaborarunt, ut discrimen inter legitimætionem ad c. atque principalem probationem quam maximum statuerent. Audiamus inter alia, quæ assert **Gönnner** (l. c. §. 2. p. 328.):

„Wer im eigenen Namen ein Recht verfolgt, bedarf keines Beweises über sein Klagerecht, um den Streit zu führen; denn der Rechtsstreit selbst ist erst das Mittel, wodurch sein Klagerecht geprüft werden soll. Nur dann, wenn ungewiss ist, ob Jemand überhaupt das streitige Recht, auch seinen Grund vorausgesetzt, zu verfolgen befugt sei; ob er sich das in Anspruch genommene Recht, wenn auch die Verbindlichkeit des Beklagten nicht in Zweifel gezogen wird, zueignen könne, tritt eine Ausnahme ein; nur dann kann ein solches Subject nicht fordern, dass man mit ihm früher den Kampf bestehe, bis es gezeigt hat, dass es mit Gültigkeit und rechtlichen Folgen über den Processgegenstand im eignen Namen zu streiten befugt sei.“

et idem alio loco (l. c. §. 7. p. 336.):

„Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass jede Eigenschaft, deren Beweis das in

Anspruch genommene Recht selbst als richtig darstellt, als Hauptsache betrachtet werden muss, und niemals eine Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache begründet, um unter ihrem Schutze die Einlassung auf die Klage zu verweigern; dagegen jede Eigenschaft, die nur das streitende Subject befähigt, über den Processgegenstand mit Wirkung zu streiten, und deren Beweis das verfolgte Recht selbst nicht ausser Zweifel setzt, zur Verweigerung der Einlassung auf die Klage wegen mangelnder Legitimation zur Sache benutzt werden kann.“

**Eandem opinionem Grolmann quoque (l. c. §. 56. p. 75.) confirmasse invenimus, qui haec habet:**

„Es kann nämlich nicht genügen, in der Verhandlung der Sache die Existenz eines Rechts des Klägers oder einer Verbindlichkeit des Beklagten darzuthun, wenn es nicht auch gewiss ist, dass dort der Beklagte der wahrhaft Verbundene, hier der Kläger der wahrhaft Berechtigte sei. Sobald das **Factum**, welches diese **subjective Berechtigung** und dieses **subjective Verbundensein** erzeugt, nicht mit dem **Facto**, welches dort die Verbindlichkeit des Beklagten, hier das Recht des Klägers begründet, identisch ist; — — so kann nur derjenige Kläger und nur derjenige Beklagter sein, in Ansehung welches jenes **Factum** erweislich ist. Der Beweis dieses **Facti**, (welcher die Legitimation zur Sache enthält)“ etc.

**Porro haec quoque adjicit (l. c. p. 76. not. b.):**

„Was zur Legitimation zur Sache gehört, betrifft nie die factischen Gründe, worauf

der Anspruch des Klägers, objectiv betrachtet, beruht, sondern nur das Recht des Klägers, diesen (für sich gegründeten oder nicht gegründeten) Anspruch gegen diesen Beklagten zu verfolgen.“

Habebimus tamen, quod ad haec respondeamus, dummodo primum, quae sit vis atque notio probationis principalis, investigaverimus.

Processus civilis secundum principia juris Romani ita definiri poterit, ut sit quasi obligatio, inter duas personas contracta, quae *actio* appellatur, qua altera [actor] aliquid petit, altera autem [reus] praestare aliquid tenetur. Haec tamen actio ut nata sit, utique requiritur, primum, ut actor jus aliquod sibi comparaverit, deinde autem, ut hoc jus a reo qualicumque modo violatum esse constet <sup>1)</sup>. Duobus his factis igitur fundamentum agendi proprie continetur, cujus probatio actori incumbit. Quum autem in hac probatione totius processus eventus positus sit, *principalis* probatio appellari poterit. Actorem igitur ante omnia jus illud, quo actionem suam fundavit, probare oportet; quo probato, ostendat necesse est, hoc jus *sibi* competere. Sicuti enim nullum omnino jus invenitur, nisi quod certae personae competat, ita, si quis in specie jus aliquod sibi vindicat, eo ipso contendit, hoc jus sibimet ipsi deberi. Quum etiam juris perseguendi facultas ab ipso jure sejungi non possit, sequatur inde necesse est, actorem, si jus ipsum plene probaverit, eo ipso hoc jus sibi competere demonstrasse, vel, quod idem valet, legitimationem ad *c. activam* attulisse. Quid autem de legitimatione ad *c. passiva* dicamus? In omnibus fere actionibus personalibus actor, simulatque causam principalem probavit,

legitimationem quoque ad c. passivam expedit. Quum enim haec sit obligationum natura, ut petenti aliquis contrarius sit, qui ad praestandum aliquid obligetur; quum igitur nulla obligatio sine debitore cogitari possit: hic solus in processu conveniri potest. Probato igitur jure, quo actio fundatur, legitimatio ad c. passiva quoque expedita, i. e. hunc reum verum esse reum perspicuum est. In ceteris denique actionibus personalibus actor ad causam legitimatur, simul atque jus suum laesum esse ostendit; hoc enim ad principalem probationem pertinet.

Itaque quum legitimatio ad c. actoris nihil aliud esse videatur, quam ipsa probatio principalis (quod etiam de exceptione, a reo opposita, dicendum est), jam hoc loco eos errasse scriptores apparet, qui legitimationem a principali probatione prorsus diversam esse affirmarunt. Neque vero de iis causarum generibus, quae supra [§. 5. A. B.] commemoravimus, aliud quiddam dicendum erit, quum in iis quoque legitimatio ad c. nihil aliud sit quam pars fundamenti agendi, et ita ad principalem probationem pertineat. Nihilominus tamen his causis quaedam propria sunt, quibus ab illis se differunt, quae separationem legitimationis a principali probatione omnino non patiuntur. Saepenumero enim accidit, ut jus actoris e variis factis oriatur, quae nihil inter se commune habent et ejusmodi sunt, ut nonnullis quidem eorum jus, in concreto litigiosum, cuiquam natum esse constet, (qua in re tamen in dubio relinquitur, cuinam natum sit,) ceteris autem hoc jus ad certam quandam personam referendum esse manifestum fiat. *His* factis actoris legitimatio ad c. activa, *illis* autem fundamentum agendi continetur. Deinde si obli-

gatio rei e pluribus factis proficiscitur, quorum nonnullis in universum tantum hanc obligationem exortam esse planum est, unum autem eorum hunc ipsum reum obligatum esse manifestat, hoc facto actoris legitimatio ad c. activa continetur. In universum igitur legitimatio ad c. passiva id factum appellatur, quo cognoscitur, in hunc reum actionem esse dirigendam, siquidem hoc ex ipso jure actoris vel ex ea causa, qua exortum est, non pateat. Quae modo diximus, ad ea, quae supra [§. 5. A. 1. 2. 3.] attulimus, causarum genera facile transferri possunt. Nam, ut hoc unum tantum asseram exemplum, in actionibus cessis actori jus suum duobus his factis acquiritur: a) obligatione, inter cedentem et debitorem cessum contracta, et b) translatione a cedente in cessionarium facta; deinde jus heredis huic acquiritur: a) jure testatoris, et b) facta ad heredem delatione hereditatis. Eodem modo ad actionem confessoriam instituendam desideratur: a) ut servitutem actor acquisiverit, nec non b) ut praedii dominantis dominium sibi comparaverit, et sic deinceps.

Videamus nunc, quomodo ea, quae hactenus exposuimus, ab iis discrepent, quae plurimi scriptores de legitimatione a principali probatione separanda statuerunt.

- 1) Ex iis, quae supra de legitimationis notione attulimus, elucet, nihil omnino interesse inter jus ipsum in abstracto et juris persequendi potestatem, sed varia tantum facta, quibus jus exoritur, inter se distinguenda esse, vel, ut breviter dicam, juris persequendi facultas integra pars est ipsius juris, quum nullum jus inveniatur, quod nemo persequi, vel quod idem valet, ad quod

nemo se legitimare possit. Eadem autem de obligatione valent.

Ab hac autem definitione omnes fere auctores valde discrepant, fieri posse affirmantes, ut certum sit, jus aliquod in abstracto natum esse, etiamsi persecuendi ejus potestas probata non sit. Ego tamen nullo modo fieri posse arbitror, ut jus aliquod natum esse certum sit, nisi omnia facta, quibus fundatur, et inprimis legitimatio, satis probentur. Nullum enim jus inveniri verum est, nisi quod a quoquam vindicari possit. Quoties igitur juris persecuendi potestas in specie probari nequit, nullum omnino jus exortum esse dicendum est.

2) Legitimatio quoque ad c. pars est fundamenti agendi, quod *cuncta* facta, quibus agendi facultas exoritur, et legitimationem ad c. amplectitur. Quare suum tantum arbitrium sequuti sunt ii, qui ea tantum facta ad fundamentum agendi pertinere adseverarunt, quae jus actoris in abstracto procrearent, non ea quoque, quibus *huic* actori nasceretur, vel quibus apertum esset, *in hunc* reum actionem competere.

In hoc non minus auctores dissentiunt. Principalis enim probatio, de iis factis, quibus fundamentum agendi constat, afferenda, eorum opinione a legitimatione semper separanda est. (vid. Grolmann et Gönner l. l. c. c.)

Jam supra hanc opinionem falsam esse exposuimus; hoc potius dicendum esse putamus. In omnibus juribus atque obligationibus, quae ab initio actori vel reo ipsi nata sunt, singula facta, quae ad fundamentum agendi pertinent, arctius inter se cohaerent, quam ut hoc in iis causis accidere possit, in quibus legitimatio ad

causam a principali probatione diversa esse dicitur. Nam, ut hoc tantum asseram exemplum, quamvis in actionibus cessionariis alienum tantum jus in suam utilitatem exercent [procurator in rem suam], tamen ipsa cessione hujus juris exercendi facultas tota ei acquiritur, cedenti vero nihil nisi nomen relinquitur, ita ut cessionarium in processu quidem proprium jus exercere dixerit. Omnia autem, quibus hoc jus exortum est, ad fundamentum agendi, ergo ad principalem probationem pertinent; hac autem probatione non solum obligationem omnino natam esse, sed etiam cessionem e titulo quodam factam esse ostendi oportet <sup>2)</sup>).

Sed in iis quoque causis, quas supra §. 5. sub A. 2. 3. et B. 2. 3. commemoravimus, legitimatio ad c. non minus pars fundamenti agendi vocari poterit. Quamvis enim status ille personalis vel jus illud reale causam principalem non efficiant, jus tamen actoris vel obligatio rei aliqua ex parte ab iis pendent; omnia autem, a quibus jus vel obligatio pendent, fundamento agendi adnumeranda sunt. Itaque status ille personalis vel jus illud reale, si revera adesse probantur, jus litigiosum, ut Gönner [l. c. §. 7. p. 336.] dicit, acquisitum esse demonstrant, quamobrem ad principalem probationem pertinent. Dubitari autem non potest, quin status ille vel jus reale litigantibus hanc potestatem simul tribuant, ut de objecto litis cum effectu agere possint, quamobrem legitimationem ad c. tantum efficiunt. Quam igitur inde sequatur necesse sit, principalem causam saepius nihil aliud esse quam legitimationem ad c., legitimationem autem nihil aliud quam causam principalem, facile videmus, quot quantisque Gönner difficul-

tatibus implicetur, si alteram ab altera sejungendam esse opinatur <sup>3)</sup>).

3) Ex iis denique, quae de vera indole legitimisationis jam supra attulimus, non solum in iis causarum generibus, quae vulgo enumerantur [§. 5.], sed etiam in aliis multis legitimatio ad c. cernitur. Quotiescunque enim singulare quoddam factum exstat, quo patet, huic tantum actori jus aliquod competere, vel illum tantum reum ex obligatione conveniri posse, hujus facti probatio merito legitimatio ad c. vel activa vel passiva vocari poterit. Ita in successione singulari, quae vulgo omittitur, jus actoris duobus his factis, scilicet jure auctoris atque successione, exoritur. Dominium enim actoris nisi e titulo, quo dominium acquisivit, non elucet; itaque hoc titulo legitimatio ad c. continetur. Nec non obligationibus legitimatio ad c. saepius continetur, veluti, si actione pro socio de dividendis bonis communibus instituta, quaeritur, utrum Titius socius sit, haec quaestio legitimatorem ad caus. efficit.

- 
- 1) Ita rei vindicatio fundatur dominio actoris et possessione rei, actio hypothecaria jure pignoris et possessione, actio confessoria servitute actoris et facta per reum laesione, personales denique actiones non nisi jure creditoris, ex obligatione acquisito, et recusata a reo solutione nascuntur.
- 2) cf. Bethmann-Hollweg l. c. p. 87. 90.
- 3) Vid. etiam Gensler l. c. §. h. p. 139 seq.

### §. 7.

His expositis, ad exceptionem, quam deficientis legitimisationis ad caus. vocare solent, nunc transeamus.



Oriri hanc exceptionem jam supra [§. 5, i. f.] intelleximus, si reus [vel actor in replicatione] actori objiciat, eum non verum esse actorem, (exceptio deficientis leg. ad c. activae), vel eum, (actorem puta) contra hunc reum agere non debere (exceptio def. leg. ad c. passivae) <sup>1</sup>).

Quibus praemissis facilius demonstrare poterimus, quae sit vera vis atque indoles exceptionis deficientis leg. ad c., dummodo hanc distinctionem fecerimus.

I. Si actor in libello suo legitimationem attigit, i. e. si distincte commemoravit, agendi potestatem vel obligationem rei ab initio non sibi vel reo natam, sed in suam personam vel in reum postea translata esse; deinde, si jus suum vel obligationem rei a personali statu vel qualitate vel a jure quodam reali, veluti dominio, possessione etc. pendere adseveravit: exceptio, quam vocant deficientis legitimationis ad c., nihil aliud est, quam litis contestatio negativa, et quae de hac exstant principia, de illa quoque exceptione valere dicendum est. Quum enim legitimatio ad caus. nihil aliud sit, quam pars fundamenti agendi vel excipiendi [cf. supra §. 6.], hac exceptione negatur tantum factum, quod ad agendum vel ad excipiendum omnino necessarium est, translatio nimirum actionis vel obligationis, vel status etc., a quibus juris persequendi facultatem pendere vidimus. Vera autem exceptio est nova allegatio actioni contraria, quae eo nititur, quod, licet justa per se sit et veritate fundata actoris intentio, tamen aut iniqua sit adversus eum, cum quo agitur, aut alia quadam ex causa, actionis initium et velut fundamentum plane non attingente, removeatur elidaturve <sup>2</sup>).

II. Actor in libello suo legitimationis ad c. nullam omnino fecit mentionem; veluti, quum actione confessoria alium conveniret, omisit, se dominum praedii dominantis probare, vel, quum rei vindicationem institueret, de possessione nihil omnino commemoravit. Quod si accidit, exceptio def. leg. ad c. auctore Danz iis exceptionibus, quae *negantes* dicuntur, adnumerari potest, quatenus ita definiuntur, ut sint exceptiones, quibus factum aliquod negatur, quod, quamvis jus agendi ab eo pendeat, in libello tamen omissum est <sup>3)</sup>. In hac autem re exceptio def. leg. ad c. non minus quam omnes exceptiones negantes hujus generis cum exceptione libelli obscuri, generalis vel inepti tota ex parte convenit, ita ut nullo modo nisi solo nomine inter se differant.

Ex his facile, qui sit usus exceptionis def. leg. ad c., patebit. In priori enim casu, si actor in libello suo vel reus in exceptione illud factum, quo jus agendi excipiendive pendet, distincte commemoravit, adversarius ad hoc respondere <sup>4)</sup> i. e. ea facta, quibus legitimatio ad c. continetur, aut concedere, aut negare *tentur* <sup>5)</sup>, neque proderit ei, ad litis contestationem negativam exceptionem def. leg. ad c. adicere <sup>6)</sup>. Etiam si enim haec exceptio opponatur, nihil tamen est, quod, dummodo legitimationis in libello mentio facta sit, iudicem impedire possit, quominus non solum legitimationem sed etiam cetera omnia, quae denegata sunt, vel probari vel demonstrari jubeat <sup>7)</sup>. Excipienti autem reprobatio tantum conceditur. Quare displicet mihi eorum opinio, qui exceptionem def. leg. ad c. tum quoque admittunt, quum reus sola litis contestatione negativa uti debeat <sup>8)</sup>. Multum enim exceptio et litis contestatio negativa inter se differunt.

Restat, ut de altero quoque casu pauca commemorem. Si enim de legitimatione ad c. nihil omnino in libello allatum est, exceptio def. leg. ad c. in numerum earum exceptionum, mere dilatoriarum, referenda est, quae quidem a litis contestatione liberant, judicem tamen actionem vel exceptionem ineptam ex officio rejicere jubent, ita tamen, ut actori meliorem atque emendatiorem libellum tradere liceat <sup>9)</sup>. Neque praedjudicialis quaestio de legitimatione ad c. requiritur, quum ea, quae in fundamento agendi ommissa sunt facta, a iudice ex officio suppleri minime debeant. Si autem actio inepta vel exceptio generalis a partibus emendantur, examini iudicis denuo submittendae et adversario ad respondendum communicandae sunt <sup>10)</sup>.

Quae quum ita sint, ad eorum opinionem accedere nolo, qui exceptioni def. leg. ad c. hanc vim tribuerunt, ut a litis contestatione liberaret, totumque processum tam diu sustineret, quam diu legitimatio ad c. probata non esset <sup>11)</sup>. Imo vero haec opinio iis omnino repugnat legibus, quae in Germania de processu civili constitutae sunt (Eventual-Maxime). Nam Recensus Imperii Novissimus (§. 37 et 40.), quae summa lex de processu civili Germanico habenda est, expressis verbis praecipit, ne aliae exceptiones, nisi fori declinatoriae (quibus accedit exceptio spoliū) a litis contestatione eventuali liberent. Neque vero aliorum argumenti ratio habenda erit, qui legitimationem ad c. substantiale processus esse dixerunt, quo deficiente, omnia, quae acta essent, nullitate laborarent. Quum enim probatione principali legitimatio ad c. simul cum causa principali expediatur, nullo modo verendum est, ne nullitas processus eve-

niat. Denique fuerunt quidem, qui processum amputari dicerent, si primum de legitimatione ad c. inquireretur. Putarunt enim, si statim defectus legitimationis ad c. appareret, de reliquis decernere superfluum esse, operam atque pecuniam alias frustra impendi<sup>12)</sup>. Probandam quidem hanc opinionem esse fateor, si, quum legitimatio facile expediri possit, causa principalis latam quaestionem requirat. Quid autem, si legitimatio nisi multis magnisque difficultatibus expediri non potest, postea vero ipsa quoque actio vel exceptio fundata non reperitur? Nonne hic quoque, quum frustra omnia acta sint, majore etiam detrimento litigantes afficiuntur<sup>13)</sup>? Itaque hac tantum ratione processum amputari arbitror, ut simul legitimatio ad c. cum causa principali expediatur.

Restat denique, ut eorum opinioni pauca objiciam, qui exceptionem def. leg. ad c. hanc habere vim affirmant, ut, quum inter negantes exceptiones referenda sit, onere probandi excipientem liberet<sup>14)</sup>. Vix tamen mihi opus erit memorare, hanc vim in ipsa natura exceptionis def. leg. ad c. minime esse positam. Etenim si vitium, quo actio laborare dicitur, statim ex jure apparet, excipienti probatione quidem opus non est, attamen *sola negatio* cum non liberat. Nam si nullo libellus vitio laborat, si potius omnia in eo enarrata inveniuntur, quae ad agendum necessaria sunt, exceptio illa, nisi statim probetur, nullius omnino est effectus, imo vero reus ad omnia facta *respondere tenetur*. Tunc autem generalibus principiis conveniens est, ut actori propter *litis contestationem negativam* probandi onus imponatur. Idem fere in exceptione non adimpleti contractus cernitur. Neque

enim haec exceptio *qua talis*, sed responsio negans actori probationem imponit <sup>15)</sup>).

Superfluum nunc erit inquirere, exceptio def. leg. ad c. utrum inter dilatorias an inter peremptorias an denique inter anomalas referenda sit. Vidimus enim, secundum principia juris **Ramani** ei nomen exceptionis nullo modo esse tribuendum. Habet tamen effectum exceptionis litis ingressum impediens, si reo conceditur, ut ante litem contestatam probationem de legitimatione ad c. postulet <sup>16)</sup>).

- 1) Interdum haec exceptio appellatur praepjudicialis, quia aliqua ex parte cum exceptione praepjudiciali juris Romani convenit. Principia autem juris Romani, quae de exceptione praepjudiciali exstant, multum ab iis differunt, quae de legitimatione ad c. prolata sunt. Cf. fr. **12. 16. 18.** D. de exceptionib. **44. 1.** Ludovici l. c. §. **16.** Slevogt l. c. §. **6. 7.** Bethmann-Hollweg l. c. p. **123 — 126.** Nonnunquam etiam haec exceptio cum exceptione non competentis actionis vel cum exceptione „tua non interest“ confunditur; (Mevii Decis. p. 1. dec. **203.** et erro **6.** Slevogt l. c. §. **8.**); differunt autem hae quoque exceptiones ab except. def. leg. ad c., quod intelligitur ex fr. **2. §. 5.** D. de aqua et aqua pluv. **39. 3.** cf. etiam Gensler l. c. p. **144.** not. **41.** Danz l. c. §. **125.** not \*).
- 2) Gaj. Inst. IV. §. **116. 117.** Martin Lehrb. §. **86. 95. 96.** fr. **2.** D. de except. **44. 1.**
- 3) Danz ord. Proc. §. **155.**
- 4) Martin hanc partem actionis non inepte fundamentum agendi mediatum appellat. Dissentit tamen Gensler l. c. p. **146.** not. **66.**
- 5) Martin Lehrb. §. **153. 154.** Archiv für d. civilist. Prax. Bd. 1. Abh. **3.** §. **7.** p. **41. 42.** cf. R. J. N. §. **37.**

- 6) Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. f. Abh. 21. §. 15. p. 276.
- 7) Wernher sel. qu. for. Tom. II. P. VIII. obs. 454. 486. Schaumburg l. c. lib. I. Sect. I. mbr. II. cap. IV. §. 5. not. \*) 8. Berger respons. P. II. resp. XLI. nro 2.
- 8) Ludovici l. c. §. 11. 12. Gönner l. c. §. 4.
- 9) Martin Lehrb. §. 149. 151. 154.
- 10) Gönner l. c. Th. I. Abh. XX. §. 7.
- 11) Gönner l. c. Th. I. Abh. XI. §. 4. Ludovici l. c. §. 15. Struben R. B. Th. I. Bd. 45. Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. Einreden. §. 247. et a.
- 12) Struben l. c. Wernher l. c. P. II. obs. 419.
- 13) Bethmann-Hollweg p. 111. 112. Gensler l. c. §. i. p. 150.
- 14) Vid. int. al. Danz ord. Proc. §. 155. Gönner l. c. §. 7.
- 15) Archiv. f. d. civilist. Pr. Bd. I. p. 275. 276.
- 16) Bethmann-Hollweg l. c. p. 95. not. 21. Archiv f. d. civilist. Pr. I. nro 32. p. 455 seq. et not. 12.

## *II. Legitimationis ad causam usus.*

### §. 8.

Ultimam nunc commentationis hujus partem aggrediamur, inquirentes, utrum ea, quae iudicia in decernendis litibus sequi solent principia, iis respondeant, quas de legitimatione ad e. hactenus explicavimus, nec ne.

Quam in superiori §pho distinctionem fecimus, eandem hoc quoque loco repetamus, ita ut

I. primum videamus, quomodo decerni soleat, si actor <sup>1)</sup> illa facta, quibus legitimatio ad c. continetur, satis distincte in libello suo enarraverit.

Quum uberius jam supra [§. 7. I.] exposuerimus, exceptionem def. leg. ad c. in hoc casu nihil aliud esse, quam litis contestationem negativam, facile apparet, qualis modus procedendi esse debeat.

1) Primum enim, si reus ea facta, quibus fundamentum agendi nititur, negavit, addita insuper exceptione def. leg. ad c., sententia interlocutoria sequi solet, qua actori probatio non solum causae principalis, sed etiam legitimationis ad caus. imponitur. Quum autem exceptio opposita non exceptionis loco, sed litis contestationis negativae habenda sit, actorem ea quoque facta, quae ad legitimacionem spectant, probare oportet. De probandi autem remediis observandum est, ea ad genus processus accommodari, ita ut demonstratio tantum requiratur, si in processu summario litigatur.

Sustineri autem in hoc casu causam principalem minime crediderim; neque praejudicialis quaestio de legitimacione ad c. instituitur. Judex potius et procedente causa et in dijudicanda ipsa re ad legitimacionem ad c. *ante omnia* animum advertere debet. Negari tamen non potest, internum utilius esse, ab hoc procedendi modo recedere. Etenim si singulare quoddam factum celeriter expediri, totusque processus statim amputari poterit, veluti si de legitimacione ad c.

juramentum delatum sit, prae ceteris legitimationem ad c. expedire praestat <sup>2)</sup>).

2) Deinde accidere potest, ut reus fundamentum quidem, quo causa principalis nititur, concedat, peremptoriam tamen exceptionem actori objiciat. In hoc casu, si reus legitimationem ad c. in dubium vocavit, nec aliunde actorem ad c. satis legitimum esse apparet, duplicem judex procedendi modum sequi poterit.

a. Primum enim ab actore, ut quomodo ad causam legitimetur, ostendat, peti poterit, ita tamen, ut de exceptione peremptoria, a reo opposita, priusquam actor desideratam de legitimatione sua demonstrationem attulerit, nullo modo dijudicetur. Tum demum, si actor ad causam se legitimum esse probavit, reus exceptionem suam probare tenetur; sin autem actori legitimitas deficit, reus ab instantia statim absolvendus est.

b. Deinde autem reo probatio exceptionis peremptoriae statim imponi poterit, ita tamen, ut ab actore simul demonstratio de legitimatione sua ad c. petatur. In re ipsa dijudicanda judex de legitimatione ad c. prae ceteris omnibus diligenter inquiret in hoc quoque casu necesse est, et si satis actorem ad c. legitimum esse invenit, de probatione exceptionis oppositae simul decernere poterit. Reus tamen in hoc quoque casu ab instantia absolvendus erit, si actor se ad c. legitimum esse demonstrare nequit <sup>3)</sup>).



In hoc casu vulgo sententia interlocutoria, conditione adstricta, a judiciis publicatur, cujus formula haec fere est:

„Würde Kläger zuvörderst binnen 14 Tagen dass etc. beibringen und auf diese Weise zur Sache sich legitimiren, so ist sodann Beklagter den Grund seiner Einrede u. s. w. binnen O. F. zu beweisen schuldig“ <sup>4)</sup>.

3) Si reus nullam exceptionem peremptoriam opposuit, ita ut de sola legitimatione ad c. litigetur, actori aut solennis probatio, aut summaria imponenda erit, prout in processu ordinario aut summario litigatur. Judex autem reum aut pure condemnare aut ab instantia absolvere debet, prout actor se ad caus. satis esse legitimatum probaverit vel non. Sententia autem conditione vulgo adstringitur, qualis haec est formula:

„Würde Kläger, dass er des N. N. Erbe geworden etc. — — beibringen, so ist Beklagter — — zu leisten schuldig.“

II. Si actor in libello suo ea facta, quae ad legitimationem ad c. pertinent, aut omnino non commemoravit, aut certe non ita distincte enarravit, ut certe atque definite reus ad ea respondere posset, hoc vitium libelli exceptione def. leg. ad c. vituperari vulgo invenimus. Hanc autem exceptionem cum exceptione libelli obscuri tota ex parte convenire, jam supra [§. 7.] exposuimus, quum in eo tantum actor reprehendatur, quod facta quaedam, ad fundandam actionem omnino necessaria, in libello suo omiserit. Itaque si iudex in libello examinando eum hoc

vicio laborare reperit, actionem propter hunc ipsum defectum rejicere debet, probatio autem ab actore asserenda, nullo modo requiritur. Actorem potius denuo libellum, eumque perfectiorem exhibere oportet, quo facto, procedendi modus, quem jam supra (Nr. I. hoc §pho) indicavimus, ineundus erit. Si autem exceptio opposita ficta tantum invenitur, i. e. si iudex omnia, quibus legitimatio actoris constat, satis distincte enarrata esse intelligit; reus exceptione def. leg. ad c. nullo modo niti poterit, sed certam atque definitam litis contestationem asserre tenetur, ut ex hac demum status causae et controversiae cognosci queat.

III. Fieri denique potest, ut in decursu demum processus defectus legitimationis appareat vel oriatur. Quod si accidit, ante omnia iudici de legitimatione ad c., quasi de praejudiciali atque incidenti causa, inquirendum, et, probatione vel demonstratione ab actore allata, dijudicandum erit. Sed ne hîc quidem principalis causa praejudiciali hac quaestione sustineatur necesse est. Quin imo legibus Germanicis conveniens est, ut non minus de reliquis omnibus, addita quidem conditione, dijudicetur. Formula autem sententiae haec vulgo invenitur:

„Dass zuvörderst N. N. sich ad causam zu legitimiren schuldig. Sodann die Hauptsache betreffend“ etc. — —

Itaque in quacunque parte processus de legitimatione ad c. dijudicari potest, quin etiam in ipsa executione iudici de ea inquirendum est, si nunc demum vel actorem vel reum ad causam nondum legitimatum esse appareat <sup>5</sup>). Quom

enim ad substantialia processus legitimatio ad c. sine dubio pertineat, ea deficiente, insanabili processus nullitate laborat <sup>6)</sup>. Quare, quum iudicis sit, nullitates, quantum possit, evitare, concedamus ei hanc potestatem necesse est, ut ex officio defectum legitimacionis urgere, eamque partibus injungere queat <sup>7)</sup>. Neque probanda mihi videtur eorum <sup>8)</sup> opinio, qui hanc potestatem iudici, nisi ex actis legitimacionis defectus appareat, tribui nolunt. Fieri enim saepissime potest, ut, quamvis ex actis iudex legitimacionem deficere non intelligat, aliunde tamen hoc ei persuasum sit. Itaque iudex nullitates scienter efficere coactus esset, quas evitare semper tenetur.

De modo denique probandi nihil omnino habeo, quod iis adjicere possim, quae a viris doctis in medium jam prolata invenimus. Itaque ne controversiam quidem, quae de juramenti delatione in probatione legitimacionis admittenda inter doctos exorta est, vel paucis tantum attingere volui, quum tot tantisque argumentis eam solverit Gensler <sup>9)</sup>, ut nihil fere supersit, quo ejus opinio confirmari possit.

1) Quae de actione sequentibus prolata sunt, eadem de exceptionibus, replicationibus, duplicationibus etc. valent. Ceterum totam hanc descriptionem ad legitimacionem ad c. passivam quoque referri velim.

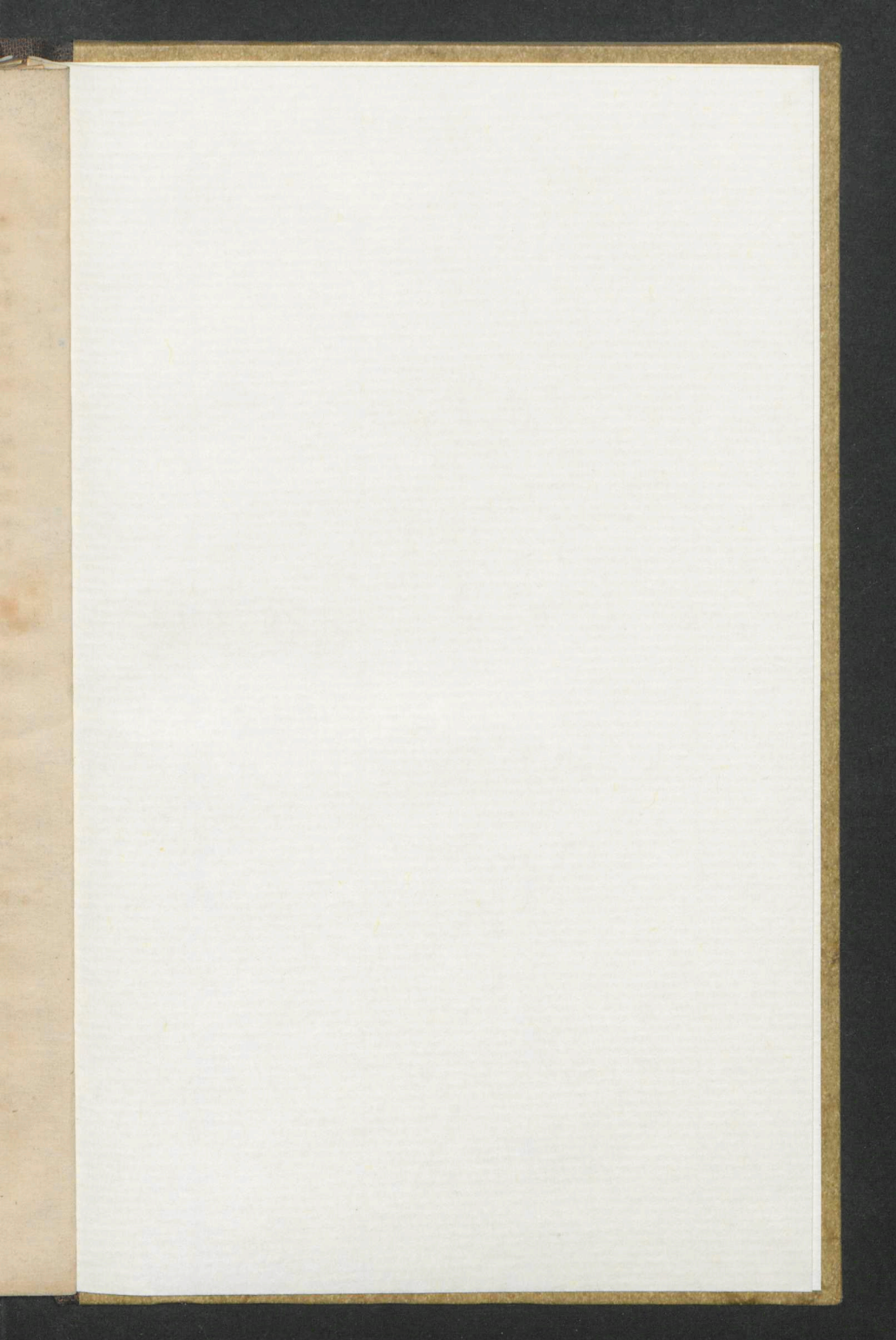
2) Cf. Gensler l. c. p. 153. not. 81. Bethmann-Hollweg l. c. p. 135. 136:

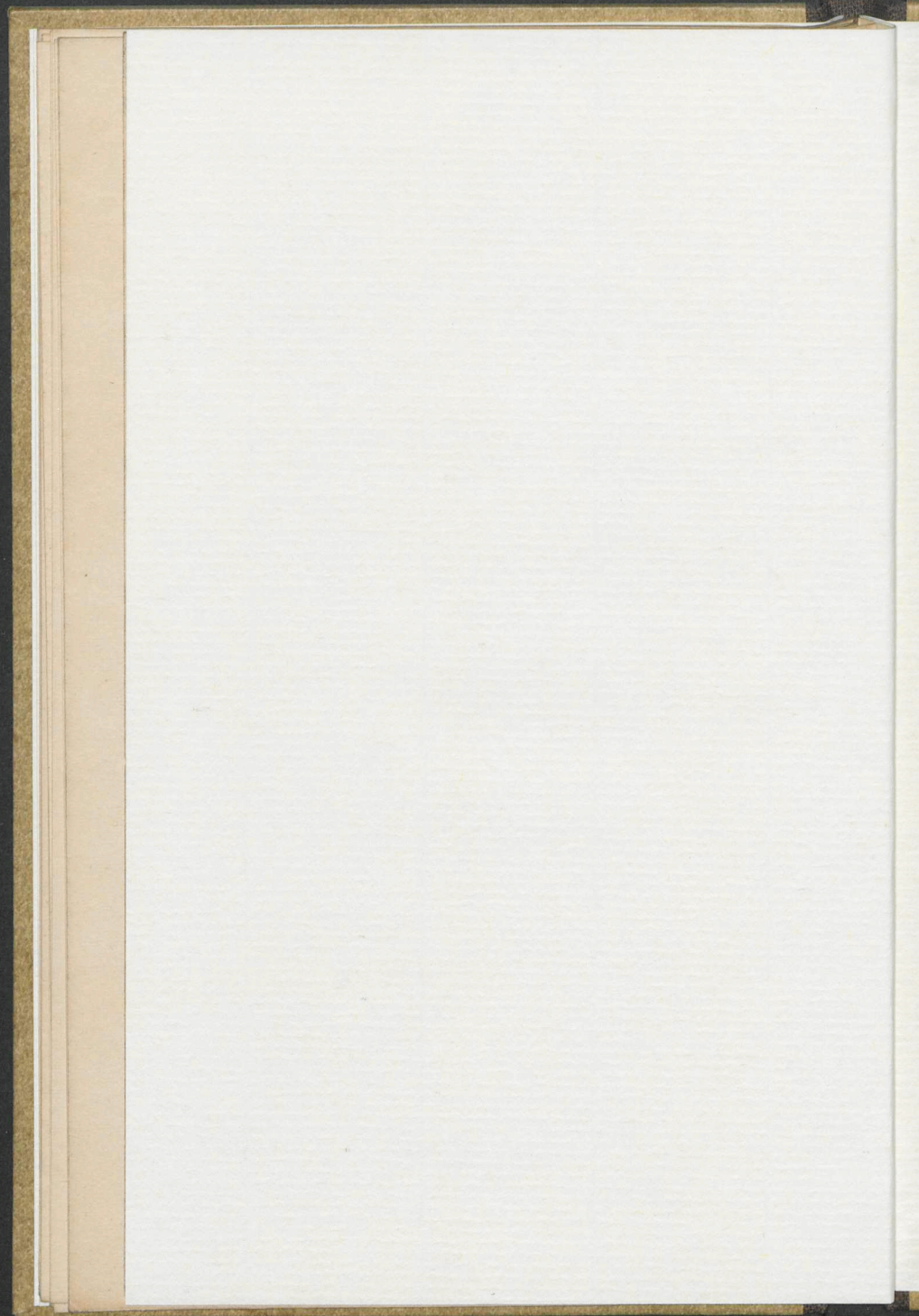
3) Opinionem minus severam profert Bethmann-Hollweg l. c. p. 137. Nam si de legitimacione sua iudicem in dubio reliquerit actor, huic concedendum esse putat, ut actionem ultro persequatur, quum fortasse principali probatione legitimacionem ad c. expediri possit.

- 4) Cf. tamen Gensler l. c. p. 155. not. 84.
- 5) Mev. Dec. P. V. 13. 188. P. IV. 204. n. 7. Slevogt l. c. §. 26. Ludovici l. c. §. 7. 8. Wernher l. c. VI. 274. Danz l. c. §. 125.
- 6) Permulti tamen dissentiunt, int. al. Bethmann-Hollweg, qui hanc quaestionem uberius tractat (l. c. p. 97 seq.) Quamvis autem summo ingenii acumine atque subtilitate opinionem prolatam defenderit, minime tamen ad eam accedere ausim, quum non modo nimis iniqua esse, sed etiam expressis legibus repugnare mihi videatur. Cf. R. J. N. §. 121. 122. cum fr. 3. D. de collus. deteg. 40. 16. Cf. etiam Linde Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. III. Heft 3. Nro. XV, pag. 297 seq. .
- 7) Slevogt l. c. §. 27. Hofmann, Danz, Hofacker, Thibaut l. l. c. c.
- 8) Int. al. Mev. Dec. V. 13. III. 21. Zaunschliffer de off. jud. suppl. II. 4. §. 3. Ludovici l. c. §. 9. 10. J. H. Boehmer J. E. P. I. 32. §. 53.
- 9) Handb. I. Abh. V. §. m. pag. 165. Vid. etiam Archiv für d. civilist. Prax. Bd. I. Abh. I.



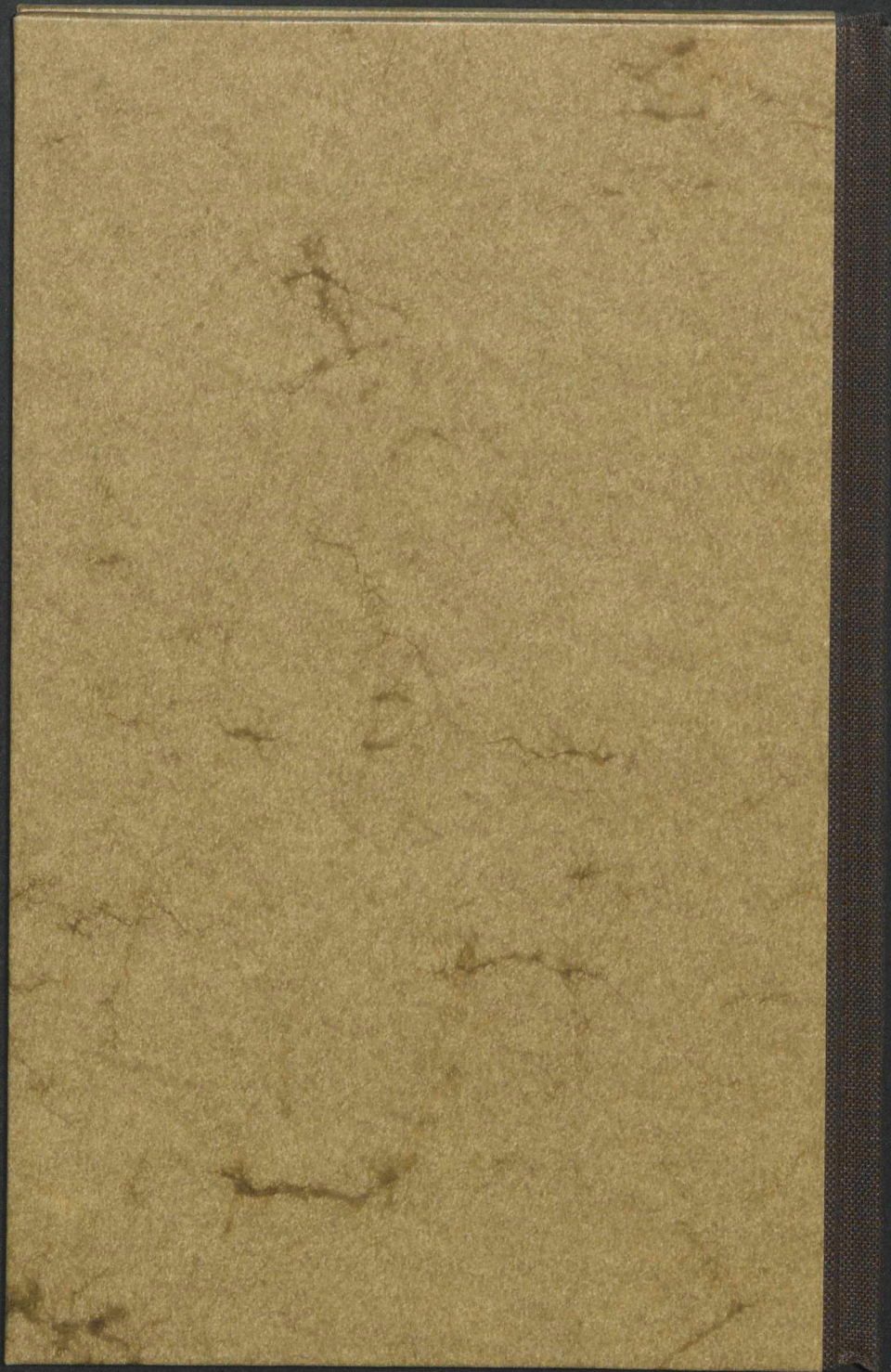
- 1) Cl. de la Cour de Cassation, t. 1, p. 155, note 24.
- 2) Mémoires de la Société de Médecine, t. 1, p. 14, note 2, 314.
- 3) Mémoires de la Société de Médecine, t. 1, p. 14, note 2, 314.
- 4) Mémoires de la Société de Médecine, t. 1, p. 14, note 2, 314.
- 5) Mémoires de la Société de Médecine, t. 1, p. 14, note 2, 314.
- 6) Mémoires de la Société de Médecine, t. 1, p. 14, note 2, 314.
- 7) Mémoires de la Société de Médecine, t. 1, p. 14, note 2, 314.
- 8) Mémoires de la Société de Médecine, t. 1, p. 14, note 2, 314.
- 9) Mémoires de la Société de Médecine, t. 1, p. 14, note 2, 314.
- 10) Mémoires de la Société de Médecine, t. 1, p. 14, note 2, 314.











tatibus implicetur, si alteram ab altera sejurdam esse opinatur 3).

3) Ex iis denique, quae de vera indole legitimatiois jam supra attulimus, non solum in iis causarum generibus, quae vulgo merantur [§. 5.], sed etiam in aliis legitimatio ad c. cernitur. Quotiescunque enim singulare quoddam factum est quo patet, huic tantum actori jus ad competere, vel illum tantum reum ex legitimatione conveniri posse, hujus facti pro merito legitimatio ad c. vel activam passivam vocari poterit. Ita in successione singulari, quae vulgo omittitur, jus a duobus his factis, scilicet jure auctoris et legitimatione, exoritur. Dominium actoris nisi e titulo, quo dominium adquisivit, non elucet; itaque hoc titulo legitimatio ad c. continetur. Nec non omnibus legitimatio ad c. saepius contingit veluti, si actione pro socio de divisione bonis communibus instituta, quaeritur, Titius socius sit, haec quaestio legitimatioem ad caus. efficit.

- 1) Ita rei vindicatio fundatur dominio actoris in possessione rei, actio hypothecaria jure pignoris in possessione, actio confessoria servitute actus facta per reum laesione, personales denique actiones non nisi jure creditoris, ex obligatione contractu, et recusata a reo solutione nascuntur.
- 2) cf. Bethmann-Hollweg l. c. p. 87. 90.
- 3) Vid. etiam Gensler l. c. §. h. p. 139 seq.

§. 7.

His expositis, ad exceptionem, qua de legitimatiois ad caus. vocare solentur, transeamus.

