

183.

19

15.

Ve
1948

MAGNIFICI JCTORUM ORDINIS
CONSENSU

DISSERTATIONEM

DE

POENA INFICIATIONIS,

OCCASIONE DISPOSITIONIS

IN

ORDIN. PROC. SAX. RECOGN.

AD TIT. XVI.

Bon der

LITIS CONTESTATION §. II. ET III.

PUBLICO EXAMINI SUBMITTUNT

P R Æ S E S

D. GUSTAV. HENRIC. MYLIUS,

SUPREM. CURIÆ PROVINC. ET FACULT. JURID.
LIPS. ASSESSOR,

E T

ERDMANN HENRICUS AUGUSTUS RASCH,

MARTISB. MISN.

AUTHOR-RESPONDENS

D. XXVII. SEPTEMBR. ANNO MDCCXXV.

HORIS LOCOQUE CONSUEVIS.

L I P S I Æ,

LITERIS IMMANUELIS TITII.



MAGNIFICI POTUM ORDINIS
CONSENSU

DISSERTATIONEM

DE

POENA INFAMIAE

OCCASIONE DISPOSITIONIS

IN

ORDIN. PROC. SAX. RECOGN.

AD TIT. ANN.

DE

HAEC CONSTITUTIONE & H. 1741

PUBLICO EXAMINE SUBMITTIT

P. R. W. 1741

D. GUSTAV. HENRIC. MYLLIUS

SECRETAE CURIAE PROMOT. ET FACULT. JURID.

PROFESSOR

ERDMANN HENRICUS AUGUSTUS RASCH

MAJEST. MISE.

AUTHOR RESPONSIDENS

AD TIT. 1741. 1741. 1741. 1741.

HONOR. LOCUS CONSTIT.

1741.

LITERIS IMPRIMIS TIT.

LIBRARIAT
1741





S. I.



Inter præcipuas Legum Romano-^{Generalia de} Justinianearum, quarum auctoritas ^{usu Thematici} praxisque hodierna ab Interpretibus Juris in utramque disceptari solent partem, materias suum quoque locum occupat Thema nostrum de Inficiationum Pœnis. Videas utique ab uno latere magni nominis Jctos, ut CARPZOVIVM, BERLICHIVM, LAUTERBACHIVM, STRUVIVM, STRYCKIVM cum centenis aliis, qui de illarum valore in hunc usque diem uno fere ore testantur: Ast a sinistra insurgunt SCHULZIUS, SCHILTERUS, THOMASIVS, BEYERUS, TITIUS & reliqui æque late celebrati Viri, non minori animi conatu id agentes, ut caput istud Juris Civilis tanquam incongruum, inutile & plane otiosum è foris Germaniæ jamdudum eliminatum esse demonstrarent. Ego si, quod verum est, fatear, ab usu dispositionis alicujus non adeo frequenti ad ejus non usum firmam valere consequentiam haud quaquam puto, præsertim si ista, ut hæc, de qua verba facimus, genio præsentis Seculi haud adeo repugnet, & ex Jure aliquo, quod dubiis circumstantiis in universum receptum dici debet, originem trahat. Quare & ponderatis probe atque discussis dissentientium opinionibus, parum abest, quin judicium illud BRVNNEMANNI, Jcti olim pie solideque docti, quod in Comm. ad ff. de Depof. Miser. tulit, meum faciam: Certe quod non semper dicitur pœna mendacii, fit, quia actor vel

non petit, vel quia hujusmodi homines perfidi pauperes esse solent, vel quia Judex nescit. Nec quis mihi opponat Jctos Belgas GROENEWEGEN, puto, GUDELINUM, REGNERUM ab OOSTERGA cæterosque unanimi voce passim clamitantes, Inficiationis pœnas cum reliquis Latii actionibus pœnalibus ubivis fere locorum in defuetudinem abiisse. Tantum enim abest, ut auctoritas eorum, quod si de dubio apud nos & controverso Juris puncto agitur, omni omnino exceptione major habeatur, quippe qui ad Belgii potius Galliæque quam mores & consuetudines Germaniæ respexere, ut vel ad horum oracula provocantes æque decipi certum sit, ac qui viridem totius Juris Romani in Germania observantiam non alio ex fonte, quam quia Arthurus Duck, lumen istud Scotiæ, dixit, derivare sustinent. Quidquid rerum sit, spissum illud Legum Romanarum Volumen pervolentes incorruptum pœnarum Inficiationis vigorem per inductionem, uti loquuntur, ut demonstramus, instituti ratio haud permittit, hoc enim esset justum aliquod opus non Specimen Academicum consecrere, animus saltem est præmissa Thematis succincta explicatione maxime conspicuos Jur. Civ. textus istas exhibentes in medium proferre, & in quantum jura patria cum iis conspirent subnectere.

§. II.

Explicatio
Termino-
sum.

Requisita Inficiationis propositæ, ut sit judicialis.

POENA est malum connexum cum actione aliqua omittenda seu fugienda. Per INFICIATIONEM vero, in sensu huic loco proprio sumtam, intelligo dolosam rei debitæ negationem in judicio factam. Exinde apparet de iis saltem Inficiationum speciebus sermonem nobis esse, quæ in *Judicio* seu, si magis placet in *Jure* i. e. coram Prætoribus fiebant. Cum enim fora nostra scrupolosam illam Quiritum distinctionem inter jus & judicium ignorent, quorum prius Prætor, posterius iudices ita dicti pedanei constituebant, v. NOODT in Tr. de Jurisd. & Imper. ideo generali aliqua vocula ad vitandas ambages uti conveniens visum fuit. Dantur equidem & mendacia extrajudicialia, eaque certis pœnis subjecta, quales exhibent *l. 1. C. ad Scrum Maced.*

ced. l. 30. ff. ad SCtum Vellej. l. 2. 3. C. Si min. se maj. dix. l. 4. §. 1. ff. quod cum eo &c. quæ & formam peculiaris delicti, ut falsi aut stellionatus quandoque induunt v. l. 43. §. 3. de furt. & l. 3. §. 1. ff. de Stellion: sed cum tractationem nostram directo non tangant, iis jam immorari superfedemus. Porro ex definitione liquet *inficiationem dolosam* præsupponi, cui & per analogiam juris culpâ latâ factâ æquiparatur, arg. l. 32. ff. de depof. inde fluit, quod absque circumveniendi animo f. errore iusto ductus negans pœnam statutam non incurrat, modo si in progressu litis. v. g. per instrumenta noviter reperta aut quavis alia occasione meliora edoctus fuerit, moram a se invito commissam veriori declaratione purget, arg. l. 10. ff. de Interrog. conf. MANTICA l. 2. de Conj. Ult. Vol. cap. I. n. 13. quo tamen privilegio dolose negans & postea penitens, ob semel commissam malitiam, dignus esse non censetur.

II) Dolosa.

§. III.

Item requiritur, ut fraudulenta ejusmodi negatio statim in limine Processus, seu more loquendi Nostratum, circa litis contestationem factâ fuerit, & quidem fundamentum intentatæ actionis non leves aliquas & causæ nequiquam connexas circumstantias evertat. Quæ Propositio, quo clarior evadat, ex antiquo Romanorum procedendi modo declaranda erit. Is Iurisprudentiæ Romanæ habitus erat, ea conditio, ut quisvis fere actus judiciales certis solemnitatibus circumscripti fuerint, quas temere neglexisse nemini non damnosum erat. Huc referas, quod partibus in jus ambulantis actor ante omnia actionis suæ formulam (impetrata prius a Præto editionis venia, quod *postulare* dicebatur, v. l. 1. §. 1. ff. de Edend.) exponere teneretur, cujus quintuplex patebat via, ceu optime ex Antiquitatibus eruit JAC. RÆVARDUS in Protrib. l. IV. p. 885. sqq. Ipsarum vero formularum ratio tam lubrica tam captiosa erat, ut si plus vel minus, quam actor jure petere posset, complecterentur, imo si lingua mentem quandoque præcurreret, illas recitans ex trita juris subtilitate causa statim caderet sua, conf. BRISSON. Sel. Antiqu. Rom. l. 4.

III) In ingresso litis facta.

Origo Inficiationis pœne petenda est ex Roman. Interrogation. in Jure.

c. 10. Inde factum, ut actores prius a reis exquirent, *an & qua ex parte auctores fierent? an & qua ex parte hæredes sint?* ad instruendam eo consultius & intentandam actionis formulam, l. 1. pr. l. 2. §. 3. ff. de Interrog. RÆVARD. Protrib. C. V. En originem & prima incunabula solemnum in iure interrogationum, quarum indolem singulari π Tit. nobis exposuit Imperator. Quilibet tamen videt, finem quæsitum nec ita obtentum fuisse, nisi & reo ad actoris interrogationem congrue respondendi necessitas imposita, ejusque pertinacia vel dolus *pæna* aliqua, quæ *κατ' ἐξοχήν inficiationis* dicitur, coercita fuisset. Pono casum: Si quis a debitoris hærede debitum exigere vellet, nectum, an hæreditatem adiisset reus, nec ne constaret, ne actor vel totam amittendi causam periculum incurreret, Prætoris Edicto cavebatur, ut ad sollicitam alterius interrogationem, an & qua ex parte hæres sit? juste responderet reus, qui si falsum confitendo sese oneraret, aut mentiendo jus actoris invertere conaretur, utroque casu pœnas promeritas luebat, l. 4. 7. 11. §. 12. seqq. ff. eod.

§. IV.

Varia pœnarum inficiationis species recensentur.

Cui pœna, præsertim pecuniaria, applicanda sit?

Pro varietate autem casuum varia quoque in ejusmodi mendaces paratæ erant pœnæ; pars enim eorum ad præstandum illud obligatur, quod mentiendo simulaverat aut dissimulaverat, & jure suo quandoque privatur, alii pœnis insuper arbitrariis, quæ tamen duplum raro excedunt, subjacent, rursusque alii beneficiorum amissione puniuntur, uti in sequentibus fusius tradetur. Atque tales pœnas, etiam pecuniariam, parti semper læsæ, ob separatam, qua exigendæ erant actionem, non arario publico cedere voluerunt Romani. Nam Magistratus eorum partes litigantes dolosis machinationibus se invicem circumducere ægre ferentes, nec tamen vi officii in ejusmodi litium protelatores statuere ausi, hæc quasi in mutuam pœnam compromittere permiserunt, ne cives Romani in negotiis forensibus a nutu superiorum dependere, sed se ipsos, ut ita loquar, damnare viderentur. Nonnulli equidem DD. multam à dolose inficiantibus redactam soli fisco hodie, ea ex causa,

causa, addicunt, quod aëtoris conditio per fraudes hujusmodi reorum non redderetur deterior: Sed cum difficilior omnino probatio inde exurgat aliaque incommoda actorem ita elusum premant, nec leve hocce commodum isti denegandum esse æquitas suadet, quam & Jura Saxonie novissima, ceu ex inferius adductis apparebit, utique agnovere. Cæterum Constitutiones illas pœnales, ceu odiosum quid, ad casus in LL. non expressos temere extendi non debere, inter omnes constat, *arg. c. in panis de R. l. in 6to.*

Interpretatio
extensiva non
admittitur.

s. V.

Hiscæ prælibatis notabiliores quosdam Juris Rom. casus, in quibus inficiationis pœna obtinuit, expendere operæ pretium erit, ordinem quidem π in colligendis iis servaturi. Primo se offert Tit. de Rei Vindic. Quam nimia accuratione & tædiofa sæpius sollicitudine Vindicatio illa rerum in foro Rom. instituta fuerit, satis abunde, si ab ipsis Romulidæ gentis Scriptoribus discefferis, nos docent SIGONIUS de Judic. l. 21. RÆVARDUS ad LL. XII. Tab. BRISSONIUS de Form. l. V. p. 374. seqq. alique plures. Obsole- tis vero pedetentim antiquis & fere mimicis, ex sententia Huberi, actibus, quales erant manuum in jure confertio, vindiciarum postulatio earumque datio, formularum rigor cum reliquis tricis, hæc tamen actionis hujus civilis directæ remansit differentia specifica, quod vindicans se esse dominum rei eamque ab adversario possideri probare necessum habuerit, *l. 36. ff. de Rei vind. l. 2. de Probat.* Sed difficili, natura sua, domini probatione, utpote quæ agenti & antecessoris sui in re litigiosa docere injungit dominium, quo vitioso & hujus Jus prætensum, ob deficientem titulum, corrui- t, *l. 20. ff. de Acquir. Rer. Dom.* et apud Romanos demum difficillima, quibus bona immobilia privata saltim non publica, uti apud nos moris est, auctoritate alienare admodum solemne erat, ut ideo ad resignationem aliquam judicialem provocare vel Syllabum Steurarum Catastri producere non licuerit; hinc consultius videbatur, ut acturus an interdicto quodam nancisci posset possessionem, atque ita in adversarium onus probandi devolvere, dispiceret, *l. 24. ff. de Rei vind*

Quibus casti-
bus pœna
mendacii lo-
cum habeat.
1) In Rei Vin-
dicat,

Explicatur l.
fin. ff. de Rei
Vind.

vind. Interrogandus igitur erat reus, num possessor rei sit? quod si affirmaverit se possidere, res ex voto cedebat, sed cum negando responderet, actori contrarium evincenti possessio rei dubiæ addicebatur, licet dominium nondum probaverit, v. l. fin. ff. eod. add. MARC. ANTON. CV-CHVS ad h. l. n. 33. & 37. Digna omnino Lex alleg. nobis visa est, quæ brevi paraphrasi illustretur: *In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere: se non possidere,* (Actio realis ob solam possessionem intentatur & nihil interest, dominum rei reus sese venditet nec ne, sufficit si coram Prætoris interrogatus an rem possideat? responderit, se possidere. Idque non solum procedit in hac nostra Actione Rei vindicatoria, verum & in omnibus aliis actionibus realibus & in rem scriptis, quales sunt Publiciana, Hæreditatis petitio, Hypothecaria imo Confessoria & Negatoria, ubique enim eadem probationis domini vel alius juris est ratio, ergo & eadem Legum dispositio, v. CU-CHUS l. c. n. 148. Aliter se res habet in Actione personali, ubi contrahens, si rem possideat siue minus, obligatus manet. Nec alter a iudicio reali liberare se potest quod dolo possidere deserit, cum ita possidere desinens fictione juris adhuc habeatur pro possidente, l. 28. ff. h. itemque si liti malitiose se obrulerit l. 27. seqq. ff. h. utroque enim casu contra eum iuratur in litem) ita, ut si possit adversarius convincere (scilicet si alter in negatione tandem persistat, nam mendacium quoque dolum re adhuc integra, si alter probationem nondum absolverit, ab auctore revocari adeoque hunc pœnitendo à pœna sese liberare posse, cum & adversarius probandi onere levetur, docent DD. vid. BARGALIUS de Dolo & Mendac. lib. V. c. 24. n. 39. Ipsa vero probatio testibus vel documentis fieri debet, nam iuramenti delationem inficiationis pœnam excludere statuunt DD. quia actor hac ratione probationibus non gravetur, arg. l. 30. ff. de Iurejur. v. Nov. 18. Cap. 10; Contra hanc tamen probationem reo probatio contraria non deneganda erit) *rem ab adversario possideri,* (Nam reo non possidente frustranea sententiæ executio erit, attamen contra

tra

tra reum gravis præsumptio juris militat, quod adhuc possideat, modo actor eum ullo tempore rem possedisse probaverit. Cæterum hæc actio etiam contra hæredem defuncti possessoris, in quantum possidet, *L. 55. ff. h. vel ex litis contestatione antecessoris* ceu quasi contractu obligatum competit *L. 42. eod.) transferat ad se possessionem per judicem* (licet enim actor possessionem per voluntariam rei abdicationem quasi vacuum propria auctoritate occupare posse videatur, cum tamen nemini privatorum nec sibi ipsi jus dicere nec illud executioni dare concessum, ideo sententia judicis declarativa potius quam privatoria accedat necesse est) *licet suam esse non adprobaverit.* (atque ita actor possessione ob dolosam rei negationem potitur, licet hic fortiori quandoque ex jure v. g. pignoris, hypothecæ vel Emphyteuseos rei incumbat, cui quidem jura sua separata dein actione in petitorio ab actore persequi liberum est per *Nov. 18. Cap. 10.*) Sed beati possidentes! Affinia hujus pœnæ in *Auth. Item Poss. C. Qui pot. in pign. & II. Feud. 26. & 34.* concurrentia alibi ex professo pertractata videas.

§. VI.

Damnum injuria datum vindicatur *L. Aquilia §. 12. seqq. II* In actione *Inst. h. Quid damnum quid injuria denotet & quæ prima L. Aquiliae.* Plebisciti hujus fuerint incrementa nervose ex vetustioribus fragmentis evolvit HEINECCIUS in *Antiq. Inst. h. t. Caput. I. & III. L. Aquiliae*, præterea quod illud de damno per occasionem patrimonio illato ageret, & computatio, quanti res plurimi fuerat intra annum proximum a tempore commisi delicti, institueretur, *pr. Inst. h.* hoc vero de quavis alia læsione & deminutione patrimonii loqueretur, æstimatione quidem ad triginta proximos antecedentes dies restricta *§. 13. Inst. h.* etiam in eo à se invicem discrepabant, quod æstimatio ex *Cap. I. resultans per inficationem damnum datum fuisse in duplum creverit, §. 19. 26. Instit. de Act. L. 2. §. 1. ff. h. add. BALDVINI Comm. ad L. Aquil. p. 122.* Cur *Cap. II. L. nostræ*, ubi de servo corrupto actum fuisse probabili sane modo conjecit CHIFLETIVS *P. I. Eor. quæ de jure &c. p. 441. seqq.* cui & ad stipulantur *HVBERS in Præl. ad Inst. h. t.*

B

§. 6.

§. 6. & NOODTIVS in Tr. singulari ad L. Aquil. tam cito etiam Romani in defuetudinem abire sustinuerint v. l. 24. §. 4. ff. b. & GOTHOFRED. *ad b. l.* non absque ratione miratur modo laudatus Heineccius, cum Cap. I. L. Aquil. non nisi inficiantem, Cap. vero II. ex Prætoris jurisdictione descendens etiam fatentem reum dupli damnauerit, atque ita hæc actio prætorica pinguior fuerit ista Decemvirorum. Nostri non est minutias illas confectari, notetur saltem hac occasione, ANIANVM, Regis Gothorum Alarici Cancellarium & Codicis Theodosiani Restauratorem iure reprehensum esse a BYNCKERSHOECKIO in *Obf. jur. Rom. l. 1. c. 13. p. 63.* quod pœnas omnes per inficationem duplicatas è L. Aquil. dimanasse in *Interpr. ad PAVLI Recept. Sent. l. 1. t. 19. §. 1. p. 259.* existimauerit, licet idem Vir Bataviæ JCtissimus superius relatam conjecturam de Cap. II. L. Aquil. omnibus ibidem modis destruere allaboret. Similem fere inficationis pœnam exhibet Tit. ff. *Si quadrup. pauper. Leges XII. Tabb. ita cavebant: Si quadrupes pauperem faxit, Dominus noxiæ æstimiam offerro, si nolu, quod noxiæ dato.* v. BRISSON. de Form. p. 440. quæ formula ab Ulpiano in *l. 1. pr. ff. b. ad genium seculi sui accommodata* legitur. Læso igitur alternative agendum erat, ut dominus quadrupedis aut damnum refarciendo litis æstimationem sufferret aut animal noxiæ dederet, *arg. pr. f. de Act. Nox.* Ista electa conditione nihil scrupuli restabat, noxiæ vero dedicationem declinaturus reus si animal suum esse negaret, libertas electionis ei quoque adimitur & convictus in solidum teneretur, *l. 1. §. 15. ff. b. add. THOMÆ Tr. de Nox. Animal. c. 10. n. 33.*

III) In actio-
ne de paupe-
rie.

§. VII.

IV) Circa
querelam
Non Numer.
Pecun.

Querela non numeratæ pecuniæ illud præ reliqua exceptionum familia præcipui habet, quod eam iusto termino, intra biennium sc. a tempore dati chirographi, movens *l. 8. 14. §. 2. C. de non Num. Pec.* probationem factæ solutionis in adversarium devolvat. *l. 3. C. eod.* Sive enim debitor illam exceptionis vice creditori intra biennium agenti opponat, sive Chirographum spe futuræ numerationis traditum, hac non secuta, intra idem tempus biennale conditione

dictione causa data causa non secuta repetens ipse actoris vices sustineat, *l. 7. C. eod.* sive querelam per modum protestationis aut denuntiationis, absente forte vel latitante creditore, coram iudice ordinario proponat, quod itidem ei per *l. 14. §. 4. fin. C. eod.* licet, semper tamen essentialia illud manet, quod propositio negativa, sc. nunquam factam esse solutionem, fundetur, a cujus probatione, ceu re quidam saltem intellectu juris impossibili, LL. cum quemlibet liberent, *v. l. 23. C. de Prob.* onus probandi in creditorem haud inique deicitur; quamvis non plane alienus ab eorum sententia sim, qui hanc exceptionem non simplicem & indeterminatam, sed circumstantiis loci & temporis circumscriptam adeoque & a debitore quandoque probandam esse censent v. HUBER. in Prælect. ad Inst. de lit. obl. At tamen jura, ordinarium probandi modum ita turbantia, creditoribus quoque de commodo aliquo prospexere. Fac enim creditorem numerationem factam fuisse probatum dedisse, tunc debitor dolosus in duplum quantitatis negatae condemnatur per *Auth. contra C. de Non. Num. Pec.* eademque ratione creditor, contra apocham a debitore prolatam, exsolutionem hujus præfracte abnuens, punitur, ita ut ex debito solutum amittat, & insuper alterum tantum in poenam inficiationis addere teneatur, *vid. Auth. eod.* quo utique casu duriores partes actoris sunt quam rei, utpote qui simpliciter tantum, iste vero duplum perdit, forte ex *l. 125. ff. de Reg. Jur.* Creditorem tamen assertum suum testibus vel instrumentis corroborare oportet, nam si reus juramento delato confiteatur, hic, ob rationem poenitentiae, in expensas saltem condemnandus erit per *Auth. eod.* conf. BALD. in *Auth. h. n. 14.* & PACIANUS de Probat. *l. 1. Cap. 19. n. 20.* Et hæc fuere Romanorum placita, quid vero Majoribus nostris circa hanc quaestionem placuerit, exponit Spec. Sax. *lib. I. Art. 7. verb.* Will er das aber leugnen, darnach er entwürfft es ihm mit seinem Eyde, wo er es vor Gericht nicht gelobet hat, unde SCHILTERUS, instituta collatione juris Alemannici, *Cap. 13.* concludit: Probandi onus olim non fuisse creditoris, sed inficiantem debitorem liberatum fuisse juramento,

mento, atque ita periculum mendacii poenæ neutiquam subiiſſe.

§. VIII.

v) Circ a con-
ditionem in-
debiti.

Conditionem indebiti inſtituens & ſolutionem, & illam fuiſſe indebitam, probare tenetur. *l. 15. pr. ff. h. iſtud, quia ad fundandam actionem facit, arg. l. 21. in fin. ff. de Prob. hoc, quod præſumptio juris hac in cauſa magis favet accipienti quam danti, nemo enim ita reſupinus creditur, ut facile pecunias ſuas jactet & indebitas effundat, l. 25. ff. eod. Nihil vero intereſt, debeat quid vel plane non, vel aliqua quidem ex juris ſubtilitate aut æquitate naturali, cui tamen LL. Civiles non aſſiſtunt, exempla v. l. 7. 32. §. 1. 41. ff. h. l. 16. §. 1. ad SCt. Vellej. ubi vis enim obligatio imperfecta adefſt. Attamen in *L. alleg. 25.* caſus exprimitur, quo actor a probatione $\tau\delta$ indebiti liberetur, ſi reus neget ſe pecuniam libellatam accepiſſe. Eviſta enim ſolutionis veritate *per probationes legitimas*, uti verba textus habent, *compellendus erit reus ad probationes præſtandas, quod pecuniam debitam acceperit*, ut ejuſmodi farina homines a nefaria negatione deterreantur, *vid. Cap. ult. X. de ſolut.* Sane ratio ſuadet, ut probatio ſubfuiſſe debitum potius reo, quam indebiti actore injungatur, cum hæc ſit mere negativa adeoque vel plane non vel ſaltem non ita commode ac illa, quæ factum reſpicit, ſuſcipi queat, *arg. l. 33. C. de Prob.* Et hæc dubio procul cauſa fuit cur Excell. Dn. GRIEBNERUS, in *Diſſert. Utrum fratres in querela inoff. probare teneantur ſe non fuiſſe ingratos*, in conditione indebiti errorem potiſſimum probandum eſſe, inde vero indebitum præſumi §. 3. aſſerere non dubitaverit. Tantum enim abeſt, ut textus juris ſententiæ huic tam juſtæ tam concinnæ reſragmentur, ut vel commoda illorum explicatio eam adjuvet. Nam *L. ff. alleg. 25. ex l. 6. C. de cond. indeb.* ita interpretanda eſt, ut probata ignorantia facti, ex qua error invincibilis naſcitur, qui ſolus cauſam dat conditioni indebiti, *arg. l. 22. pr. ff. eod. & l. 10. C. de Jur. & fact. ignor.* aliis quibuſcunque probationibus ſuperſedere poſſit actor. Et ſi quæras, cur *l. 25. §. 1. ff. de Probat.* perſonas quaſdam v. g. pupillos, minores, mulieres, ruſticos, ab onere probandi*

bandi adfuisse debitum, utut ex incitiam proprii facti aut juris indebitum solverint, eximat, suppetit ratio, quod & ignorantia juris indeque natus error alias vincibilis in detrimentum eorum vergere nequeat, quibus jus ignorare permisium. v. l. 9. pr. ff. de jur. & fact. ignor.

§. IX.

Ex §. antec. patet, facultatem cuilibet ordinarie competere indebite solutum ab eo, qui absque causa illud retinet, repetendi. l. 66. ff. de cond. indeb. conf. FRANZKII Comm. ad h. t. n. 44. quandoque tamen tale reposci nequit, si scilicet ea in causa lis inficiando cresceret §. 7. Inst. de obl. que ex quasi Contr. nasc. En notabilem pœnæ inficiationis effectum! & licet locus alleg. L. faltem Aquil. nec non legatorum piis causis relictorum mentionem spargat, nulla tamen vetat ratio quo minus hæc dispositio ad alios quoque casus extendatur, cum particula *veluti* non restrictive, uti DD. loqui amant, sed declarative f. exempli loco adjecta sit. Nec quid iniqui quid æquitati naturali contrarium illud præ se ferat, ego quidem non video, dum quisquis rerum suarum arbiter de iis ita disponere potest, ut ne majus, quam quod præsens est, damnum incurrat, quod sane, si mendacii dolosi convictus esset, quale teste HVBERO ad h. tit. non quævis alia inficiatio, absque fraude commissa, subintelligendum est, certo certius contingeret, idque transigendo quasi evitare curet arg. l. 25. §. 1. ff. de Cond. indeb. præsertim si recte supponas, causam ad minimum aliquam subesse debere, cur alter quid a me petat, v. g. si damnum quidem ei, sed non a me vel iis, quorum facta præstare cogor, illatum, vel quid minus solemniter testamento relictum sit, utut alias jus strictum vel ob neglectas solemnitates vel deficientem titulum actionem ipsi deneget.

Pœna inficiationis impedit quandoque conditionem indebiti.

§. X.

Ut negotia hominum, quæ ex singulari quadam confidentia & amicitia vinculo contrahuntur, eo majori cum fide & religione adimpleantur, æquitas manifesta suggerit. Quare & Romani eum, qui dolose in iis versatus erat, gra-

VII) In Deposito & præsertim miserabili.

viori aliqua poena, quam restitutione simpli, afficiendum censebant. Hujus ordinis prior se sistit Contractus Depositi, de quo ita statuunt Decemviri apud GOTHOFREDVM in LL. XII. Tab. Tab. III. *Si quid Endo Deposito Dolo Malo Factum Escit Duplione Luito*, unde quidem apparet, omnem omnino dolum circa res fidei alterius concreditas commissum ab antiqua Roma duplo fuisse vindicatum, contra quam sentit CVIACIVS Paratid. C. Depos. nam furto comparabatur mora depositarii dolosa *arg. l. 13. ff. Depos. conf. HEINECCII Antiq. Rom. ad h. t. P. II. p. m. 96.* Sed mutavit rerum faciem subsequens Prætoris Edictum & Imperatorum potestas, eum saltem dolum poena dupli coercens, quo negans restitutionem Depositi miserabilis, quale vocatur, quod tempore ruinæ, tumultus, incendii, naufragii factum erat, eo sub colore quasi nil unquam apud se depositum esset, se polluere non erubescerat *l. 1. §. 3. 4. l. 28. ff. eod.* Nec quidquam facile LL. Naturæ tam conforme tam consentaneum esse puto, quam ut hominibus in summo discriminis gradu constitutis, quibus tunc de persona aliqua fide digna circumspicere non semper datum est, sanctione tali subveniatur; accedit, quod ejusmodi deponens difficiliore probatione per alterius negationem gravetur, utpote cui afflicto nec de testibus idoneis cavere liberum fuit. Absit igitur ut Jura quædam Germaniæ Provincialia, v. g. *Württembergl. Land-Recht P. II. t. 3. §. fin.* nec non Statuta *Hamb. P. II. T. 3. §. 17.* & Reform. *Francof. P. II. T. 21. §. 10.* Legem istam poenalem constanter huc usque servantia nimæ alicujus superstitionis erga Romanorum placita accusemus, ut potius, quo ab aliis gentibus in exemplum trahantur, valde optandum sit.

§. XI.

IIX) In contractu societatis.

Eadem plane ratio est contractus societatis, qui contrahentes tam arcto vinculo sibi invicem adstringit, ut quasi fratrum more inter se vivere præsumantur *v. l. 36. ff. pro Socio & SCHVLTINGIVM p. 171.* assertum nostrum ex Antiquit. illustrantem, hinc & QVINTILIANVS in Declam. 320. ita declamat: *Res sacra est unitas & quædam fraternitas*

ternitas animorum. Quemadmodum vero Jura civilia beneficium competentiae fratribus largiuntur, ita & favor iste, per analogiam Juris, ad socios transit, qui, si de communicandi aliquo lucro aut refarciendo damno agitur, non ulterius tenentur, nisi in id, quod facere possunt; quod quidem in societate universali extra omnem dubitationis aleam positum est per *l. 16. ff. d. Re jud.* neque minus idem ad societatem generalem & particularem extendit *l. alleg. 63. ff. Depos.* licet mentio ibidem facta sententiae Sabinianae scrupulum aliquem moveat, annon eidem Schola Proculianorum, pro more, contraria fuerit. Quicquid sit Ulpianus, utriusque legis auctor, ad vitandam *ἀνισοπία* ex Ulpiano videtur explicandus, quid? quod Excell. Dn. BOEHMERVS in Introd. ad Jus Digest. *p. m 358.* verbis dictae *L. 16. de Re Jud.* omnem vim Legis, ob vitiosam lectionem, detrahere nullus dubitat, alii vero DD. nodum huncce Gordium ita solvunt, quod sociis omnium bonorum beneficium istud absolute, sed unius saltem negotiationis hujus respectu tribuatur, vid. ZANGER de Except. *P. II. Cap. 15. n. 11.* & MANZIUS in Patroc. Paup. *Dec. 3. Quest. 1. n. 53. sqq.* Stat itaque firmo talo sententia, socios beneficio competentiae gaudere, excepto unico casu, nisi quis eorum se socium esse negaverit, ut ad communionem lucri non adstringeretur, tum enim jura justii iniquitatis vindices beneficio isto, simili fere modo ut fidejussorem, ratione mendacii, favore divisionis *l. 10. §. 1. ff. de fidej.* & excussionis per tradita a FRANCO de Fidejuss. *Cap. V. n. 407.* eum privant, *l. 63. pr. l. 67. §. fin. ff. pro Soc.* solo relicto solatio, ut, quemadmodum in improbo fidejussore socium nequitiae, ita & fidum miseriae comitem, habeat. Expediti enim juris regula est: dolose negantem id, quod beneficii loco habet, amittere.

§. XII.

Hujusmodi negotiis singularem quandam fiduciae gra- IX) In Tutelæ
 dum desiderantibus accensenda quoque erit tutelæ gestio. gestione.
 Officium tutoris est, uti congruam pupilli educationem
 curare, ita & facultatum ejus incrementa, ceu necessaria
 illam

illam promovendi media, omni meliori modo quærere, tutor enim primario quidem personæ, sed, per justam interpretationem, etiam rei datur *arg. l. 27. ff. de Adm. & Peric. Tut.* Hinc Leges quoque Romanas malitiæ tutorum nunquam non obviam ivisse, est, quod laudibus extollas. Speciminis loco esto *l. 7. §. 10. ff. eod. vi* cujus tutores pecuniæ pupillaris, quam apud se non esse improbe inficiati, Prætoris tamen cognitione & sententia convicti sunt, neque minus si pupillis, ad onera expedienda, pecuniam sub iisdem usuris mutuandi necessitatem imposuerint, nullam penes se esse quantitatem falso negantes, ipsi usuras maximas, in pupillorum utilitatem, solvere coguntur, licet ea in regione mitiores frequententur. Legitimæ enim, quæ in allegata Lege nominantur, Usuræ pro maximis s. centesimis accipiendæ sunt *per l. 54. ff. eod. l. 38. de neg. gest.* Quippe, gliscente in urbe Roma sensim fœeneratorum usuraria pravitare neglectisque fere omnibus de certo & non ita gravi usurarum modo promulgatis LL. quales post XII. Tabb. fuere L. Genucia, Sempronia, Gabinia aliæque plures, vid. Fr. HOTTOMANNUM in Tr. de LL. a FESTO *l. 6. LL.* fœnebres per excellentiam appellatæ, satisfecissæ se officio putabunt Magistratus Rom. si fœnebre illud malum ita restringerent, ut singulis mensibus pro centum denariis usuræ loco unum, adeoque effluxo anno duodecim pro centenis, nostro loquendi more, accipere justum licitumque sit: quæcumque vero usuræ quantitatem illam excederet, reprobata haberentur, easque exigens in crimen usurariæ pravitatis incideret. *v. l. 40. ff. de Reb. cred. l. 20. C. de Usur.* Et ab eo demum tempore invaluit, ut usuræ, alias fat mordentes, centesimæ puto, specioso legitimarum titulo insignirentur, uti nobis ad oculum demonstrant GERH. NOODT. de Fœn. & Usur. *lib. 2. Cap. 4. p. 269.* SALMASIUS de modo Usur. *lib. 7. p. 269.* & GRONOVIVS de Centesimis *p. 488.* Hodie Usuras *per l. 26. §. 1. C. de Usur.* quibusvis in casibus a tutoribus porro exigi non posse, tradunt DONELL. de Usur. *Cap. 4.* RITTERSHUS. ad Nov. *P. 8. Cap. 6. n. 21.* & CUCIACIUS *ad ff. h. t.* quorum opinionem in medio relinquo.

§. XIII.

§. XIII.

Erant hi fere contractus, qui non vulgarem pudoris & integritatis speciem exposcere Romanis videbantur, quare & fidem semel datam fallens eo turpiori notabatur infamia, *l. 6. ff. de his qui not. infam.* Audiamus quæso Tullium in Orat. pro Roscio Comædo de iis ita differentem: *Si qua sunt privata negotia maxime existimationis & pene capitis dicam, tria hæc sunt: FIDUCIÆ, TUTELÆ, SOCIETATIS &c.* Dantur tamen & alia civium negotia quibus quasi proprium est, ut omnis dolus, omnis mala fides, procul absit, sed quæ, ob diffusam præstationum rationem, certis limitibus circumscribi non æque possunt, quo casu Quirites plerumque cavere sibi solebant formula & stipulatione: *Uti Inter Bonos Bene Agier Oportet & Sine Fraudatione,* vid. BRISSON. de Form. pag. 373. conf. CIC. lib. 7. Ep. 12. Tale est contractus empti venditi, ambitu certe suo haud destitutus, quæ ratio fuit cur XII. Tabb. venditorem, qui in distrahendo fundo de modo s. spatio mentiebatur, duplum ejus, quod actoris intererat, luere voluerint, id quod PAULO Recept. Sentent. lib. 2. cap. 19. dicitur actio de empto ex modo. conf. GOTHOF. ad l. 2. ff. de Act. Empt. Vend. Idem obtinebat, si venditor vitia quædam rei inhærentia adesse dolose celaverat, uti exemplis docet CIC. de Offic. lib. 3. c. 26. Num vero prior illa actio etiam in foro Rom. diu frequentata fuerit, ego affirmare tuto non ausim, quum subsequens Edictum Ædilitium, quod circumventis emptoribus æque, ut L. 2. C. de Resc. Empt. Vend. læsis venditoribus per Actionem redhibitoriam & æstimatoriam prospexit, celata saltem rei vitia occulta, non ea, quorum notitiam emptor facile nancisci posset, præstari voluerit, adeoque pœnam reticentiæ tantum infligat, vid. l. 55. ff. de Ædil. Edict. l. 15. §. 1. l. 43. ff. de contr. Empt. Vend.

X) In actione de empto ex modo.

§. XIV.

Supereft ut ad pœnam inficiationis in legatorum materia occurrentem transeamus. Cuilibet, qui Institutionum præcepta primis saltem labiis degustavit, haud ignotum esse potest, compilatorem earum, Tribonianum, fidei commissorum

XI) In legatorum materia, & præcipue

C

forum

forum particularium atque legatorum naturam & indolem ita commiscuiffē & unam quasi in alteram transplantasse, ut nulla fere essentialis differentia remanserit. § 3. *Inst. de legat.* Ast Jure Rom. antiquo varios inter, quibus a se invicem discrepabant, modos a CAJO in *Inst. Lib. 2. Cap. 7.* distincte satis propositos, hic præ reliquis eminebat, quod fidei commissis tardius, quam testatoris voluntas ferebat, exsolutis, usuræ saltem moræ fructusque tam percepti, quam percipiendi, deberentur *l. 23. §. 1. l. 39. §. 1. ff. de legat.* legatorum contra substantia ex mora solutionis duplicaretur, quæ posteriora verba non de mora aliqua simplici, sed quæ cum inficiatione conjuncta est, accipienda sunt. ALEANDER quidem & OISEL ad alleg. Caji locum fluctuant & quo se vertant, nesciunt, sed abunde satis, uti mihi quidem videtur, satisfecit iis Par Eruditorum Virorum, quos Batavi alunt, GERH. NOODT. de Foen. & Usur. *lib. 3. cap. 7.* & SCHULTINGIUS in *Jurispr. Anti-Justiniana p. 130.* Manet igitur hæc differentia specifica legata inter & fidei commissæ Romæ veteri cognita, nisi quod Justinianus sanctionem modo dictam pœnalem de iis saltem legatis, quæ locis venerabilibus & per interpretationem doctrinalem piis causis, quales habentur redemptio captivorum, cura pauperum aliæque plures, quæ causis divinis non sinistre annumerantur, *arg. l. 22. C. de SS. Eccl. l. 49. C. de Epif. & Cler. add. TIRAQUELLI* Tract. de Privil. piæ Causæ, relicta sunt, valere jussert, §. 19. 26. *Inst. de Act.* quod tamen favore religionis constitutum ad ea, quæ Fisco vel Reipublicæ legata sunt, utut paribus quandoque cum causis piis privilegii gaudeant, non facile applicandum esse censent. vid. SCHNEIDEW. *Comm. ad Inst. h. t.* Sed isto casu, quando, fide hæredis præsentis electa, quædam relinquuntur, quod per *Const. Justin. in l. fin. C. de Fideicom.* posthabitis solemnitatibus liberum testanti est, illi vero neganti, deficientibus aliis probationibus, a legatario juramentum desuper defertur, isque si jurare detrectet, restitutione ejus, quod legatum creditur, punitur, amisso insimul L. Falcid. beneficio per *l. 68. §. 1. ff. ad leg. falc.* cujus lectionem corruptam ex *Cod. Florent.* restituit
BRUNNE-

In legatis piis
causis relictis.

BRUNNEMAN. in Comm. ad ff. p. 482. & quidem pro ea rei hereditariæ parte, quam inficiatus est, arg. l. 24. ff. eod. hanc inquam dispositionem non tam mendacii subolere poenam existimem, licet sat larga DD. turba contra clamitet, sed sententiæ Hoppii in Comm. ad Inst. p. 536. expositæ subscribo, ut qui fundamentum ejus in sola testatoris voluntate, quam hæres, cum contradicere potuisset, tacite quasi veneratus est, neque ita contra proprium factum venire potest, recte quærit, arg. l. 18. ff. Mand. Cui quoque opinioni patrocinari videtur textus Spec. Sax. lib. 2. Art. 6. Welche Gabe der Mann siehet vergeben wieder sich u. wieder redet er das zur Hand nicht, darnach mager es nicht wiederreden. Quid enim legatum aliud est quam qualificata donatio?

§. XV.

Quum de legatis nobis sermo fuerit, pauca adhuc de XII) In Legato damnationis. poena inficiationis in legato damnationis adnectere non è re forsitan erit. Quatuor legatorum in Republ. Rom. florebant genera: *Vindicationis, Damnationis, Sinendi modo & Præceptionis*, quorum quodlibet diversimode a reliquis distinctum propria formula terminabatur, vid. BRISSON. de Form. pag. 625. & MERILLII Obs. VI. 32. Secundæ speciei etiam hoc singulare accedebat, quod hæres ita oneratus perinde fere obligaretur, ac si a iudice ipso damnatus esset, testatori enim æque imperativis hac in causa uti verbis concessum erat l. 2. pr. l. 27. §. 5. ff. ad L. Aquil. unde & lis inficiando in duplum crescebat, vid. PAVL. Recept. Sent. lib. 19. C. 1. quemadmodum in actionibus arbitrariis poena demum, si quis arbitrio iudicis stare recusaret, fumebatur, §. 31. Inst. de Act.

§. XVI.

Sufficiat hæc de usu actionum inficiationis poenali in foro Rom. attulisse, nunc ordinis ratio postulat, ut et de moribus Juribusque domesticis, ad præsentem tractationem facientibus, dispiciamus. Licet quidem ultro concedam, scrupulosam illam interrogationum atque responsionum anxietatem judicia patria nunquam corrupisse, quid quod, cessante hodie subtili nimis inter Prætores & judi-

De Usu poenarum mendacii hodierno.

cem pedaneum differentia, cui fere, quicquid parum superciliosi in Jure Rom. deprehenditur, superstructum est, & totus poenarum inficiationis apparatus corruiere videatur: Pensitato tamen, Jurisprudenciam nostram plurimas hodienuum juris istius peregrini exofculari conclusiones, ut ut rejectis, unde dimanarunt, sublimioris quandoque & non satis adaquatae Jctorum Rom. doctrinae principiis, praesertim cum unius ejusdemque effectus plures esse possint causa; cujus Canonis veritatem ipse quoque Justinianus cognovisse videtur, utpote qui poenarum inficiationis valorem hinc inde sedulo inculcat, quamvis *l. i. §. i. ff. de Interr.* actiones interrogatorias suo jam tempore minus frequentari & in desuetudinem abiisse testetur, (nam quod Callistratum, qui Jctus Rom. fuit, ibidem loquentem introducat, istud interpolationem Triboniani arguit, uti WISEMBACHIVS in Embl. Tribon. rectissime annotavit,) est propemodum ut concludamus: Usu aliquem poenarum mendacii haud exiguum in hunc usque diem passim superesse vel saltem superesse debere, quippe quae a genio Germanorum non adeo abluant & ad praescindendas litium ambages mirum quantum conducant. Ex Historia constat, majores nostros, genuinos infucati candoris depositarios, nil magis odio habuisse, quam improba & ad fallendum alterum excogitata mendacia, quin ergo dubitandum sit, eos ab inficationibus, in Judicio quae committuntur, non aequali cum laude abhorruisse & in ejusmodi fidei Germanicae violatores pro more animadvertisse. Certe sententiae nostrae non vulgaria restant testimonia: Ita convenientiam aliquam cum poena inficiationis, quam lex Aquilia apud Rom. peperit, habere videntur, quae L. Salica C. 6. t. 10. disposita legimus: *Si quis animal, vel quodlibet pecus, per suam negligentiam nocuerit, & hoc domino ejus confessus fuerit, capitale* (i. e. aliud ejusdem generis animal, uti Schilterus explicat) *in locum restituat & illud debile ad se recolligat; SI VERO NEGAVERIT SED TAMEN CONVICTVS FVERIT, D.C. denarius qui faciunt solidos XV. judicetur; neque minus LL.*
Bojo-

Quid juribus Germanorum antiquis circa eas obtinuerit?

Bojoariorum *l. 9. 10. t. 8.* statuunt: *Si quis occulte aliquod animal occiderit ET NEGAVERIT ET POSTEA EX-INDE PROBATVS FVERIT, tamquam furivum*) furti vero pœna semper erat duplum vid. Spec. Svevic. *Cap. 148. 162. §. 1.*) componat, quem in modum LL. quoque Ripuariorum Frisonum & Saxonum sensisse, testis est SCHLT. *Exerc. 19. Thes. 55. seqq.* ut alia ejusdem tenoris Capita non raro obvia jam taceamus. Nec quem offendat, nullum fere in toto Jur. Canon. Corpore, quod alias tanquam norma & regula Processus nostri Judicarii allegari solet, medelæ hujus tam saluberrimæ dari vestigium, quis enim nescit, eam principiis Pontificum directo contrariari, ut quibus nil magis curæ cordique fuit, quam infinitum discordiarum & perendinationum semen in plebem incautam spargere.

Cur Jus Ca-
non. de iis ta-
ceat?

§. XVII.

Maximus quidem inficationis pœnæ usus hodie se-ferit, si reus statim in limine processus circa contestandam litem malitiose versatus deprehendatur. Litis contestatio, utpote quæ viam actori ad deducenda jura sua sternit, ita comparata esse debet, ut, quæ ipsi concedantur quæ probanda relinquuntur, liquido exinde elucescat. Generalis quidem olim Romanis sufficere visa est, id quod ex sequenti litem contestandi formula: *Narrata, prout narrantur, non fuisse nec esse vera, & petita prout petuntur, fieri non debere*; a PETRO de FERRARIIS in Praxi Pap. *tit. 4. supeditata*, apparet. *v. l. un. C. de lit. Contest.* Cum vero & ipsi Romani agnoverint, quam plurimas ambiguitatum difficultates ita enasci, non potuere non quin medium aliquod, quo reus ad planiorem mentis expositionem adstringeretur, excogitarent, qua de causâ mutua partium interrogationes & responsiones invaluere, *l. 21. ff. de Inter. & l. 9. C. d. Jud.* ab iis quidem quas supra §. III. exposuimus, toto fere cœlo distinctæ, cum illæ ab actote ad rite formandam formulam *coram Prætorè*, hæ vero ex ipsius formulæ visceribus desumptæ *post susceptum demum judicium* evitandæ dubiæ rei declarationis gratia, *coram giudice pedaneo*

Præcipuas earum usus I) circa litem Contestationem, cujus requisita expendantur.

Generalis olim Lit. Contest. sufficiens erat.

qualis hodie
esse debent?

proponerentur. Arrisit hæc procedendi forma Canonum quoque Auctoribus uti ex dispositione INNOCENTII *Cap. VI. X. de Fur. Calum.* videre licet, & cum receptione Juris Can. patriam etiam nostram invasit, variisque in regionibus hucusque observatur. Sed rejectâ generali litis contestatione per Rec. Imp. de Anno 1654. in universa Germania, injunctâque reo specifica, & ad omnia libelli capita directâ, responsione vi Const. Elect. 10. P. I. id quod in O. P. S. R. ad *Tit. XVI. §. I.* denuo, sub comminatione, repetitum legimus, nullum plane modo dictarum positionum, eademque comitantis juramenti dandorum & respondendorum, in terris Saxonice superesse usum omnidubio caret.

§. XVIII.

Quid a Dd.
pro coloranda
Litis Contest.
Negat. afferatur,
eorumque refutatio.

Sola itaque superest via, ut reus aut affirmative aut negative litem contestetur, nisi pro contumace haberi malit. Communis huc usque Practicorum opinio fuit, integrum reo esse, utrum ad libellum respondendi modum eligere placeat, modo, quod ad cætera requisita recte se habeat litis contestatio, ut nempe sit specialis, clara, adæquata & tempestiva, quid? quod DD. nonnulli eo procedunt, ut ad litem negative plerumque contestandam vel in conscientia obligatum putent mandatarium, quippe qui commodo clientis sui quavis ratione invigilare deberet. Sed ut taceam, hæc ratione vim & efficaciam juramenti malitiæ, quod judici partibus quavis in judicii parte, adeoque & ante litis contestationem, pro habitu circumstantiarum, injungere per Dec. Elect. 70. & O. P. S. R. ad *Tit. XXXIII. §. I.* permillum, aperte eludi, involvit enim omnimodam fallaciarum, qualis utique inconsulta negatio est, renunciationem; hæc quoque Thesis intellectui LL. id quod pace dissentientium dixerim, manifesto reclamat: nam licet jura conditioni reorum sapius faveant, iste tamen favor, ut ad protrahendas lites abuti possit & in alterius detrimentum vergat, hanc inquam mentem LL. affingere nefas duco. Quodsi enim justum est, afflictum innoxiumque reum inauditum non condemnari, eadem æquitatis ratio urget,

urget, ut ne partes actoris, suum petentis, per dolosam illius declinationem & lubrica receptacula, difficiliore reddantur. Certe adversariorum argumenta rem parum ferunt. Prodeat è multis in medium BERLICHIVS, qui *P. I. concl. 18. n. 35.* causarum Patronis, ut actoris intentionem, si non totam, modo pro parte negent, pro singulari cautela venditat. Verum enim vero officio sancti LL. custodis & vindicis omnino repugnat, ea, quæ vera sunt, captiose abnuere; nec negationis ejusmodi talis, quem sperant, effectus evadet, cum reo inique convento perinde esse debeat, utrum exceptiones suas per modum probationis an reprobationis doceat, utriusque enim fere eadem est natura, malitiæ vero juste in judicium vocati jura nulli patrocinantur: Et persuasio, quasi actore non probante aut probationem deferente, absque longis ambagibus, absolvendus veniat reus, dubio sane maximeque incerto nititur exitu & eventu. Porro objicitur, non ita favorabilem esse causam rei circa probationem quam actoris, cum juramenti delatio huic indubie competat, isti non, nisi fuerit reservata. Ast si reus litem negative contestatus super articulis reprobatorialibus juramentum deferre potest, licet facultas illa in sententia non fuerit expressa, uti testatur Excell. Dn. GRIEBNERUS in *Princ. Proc. Jud. lib. 1. cap. 4. sect. 1. §. 1.* & præjudicio Scabin. Lips. confirmat RIVINUS *tit. XXI. Enunc. 33.* nulla ratio subest, cur affirmative respondens adeoque probandi onere sese gravans, beneficio hocce privetur, stat mihi potius sententia: Quæ ipso jure reo competunt, quorum in numerum venit juramenti delatio, nec per sententiam judicis adimi posse, tantum abest, ut incuria forte concipientis, aut quavis alia de causa omissa, præjudicium tertio creent, imo sententiam ejusmodi contra jus in Thesi latam, atque ita per se nullam, nec leutatione a viribus rei judicatæ suspendi debere putem. Est igitur indicium malæ causæ, si reus affirmanda temere neget nec utique homines ad talia subterfugia tam frequenter advolarent, si, quod ab INNOCENTIO III. *Cap. XIV. X. de Jud.* utiliter constitutum legimus, ut *principales persona*

personæ non per Advocatos sed per se ipsos factum proponant, consuetudine non abolitur fuisse, cum haud pauci Advocatorum de aliena conscientia parum solliciti vel impune se mentiri posse gloriæ sibi ducant, id quod à nonnullis Juris peritis inter defectus processus nostri judiciarii merito refertur, vid. BOEHM. Jus Eccl. Prot. lib. 1. tit. 37. §. 4.

§. XIX.

Quid Jure
Saxon. Noviss.
de hoc consti-
tutum depre-
hendatur?

Obicem tamen ejusmodi perfrictæ frontis hominum malitiæ posuit ORD. PROC. SAX. RECOG. ad *Tit. XVII. de Lit. Cont.* ubi Potentissimus Legislatur alias inter, ad præcidendos litium anfractus latas, quovis ære perenniores Constitutiones id quoque §. II. expressè sancivit, ut Advocatus rei facta indubia, & quæ ad cujusvis notitiam pervenire, abnegare audens quinque Thalerorum pœnam lucret, aut, suadentibus circumstantiis, a Praxi suspenderetur, cliente infimul ejus in expensas processus condemnato. Qua occasione subsequente §. III. pœnas illas decantatas.

Pœnæ menda-
cii supra ex-
positæ denuo
ibid. confir-
mantur.

§. XXVI. Inst. de Act.

l. f. ff. de Rei Vind.

l. 2. §. 1. ff. ad L. Aquil. &c.

dolosus mendacibus præfixas, idque insuper habito respectu utrum pars ipsa an per procuratorem compareat, motu & instinctu plane Regio in fora reducit, quæ dispositio, ob identitatem rationis, ad reliquas quoque inficiationum pœnas ibidem non expressas, modo indoli LL. Saxon. non e diametro repugnent, extendenda esse videtur, quam mentem & ipse Potentissimus in Verb. *Wey welcher Gelegenheit wir zugleich dasjenige insgemein, was sonst von denen Strafen der Inficiation in denen Rechten, und, besonders in re. non obscure indicavit.* Negandum equidem haud est Collegia quædam Saxoniarum Juridica & Dicasteria istum pronunciandi stylum huc usque nonnunquam observasse: Ita enim Dn. WERNHER in *Obs. Select. For. P. I. obs. 150.* sententiam Ord. Wittenb. a. 1700. latam citat, quæ reum ob dolosam negationem possessione fundi privavit, refutato infimul immaturo Belgarum quorundam, de non usu pœnæ hujus hodierno, judicio. Neque minus Curiam Provinc. ejusd. loci An. 1707. eundem

dem in modum pronunciaſſe hujusque ſententiam a Supremo Provoocationum Senatu, pro more Illuſtriſſimi hujus Judiciſſi ita ſentiendi, confirmatam fuiſſe pluribus teſtatur Dn. BERGER in Eleſt. Diſcept. for. *Tit. 16. obſ. 2.* ibique *P. II. Supplem. p. 392. ſeqq.* confr. HORNII Diſſ. de pœna Inficiant. Poſſeſ. Attamen cum Scabinatus Lipſ. aliique JCtorum Ordines contrariam hæcenus amplexi fuerint ſententiam, uti ex variis præjudiciis a RIVINO in Enunc. *p. 542. & 701. ſeqq.* WERNH. *l. c. P. I. p. 148. ſeqq.* & BERGER. *l. c. P. II. Supplem. p. 390. 391.* collectis intelligitur, aliis quidem pœnam hanc eo ſaltem caſu, ſi reus litem pure negative, non ſi pro parte affirmative pro parte negative conteſtatus eſſet, admittentibus; v. RIV. Enunc. *14. Tit. XVI.* Ideo diſpoſitio avthentica, omnem omnino Collegiorum diſſenſum tollens, accederet neceſſe fuit. Hujus vero caput præcipuum in eo conſiſtit, ut, reo litem negative conteſtante, ſi actor fundamentum actionis plene probaverit, hoc enim non factò abſolvitur reus per *l. 4. C. de Edendo.* aut ſi juramentum ſuper factis negatis reo detulerit, quod tamen hic præſtare poſthac abnuat & ante negata affirmet, ipſe exceptiones, quas litem affirmative conteſtatus opponere potuiſſet, in pœnam improbæ negationis amitteret, niſi mediante juramento ſe, cum litem conteſtaretur, eorum quæ negaverat, ignarum fuiſſe aſſerere ſuſtineat. Ratio conſtitutionis hujus juſtiſſimæ movens in eo neutiquam quærenda erit, quod ſpeciem quaſi transactionis involvat juſjurandum *p. l. 2. ff. de Jurejur.* utique cum CARPZOV. *P. 3. Decif. 229. n. 1. ſeqq.* hoc de juramento jam præſtito non demum præſtando intelligi velit, id enim eſſet certum quid ex incerto demonſtrare, nam ſimili æquitatis prætextu regeſſi poſſet, actorem, qui juramentum defert, hoc tantum velle præſumi, ut reus aut juret aut confiteatur, quo fine, licet per indirectum, obtento rigidius forte eſſet alterum ideo ab omni reliquo juris auxilio depellere: dicendum potius erit, pœnas inficiationis hocce caſu ea de cauſa moribus Saxonum adoptatas & in O. P. S. R. allegato *Tit. denuo repetitas eſſe, ne in reorum arbitrio*

D

trio

trio esse videatur lites modo protelandi, modo iisdem, prohibitu, finem imponendi, præsertim cum is, qui ad necendas saltem moras & facellendum actori negotium neget, in aperto dolo versetur, adeoque se indignum reddat excipiendi jure.

§. XX.

H) In Processu
Executivo, si
reus imple-
mentum aut
conditionis
existentiam
neget.

Egimus de inficiationum pœnis in Processu Ord. ob-
tinentibus, nunc & ad eas, quæ Processui Execut. insunt,
transeundum erit. Desiderat hæc processus species, ut actor
instrumento guarentigionato munitus sit, cujus requisita
tam circa materiam quam causam exponit Illustr. BERGE-
RUS in Elect. Proc. Execut. §. p. Summa eò redit, ut inde quis
debitor sit? quid, quantum, ex qua causa & quo tempore
debeat, liquido pateat? licet O.P. S.R. tum circa Docu-
mentorum formalia, tum, quod ad expressionem causæ de-
bendi specialem attinet, quædam immutaverit. v. Append.
p. 302. §. 4. & p. 303. §. 5. Quare & DD. nonnulli iique haud
incelebres documenta contractuum bilateralium æqualium,
(nam ex documento contractus bilateralis inæqualis v. g.
commodati, ob præstationem non reciprocam sed ab una
saltem parte directo pendentem, simpliciter executive agi
posse in confesso est,) unde conditionis existentia, traditio
rei venditæ, locatæ & uno verbo secutum implementum in
continenti demonstrari nequeat, pro guarentigionatis habe-
re recusarunt. v. Illustr. Dn. LYNCKER. P. 2. Decis. 661. & 970.
MEV. P. 1. Decis. 168. Dn. BARTH. in Hod. For. p. 473. Sed LE-
GISLATOR NOSTER POTENTISSIMUS, quævis du-
bia juris capita in justam consonantiam erecturus, etiam ex
Instrumento contractus bilateralis vel conditionali executi-
ve impofterum agi posse voluit, modo istud expressam excep-
tionis non adimpleti contractus renunciationem contineat,
aut purificatio conditionis vel implementum itidem per ali-
ud instrumentum liquidum absque mora doceri queat; v. Ap-
pend. O. P. S. R. p. 302. §. 4. Cui decisioni jam antea Suprema
Curia Provinc. nec minus Curia Provinc. Witenberg. ut
et alia Jctorum collegia in pronuntiando toties quoties se-
se conformarunt, uti constat ex RIV. Enunc. 20. Tit. V. Enunc.
53. Tit.

53. *Tit. XI. & WERNEH. Obs. For. P. I. Obs. 149. P. III. Obs. 172.*
 Quod si verò actor, negato a reo contractus aut conditionis
 implemento, remedio concessò destituatur, probatio ei, re-
 servata reo reprobatione, per sententiam injungenda erit,
 quam documentis, testibus vel juramenti delatione perage-
 re potest; nam licet posteriorem probandi modum Pro-
 cessus Executivi natura excludat, v. SCHILT. *Exerc. 13. Th.*
 16. id tamen solum de juramenti delatione super meritis cau-
 sæ & processus substantialibus facta intelligendum, nec ad
 exceptionem implementi non secuti, quippe quæ acciden-
 talia tantum respiciat, extendendum esse censuit Curia
 Provinc. Witenberg. an. 1705. apud WERNHER. *P. I. Obs.*
 149. Atque ita Processus Executivus, usque dum probatio
 & reprobatio absolutæ fuerint, in suspensò relinquitur: his
 vero peractis, si reus contractus aut conditionis implemen-
 tum dolose & protrahendæ litis causa negasse deprehenda-
 tur, eum insuper in quartam libellati pretii partem condem-
 nandum, aut, si bonis careat, carceri includendum & quo-
 vis alio arbitrario puniendi modo coercendum esse dispo-
 nit O. P. S. R. App. p. 302. nisi se in justa negatarum circum-
 stantiarum ignorantia versatum esse juratò confirmet, nihi-
 lo tamen secius ad refusionem expensarum obligatus. Sed
 ipsa pœna pecuniaria, quam actor in foro Rom. semper con-
 sequebatur, alia ratione apud nos distribuitur, ita ut trien-
 tem ejus actor, alteram judex & reliquam partem Xenodo-
 chium, quod Waldheimii est, accipiat, v. ib.

§. XXI.

Non tamen est, quod putes, functionem hanc pœna-
 lem omnes omnino exceptiones, etiam ipsi executioni op-
 poni solitas, quales sunt exceptio solutionis, compensa-
 tionis, pacti de non petendo &c. tangere, has enim, nisi in
 continente liquidas, executivus procedendi modus respuit,
 sed in reconventionem rejiciuntur. Qua occasione & de
 exceptione non numeratæ pecuniæ paucis dicendum erit,
 annon ea Instrumentis liquidationis eo cum effectu op-
 poni possit, ut paratam alias executionem tamdiu sistat, do-
 nec actor contrarium probaverit. Pro affirmativa pugnant

III) Quoad
 exceptionem
 Non Numer.
 Pecun.

CARPZOV. de Proc. Civ. Tit. 22. n. 44. *seqq.* provocans ad Ord. Elect. Polit. de an. 1619. Tit. von Justitien-Sachen §. 19. nec non HENR. PISTOR. l. 4. qu. 12. JOH. PHILIPPI *ad Dec. El. 16. Obs. 5.* licet exceptioni huic in eodem instrumento renunciatum sit, quippe quæ ex natura contractus ejusque substantialibus resultet, hic vero ob non fecutum implementum retro invalidus reddatur. *arg. l. 1. C. de prob.* (& quod magis est, BRVNNEMAN. *ad l. 5. C. de non num. pec.* cum LAVTERB. tit. de rei cond. eo probabitur, ut & eam cambiis opponi posse existimet, cujus opinionem Collegia Witenberg. olim secuta fuisset, postea tamen contrariæ & veriori sententiæ accessisse, testis est BERGER. in *Elect. Obs. 4. p. 140.* & recte, superstruitur enim hæc hypothesis argumento valde dubio & erroneo, quod scilicet Cambium sit mutuum:) Negativam vero tuentur MOLLER. ad Const. Elect. 19. P. II. FINCKELTH. *Obs. 119.* & cum iis SCHILT. Exer. 22. §. 10. *seqq.* illam exceptionem, si illiquida sit, tum indoli processus executivum genio juris patrii é diametro adversari, multo, nec irrito, conamine demonstrans, quæ dubio procul mens quoque fuit SEREN. SAXON. in Noviss. Resol. Grav. *d. an. 1661. §. 3.* & Decis. Elect. II. Quicquid sit, diversimode hac in parte a Collegiis & Dicasteriis, Saxon. hucusque Responsum & Judicatum est: Ita Scab. Lips. an. 1700. in causa Christian Weydemanns contra Christian Scyfferten und Conf. actori probationem factæ solutionis injungebant, eamque vel documento jam recognito suscipi debere alio casu statuebant, teste RIV. Tit. XI. *Enunc. 51.* Et Supr. Provoc. Judic. reum quandam a recognitione documenti tam diu liberum pronunciasse, usque dum numeratio pecuniæ ab actore probata fuisset, ibid. videas: sed an. 1707. eundem Supr. Senat. in Caus. George Wilhelm Lösers, contra Agnes Catharinen von Osterhausen, exceptionem non factæ solutionis in reconventionem rejecisse præjudico confirmat BERGER. l. c. Part. II. *Suppl. pag. 326.* Tandem vero in Append. O.P.S.R. §. 8. p. 305. a POTENTISSIMO res ita decisa est, ut exceptioni non numeratæ pecuniæ in processu

processu executivo porro locus nullus fit, hoc tamen addito temperamento, quod, si reus postea per modum reconventionis deduxerit solutionem re ipsa factam non fuisse, actor reconventus eodem modo, qui §. præced. expressus est, pœnam mendacii lueret, & pecunia inde redacta iisdem personis & usibus assignaretur.

§. XXII.

Inter causas, cur libellus tanquam ineptus rejiciatur, IV) Si contra referunt quoque DD. si diversa processus genera in uno eodemque libello cumulentur, v. g. si quis executive agens & recognitionem & responsionem à reo simul exigat, quorum istud naturam processus executivi & hoc ordinarii sapit, atque eum in modum constanter in Saxonia pronunciatum fuisse perhibet RIVIN. *Enunc. XXII. T. V.* Cum vero haud exiguum inde incommodum ad partes litigantes redundet, utpote qui, rejecta actione ex incuria aut incitia forte Advocati perperam instituta, pecunia emunguntur, temporisque jacturam sentiunt: hinc misericordia quasi ductus REX NOSTER CLEMENTTISSIMUS in opprobrium, ut ita loquar, ejusmodi imperitorum hominum, libellum alias ineptum, e. g. si incausa executive simul responsio aut in ordinario recogniti operatur, modo facti species distincte ibidem proposita sit, ex officio a Judice salvari voluit. v. O.P.S.R. ad *TV. §. 1.* Est tamen casus, ubi, licet recognitio & responsio in libello sibi invicem conjungantur, hic quidem propria virtute subsistens officio Judicis nobili non eget, imo non ita formati vitium ineptitudinis incurrit, si scilicet contra debitorem hæredem executive agatur. Nam cum ibi passus præjudicialis subsit, quia reus exceptione: Ego non nominatus sum in Instrumento, setueri possit, nec tum, an & qua ex parte repræsentet defunctum, constet, ejus omnino responsio desuper erit expectanda & actori probatio, negante reo se hæredem esse, salva hujus reprobatione injungenda, qua & per juramenti delationem defungi potest, v. BERGER. *Elect. p. 107.* quousque executivus procedendi modus in suspensio relinquatur, uti apparet ex WERNHER. *I. c. P. X. Obs. 298.* Qui Judiciorum stylus in O.P.S.R. Append. *p. 304. §. 7.* de-

quoque præscriptus legitur, addita tamen comminatione, quod, si in eventu litis manifestetur, factum modo dictum contra veritatem & protelandæ litis causa a reo negatum esse, malitia hujus eadem pœna, quam §. 20. retulimus, coerceretur.

§. XXXIII.

V) In Processu Cambiali circa cambiam indossata.

Coronidis loco inficiationis pœna, quæ in Processu Cambiali locum habet, examinanda venit. Regulariter quidem literis cambialibus quævis exceptiones, in processu executivo admissibiles, modo sint in continenti liquidæ, opponi possunt, v. Dn. GRIEBNER. in Princip. Proc. Jud. l. 2. Cap. 5. §. 6. sed quod ad cambium indossatum, quale vocatur, quando a primo creditore, qui indossans audit, in dorso cambii mandatum de exigendo cambio, scribitur, spatium aliquo relicto, cui præsentans s. is, cui cambium ceditur, & qui sub nomine indossatarii venit, quis istud exigere debeat, inscribat, aliud obtinere vulgata DD. doctrina est. Cum enim hoc casu persona creditoris mutetur, nec indossamentum cum cessione illa, in obligationibus simplicibus usitata, ita coincidat, ut nulla prorsus ea inter statuenda sit differentia, quod vel exinde apparet, quia ORD. CAMB. LIPS. §. 19. indossatario frustrato regressum contra indossantem suum, & hoc bonis lapsa, contra proximè præcedentes usque ad primum auctorem ordine & quidem eodem cambii jure sumere concedat, quod confirmatum in O. P. S. R. Append. pag. 308. §. 14. quo sane privilegio simplex cessionarius, nisi de hoc in specie sibi prospexerit, haudquaquam gaudet; hinc extra dubium est, nec indossatario exceptiones, quæ propriam indossantis personam aut ejus factum respiciunt, cum effectu a debitore opponi posse, licet Jcti Wittenb. & Scab. Lips. ad quos provocat BERGER. in Philoc. p. 157. plus una vice in contrarium responderint, cum indossatarius non tam nomine mandatario, uti quidem modo laudato Dn. BERGERO in Elect. P. II. Suppl. p. 120. persuasum esse videtur, sed propria tantum non ex causa agat. Quare & Mand. Reg. Noviss. de anno 1699. confirmatum & repetitum in O. P. S. R. Append. p. 309. §. 15. nullas exceptiones, ex persona aut facto indossantis orientes v. g. exceptionem solutionis, compensationis, pacti de non petendo aliasque plures, utut in continenti liquidas, contra indossatarium ad effectum liberationis porro urgeri debere statuit. Nec exceptio solutionis debitorem con-

tra

tra ipsum creditorem tuebitur, licet quittantia de super munitis sit, nisi id, id quod solutum est, in tergo cambii annotatum deprehendatur. v. BERGER. l. c. P. II. suppl. p. 359. Hinc cautela loco esto, ut, si creditor creditoris mei præceptum judiciale de non solvendo partem debiti impetraverit, ego quidem paream, sed nec huic pecuniam prius exsolvam, quam literas meas Cambiales receperim, quibus solutio particularis inscribatur. Sed redeamus in viam, indossatus ejusmodi exceptionibus suis iustis non penitus cadit, sed tenore l. c. in O. P. S. R. integrum ei est, modo antea indossatario satisfecerit, contra indossantem reconveniendo hac de causa agere, ita quidem ut si obtineat, aut literas Cambiales debitum ludo vel alea perditum vel quamvis aliam simulationem involvere detegatur, indossans debitori ut & indossatarius, si exceptionum illarum gnarus adeoque malitiæ particeps fuerit, duplum debiti idque rigore juris cambialis, penæ loco, quod alter exceptiones sibi obstantes calumniose dissimulaverit, alter vero itidem dolose egerit, restituere teneantur insuperque arbitrarie puniantur; debitor vero indossatus, si sufficiens falsi præsumptio adsit, ad depositionem pecuniæ admittatur.

§. XXIV.

Finem itaque labori huic impositurus, unius adhuc penæ inficiationis, a prioribus non plane ab similibus, quæ in Processu Criminali admodum usitata est, saltem *ὡς ἐν παραδοξῶ* mentionem faciam; quod nempe fur crimen perpetratum ante inquisitionem tam generalem, quam specialem confessus & ablata restituens a penæ laquei ordinaria liberetur, sed in negatione tam diu persistens, usque dum confessio per cruciatus extorqueatur, penam capitis non evadat, de quo casu expresse disponit Mand. Elect. Sax. de an. 1719. *Wegen geschwin- der exequirung derer Häuber und Diebe §. Wir wollen auch*, cujus genuinum sensum Potentissimus tribus Rescriptis de an. 1720. & 1721. ad Scabios Lipf. & Wittembr. quibus subinde dubia nonnulla enata erant, datis & a WERNH. Obf. For. P. IV. obs. 225. Suppl. ad P. IV. p. 585. & P. IX. Obs. 171. insertis, declaravit; quæ quidem momenta paulo accuratius ponderari & ad illustrationem materiæ nostræ adhiberi possent: Sed ne B. L. plura, nec forte satis adæquata, disserendo gravis sim, hic pedem figo.

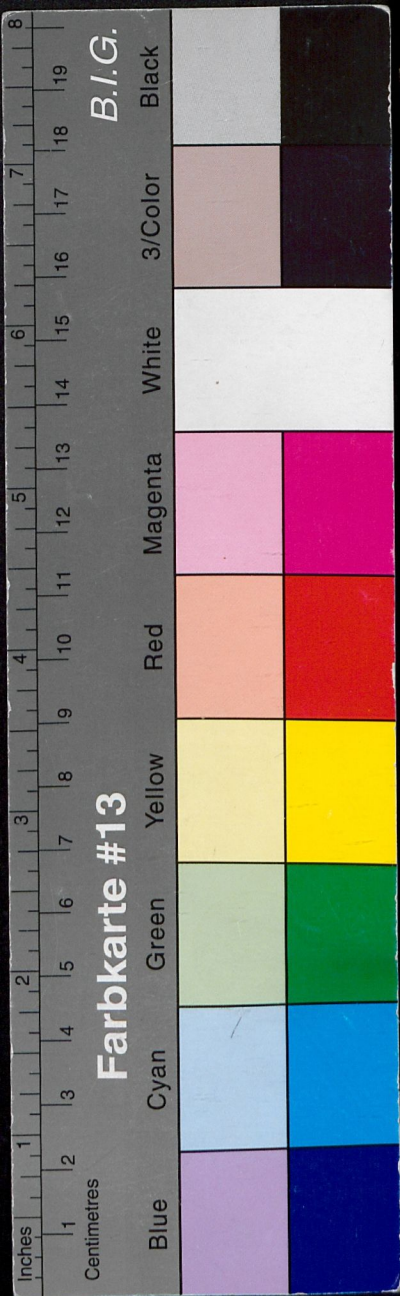
VI) In Processu Criminali, si inquisitus delictum justo tempore non confiteatur.

NOBILISSIMO AC DOCTISSIMO
 RESPONDENTI,
 SALUTEM PRECATUR
 PRÆSES.

X 237 445 A

Quam ante aliquot tempus in Academia Sa-
 lanâ de FICTIONIBVS Examini Publi-
 co submisisti Dissertationem, jam aliud Speci-
 men de Inficiationis Pœna excipit, novum in-
 dustricæ ac eruditionis Tuæ documentum,
 quod in hac Academia, absoluto Studiorum cur-
 su, Exuditorum censuræ exhibes. Omnia
 Tua sunt. Neque enim admovere manus vo-
 lui, quo Patroni, quibus ratio studiorum Tu-
 rum reddenda, vires & profectus intelligere,
 ac de iis recte judicare possint. Constabit au-
 tem hoc modo omnibus Te in Academiis non li-
 tassè Vacunæ. Deus Te servet, & res Tuas
 sospitet, ut Patria Tua fructus, quos expe-
 ctat, ex Te capiat uberrimos. Vale & por-
 ro rem bene age. Lipsiæ d. 20. Sept.
 MDCCXXV.

m.c.



Farbkarte #13

B.I.G.

Qk. 183.

19

MAGNIFICI ICTORUM ORDINIS
CONSENSU

DISSERTATIONEM
DE

POENA INFICIATIONIS,

OCCASIONE DISPOSITIONIS
IN

ORDIN. PROC. SAX. RECOGN.
AD TIT. XVI.

Bon dec

LITIS CONTESTATION §. II. ET III.
PUBLICO EXAMINI SUBMITTUNT

P R Æ S E S

D. GUSTAV. HENRIC. MYLIUS,

SUPREM. CURIÆ PROVINC. ET FACULT. JURID.
LIPS. ASSESSOR,

E T

ERDMANN HENRICUS AUGUSTUS RASCH,
MARTISB. MISN.

AUTHOR-RESPONDENS

D. XXVII. SEPTEMBR. ANNO MDCCXXV.
HORIS LOCOQUE CONSUETIS.

L I P S I Æ,
LITERIS IMMANUELIS TITII.



Ve
1948