

02 H 506



Q. D. B. V.

DISSERTATIO IVRIDICA
DE

REPROBATIONE

PER

DELATIONEM

IVRISIVRANDI

LICITA

Occaf. cap. 2. X. de Probationibus.

QVAM

IN REGIA FRIDERICIANA

PRAESIDE

D. IOANNE TOBIA CARRACH

ASSESSORE SCABINATVS IN DVCATV MAGDEBVRGICO
ET IVRIVM PROFESSORE PVBLICO EXTRAORDINARIO

D. XV. NOVEMBR. ANNI MDCCXXXVII.

H. L. Q. C.

PVBLICE VENTILANDAM EXHIBET

AVCTOR ET RESPONDENS

CAROLVS VRBANVS FRIDER. FRICKE

GVELPHERBYTANVS.

HALAE MAGDEBVRGICAE

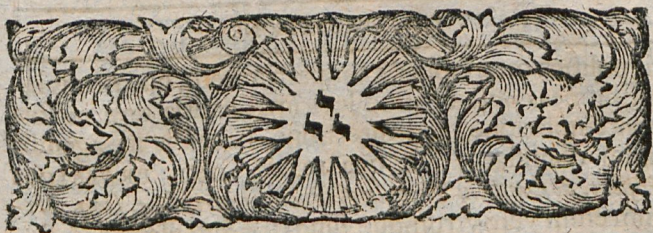
TYPIS IOAN. FRIDERICI GRVNERTI ACAD. ET SENAT. TYPOGR.

(5)



DISSELTATIO
DE
REPERORATIONE
PER
DELETIONEM
VARIATIONEM
ET
REPERORATIONEM
IN
REPERORATIONE
PER
DELETIONEM
VARIATIONEM
ET
REPERORATIONEM





Q. D. B. V.
DISSERTATIO IURIDICA
DE

REPROBATIONE
PER
DELATIONEM
IURISIVRANDI
LICITA

ad cap. 2. X. de Probation.

§. I.



Alam esse existimo; quod iuris-
prudentia ad scientias practicas
sit referenda. Idque eo maiore
iure suppono; partim quo magis
certum est, quod iuris disciplina
quoque versetur in deducendis
conclusionibus ex suis principiis,
quae aut lex naturalis, aut, si iuris-
prudentiam iudiciariam & consultatoriam spectes, praeter
terea leges positivæ siue ex genuina siue ex imagina-
ria

*Praefatio de
multitudine
quaestionum
dubiarum &
problematum
in iurispru-
dentia.*

ria politica ortæ suppeditant, partim vero, quo magis inter omnes constat, quod legitima scientia non in sola contemplatione, sed directione hominis in agendis simul consistat, de qua re *vid. DNI PRAESIDIS Dissert. de Conflictu Theoriae & Praxeos iuris §. 4. seqq.* Verum enim vero vtrumque illud satis difficile reddit studium iuris. Equidem versatur Iurisconsultus in conclusionibus ex principiis deducendis iisque ad singularia applicandis: at principia illarum, quoad iurisprudentiam iudicariam & consultatoriam secundum leges positivas aestimandam, saepe sunt hypotheses legibus comprobatae non raro variantes quandoque etiam erroneae & dissonantes; atque conclusiones non nunquam a principiis nimis sunt remotae; ut itaque earum nexus vel sit difficilis, vel in iis formandis facile erremus, praesertim cum circumstantiae negotiorum singularium obuenientium, ad quae iura applicanda, frequenter rem adeo dubiam reddant, ut difficile constet, ad quod causarum genus factum obueniens referendum sit, aut quae lex ipsi sit applicanda: quamobrem Doctores iuris naturalis defudant in inueniendis & tradendis regulis, iuxta quas in eiusmodi legum collisione statuendum sit, uti ex *PVFENDORFIO de Officiis Hom. & Ciu. lib. 1. cap. 17. §. 13. HERTIO Diss. de Collis. legum, & RINKIO Diss. de Collis. legum natural. patet.* Quid ergo mirum est, si in omni iuris prudentiae parte multae dentur quaestiones, quae in vtramque partem disputantur? quid porro mirum, si haec disciplina inde reddatur incerta? Quoniam autem iurium incertitudo iustitiae administrationi admodum obest; ita interest, ut quilibet, cui haec res curae est, operam det, quo certior quotidie, quantum fieri potest, iuris disciplina fiat: quod licet non vbiq; aequè facile

Quae ut dissol-
vantur opus
est.

facile tamen nec impossibile est in multis iurium quæstionibus controuersis, si principia iusta tum legum posituarum, nam etiam mere ciuiles leges quandam habent rationem, tum iuris naturalis sedulo inuestigemus, atque si de iusto nexu conclusionum cum suis principiis simus solliciti, easque caute ad facta obuientia omnibus circumstantiis rite consideratis applicemus.

§. II.

Ex genere eiusmodi problematum & causarum in vtramque partem disputabilium, vel disputatarum, atque resolutione indigentium est quoque anceps quæstio; In quibus quoque est thema. NVM NE IN REPROBATIONE PARTIBVS LICEAT, IURISIVRANDI DELATIONE VTI? aiunt quidam, alii negant; atque vtraque pars, rationibus quin & legibus niti, sibi videtur. Quo autem frequentior in foris est iurisiurandi delatio, eo magis conducit, vt quæstio hæc explicetur, & problema istud nodique circa illud nexi dissoluantur; præsertim cum non vbique quæstio hæc legibus decisa sit. Quapropter ab Academiis reuersuro, antea autem profectuum Academicorum specimen edituro, quæstio hæc discutienda mihi est oblata: in qua euoluenda itaque, operam me perditurum non esse, existimo.

§. III.

Equidem si meam hac de re sententiam profiteri debeam, omnino arbitror, reprobationem per iurisiurandi delationem licitam esse, si regulam ordinariam respicias constituendam: qua ipsa tamen minime excludo omne iudicis arbitrium, aliquando pro circumstantiarum qualitate & causæ euidentia aliud constituendi. Sententia de eo.

A 2

§. IV.

§. IV.

Cuius probanda & thematis solvendi ordo.

Ne vero frustra nec temere hæc dixerim, nunc quoque paratus sum, ad assertorum rationes deducendas, quo modo simul problema istud solutum iri credo. Quod, quo id rite expediam, hoc ordine efficiendum, ipsa suadet propositi ratio & causæ qualitas: vt præmissis, quæ ad thematis clariorem expositionem faciunt & postea deducendorum principia veluti constituunt, ipsas rationes sententiæ meæ exponam; deinde vero ad dubia, quæ, ex aduerso obmoueri possunt, ea reponam, quæ ad illa amolienda, sufficere posse arbitror; & cum præcipue *cap. 2. X. de Probat.* obiiciatur, ad hunc textum respondeam. Cæterum animus mihi tantum est, meam hac de re sententiam proponendi, minime vero aliquem ex diuersa sentientibus oppugnandi: quam obrem sciens abstinere tam ab allegatis lectorum vtriusque sententiæ, quam a præiudiciis dicasteriorum in medium proferendis: quem enim fugit, quod talia, vt in plerisque controuersis iuris quæstionibus, ita etiam in hæc causa ex vtraque parte existent; atque præsertim extrinsecalibus, quæ in patria mea sunt, præiudicia in meam sententiam proferre potuissem. Sed hoc modo præiudicium ipsi causæ facere nolo, cum sciam rationibus, non auctoritatibus esse disceptandum; atque vix dare aut probari posse in quadam causa praxin vniuersalem, immo eam, si a genuina theoria erronee discrepet, deferendam esse, latius iam deduxit D.N. *PRAESES Diff. cit.*

§. V.

Quid sit probatio eiusque homonymia.

Initio consideranda venit reprobatio, de qua, quod iurisiurandi delatione fieri possit, dictum est. Quo

Quo vero ea rectius cognosci, & status controuersiae melius constitui queat, neue quis mihi de verbolitem moueat, quae circa probationem per iusiurandum a multis agitata est; necesse erit, ut paucis exponam, quid ipsa sit probatio. Enim vero vagus huius termini iuridici significatus in causa fuit, quod non solum

BALDVS dixerit: *probationis genus in mentem legistarum cadere non posse*, uti refert STRAVCHIVS *Diff. XXV. ad Lus Iustinianum thes. VIII.* verum variae inde lites ortae sunt circa species probationis, praesertim quoad delationem iurisiurandi: sed cum dubia haec una cum æquiuocatione sustulerit distinctionibus STRAVCHIVS *loc. cit.* ita quoque merito cum THOMASIO ad LANCELOTTI *Institut. Iur. Can. Lib. II. T. XIV. §. I. not. 2.* vestigia laudati autoris premam. Nimirum probatio

in iuris disciplina praecipue denotat I) aliquando *fidem ipsam, quae in iudice efficitur*, de veritate facti a litigatore propositi. Deinde II) significat probatio *medium, per quod in iudice fides de veritate facti, a litigatore propositi, efficitur.* In hac acceptione iterum, duplex occurrit significatus, dum sub probatione α) aut intelligimus generatim *quoduis medium legitimum*, (seu argumentum) *unde iudex fidem de veritate facti propositi haurit*; aut β) speciatim *medium legitimum, quo litigator utitur, ad fidem de facto proposita, quod aduersarius in dubium vocauit, in iudice efficiendam.* Porro III) indigitat probatio *ipsum actum iudicalem, quo litigator exponit media, quae adhibet, ut iudici de veritate facti controuersi fidem faciat.* Isque actus iterum duplici modo expediri poterit; aut enim α) *in processu ordinario solemniter rito, a legibus processualibus praescripto, media, ad fidei maiorem gradum conciliandum necessaria, sunt exponenda iudici &*

Significatus
Imus

IIus

cuius iterum
species prior

posterior

IIIus

cuius species
prior

dicitur

posterior

IVtus

dicitur per eminentiam *probatio der Beweis*, aut β) admittitur in processu summario minus solemnis mediorum, leuiorem fidei gradum efficientium, & ad insignem fidei gradum faciendum non adeo aptorum, expositio, quam dicunt Iurisconsulti *demonstrationem die Bescheinigung*. Denique IV) *probatio* sumitur in oppositione cum *reprobatione*, illamque dicunt Iurisconsulti, vulgo *den Beweis* seu *Haupt-Beweis*, cui opponitur *der Gegenbeweis*, & quoad processum summarium, iuxta dicta *num. III. β* . utpote ad quæ hæc significatio præcipue respicit, *demonstratio die Bescheinigung* etiam sumitur in oppositione cum *redemonstratione* seu *contrademonstratione der Gegenbescheinigung*: quo sensu *probatio est actus iudicialis quo litigator primario exponit media, quæ adhibet ut fidem iudici faciat de veritate facti pro fundanda sua intentione propositi*. Cætera, quæ circa æquiocationem probationis proferri possent, mitto, utpote ad thema nihil facientia.

§. VI.

Quid sit reprobatio generaliori sensu

Potius ea, quæ proposita sunt, recta nos ducunt via ad considerationem reprobationis. Est autem I) generaliori sensu *reprobatio, probatio præcedenti aduersarii probationi contraria*. Hoc laxiori significato Iurisconsulti tam in doctrinis quam in foris hoc termino utuntur MARTINI *Comment. ad Ordin. Iud. Sax. Tit. XXI. ad rubr. num. I. LVDOVICI Einleitung zum Civil Process cap. XIX. §. I. CARPZOV. in Process. Iur. Tit. XIII. ars. II. §. I. num. I.* ita, ut isto sensu reprobatio comprehendat α) tum probationem *directo contrariam* priori probationi aduersæ, tum β) probationem allegationum diuersarum a factis, quibus intentio aduersarii nititur, ad hanc tamen euertendam propositarum e.g.

EX-

exceptionum peremptoriarum *conf.* MARTINI. CARPZ. LVD. *loc. cit.* Sed scio quidem, quod quidam II) *reprobationis* vocabulo strictiore significato uti soleant, ita scilicet, ut dictorum membrum posterius excludant, atque *solum directo contrarii probationem* sub reprobatione comprehendant: adeoque tunc *reprobatio erit, probatio priori probationi aduersæ contraria quoad facta fundamentum intentionis aduersarii constituenta: conf.* MARTIN. *cit. loc.* Vterque significatus vsu receptus est & ad thema præsens pertinet: ex sequentibus tamen apparebit, primario de posteriori specie reprobationis tractandum esse; cum iurisiurandi delatio in hac specie præcipue controuersa sit; quæ quoad alteram speciem adeo dubia non est.

§. VII.

Cætera probationis & reprobationis materiam latiore spectantia eiusque plenior tractatio in præfenti quidem ad me non pertinet: attamen non possum non quædam adferre, quæ partim ex iam dictis fluunt, partim vero ita perspicua sunt, ut ab omnibus agnoscantur, partim ab aliis iam iam deducta, ita tamen comparata sunt, ut, cum infra dicenda quædam inde dependeant, tuto omitti non possint. Sic notes velim I) quod omnis probationis vis redeat ad fidem in iudice de facto a litigatore proposito *per §. 5. & 6.* Fides autem ista iudiciaria est species fidei historiciæ: adeoque fides iudiciaria simulque probatio in verosimilitudine consistit, nec de factorum a litigatoribus prolatorum veritate apodicticam certitudinem iudex scit, nisi quæ ipse sensibus suis percepit, aut quorum negatio contradictoria est cum veritatibus quas iam scit. Quantum vero sufficiat, ad hanc verosimi-

Notanda quædam circa probationem

similitudinem in iudice efficiendam, magnam partem ex prudentis iudicis arbitrio pendet, quod latius deduxit THOMASIVS *Diff. de Fide iuridica*; imo huc collineat formula pronunciandi de probatione in foris vsitata: daß Kläger dasjenige, so ihm zu erweisen obzulegen, nach Nothdurfft erwiesen. Deinde II) si consideramus solemnia, quibus actus iste, quo litigator exponit & tractat media ad fidem iudici faciendam, peragendus est, item si consideramus ipsa media adhibenda, quilibet facile perspicere poterit, quod hoc sensu sumpta probatio *vid. §. 5. num. III.* recte a iurisconsultis pro onere habeatur *L. 15. D. de Probat. L. 22. D. de Legat. II. L. 10. C. de Non numerat. pec.* Quemadmodum etiam III) in aprico est, quod hoc onus regulariter incumbat ei, qui factum in iudicio allegat, quod in dubium ab aduersario vocatur. IV) Certum quoque est, isto onere non opus esse, vbi aduersarius ipse litigatoris intentionem confitendo iudici de ea fidem fecit. Vti V) nec ambiguum est, quod ob difficultatem & moram circa hoc onus occurrentem leges varia indulserint remedia se releuandi ab hoc onere, quæ longa serie refert COLLEG. IVR. ARG. *Lib. XXII. Tit. III. thes. 13.* Quin nemo negabit, VI) arbitrio litigatoris cuiusque relictum esse, quo medio probandi, quoque remedio releuandi ab onere probandi, ad litis obiectum apto prudenter vtendum esse existimet. Quippe VII) nota est diuisio quædam probationis in α) artificialiæ & β) inartificialiæ: ad quam posteriorem speciem vulgo referunt instrumenta, testes, iurisiurandi delationem; nonnulli autem plures, quidam vero pauiores recensent species, iusiurandum ad releuationem ab onere probandi reiicientes: sed de iureiurando tracta-

tractabitur §. 8. & 9. cætera vero hoc loco non curo. Porro circa reprobationem quoque imprimis facile est ad intelligendum, quod, VIII) licet itidem sit talis onus, tamen IX) respectu probationis aduersæ præcedentis sit defensionis species, huiusque fauore fruatur: vnde & vulgo *defensiuæ probatio* dicitur MARTINI *cit. Com. Tit. XXI. ad rubr. n. 3.* CARPZ. *cit. loc. n. 2.* idque verum est, X) siue probationem *directo contrarii* aduersæ intentioni, siue probationem allegationum diuersarum seu exceptionum respicias. Quapropter merito XI) adstruunt plerique Iurisconsulti vno ore, quod in reprobatione regulariter idem obtineat, tam quoad solemnia hunc actum expediendi, quam quoad media probandi, atque quoad remedia releuandi ab hoc onere, quod in principali probatione locum habeat, atque quod in antecedentibus de probatione generatim dictum: quippe reprobatio est probationi correspondens *per §. 6. conf.* MARTIN. *cit. Comment. Tit. XXI. §. 1. n. 14.* CARPZOV. *cit. loc. num. 20.* SCHWENDDORFF. *ad FIBIG. P. I. c. 2. membr. 3. §. 15.* LUDOVICI *cit. loc. §. 2.* ILLVSTR. DN. GASSERVS *Posit. Pract. cap. XIII. pos. 1.*

notanda quædam circa reprobationem

§. VIII.

Non solum §. præced. mentionem feci de iurisiurandi delatione; sed ipsum thema quoque eam concernit: adeoque paucis etiam de ea agendum est. *Ipsius iurisiurandi* quidem variæ proferuntur definitiones a Iurisconsultis: verum mihi videtur commode ita definiendum, quod sit *assertio propositionis sub inuocatione Dei in vindicem perfidie.* Cui definitioni proxime accedit, quando iusiurandum ab ARISTOTELE *Rhet. ad Alex. c. 18.* definitur: *μὲν δὲ θείας παρὰ λέψεως*

De iurisiurandi delatione

quid sit iusiurandum?

B

λέψεως

ἀειφως φδαις ἀναπόδειτος. Cæterum ex consideratione thematis statim liquet, quod inter species iuramentorum ad me hoc loco tantum pertineat *iusiurandum* quod vulgo vocant *assertorium*, & quidem speciatim illud litis decisorium, quod *pars parti in iudicio defert*, siue illud dicas iuramentum *iudiciale*, siue malis vocare *necessarium*, mihi perinde erit. Ipsam delationem iurisiurandi quod attinet; deferre iusiurandum in genere est, exigere ab aliquo, vt propositionis assertionem confirmet inuocatione Dei in vindicem perfidiæ. Vnde ista delatio, de qua in præfenti tracto, est *actus, quo is, cui incumbit probatio propositionis cuiusdam, exigit ab aduersario, vt contrariam suam propositionis huius assertionem confirmet inuocatione Dei in vindicem perfidiæ.*

§. IX.

De ea monita
quædam generalia.

Nunc quoque pauca de huius iurisiurandi delationis indole generatim monenda sunt, antequam ipsa de eius licentia in reprobatione argumenta proferri possunt. Ab initio statim perpendendum est, 1) quis eius sit finis? Nimirum litigator deferens cupit, quod aduersarius *aut a)* propositionem secundum deferentis intentionem metu vindictæ diuinæ in periurium prouocandæ confiteri debeat, vt hoc modo ex ipsa hac confessione iudici de intentione deferentis fides fiat, atque hic aliis superfedere possit probationibus, *aut β)* quod aduersarius contrariam suam assertionem corroborare debeat prouocatione vindictæ diuinæ in se ipsum, si falsa sit hæc eius assertio, quo factò secundum ipsam deferentis voluntatem ei, quod iuratum erit, iudex fidem habere, atque inde res probata ac transacta esse debeat *vid. DN. PRAESID. Diss. de*
ima-

Imaginar. equitar. prob. pro evitand. periur. §. 20. Hoc ipso argumento itaque iudex quoque vtitur, vt sibi fides fiat de facto controuerso vel per confessionem expressam aut tacitam ab eo, cui iuramentum delatum est, metu periurii & diuinæ in illud vindictæ elicitam, vel per eius assertionem iurisiurandi religione corroboratam, atque pro vera nunc habendam. Vterius autem intenditur, vt sublata probationum inopia difficultate & moralis celeriter finiatur COL. IUR. ARG. *Tit. de Iureiur. Thef. 20.* Ex his II) facile colligo, quod iurisiurandi delatio a litigatore facta eiusque præstatio participet ex transactione & probatione. Porro III) inde & ex dictis §. 5. atque 7. apparet, quid statuendum sit de dissensu Iurisconsultorum, quorum quidam negant iurisiurandi delationem esse probationem, illamque tantum releuationem ab onere probandi dicunt *ex L. 30. pr. D. & L. 3. C. de Iureiur. COLLEG. IUR. ARG. loc. cit. thef. 19.* alii autem illam inter species probationis diserte referunt STRYCK. *Vsu Mod. Tit. de Iureiur. §. 2. MEVIUS P. 4. Decif. 6.* Existimo enim, vtramque sententiam suo modo esse veram, simulque citra contradictionem stare posse; vt adeo satis apte ILLUSTR. DN. GASSERVS in *Posit. Practic. ceu prim. fundam. process. commun. cap. XIV. posit. 2.* vtramque sententiam coniunxerit, & pro fundamento plurium conclusionum in foris obtinentium vtramque adstruxerit regulam, alteram scilicet, quod iuramentum sit species probationis; alteram vero, quod sit releuatio ab onere probandi: atque quod prior obtineat, quoties de fauore probationis quæstio sit, posterior autem, quoties de odio & præclusionione: et si Iurisconsulti Saxonici quidam, istum dissensum non satis rite per-

pendentes, hunc nodum magis ruperint quam soluerint, iusiurandum ad probationem referendo, si lex uel statutum probationem iniunxit, minime autem, si a iudice probatio iniuncta: quæ opinio certe nimis strictæ formularum in sententiis ferendis vsitatarum interpretationi & neglectui distinctionum de probatione §. 5. propositarum adscribenda est; quam tamen multa fora sequuntur *vid. BEYER. Delin. iur. ciu. ad pand. Tit. de Probat. pos. 7. not. b.* Si itaque dicendum, quomodo hæc res se habeat; ea profus redit ad æquiuocationem probationis, quam §. 5. explicauimus. Nimirum si probatio sumatur in significato *num. III. cit. §. 5.* proposito, ut intelligatur actus, quo litigator secundum legis præscriptum proponit & tractat media, quæ tanquam argumenta exhibet, ad fidem de facto quodam iudici faciendam; tunc iurisiurandi delatio ad probationem referri nequit, sed erit modus releuandi ab onere probationis hoc modo sumtæ. Iamiam enim accepimus, eum esse iuramenti delationis finem, quod illud inferens, ab aduersario propositionis controuersæ assertionem sub inuocatione Dei in vindictam periurii exigendo, velit per metum vindictæ diuinæ elicere ab eo confessionem huius propositionis faciendam iuxta (deferentis) intentionem, ut sibi opus non sit, de ea aliis mediis & argumentis iudici fidem facere: namque de factis, quæ aduersarius non confitetur, probandi actum demum suscipere & propositis legitimis argumentis iudici fidem efficere tenetur litigator. Quo medio releuandi ab onere probandi quis uti potest, siue plane destitutus sit aliis probandi mediis, siue inopia eiusmodi argumentorum laboret, siue iis quidem instructus sit, sed difficultate & mora,

quæ

quæ isti actui probandi intercedere solet, carere atque ad breuius hocce veritatis exquirendæ auxilium & litium expediendarum remedium confugere malit: quod merito leges in iudiciis indulserunt tum propter obscuritatem quarundam causarum, tum ob breuitatis studium in litibus componendis, tum quod iudex controterfiam dirimere nequeat, nisi fides factorum propositorum ipsi sit nata; quapropter eius est, iurisiurandi religione alteri parti legitimo modo, i. e. aut ad delationem partis aut citra eam secundum leges, proposita explorare, quantum fidei cuilibet ex litigantibus habere possit. E contrario iuramenti delationem quoque ad probationis species referri posse, non solum illi facti sunt, qui dixerunt, quod iusiurandum habeat effectum probationis, *vid. CL. KRESSIVS in spec. iurispr. cia. Lib. V. Tit. XXIV. §. 2.* atque propterea cum aliis probationibus comparetur, quemadmodum *L. n. C. de Reb. Cred. §. Iureiur.* plus vna vice sacramenti illatio aliis probationibus iungitur *COLLEG. IUR. ARGENT. Tit. de Iureiur. thes. 19.* atque hæres ita efferuntur, vt pro speciebus eiusdem generis habitæ sint: verum etiam asserti huius veritatem quilibet haud difficile deprehendere poterit, qui hætenus & §. 8. *præced.* dicta curatius confert cum probationis significato primo & secundo huiusque præsertim specie priorè iuxta §. 5. *num. 1. §. II. a.* Scilicet si cuidam ab aduersario iusiurandum illatum est, ille aut sacramentum impositum præstat; & tunc id, quod iuratum est, inter partes pro vero habetur: aut iusiurandum non præstat; atque sic vel probationes offert, & de hoc casu quæstio non est, vel confitetur, quod aduersarius vult, vel denique contumax est, vt pro iurare nolente, adeoque pro confi-

tente habeatur *L. 83. D. de iureiur.* & tunc veritas saltem
 ciuiliters seu iuridice talis in promptu est. Vtroque ergo
 casu, siue iuretur, siue non iuretur, ex sacramenti
 delatione in iudice nascitur *fides* de veritate facti;
 priori quidem casu secundum assertionem iurantis,
 posteriori casu autem secundum intentionem deferentis.
 At *fides ipsa, que in iudice efficitur de veritate facti*
 dicitur & est *probatio*, per §. 5. num. 1. Protinus vtro-
 que isto casu iudici oritur *medium*, vnde fidem de ve-
 ritate facti haurire poterit: quis enim fortius argu-
 mentum pro concilianda fide veri desiderare vellet,
 quam quod ipsa subministrat aduersæ partis confessio?
 aut cur iudicanti fidem excitare non deberet iurata
 assertio, cui fidem habendam esse ipse deferens pactus
 est? At *quoduis medium legitimum vnde fidem de veritate*
facti propositi iudex haurit, dicitur & est *probatio* per §. 5. num.
 II. α. Plane si sub probatione intelligamus *medium*, quo
litigator vititur, ad fidem iudici faciendam §. 5. num. II. β.
 tunc quidem sacramenti illatio tale *medium* non est, quo
 ipse *directe* iudicanti fidem de veritate sui asserti excitat;
 sed tam respectu deferentis quam præstantis est exone-
 ratio a necessitate probandi *L. 30. D. de iureiur.* Attamen
 cum per delationem iurisiurandi aduersario aut con-
 fessio exprimitur, aut is iurare (ni alia probatione ipse
 fidem faciat, quod vulgo indulgetur) cogatur; adeo-
 que illo casu de veritate a deferente assertorum, hoc
 casu autem de veritate a iurante assertorum iudici *fides*
 nascatur: id circo saltem *indirecte* & *secundum quid* iu-
 risiurandi illatio poterit etiam hoc significato *proba-*
tio dici. Ne vero existimes, me verbo abusum
 esse, contra consuetum loquendi modum, velim vt
 præter leges & auctores, quos iam citavi, in mentem
 reuo-

reuoces, quod confessio aduersarii optima dicatur probatio, quod inspectio iudicis, euidencia facti, indicia & presumptiones pari modo ad probationem referantur *vid. TREVTL. Vol. II. Disp. IV. Thes. 1. 2. & 3. ibique notata*, CAMILL. BORELLVM *Tam. II. Decif. Tit. 2. n. 5. 6.* LANCELOT. *Instit. Iur. Canon. Lib. III. Tit. XIV. §. 1.* MARTINI *Comm. ad Ord. Iud. Sax. Tit. XX. ad rubr.* STRYCK. *Introd. ad Prax. for. cap. XVII. p. 9.* Prætera IV) ex his sponte fluit, quod deferens iusiurandum aduersario suo, hunc in propria causa constituat iudicem, dum hic ipse religiosa ista sua assertione de veritate facti dubii statuatur. Tantum ergo abest, ut inferens sacramentum iniquitatis accusari possit, ut potius æquissimus in aduersarium suum iudicandus sit. V) Inde est quod plerique litigatores admodum proni sunt ad iurandum, atque vterque litigantium plerumque cupiat, ut admittatur ad intentionem suam iureiurando corroborandam: attamen tam ex dictis facile consequitur, quam notum alias est, quod nullius roboris sit sacramentum, quod quis citra delationem aut aduersarii aut iudicis præstat *L. 3. pr. D. de Iureiur.* Tandem VI) prætermittendum non est, quod in iureiurando deferendo officia erga Deum omnino obuenant attendenda; cum sub inuocatione Summi Numinis asserto fidem conciliare debeat iuraturus: vnde sine dubio fatendum est, quod frustra atque temere illud deferri non debeat. Verum enim vero officia heic obseruanda interna obligatione nituntur DN. PRAESIDIS *Diss. de Imag. æquitate prob. pro euitand. periur. §. 9. 23. 24. & passim* nisi quod, cum iusiurandum in iudicio ad lites decidendas adhibeatur, uti litem ita sacramentum calumniæ causa inferre leges positivæ prohibeant, atque iudici, cui fides de con-

tro-

trouersia facienda, relinquunt determinandum, si legalis determinatio deficiat, quod & quantum ad fidem efficiendam sufficiat. Qua propter iudex aestimabit, an de veritate ipsi iam constet, & iurisiurandi religio superuacanea sit; deferens autem malitiæ iuramentum præstare tenetur: cætera vero huius conscientiæ relinquenda sunt.

§. X.

Transitio ad
solutionem
thematis

cuius V. sunt
quæstiones

Exposita summam indole probationis & reprobationis pariter ac sacramenti illationis, quæ a litigatore in iudiciis fit: nunc distinctius examinandum venit, quid liceat iurisiurandi delatione uti de reprobatione laborantibus? adeoque iam ipsius thematis discussio est suscipienda. Quo autem res accuratius expendi possit; ea ad quæstiones sequentes reducenda est. Scilicet: I) numne illi, cui reprobatio imposita est, quæ se ad eam obtulit, non reseruata facultate deferendi iuramentum, hoc uti permissum sit medio? Cumque §. 6. acceperimus, duplex esse reprobationis caput, & duplicem inde dici reprobationem: sic II) præcipue quæritur, num quid eorum, quæ directo contrarium præcedenti principali probationi concernunt, sacramento committi possit? Dein III) an reprobaturus, ad exceptionum suarum confessionem aduersarium suum iurisiurandi religione prouocare queat? Denique IV) videndum, satisne iuste, qui principalem suscipit probationem suæ intentionis, præterea quoque de articulis elisiuis, aduersis allegationibus directo contrariis, sacramentum exigere queat? Postremo V) quærere posses, an reprobaturus super iisdem circumstantiis iurisiurandi delationem coniungere possit cum aliis probandi mediis?

§. XI.

§. XI.

I) Prima quæstio quin affirmanda sit, vix quis. Quæstio Ima
 quam dubitandi habuisset causam; nisi fuissent, qui,
 sufficiente vocabulo *probationis* & æquiocationis, qua
 incertum reddebatur, explicatione neglecta, dubita-
 uerint, an iurisiurandi illatio sit species probationis.
 Quod cum multi negauerint v. §. 9. n. III. effecit, vt
 non solum negauerint reo reprobaturō iurisiurandi
 deferendi licentiam, postquam aut ipse se ad proban-
 dum obtulerit, aut per sententiam iudicis, quæ in
 rem iudicatam abiit, ipsi probatio sit iniuncta, quam
 thesin tamen limitationibus quam plurimis ferme de-
 struxerunt, vt statim docebitur; verum ipsæ ordina-
 tiones processuales variis in locis eandem opinionem
 approbarunt, vt constitutum *Ord. Vet. Iud. Sax. Tit. XIX. §. 4. Ordin. Iud. Saxo Gothana Part. I. cap. 9. §. 5.*
Neu-verb. Magdeb. Proceß-Ordn. ad cap. XXIX. §. 2. adde MEV. ad Ius Lubec. Lib. V. Tit. VIII. art. 2. Sed
 tale quid nulla lege vniuersali cautum est: quin po-
 tius causæ, quæ huic dubio occasionem dedit, iam
 satisfactum simulque deductum est §. 9. n. III. quod
 iurisiurandi delatio omnino ad probationem perti-
 neat. Atque si vnquam leges earumque argumenta in-
 congrue allegatæ fuerunt, certe quilibet sola inspe-
 ctione *Legis 83. D. de Condit. & demonstr. & L. ult. C. de Pro-
 bat.* deprehendet, quam minus apte vulgo contraria
 sententiâ ex his legibus adstruatur. Et quid inde fie-
 ret, etsi sacramenti delationem tantum pro releuatio-
 ne ab onere probandi habere velis? Equidem non vi-
 deo, quod litigatori onus probandi minus de iure
 incumbat, antequam per sententiam iudicis ipsi istud
 impositum sit, aut ad id se obtulerit: nihilominus

C

tamen

tamen ante hanc sententiam electio ipsi conceditur, aut testes & documenta producendi, aut iusiurandum inferendi *per* §. 7. n. VI. nec, postquam iudex sententia sua probationem iniunxit, vel ipse litigator ad probationem se obtulit, maius onus probandi, quam ius exigit, ipsi accrescere potuit; ergo sine dubio antea ex iure competens electio, aut iuramenti delatione aut aliis probandi mediis utendi, adhuc salua erit; ni dicere malis, iudicem litigatorem beneficio iuris priuare voluisse: sed neque hoc dices; dum iudex legum minister illud nec potuerit facere, nec facere voluisse præsumentus sit *MART. cit. com. Tit. XVIII. §. 4. n. 16. 17.* Certe iudex probationem vel reprobationem per sententiam imponens aut litigator eam offerens nihil aliud intendit, quam quod iudici fides fieri debeat de facto dubio, quo autem modo id expediendum sit, nihil constituit; immo sacramentum deferentem intendere & velle iudici fidem facere, accepimus §. 9. num. III. Quid ni ergo liceret colligere, quod etiam reprobato iusiurandum deferendi facultas competat, etiam si reprobatio ipsi sit per sententiam iudicis iniuncta, aut ipse se ad eam obtulerit. Exacte hæc principia conueniunt cum legibus patriis: quippe *Ordinat. Cancell. Br. Luneb. Wolferbytt. de anno 1651. art. 47. vers: wurde auch demjenigen, welchen der Beweis auferleget, etwann gefallen, sich entweder per delationem iuramenti &c. sich des Beweises zu entbrechen ic.* quæ lex sine dubio, cum generaliter probationis mentionem faciat, etiam de reprobatione intelligenda est, per dicta §. 7. num. IX. & XI. Eadem est sententia *Ordinationis summ. Tribun. Reg. Wismar. Part. II. Tit. 34. §. 1. vers. frey seyn soll ic.* quemadmodum etiam

iam in Electoratu Saxonico ab antiquo iure recessit
Erläutert. und Verbessert. Proceß-Ordnung ad
Tit. XLIX. §. 2. maxime ad Tit. XXI. §. 2. atque cum ha-
 etenus dictis conspirat: qui præterea autoritatem ICto-
 rum desiderat, adeat velim MARTIN. *cit. loc. ad §. 1. §.*
 4. STRYCK. *cit. loc. cap. XX. §. 4.* Cæterum vbi leges
 processuales antiquum ius Saxonicum & ICtorum
 Saxonorum opinionem secutæ sunt, adeoque re-
 probandi licentiam per illationem sacramenti restrin-
 xerunt secundum dicta sub initio *huius §.* non nego
 quidem, quod ibi quoad iurisprudentiam iudicariam
 & consultatoriam iis obtemperandum sit: neque ta-
 men diffiteor, quod, si iurisprudentiam legislatariam
 spectes, emendatione indigeant. Ecquis putaret,
 quod talis emendatio fieri non debeat? cum istæ leges
 commentatorum limitationibus, quas multa tribu-
 nalia sequuntur, saltem non penitus sint inuersæ;
 quippe quibus factum, quod ista iuramenti delationis
 restrictio tantum locum habere credatur, si reus pror-
 sus affirmatiue contestatus fuerit litem & huic litis
 contestationi affirmatiuæ adnexerit exceptiones per-
 emtorias, quarum solarum probatio ipsi vel ex iudicis
 sententia, vel propria oblatione incumbat. E con-
 trario admittunt reum ad delationem sacramenti, si
 litem vel penitus vel pro parte tantum negatiue con-
 testatus fuerit, atque sic litis contestationi adiecerit
 exceptiones peremtorias, quarum probationem po-
 stea subire debeat, siue is hanc facultatem ante sen-
 tentiam interlocutoriam probationem iniungentem
 sibi referuauerit, siue minus; siue ea per sententiam
 permessa sit, siue non; imo tunc quoque, si ad repro-
 bationem se obrulerit, eamque sibi seruauerit: quin

aiunt, iudicem teneri, in sententia interlocutoria expressis verbis reo facultatem deferendi iusiurandum saluam seruare, aut si iudex id non fecerit, tamen hanc facultatem reo saluam esse adstruunt, tum quia de iure communi competeret, nec Saxonicum ius discrete aliud constituisset, adeoque procul dubio, vti de statutis erronee docent, stricte esse intelligendum, ne lædat ius commune, quia hoc ius reo ipso iure competeret, adeoque a iudice ipsi auferri nequiverit, tum denique quia sacramenti illatio succederet in locum probationis CARPZ. *Process. Iur. Tit. XI. Art. I. §. XI. ID. Part. III. Dec. 229. num. 20. MARTIN. cit. loc. §. 4. num. 16 seqq. ID. in Analect. ad comment. forens. ad cit. Tit. XIII. §. 4. ad n. 4.* Protinus suppeditant consilium in casu altero, quo affirmatiuæ litis contestationi exceptiones adiecerit reus, vt aut sibi referuet iurisiurandi delationem opponens exceptiones, aut si hanc cautelam neglexerit, sententiam, quæ eas probare iusserit, a viribus rei iudicatæ remedio quodam suspensiuo aut deuoluitiuo impediat & sic adhuc remedio pendente iusiurandum aduersario deferat MARTINI. *Comment. ad Ordin. Iud. Sax. ad Tit. XIII. §. 4. num. 10. 12. ibique citati.* An vero hæ limitationes & consilia cum legibus istis & legislatorum mente conueniat, an rationes sibi consonent, an omnia cum hypothesi congruant, an non, videant illi & sequaces! ego parum ista curo, cuius thesis ab hisce doctrinis maius adminiculum quam detrimentum capit. Reliqua quæ circa hanc materiam moueri possunt dubia, potius ad sequentes specialiores quæstiones pertinent, & mox discutienda sunt: hæc autem sufficere possunt vniuersim dicenda de iurisiurandi delatione in reprobatione licita.

§. XII.

§. XII.

II) Succedat itaque nunc secunda quæstio *vid.* §. 10. *num. II.* nempe: num quid eorum, quæ directo contraria sunt præcedenti probationi principali, sacramento committi possit? Hæc quæstio maxime ambigua est, ita vt multi eam negauerint: ego autem etiam quoad hanc aliter sentio *vid.* §. 3. Quoniam vero mea sententia inopinata pariter ac improbabilis multis sine dubio videbitur: propterea hanc quæstionem examinandam præsertim mihi proposui. Regulam itaque ordinariam atque responsionem etiam ad hanc quæstionem affirmatiue concipiendam esse existimo secundum *dicta* §. 3. Nam reprobatio quæ litigatori (qui plerumque reus est; & licet quoque actor esse possit, par tamen vtriusque ratio est) reprobatio, inquam, quæ litigatori contra probationem principalem præcedentem competit, non solum ipsi competit respectu exceptionum peremptoriarum & diuersarum ab aduersarii intentionem fulcientibus circumstantiis allegationum, verum eadem quoad directo contrarium intentionis aduersæ & ad deducendum, quod factum ab aduersario propositum falsum fit, ipsi quoque semper competit §. 6. & 7. *num. IX. & X.* Quemadmodum vero in arbitrio probantis est, vt pro sua prudentia iuxta litis qualitatem eligere possit, quo medio probandi, vel releuandi ab onere probandi, an testibus, an documentis, an iurisiurandi delatione vti velit, pro fide iudici facienda de facto controuerso §. 7. *num. IV.* STRYCK. *Introd. ad Prax. for. cap. XVII.* §. 9. sic quoque eadem libertas statuendi, quid medii probandi vel releuandi ab hoc onere sibi expediat,

Quæstio IIa

diat, reprobaturō ut competat necesse est, tum quia, quod de probatione in genere, verum est, id de specie eius adeoque de reprobatione negare velle, non conuenit, tum quia probationi principali correspectiua est reprobatio *vid. §. 7. num. XI.* Cur ergo non deberem ex his colligere, quod reprobaturō quoque ordinarie competat facultas eligendi iurisiurandi delationem, eaque se releuandi ab onere probationis solemnioris? Certe existimo, etiam respectu huius tandiu standum esse regulæ ordinariæ & libertati eligendi, quam diu aut lex aut ratio restringens proferri nequit: at talem legem communem aut rationem sacramenti delationem reprobanti generaliter restringentem non proferri, infra patebit. Contra insisto: quo fauorabilior in iure est defensio; eo minus ista defensiua probatio *vid. §. 7. num. IX.* restringi debet: & quid est, quæso? quod fauorabiliores rei potius, quam actores habeantur *L. 125. D. de Reg. Iur.* Equidem non video, quomodo vni litigatorum magis licere debeat, quam alteri, ab aduersario suo veritatis confessionem elicere *vid. §. 9. n. I. & III.* ipsum prouocando ut contraria sua asserta iureiurando confirmet: non video, quod reus pari auxilio, ad fidem iudici faciendam, & a solemnī atque proluxa reprobatione, quæ ipsi tamen competit, se liberandum non debeat frui. Neque reprobaturus iusiurandum aduersæ parti inferens iniquior erit habendus, quod hoc modo aduersarium testem pariter ac iudicem faciat in propria causa, quam haberetur probans idem faciendo; quem potius æquum iudicandum esse, accepimus *§. 9. n. IV.* Id quod adhuc inde apparet, quod plerique litigantes admodum proni sint ad iurandum, & quilibet eorum optet, quin
sæpe

sepe urgeat, vt ad mittatur ad fidem iudici suo faciendam iureiurando, vti vel maxime ex disputationibus patet, quæ post probationem peractam de iuramento suppletorio & purgatorio inter litigantes oriri solent: cum vero extra casum sacramentorum legalium ex officio quoque a iudice deferendorum nemo se ipsum ad iusiurandum offerre seque ipsum propriæ causæ testem & iudicem constituere possit §. 9. num. IV. & V. sed ipse causam aduersarii committere, atque expectare debet, an hic ipsi sacramentum relaturus sit: hoc itaque beneficio afficitur litigator, cuius religioni aduersarius reprobaturus causam committit, vt nunc admittatur ad id, quod optabat, nec tamen sponte urgere poterat. Consideres quoque velim, quod actor, vel, si maui, qui principalem probationem obtulit, aut sciat, intentionem suam esse veram, aut contra: si prius: cur non iurat? cum tamen manifestæ turpitudinis & confessionis sit, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre *L. 38. D. de iureiurand. vid. supra §. 9. num. I. III.* si posterius constituatur; cur litigat; & quid, quæso, hoc casu probatum sibi persuadere poterit eiusmodi litigator? Idem quoque dicendum est etiam si non de veritatis sed de credulitatis, quod vocant, iureiurando tantum quæstio sit. Mihi inde consequi videtur, quod tale iusiurandum renuens animum litem protrahendi & iniusto iurgio aduersarium vexandi plerumque prodat. Quin potius iusiurandum actori a reo delatum si præstetur, intuitu ipsius actoris quoque vel maxime habendum est pro releuatione ab onere probandi *L. 30. pr. D. de Iureiur. conf. supra §. 9. n. I. §. n. III.* Præterea accidere potest, vt principaliter ad probandum obligatus lucretur, si
 ipsius

ipsius conscientiae causam committat altera pars: non raro enim, quam sperauit aut gloriatus est, probatio eius adeo leuem fidei gradum in iudice excitat, vt illo inuito aduersae parti purgatorium indicendum iudex arbitretur: sed ab hoc periculo liberabitur, & quod iudex denegaturus fuisset beneficium nanciscitur, si ipse aduersarius ei sacramentum intulerit; quod si vero maluerit, vt aduersae parti purgatorium imponatur, eundem impetrare poterit effectum referendo iusiurandum sibi delatum. Sic quoque id lucratur is, cui a reprobante iusiurandum defertur, vt referendi illud ipsi concedatur licentia; quae ei vulgo denegatur, si a iudice suppletorium ipsi fuerit impositum. Sic porro reprobationum mora & difficultate, praesertim quae circa disceptationem de probatione plena, minus plena & hac vel semi plena vel semi plena minore & hinc imponendo iureiurando suppletorio & purgatorio oriri potest, sublata, vna cum fine iusiurandi §. 9. num. 1. litis terminus celeriter obtineri poterit. Notum est insuper omnibus, quod probationibus quoque iam publicatis ea de re multa disceptari soleant, atque raro quaedam detur probatio omnibus numeris ita absoluta & perfecta, vt ad ista iuramenta non sit recurrendum: vnde non solum parti cui libet permittitur expetere, vt sibi tale sacramentum a iudice deferatur; sed etiam virgere potest litigator, vt aduersario iniungatur iuramentum. Hoc posito non video, quid prohibeat litigatorem, illud aduersario deferre, nisi forsan de nomine tunc inutilem mouere litem & nodum in scirpo quaerere velis: maxime cum etiam in hac delatione sacramenti, iudicis arbitrium prudens non excludatur. Quin colligo inde, quod hæc

hæc delatio integra fit, elapso licet aut neglecto termino reprobatorio. Multo maior ratio sacramentum inferendi superest §. 9. num. 1. in fin. & num. III. verb. quod merito &c. rotulo attestationum probationis principalis nondum publicato; cum hoc casu adhuc maioribus dubiis causa sit obnoxia: quippe incertum est, quid quantumue probatum sit, quantumue aliis contrariis probationibus elisurus sit reprobans? Neque statim a delatione iurisiurandi excludendus est reprobans, si in præcedente probatione principali documenta sunt producta & ab hoc recognita: recognoscuntur enim salvis exceptionibus, & dubium sæpe est, an articuli, de quibus producta, inde probenta sint; atque absit, ut in processu ordinario a recognitione documenti ad confessionem actionis argumentum neci queat: quæ dubia & lites ergo hac occasione oriri soleant, non fugit negotiorum forensium gnaros: taceo quod etiam documentorum vim euertere possit reprobatione reus. Amplius monendi sumus, quod permittatur actori post examen testium protestari contra publicationem attestationum & reo deferre iusiurandum STRYCK. *Introd. ad prax. for. cap. II. §. 2.* quid ni ergo reo eadem facultas competere debeat? Mitto, quod reus actori etiam de iure agendi iusiurandum extra iudicium inferre possit, adeo ut id, quod tunc iuratum, leges seruent, etsi actore antea deferente reus iam contrarium iurauerit *L. 28. §. 10. D. de Iureiur.* Non tamen existimo, effrenam esse licentiam litigatori ab aduersario loco reprobationis exigendi iusiurandum, aut iudici sine omni discrimine necessitatem absolutam incumbere ad iurisiurandi, quod alteri delatum est, præstationem hunc adstringendi.

D

Sed



Sed si hic, qui principalem probationem peregit, adeo plenam fidem iudici legitime ac sufficienter fecerit, vt huic nullum de veritate facti restare possit dubium, si id, cuius confessionem deferens per iusiurandum ab aduersario exprimere vult, contradictorium sit cum iis, quæ iam cognita atque a deferente minime in dubium vocata sed confessa sunt, tunc quidem sacramenti delationem superuacaneam æstimare possit §. 9. n. VI. sic qui documentum recognouit pro vero originali, frustra deferret iusiurandum de contradictoriis cum hac recognitione, vtpote de falsitate documenti. Aliud autem esset dicendum, si delatio concernat contenta documenti non simul recognita, vel oppugnata simulationis; prælati dici, similibusque exceptionum obiectione; aut si ipsam recognitionis validitatem in discrimen vocet, obiecta fraudulosa ad recognoscendum inductione, concussione, & si quæ alia huius sint generis.

§. XIII.

Remotio dubiorum

Videamus autem quoque dubia, quæ contra hanc doctrinam moueri solent, & exploremus, quale pondus ipsis insit. Obmouentur autem tam textus ex iure Ciuili pariter ac Canonico, quam rationes ex analogia iuris processualis eiusque regulis, secundum opinionem diuersa sentientium, desumptas. Ex iure Ciuili quidem obmouent *L. 14. §. 3. C. de Non numer. pecun.* verum præterquam, quod de casu speciali tractet, a quo ad vniuersale aliquod consequentia non valebit, dubia inde desumpta commodius sub quæstione sequente examinari possunt: id circo statim considerandus venit textus Iuris Canonici. Allegatur scilicet *cap. 2. X. de Probationibus*: hoc textu ALEXANDER III. circa

circa annum 1176. in hunc modum rescripsit: *Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut cum aliquis intentionem suam fundauerit instrumentis aut testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur: quod si subire noluerit, fides probationibus non habetur. Nos, cum tunc deum ad huiusmodi suffragium sit recurrendum, cum aliæ legitime probationes deesse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus.* Sed nihil in hoc textu deprehendo, quod sententiæ meæ, quam hæctenus exposui, contrarium sit; vtpote quod caput de re prorsus diuersa a themate præsentis tractat, aut si vel maxime per consequentiam quandam huc traheretur, potius tamen cum doctrina hucusque prolata conspiraret. Nam caput hoc, quo reiicitur consuetudo, vi cuius illi, qui intentionem suam fundauerit instrumentis aut testibus, sacramentum nihilominus deferatur, iam dudum alii recte interpretati sunt tum de iureiurando suppletorio: tum de probatione perfecta, seu de qua iam conitat iudici, quod plena sit, illa verba omnis Ictorum cohors explicauit. Quemadmodum præcipue GONZALEZ TELLEZ *Comment. ad Decretal. ad h. c. num. I. a. num. III. & num. IV.* non sine ratione arbitratus est, quod eo tempore vsu venerit, vt etiam is, qui plene probauisset, nihilominus iusiurandum subire & vna cum testibus iurare debuisset, qui præsertim refert, hunc morem apud Venetos obtinuisse, indeque coniiicit, Pontificem hanc epistolam decretalem alicui Prælato Venetiæ misisse. Certe huic interpretationi admodum opitulatur mos probandi circa istud tempus non solum Venetiis sed etiam alibi vsitatus, vt vna cum sacramentalibus seu testibus iurare deberet litigator, qua de re plura dixit DN. PRAESES *cit. Diff. §. XI.* quemadmodum, quod sermo sit de plena probatione iamiam nota, & docet idem



coniurandimos, vt actor cum testibus simul iurare teneretur; & consensus verborum huius textus, & verba in eo sequentia, *cum tunc demum ad huiusmodi suffragium sit recurrendum, cum alia legitime probationes deesse noscuntur*, satis superque indicant. Verum hæc omnia iis, quæ docui, non sunt aduersa, cum non tractauerim de iureiurando suppletorio eo casu quoque imponendo, quum perfecte & plene fuerit probatum: qui potius in *fm. §. præc.* diferte saluum reliqui arbitrium iudici, qui sententia de necessitate præstandi iusiurandum delatum pronuncianda statuere debeat, an actu probandi iam peracto & mediis probandi a partibus propositis iam iam publicatis, *adsit probatio legitima & adeo perfecta*, vt iusiurandum pro *superfluo* prorsus habeat, atque citra illud iam *plenissima fides* nata sit. Attamen hæc non destruunt regulam de admittenda iurisiurandi delatione, vbi de perfecta tali & omnibus numeris absoluta probatione nondum constat, vbi testimonia nondum publicata partibus, atque disceptatio de eorum validitate nondum finita, adeoque dubiis quam plurimis adhuc obnoxia sit probatio, num fuerit legitima atque prorsus plena. Audiamus tandem rationes, quæ contra iurisiurandi delationem de directe contratio probationis præcedentis proferuntur. Redeunt autem maxime huc: quod ^{a)} aut actor probauerit: ^{β)} aut defecerit in probatione sibi imposita: si prius constituatur, *vel* iusiurandum delatum effectu carere fertur, quia ei cui delatum, ius sit offerendi probationem pro exoneranda conscientia, eaque declinandi iuramenti præstationem, imo quod ista probatio iam iam præsto sit: *vel*, si admitteretur iusiurandum, frustranea esset suscepta probatio: si vero

si vero constituatur, quod actor defecerit in probatione; tunc reus esset absoluendus, adeoque iterum sacramentum superfluum esset. Enimvero, vim huius dilemmatis facile euerti posse, credo: nam *vitium est in oppositione*, utpote cum præter duo priora membra argumenti adhuc detur tertium, immo quartum. Dicendum enim esset; postquam actori per sententiam iudicis probatio semel iniuncta est, tunc actor α) aut probavit *plene*, aut β) *nihil plane* probavit, aut γ) aliquid tantum probavit, & quidem ut vel, a) *suppletorio* vel b) *purgatorio* locus esse posset, aut denique δ) *dubium ad huc est, an & quantum probatum fuerit*: adeoque hæc duo posteriora membra, & casus sub iis comprehensos, plane non tangit dubium; cum tamen ex §. *præc.* & dictis *hoc §.* in resolutione *cap. 2. X. de Probat.*: appareat, quod iurisiurandi delatio in reprobatione imprimis huc pertineat. Deinde quoad prosecutionem prioris membri absolute positi mihi videtur, partim iterum committi *vitium in oppositione*, partim *in consequentia*. In oppositione ideo vitium apparet, quia iterum tertium datur atque, licet ex hypothesi aduersa differere velim, dicendum est: vel a) iuramenti delatio *effectu caret* vel b) si præstandum, *frustranea est probatio*, vel c) si præstandum, *proderit ad minimum uti suppletorium aut purgatorum*. In *consequentia* ideo vitium esse arbitror, quia *defensio ista conscientie probationibus non ubique legibus prouincialibus approbata*, legum communium principiis autem destituta est, adeoque ipsius huius defensionis iustitia dubia magis est, uti latius deduxit THOMASIVS *Diss. de quibusdam litium protract. in materia iuramentorum*, quam quod ex ea solidum & concludens ali-

quod argumentum contra iurisiurandi delationem
 necesse possit. Quin posito quoque, quod admittatur
 probatio pro exoneranda conscientia, seu defensio
 conscientiae probationibus, & concedamus, ut is, cui
 iusiurandum illatum est, se offerat ad hanc defensionem,
 ac loco eius prouocet ad probationes, quas iudici
 iam exhibuit: non magis tamen inde efficietur iuris iurandi
 delatio frustranea, quam si primum, ubi nulla
 praecesserit probatio, iusiurandum esset delatum, atque
 tunc is, cui delatum, obtulisset defensionem conscientiae.
 Praetereaque illud dubium iterum minus recte supponit,
 quod semper praecedat plena probatio eaque iam satis nota:
 attamen vnicus eiusmodi casus potius ad exceptionem *in fine* §. *praec.* propositam,
 quam ad regulam ordinariam §. *ead.* deductam pertinet,
 ubi accepimus, quod ordinarie reprobatio adeoque etiam
 eius loco iurisiurandi illatio obtingat probatione directa
 nondum publicata. Quod si vero dissentientes etiam
 supponant, reprobantem detulisse iusiurandum ante
 publicationem probationis, ubi adhuc dubium sit,
 quantum fuerit probatum; tunc repetenda omnia,
 quae hanc in rem disserui §. *praeced.* Quod si autem
 vel maxime dicere velis, quod etiam hoc casu fieri
 possit, ut publicatis testimoniis appareat plena probatio,
 adeoque tunc certe iurisiurandi delatio effectu careat:
 tunc respondebo, quod ab eo, quod per accidens fieri
 potest, inualidum construatur argumentum: praesertim
 cum tale quid accidere etiam possit, si ab initio
 iusiurandum a litigatore delatum, & ab aduersario
 defensio conscientiae offeratur. Accedit & hoc, quod
 deferens nesciat, an aduersarius iusiurandum accepturus,
 an vero ad defensionem istam

istam sit prouocaturus. Sic quoque non sequitur, si iusiurandum præstatur, ergo frustranea fuit probatio præcedens: nam cum susciperetur probatio, frustranea non erat, cum nesciret eam suscipiens, an aduersarius iusiurandum sit illaturus; & licet illud ex accidente factum sit, tamen inde absolutam consequentiam formari non posse, & iam dictum, & per se notum est: quemadmodum etiam nihil aliud inde aduersus thesionem meam colligendum est, quam quod sit, si aliis reprobationibus, si iureiurando suppletorio aut purgatorio probatio præcedens elidatur. Posterius membrum dilemmatis aduersi quantum attinet, quod scilicet, si actor nihil probauerit, iuramenti delatione iterum non opus sit, cum reus absolui debeat; itidem respondeo, quod id dubium sit atque incertum tempore, quo iusiurandum deferretur, iterumque committatur fallacia accedentis: atque deferens habet, quod sibi imputet, favori suo renuncians: forsitan autem non sine ratione id facit, qui obuiam ire vult tricis, quas etiam is, qui nihil probauit, necesse solet de quæstione, an nihil probatum sit, an iusiurandum aliquod imponi debeat? Hoc ipso quoque remotum est aliud dubium, quasi deferens minus bene sibi consulat: quod ne quidem ad iustum, sed ad consilia, variantia pro circumstantiis, pertinet.

§. XIV.

III) Ex dictis de his duabus quæstionibus mox constabit de reliquis: & quidem de quæstione tertia Quæstio IIIa
vid. §. 10. an reprobaturus ad exceptionum suarum confessionem aduersarium suum iurisurandi religione prouocare queat? minus dubium erit post deducta
 §. 11. quod sit affirmanda. In quibus tamen casibus liceat,
 etiam

etiam de hac quaestione scrupulus oriri posset: & forsitan ii, qui ambigunt, num reus contra probationem præcedentem intuitu directo contrarii admittendus sit ad iurisiurandi delationem, eadem dubia mouere possent de iurisiurandi delatione quoad exceptiones peremptorias, si actor in probatione sua earum reprobationem anticipauerit & aduersus eas articulos elisuios direxerit testesque de iis produxerit. Sed hoc quoque casu iuramento a reo delato locum esse existimo: & quia eadem dubitandi rationes hoc casu obmoueri possent, quæ contra delationem de directo contrario intentioni actoris proferuntur; ita quoque merito ambigentem ablego ad deducta §. 12. & 13. pro dubiis istis remouendis. Quæ multo magis in præsentī specie valebunt; quoniam in ea minus dubium est, actorem anticipatione sua reo ius suum eligendi, quo medio probandi vel releuandi uti velit, auferre non posse. Prætera adhuc negant multi Icti, quod in processu summario, utpote executiuo atque cambiali, reus exceptiones suas conscientie actoris committere queat: tractauit hanc rem tam ex sententia negantium quam affirmantium MARTINI *cit. Com. ad Tit. XII. §. 1. n. 76. seqq. & plenius ad Tir. XXXIX. §. 3. n. 73.* cuius sententie affirmantis declarandæ & firmandæ ergo tantummodo pauca addam. Nimirum negantium rationes sunt hæ: 1) quod iuramenti delatio sit probatio ordinaria, 2) eaque probatio in continenti non fiat, 3) & fundamentam intentionem habens onerandus non sit iuramento *cap. cit. 2. X. de Probat.* 4) eique locus non sit in exceptione non numeratæ pecunie contra chirographum, ad minimum post elapsum biennium *per L. 14. §. 3. C. de Non num. pec.* Enim vero 1) prius du-

dubium corrui vel inde, quod iurisiurandi delatio probatio non fit in sensu *num. III. §. 5.* in quo significatu tamen probatio fumitur in obiectione ista, sed quod releuatio tam a solemnī actū probationis quam minus solemnī demonstrationis *vid. cit. §. 5. num. III. lit. & quod utroque casu competat, apparet ex §. 7. num. II. IV. V. & VI. iuncto §. 9. num. I & III. nec non §. II.* taceo summam incertitudinem imo contradictionem ICtorum, iurisiurandi delationem ordinariam probationem esse, mox afferentium, mox iterum negantium. Dein 2) falsum est, quod iurisiurandi delatio, in se considerata, obstet celeritati processus, quippe quæ potius finis est sacramenti illationis, *vid. §. 9. num. I. & III.* atque si ex accidente circa eam controuersia oritur, illa excitatur ab eo, cui illud delatum est; sibi ergo hic imputet, quod sua culpa moram iniiciat optimo huic expediendæ litis remedio, quodque non accipiat statim delatam conditionem, sicut referat: & quæso, nonne æque tales controuersiæ circa ipsam chirographi recognitionem in continenti faciendam oriri possunt? immo & *70 in continenti* longitudinem pariter ac latitudinem habere in foris & dogmatibus ICtorum, satis ostendit DN. PRAESES *Diff. de Except. litis ingress. impedientibus iustitiæ impediment. §. 16.* Ad tertiam rationem 3) partim repetenda sunt dicta §. 13. partim ea aliena est a statu controuersiæ: cum hoc loco non sit quæstio de iureiurando delato circa fundamentum intentionis actoris, sed circa exceptiones 4) Postremæ dubitationi quidem reposuit MARTINI *cit. loc.* quod ea singularem habeat rationem in præscriptione huius exceptionis sitam postquam biennium præterlapsum, cui addi posset primaria & magis principalis ratio ipsius huius-

E

ius.

ius præscriptionis ex DVARENO *Comment. ad Tit. C. de Non. num. pec. cap. 4.* & CORVINO *Comment. ad Cod. Tit. eod.* quod alias ex scriptura nunquam oritura fuisset obligatio, quod tamen in chirographo fieri, perhibeat Ius Romanum; quæ omnia certe rite se habent, vt inde appareat, obiectionem vulgarem a particulari & accidente fallere. Verum hac occasione paucis adhuc disquirendum, an non in Germania istam quoque exceptionem post emensum biennii spatium reus committere possit conscientie actoris? Affirmarunt iam quidam tunc, si illa non per modum exceptionis non numerata pecuniæ sed *exceptionis doli mali* obiciatur BEYER *Delin. Iur. Ciu. ordin. Pand. ad Tit. de Reb. cred. text. & not. a & b. Idem ad Instit. Tit. de Luerar. obl. pos. 2. not. b.* ita vt vrgeat reus, se ab actore nihil accepisse, adeoque hunc *dolose* non datum repetere. Nam in Germania & secundum æquitatem naturalem non est insistentum duro iuri ciuili Romano reum post biennium obliganti non quia accepit, sed simpliciter quia scripsit, se accepisse. In Germania potius chirographus etiam post lapsum biennii tantum præsumtionem mutui accepti efficiat, necesse est: præsertim cum non appareat, sufficiens ratio, cur reus ab hac exceptione citius & magis excludi debeat, quam ab aliis exceptionibus: dubia vero, quæ a quibusdam mota sunt contra æquitatem huius exceptionis, magis priuilegium eius, quo ante biennium probandi onus aduersario imponitur, quam totam exceptionem tangunt, & quantum ponderis ipsis insit, expendere iam non vacat. Vnde quoque BRUNNEMANNVS *in Commet. ad cit. L. 14. C. de Non. num. pec. num. 13.* merito reum post biennium probationem

tionem huius exceptionis suscipientem admittit, vt de positionibus in hunc finem confectis confessionem actoris eliciat mediante iureiurando respondentorum: sine prægnante ratione tamen dissentit a MENOCHIO *Consil. 40. num. 9.* iusiurandum litis decisorium quoque admittente; quoniam, quoad hunc finem, vtrumque conuenit iusiurandum *vid. §. 9. num. 1.* Pariter deest genuina ratio BEYERO, *cur cit. pos. 2. not. b. ad cit. Tit. Inst. CARPZOVII P. I. Const. 32. Def. 66.* sententiam explosam pronunciet admittentis reum quoque post biennium ad probationem exceptionis *non numeratæ pecuniæ*: nam mitto, quod idem BEYERVS *ad Tit. Pand. de Reb. cred.* iterum in suas partes vocet tam CARPZOVIVM quam STRYKIVM *Cautel. Contr. Sect. 2. cap. 2.* & tantum moneo, quod, cum BEYERVS merito concedat reo exceptionem *doli mali*, res in effectu ad logomachiam redeat; quoniam hoc casu vtriusque exceptionis eadem sunt materialia. Mihi ergo videtur, vbi leges prouinciales deficiunt, iurisiurandi delatio tam de exceptione non numeratæ pecuniæ, quam dealiis, etiam in processu summario, admittenda.

§. XV.

IV) Tangit ordo quæstionem quartam *vid. §. 10.* Quæstio IVta
Sed huic non diu immoror, eamque affirmare non dubito: postquam omnia de quæstione *II. §. 12. & 13.* proposita heic iterum valent. Nec video, cur actori non liceret, difficultatibus circa exceptionem metuendis mox obuiam ire, & æquissima ratione reum in propria causa constituere & testem & iudicem.

§. VI.

V) Restat ergo tantum vltima quæstio *vid. §. 10.* Quæstio Vta
an scilicet reprobandus de eadem circumstantia iuris-
iuran-

iurandi delationem coniungere queat cum aliis probandi mediis? Hæc quidem neganda est. Vtrumque enim simul consistere nequit: quippe scimus §. 9. n. III. delationem sacramenti esse releuationem a tali actu probandi §. 5. num. III. ergo vnum excludit alterum, atque alterutrum superfluum est. Scimus præterea, quod delatio iurisiurandi participet a transactione, vt id, quod iuretur, pro probato & vero habeatur §. 9. num. II. & III. at cum tali transactione probatio alia contradictoria est: quin latius probauit DN. PRAESES *cit. Diff. de Imag. æquit. prob. pro cui perj.* quod iureiurando semel delato non liceat probationes, quibus quis iam antea instructus fuit, offerre ad declinandum iusiurandum, nec permittendum sit, vt hoc modo deferens aduersarii conscientiam sollicitet. Plane si non prorsus eadem sint circumstantiæ, sed diuersæ, quarum quælibet facit ad factum principale probandum vel illustrandum, vt itaque contradictio, de qua dictum, nulla occurrat, earum vna conscientiæ committi, altera vero testibus vel instrumentis probari poterit ILLVSTR. DN. GASSERVS *cit. rr. cap. XIV. posf. 16.* Inde quoque de eodem articulo in diuersis actis & diuersum in finem v. g. in possessorio & petitorio nunc iusiurandum inferre, nunc vero aliam probationem suscipere, aliaque probandi media exhibere, illicitum non videtur BEYERVS *cit. Posf. ad Pand. Tit. de Probat. posf. 20. not. g.* Plura addere prohibet iter, quod me vrget: gratias tantum deuota mente ago Summo

Numini, a cuius clementia est & studiorum

Academicorum & opusculi huius initium pariter atque

F I N I S.

NO-

NOBILISSIMO ATQVE DOCTISSIMO
DN. RESPONDENTI

S. D.

PRAESES

Annus ab hinc est, quo ad Fridericianam nostrans
accessisti studii iuris, in quor tam quoad partes theo-
reticas quam quoad partem practicam partim in
Academia Iulia partim in patria industria Patru-
elis Consultissimi probe imbutus eras, perficiendi causa. Cum-
que praeter reliquorum ICtorum, quorum institutione fruitus
es, doctrinas meas quoque diligenter haurires, praecipue me-
mor factus es, vitam practicam ICtorum maxima ex parte in
disputando consistere: quapropter non solum exercitium dispu-
tatorium mox exoptasti, verum etiam, ubi ego occasionem of-
ferebam, tam per praeteriti anni semestre hiemale collegio
disputatorio in auditorio meo priuato, quam per semestre
aestiuum, quod nunc abiit, exercitio publico disputatorio sab-
bathino occasione Pandectarum meo sub moderamine instituto
interfuisi oppugnator pariter animosus & doctus quam the-
sium, quas ipse concepisti & quae, quantum ad exercitium
disputatorium publicum attinet, publice typis impressae pro-
stant, defensor strenuus. Non dubito itaque, quod Te Eun-
dem in praesenti specimine defendendo praestiturus sis. Cum-
que haec omnia sufficiant testimonii loco de industria & pro-
fectibus Tuis, non opus est, plures ut addam laudes. Potius gra-
tulator Tibi de studiis Academicis feliciter absolutis, atque eru-
ditione, quam Tibi comparasti: optoque ut in patriam re-
uertenti, ea, quae didicisti, in aliorum & Tuam utilitatem
feliciter conuertendi occasio, & industriae praemia nunquam
desint; atque ut ex sententia Tibi omnia fluant, voueo. Da-
bam Hale die XI. Nouembris anni MDCCXXXVII.

Dat

D Ist einem jeden Theil der streitenden Parthey,
Daß jedem, sag ich, recht, erlaubt und billig sey,
Dem andern *Contrepart* den Eydt zu deferren
Wenn man desselben Satz, ich meine den Beweis,
Durch andern stärckern Grund vor falsch will überführen,
Das zeigt uns diese Schrift und dein gelehrter Fleiß.

Doch biß verkehret sich bey Dir jetzt ganz und gar:
Denn der bey dem Proceß erst am Beweise war,
Der soll hernachmahls noch zum Eyde sich bequemen.
Du, triffst zwar den Beweis, von Deiner Weisheit an,
Allein den Eydschwur will ich selbstnen übernehmen,
Daß es Dir nie an Ruhm, Amt, Ehre fehlen kan.

Dieses setzte dem Herrn *Respondenten* zu beständi-
gen Andencken, desselben ergebener Diener
und *Opponent*

M. A. Freyherr von Dyherrn.

A Ja, gelehrter Freund! Du zeigst durch Wort und That,
Daß Elm-als Saal-Athen geschickte Musen ziehet,
Du zeigst, daß, wer sich um Tugenden bemühet,
Den herrlichsten Gewinn zu der Belohnung hat.
Du bist des Beyfalls werth, den man Dir heute schenckt,
Dein Geist, Dein edler Geist, der täglich höher steigt,
Und sich der klugen Welt durch nette Proben zeigt,
Hat ihn verdient, drum wird er auch um dich gelenckt.
Ich wünsche tausend Glück zu den verdienten Ruhm.
Doch hierbey bitt ich noch, Du wollest mir vergönnen
Daß ich mich Lebens lang mag Deinen Diener nenne.
Warum? Mein Freund! Du bist der Tugend Eigenthum.

Hiermit wolte sich den Herrn *Respondenten* bey seinen
Abzuge nochmahlen gehorsamst empfehlen, und
Ihn dabey der alten academischen Freundschaft
bester massen erinnern Dessen verbundener Diener

J. G. Lehmann,
Opponent.

La Raison la nature, & les livres, ensemble,
Ont mis tous leurs efforts, a te faire sçavoir
Tu les as surpassé, & l'injustice tremble.

On t'oposera vainement

Car par tes Arguments tu vaincras come semble.

Ces mots tel: qu' ils sont Vous marqueront Monsieur
a qu'el point je suis Vostre tres devoué Ser-
viteur & Ami

I. L. de GASC.

✂ (o) ✂

03 H 506

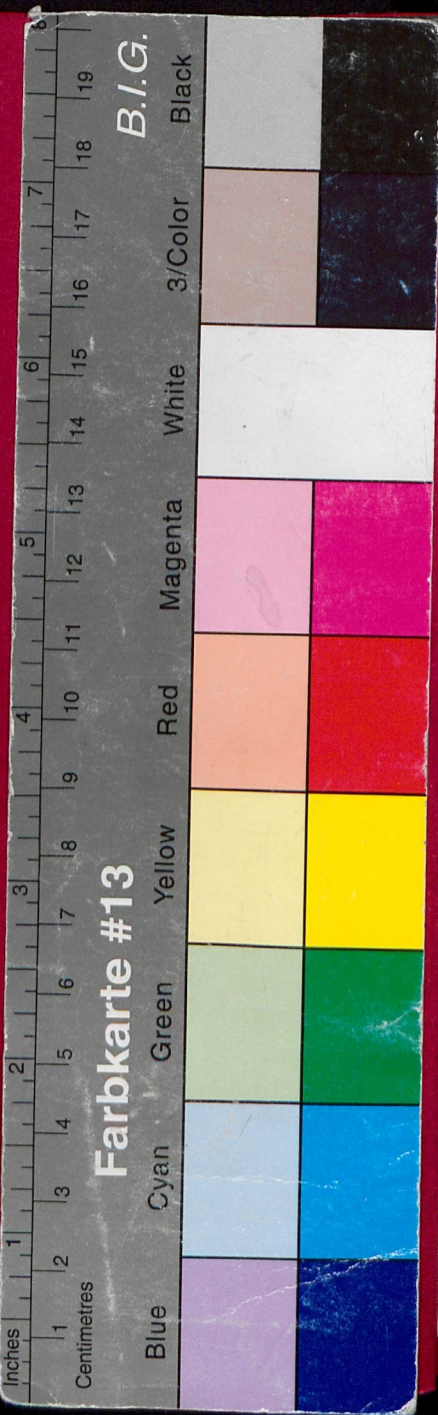
ULB Halle

3

003 094 782







22

Q. D. B. V.
DISSERTATIO IVRIDICA
DE
REPROBATIONE
PER
DELATIONEM
IVRISIVRANDI
LICITA

Occaf. cap. 2. X. de Probationibus.

QVAM
IN REGIA FRIDERICIANA
PRAESIDE
D. IOANNE TOBIA CARRACH

ASSESSORE SCABINATVS IN DVCATV MAGDEBVRGICO
ET IVRIVM PROFESSORE PVBLICO EXTRAORDINARIO

D. XV. NOVEMBR. ANNI MDCCXXXVII.

H. L. Q. C.

PVBLICE VENTILANDAM EXHIBET
AVCTOR ET RESPONDENS
CAROLVS VRBANVS FRIDER. FRICKE
GVELPHERBYTANVS.

HALAE MAGDEBVRGICAE
TYPIS IOAN. FRIDERICI GRVNERTI ACAD. ET SENAT. TYPOGR.

(5)

