









15

1772, 19.

QVAESTIO  
IVRIS CONTROVERSI  
DE  
IVDICE TESTE

QVAM  
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA

PRAESIDE

P. 22.

D. CHRISTIANO HENR. BREVNING

PROFESSOR. PVBLIC. ORDIN. IVR. NAT. ET GENT.

ET SOCIETAT. LITER. DVISEVVG.

SOCIIO

IN AVDITORIO PETRINO

DIE XXII. OCTOBR. ANNO CIOICCLXXI.

DEFENDET

CHRISTIANVS GOTTFRIED  
KRETSCHMANN

ZITAV - LVSAT.

---

LIPSIÆ  
LITERIS RVMPFIIS.

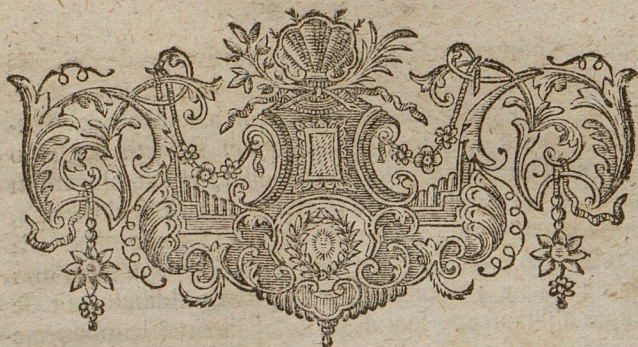




157







DE  
IUDICE  
TESTE.

---



§. I.

Quoties in iudicialiis versamur causis, quarum decisio, quis iustius inter partes litigantes arma induerit, iudici committenda, vix vnquam sententiam ferre poterit iudex alienarum rerum ignarus, si facti quaestio incidat, nisi, quae vera sint, prius iudex sit edoctus. Iusta est iudicum ignorantia in factis alienis, cuius ne quidem priuata scientia proficeret ad deciden-



cidendam controuersam litem. Nisi ergo de cuiusuis partis relationibus earumque veritatibus certus redderetur iudex per probationes, nunquam a iudice expectanda recta causae decisio. Praeterquam, si partis confessio in lite causam definiendae litis praestet, ubi ut plurimum fieri solet, ex vulgato illo dicterio: Si fecisti nega, quippe plerumque reorum est fugere, summe necessaria est factorum *probatio*. Cum vero *probatio* modus imo magis actus sit, per quem iudex certus reddendus sit de veritate assertorum; sequimur inde, in omni probatione maxime fidei summam habendam esse rationem. Concedimus, praescriptam quidem formam in probatione peragenda esse seruandam, maxime in ordinariis causis; at forma fidei illius nihil addit. Quare praecipue ad modum probationis respiciendum, et ex eo dein probationis fides examinari poterit. Duplex autem est probationis modus. Vnus peragitur *instrumentis* ex quorum bonitate pendet probationis fides, alter absoluitur testibus, de quorum fide solliciti fidem probationis definiemus. De probatione in genere, illius forma atque modis non agamus, cum ad nostram causam haud se referat illa tractatio; de *iudice teste* acturi, quaedam praemittamus tantum de testibus, qua dein nostram causam rectius de finire possimus.

## §. II.

Testem personam eam vocamus, cuius professione partis probantis assertis fides conciliandus est. Mirum ergo non videtur, quod maxime personae respectus habendus in electione testium. Verum quidem est, quod qui-



quilibet in dubio bonus praesumatur, nihilominus non sola illa praesumptio ad perfectam illius fidem sufficere videtur. Recte ergo MODESTINVS in *L. 2. π. de testib.* statuit: *In testimoniis autem dignitas, fides, mores, grauitas EXAMINANDA est*, et CALLISTRATVS in *L. 3. eod.* ait: *Testium fides diligenter EXAMINANDA est.* Quare eleganter DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS Candido in *L. 5. C. de testib.* rescribunt regulam, ex qua testium bonitas examinanda sit: *Eos testes ad veritatem iuuandam adhiberi oportet, qui omni gratiae et potentiae fidem religioni iudiciariae debitam possint praeponere.* Hinc tot causas enumerant leges, ex quibus vel testes plane inhabiles sint, vt ne ad testimonium quidem ferendum possint admitti, vel fides eorum vacillet, vt propterea suspecti habeantur, neque eorum assertis perfecta fides tribui possit, vel lex alios excuset a testimonii dictione, ita, vt cogi eosdem nolit. Quos ergo nulla causa inhabiles reddit, quique suspecti dici nequeunt, nec lex ipsa a testimonii dictione excusat, hi demum *classici* testes habendi, his fides perfecta tribuenda.

## §. III.

Quamuis vero maxime interfit reipublicae, ne lites indecisae maneant, quod vtique metuendum, si arguementi, de quo lis agitur, veritas plane haberi nequit; tamen quasdam personas lex excusat a necessitate testimonii dicendi, quas cogere ad testimonii dictionem prohibet. Testis est PAVLVS in *L. 4. π. de testib.* qui ait: *Lege Julia iudiciorum publicorum cauetur, ne inuito denuncietur, vt testimonium litis dicat aduersus SOCERVM, GENERVM, VITRI-*



VITRICVM, PRIVIGNVM, SOBRINVM, SOBRI-  
 NAM, SOBRINO NATVM, cosue, qui priore gradu sint,  
 item ne liberti ipsius, liberorum eius, parentium, viri, uxoris,  
 item patroni, patronae, et ut ne patroni, patronae aduersus li-  
 bertos; neque liberti aduersus patronum cogantur testimonium  
 dicere. His personis addit GAIVS in L. 5. π. eod. spon-  
 sum filiae et soceri sponsae patrem. Alias contra personas a  
 coactione excipit SCAEVOLA in L. 8. π. eod. Inuiti, in-  
 quit, testimonium dicere non coguntur: senes, valetudinarii, vel  
 milites, vel qui cum magistratu reipublicae causa absunt, vel  
 quibus venire non licet. Tandem et VLPIANVS in L. 19.  
 π. eod. de eadem causa scribit: inuiti testimonium non dicunt  
 publicani: item is, qui non detrectandi testimonii causa aberit,  
 item is, qui quid exercitui praebendum conduxerit. Sed nec pu-  
 pillis testimonium denunciari potest.

#### §. IV.

In his vero omnibus personis nihil neque de magi-  
 stratu dictum, neque de iudice. An ergo magistratus cogen-  
 dus erit ad dictionem testimonii. Cum nullus ICTORUM in  
 catalogo exentiarum personarum eosdem exemerit, non  
 improbabile est, etiam magistratus testimonium dicere de-  
 buisse. Saltem hoc comprobare videtur CHARISIUS in  
 L. 21. π. de testib. Ait: Illud quoque incunctabile est: ut, si  
 res exigat, non tantum PRIVATI, sed etiam MAGISTRA-  
 TVS, si in praesenti sint, testimonium dicant. Item Senatus  
 censuit, PRAETOREM testimonium dare DEBERE in iu-  
 dicio adulterii causa. Neque aliter iudicandum, quippe  
 quod de priuatis adseruit indefinite, id de magistratu ad-  
 firmat. Iam vero illi cogi possunt, quo scilicet negotia faci-



facilius explicentur, ergo nec hos a testimonii dictione excusandos esse putem. Dein ex Senatus decreto, cum Praetor testimonium dare *debuerit*, facile patet, eundem se excusare non debuisse, cum nulla lege excusandi licentia ipsi data sit.

## §. V.

Sed quid dicamus de iudice hoc ipso iure? Sane cum neque habilem, neque inhabilem lex pronunciat, nec cogi posse adfirmat, nec ex aduerso excusat. Quid ergo dicamus? Puto, ad testimonii dictionem personam iudicis admittendam non esse. Poterat enim, cum a Praetore daretur iudex, ea litigantium pars, antequam datus esset, si teste eo vti voluerit, testimonium denunciare, quo facto iudex haud dari potuisset. Neque apud se ipsum testimonium dicere poterat, apud quem tamen testimonia dicenda, quo ipse secundum probata litem decidere posset. Ita in iudice pedaneo.

## §. VI.

Sed quis non videt, nostris moribus haec iuris *romani* principia, cum pedaneum iudicem non habeamus, applicari haud posse. Magistratus enim iudicat, et iam videndum: an is in foro testis esse possit? Constat diuersa relatione personam iudicis considerandam. Vel enim consideratur ratione officii, vel, ut priuatus extra officium. Si ut priuatus consideratur, quoties officii sui ratio haberi nequit, certissimum est, eundem inhabilem ad  
testi-



testimonium dicendum non posse pronuciari. Fac Titium, qui iudex est in A. a Caio coram suo iudicio in B. litem cum Sempronio habente testem allegari in probatione, simulque a suo petiisse iudice, vt requisitione iudicis Titii competentis curet Titium ad articulos et interrogatoria testem examinari; quis dubitat, Titium, qui hic priuata conditione considerandus est, nulla officii ratione habita, non tantum cogi posse ad testimonium dicendum, verum eundem tanquam honestum virum idoneum testem futurum.

## §. VII.

Sed quid sentiendum, quoties de persona iudicis, tanquam iudicis quaestio oriatur? Facile patet, nos de ea probatione non agere, quae per iudicem fit super actus, qui coram eodem tanquam iudice gesta et peracta sunt. Si enim legitime ad acta vel Protocolla consignata ea sunt iudicis subscriptione simul munita, non est dubium, plenariam inesse probationem. Equidem cedi- mus, posse, si falsum subfit, falsi iudicio illam probationem euerti; sed exceptio haec non tollit regulam. Haec tamen nolim ita intelligi, vt quaeuis scriptura a iudice facta de actibus iudicialibus probandi vim et autoritatem habeat. Sed potius distinguendum est, an iudicis persona simul officium Actuarii sustineat: Si ita: non dubitari potest, ob iuramenti vim, quod intuitu officii Actuarii praestitit, conscriptas illius registraturas plene probare. At vero, si ad illas iudicarias consignationes sacramento obstrictus non sit, neque tunc affirmari poterit, probandi vim illius consignationibus inesse.

## §. VIII.



## §. VIII.

Nos vero de *iudice teste* dicimus. Iam alii actus gesti sunt in iudicio, quibus interfuit iudex, alii extra iudicium praesente iudicis persona, sed priuata conditione. Si actus in iudicio gesti praesente iudice, nec super iis registratura confecta, ut gestorum veritas ex ea haberi possit, ex testimonio iudicis probationem peti atque iudici fidem haberi debere, certissimum est. Et ita quoque statuit MENCKENIUS in *Theor. et Prax. Pand. L. XXII. Tit. V. §. 10.* quique pro probanda sua opinione, ut ipsi mos est, adducit Illustr. ICtorum Lipsiensium ordinis Responsum. Sed haec satis manifesta sunt. Iam quid? Si priuatus interfuerit: an testem agere possit?

## §. IX.

Et in hac quaestione denuo distinguendum cenfeo. Aut enim iudicaturus in causa ex sua rei controuersae conscientia testaturus est simul ad Acta; aut legitime testis allegatus examinandus. Cum satis manifestum sit, iudicem iudicare debere secundum Acta et probata; perspicuum quoque est, iudicem, qui ex sua rei controuersae conscientia testatur ad Acta, et agere contra officium, et vere nihil agere, neque tunc eius testimonio, cum legitimum dici nequeat, esse credendum. Idoneus nobis hac in re autor est TABOR *de officio Iudic. Parr. Gener. § XIV. Opp. Vol. II. p. 705.* Egregie tamen distinguit? An iudex post probationes auditas nihil de certitudine sua moueatur, sed potius probationes argumentis qui-

B

bus-



busdam conuincere erroris possit, et testes aliquibus, circumstantiarum demonstrationibus aut interrogationibus deducere vel ad consensum, vel ad dubitationem, quo casu putat dicendum, *secundum conscientiam ipsum iudicare debere*, cum ita secundum veritatem iudicet inque suam sententiam allegat A. FABRVM in *Cod. Fabr. de Sentent. Praef. Praetor. def. VII.* Quod si vero iudex, pergat *Tabor*, ex scientia sua et rationibus eiusdem redarguere probata non possit, sed ea firma et inconcussa maneant, non poterit non ipse moueri et dubius reddi ex multorum testimoniis aut manifestis documentis contra ipsius scientiam, *quo casu acta et probata iurius sequetur.* Tandem si conscientia iudicis a probatis nihil moueatur, factius putat, officium iudicem exuere debere, ne aliud dicere cogatur, quam sciat. Quod quidem consilium non impugno, sed cuiusuis religiosae conscientiae relinquo.

## §. X.

Iam ad alterum, an testis allegari et produci possit iudex. Non quidem officium per se inhabilem reddere potest, quo minus a testimonio repellendus sit iudex, quoties rei controuersae cognitionem habeat; at eo primario respiciendum, an in eadem causa et iudicem et testem agere possit. Iam vero, si antea testis causam cognoscere et sententia definire vellet; quaeso an iudex ex suo testimonio simul indicans alius sit, quam qui ex sua conscientia iudicat. At probauimus iudicem ex sua scientia iudicare non posse; hinc concludo vel eundem



dem testem esse non posse, vel a iudicando abstinere debere. In regula itaque adfirmandum est, iudicem in causa, quae coram suo agitur iudicio, testem esse non posse. Iam vero si alium testem non habeat actor, quo uti possit, quam personam sui iudicis, qui priuatus interfuerat gerendo negotio reique cognitionem habet, cum interfit reipublicae, ne indecisae maneant lites, neque qui iustam habet causam, propterea, quod alio teste, quam iudice destitutus sit, causam suam perdere debet. Testem ergo agat, non iudicem. Quapropter vel alii causae cognitio committenda iudici, vel alia persona substituenda, quae vices iudicis agere possit. Et ita quoque in foro obseruatur. Memini causae, quae coram iudice, cui mandata erat iurisdictio, tractabatur. In probanda causa simul testis allegabatur iudex mandatarius, qui cum nollet testem agere, seque excusaret suo iudicis officio, nihilominus non tantum ad testimonium ferendum adigebatur, verum alius a Domino iurisditionis substituebatur iudex mandatarius, cui haec tantum controuersa causa committebatur. Neque haec sine iure. Auctor est in hanc rem INNOCENTIVS III. in *cap. 40. X. de testib. et attest.* qui, quod iudex testis allegandus, alii causam cognoscendam commiserat,

## §. XI.

Quapropter, si personae iudicis qui testis allegatus fuerat, alias substitutus iudex, hic postea il-  
 B 2 lius



lius iudicem competentem, cui tanquam persona pri-  
uata subest, requirit, vt eundem ad tribunal vocet,  
iuramento obstringat atque deinde examinet eiusque  
responſiones fide publica conſignet. Quod ſi ob-  
ſeruatum fit, recte teſtimonium perhibet iudex, cui  
fides omnino habenda.





ULB Halle  
008 558 760

3



1078









15

1773 19

QVAESTIO  
 IVRIS CONTROVERSI  
 DE  
 INDICE TESTE

P. 23.

QVAM  
 ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA  
 PRAESIDE  
 D. CHRISTIANO HENR. BREVNING  
 PROFESSOR. PVBLIC. ORDIN. IVR. NAT. ET GENT.  
 ET SOCIETAT. LITER. DVISEVVG.  
 SOCIO  
 IN AVDITORIO PETRINO

