





Freiherr v. Ende-Altjessnitz.





B. 138.
H.





3

5
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.

DISSERTATION

REPROBATIONE

A SON ALTESSE

SERENISSIME

MONSIEUR

CHARLES

DUC REGNANT DE BRONSUIC

ET DE LUNEBROURG &c

CAROLUS

THE HONORABLE



MONSIEUR
A SON ALTESSE
SERENISSIME
MONSIEUR
CHARLES
DUC REGNANT DE BRONSUIC
ET DE LUNEBBOURG &c.

MONSIEUR

Voilà qu' instruit par une heureuse
& continuelle expérience de toute l'etendüe de la bonté de VOTRE ALTESSE SERENISSIME je crains
d'en

d'en abuser, en pretant SON NOM a la
tete d'un ouvrage aussi peu considerable
que celuici. Mais cet ouvrage quel qu'il
soit, ayant besoin d'un Nom qui lui servit
de relief, quel Nom plus grand plus frap-
pant pouvois je mettre au frontispice, que
celui de VOTRE ALTESSE SERENIS-
SIME? d'ailleurs a qui pouvois je mieux
confacrer les primices des etudes que j'ai
fait soit dans VOTRE celebre Universite
de Helmstedt, soit dans l'illustre Aca-
demie de Halle, qu'a VOTRE ALTESSE
SERENISSIME, qui en est le Promoteur?
Ma hardiesse est grande, je l'avoue, mais
ma reconnoissance lui doit servir de passe-
port: c'est elle qui me porte jusque la.
Et c'est cette meme reconnoissance,
fruit d'un attachement d'un zele respec-
tueux pour VOTRE ALTESSE SE-
RENISSIME, qui m'engage a continuer
mes vœux pour SA conservation, pour
la reussite de SES glorieuses entreprises.

&

& pour la Prosperité de toute la FAMILLE
LE Ducale. Ayant la glorieuse avantage,
d'etre avec un tres profond respect,

MONSEIGNEUR

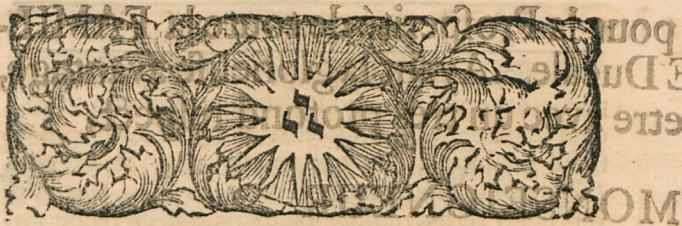
DE VOTRE ALTESSE SERE-
NISSIME

REPROBATIONE
PER
DELATIONEM
IVRISVRANDI
LICITA

Alam esse existimo; quod iuris-
prudens ad iuris practicas
quæstiones
in iuris-
tudine & iuris
certum est, quod iuris
le 14. de Novembr.
de l'année 1737.



*le vos-humble & tres-obeissant ser-
viteur, & tres-fidelle sujet*
Charles Urbain Frederic Fricke.



Q. D. B. V.

DISSERTATIO IVRIDICA
DE

REPROBATIONE
PER
DELATIONEM
IVRISIVRANDI
LICITA

ad cap. 2. X. de Probation.

§. I.



Præfatio de
multitudine
quaestionum
dubiarum &
problematum
in iurispru-
dentia
Palam esse existimo; quod iuris-
prudentia ad scientias practicas
sit referenda: Idque eo maiore
iure suppono; partim quo magis
certum est, quod iuris disciplina
quoque verferetur in deducendis
conclusionibus ex suis principis,
quæ aut lex naturalis, aut, si iuris-
prudentiam iudiciariam & consultatoriam spectes, præ-
terea leges positivæ siue ex genuina siue ex imagina-
ria

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 Consuetu. 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: atq; principia illarum, quoad iuris prudentiam iudiciariam & consultatoriam secundum leges positivas aestimandam, saepe sunt hypothese legibus comprobata non raro variantes quandoque etiam erroneae & dissonantes; atque conclusiones non nunquam a principiis nimis sunt remotæ; vt itaque earum nexus vel sit difficilis, vel in iis formandis facile erremus, praesertim cum circumstantiæ negotiorum singularium obuenientium, ad quæ iura applicanda, frequenter rem adeo dubiam reddant, vt difficile constet, ad quod causarum genus factum obueniens referendum sit, aut quæ lex ipsi sit applicanda: quamobrem Doctores iuris naturalis desudant in inueniendis & tradendis regulis, iuxta quas in eiusmodi legum collisione statuendum sit, *vt lex PVENDORFIO de Officiis Hom. & Civ. lib. 1. cap. 17. §. B. HERTIO Diss. de Collis. legum, & RINKIO Diss. de Collis. legum natural. patet.* Quid ergo mirum est, si in omni iuris prudentiæ parte multa dentur quæstiones, quæ in vtramque partem disputantur? quid porro mirum, si hæc disciplina inde reddatur incerta? Quoniam autem iurium incertitudo iustitiæ administrationi admodum obest; ita interest, vt quilibet, cui hæc res curæ est, operam det, quo certior quotidie, quantum fieri potest, iuris disciplina fiat: quod licet non vbiq; æque facile

ut sup in
sic suppon
iuris

et hinc inde
Quæ vt dissol
uantur opus
est

facile tamen nec impossibile est in multis iurium
questionibus controuersis, si principia iusta tum le-
gum positivarum, nam etiam mere ciuiles leges
quandam habent rationem, tum iuris naturalis sedu-
lo inuestigemus, atque si de iusto nexu conclusionum
cum suis principis sumus solliciti, easque caute ad
facta obuenientia omnibus circumstantiis rite confi-
deratis applicemus.

§. II.

Ex genere eiusmodi problematum & causarum
in utramque partem disputabilium, vel disputa-
tarum, atque resolutione indigentium est quoque an-
ceps questio, NUM NE IN REPROBATIONE PAR-
TIBVS LICEAT, IURISVRANDI DELATIONE VTI?
autem quidam, alii negant; atque utraque pars ratio-
nibus quin & legibus niti, sibi videtur. Quo autem
frequentior in foris est iurisvrandi delatio, eo magis
conducit, vt questio hæc explicetur, & problema
illud nodique circa illud nexu dissoluantur; præsertim
cum non vbique questio hæc legibus decisa sit. Qua-
propter ab Academicis reuersuro, antea autem profe-
ctum Academicorum specimen edituro, questio hæc
discutienda mihi est oblata: in qua euoluenda itaque,
operam me perditurum non esse, existimo.

In quibus
quoque est
thema.

§. III.

Equidem si meam hæc de re sententiam profiteri
debeam, omnino arbitror, reprobationem per iuris-
vrandi delationem licitam esse, si regulam ordinariam
respicias constituendam: qua ipsa tamen minime ex-
cludo omne iudicis arbitrium, aliquando pro circum-
stantiarum qualitate & causa euidentia aliud consti-
tuendi.

Sententia de
eo.

Cuius pro-
bandæ & the-
matis soluendi
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 & causa qualitas: ut 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 Prob. obi.* obiciatur, ad hunc textum respondeam. Ceterum animus mihi tantum est, meam hac de re sententiam proponendi, minime vero aliquem ex diuersa sententibus oppugnandi: quam obrem sciens abstinco tam ab allegatis lectorum vtriusque sententiæ, quam a præiudicis dicasteriorum in medium proferendis: quem enim fugit, quod talia, uti in plerisque controuersis iuris questionibus, ita etiam in hac causa ex vtraque parte existent; atque præsertim extrinsecis, quæ in patria mea sunt, præiudicia in meam sententiam proferre potuissent. Sed hoc modo præiudicium ipsi causæ facere nolo, cum sciam rationibus, non auctoritatibus esse disceptandum; atque vix dare aut probari posse in quadam causa præiudicium vniuersalem, immo eam, si a genuina theoria erronee discrepet, deferendam esse, latius iam deduxit D.N. PRAESES *Diff. cit.*

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 verbo litem 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 *Diss. XXV. ad Ius Iustinianum thes. VIII.* verum variae inde lites ortae sunt circa species probationis, praesertim quoad delationem iurisivrandi: sed cum dubia haec una cum appellatione sustulerit distinctionibus STRAVCHIVS *loci cit.* ita quoque merito cum THOMASIO ad LAN-CELOTI *Institut. Iur. Can. Lib. II. T. XIV. §. I. not. 2.* vestigia laudati auctoris 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 a) aut intelligimus generatim *quoduis medium legitimum*, (sen argumentum) *unde iudex fidem de veritate facti propositi habet;* aut b) speciatim *medium legitimum, quo litigator utitur, ad fidem de facto proposita, quod aduersarius in dubium vocat, 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 a) *in processu ordinario solemniter, a legibus processualibus praescripto*, media ad fidei maiorem gradum conciliandum necessaria sunt, exponenda iudici & dicitur

omnibus
omnibus
omnibus
omnibus

Significatus
Imus
Iudas
cuius iterum
species prior
posterior
III tuis
cuius species
prior

ouo

posterior dicitur per eminentiam *probatio der Beweis*, aut *§*
 admittitur in processu summario minus solemnitate
 diorum, leuiorem fidei gradum efficientium, & ad in-
 signem fidei gradum faciendum non adeo apto, unde
 expositio quam dicunt Iurisperiti *elementum quoddam die*
Befcheinigung. Denique *IV* *probatio* sumitur in op-
 IVtus positione cum *reprobatione*, illamque dicunt Iurisperiti,
 vulgo *den Beweis* seu *Haupt-Beweis*, cui oppo-
 nitur *der Gegenbeweis*, & quoad processum summa-
 rium, iuxta dicta *num. III. §.* utpote ad qua haec signi-
 ficatio praecipue respicit, *demonstratio die Befcheini-*
gung etiam sumitur in oppositione cum *reprobatione*,
 seu *contrademonstratione der Gegenbefcheinigung*, quo-
 sensu probatio est *actus iudicialis quo litigator primario ex-*
ponit media, quae adhibet ut fidem iudici faciat de veritate
facti pro fundanda sua intentione propositi. *¶* Caetera, quae
 circa requiucationem probationis proferri possent,
 mitto, utpote ad thema nihil facientia.
 Quid sit re-
 probatio ge-
 neraliori sensu
 Potius ea, quae proposita sunt, recta nos ducunt
 via ad considerationem reprobationis. *¶* Est autem
 generatiori sensu *reprobatio*, *probatio praecedenti ad-*
uersarii probationi contraria. *¶* Hoc laxiori significata
 Iurisperiti tam in doctrinis quam in foris hoc ter-
 mino vtuntur. MARTINI *Comment. ad Ordin. Sic. Sac.*
Tit. XXI. ad rubr. num. I. LUDOVICI *Einleitung zum*
Civil-Process cap. XIII. §. I. CARPZOV. *in Process. Iur.*
Tit. XII. err. II. §. I. num. 1. ita, ut isto sensu reprobatio
 comprehendat *a)* tum probationem *directo contrariam*
 priori probationi aduersae, tum *§* probationem allega-
 tionum diuersarum a factis, quibus intentio aduersarii
 nititur, ad hanc tamen euertendam propositarum. e. g.
 -III-
 ex-

exceptionum peremptoriarum *conf.* MARTINI CARPZ.
 LV. P. V. *loc. cit.* Sed scio quidem, quod quidam
 II) *reprobationis* vocabulo strictiore significatu vti so-
 leant, ita scilicet, vt dictorum membrum posterius
 excludant, atque *solum directo contrarii probationem* sub
 reprobatione comprehendant: adeoque tunc *reprobatio*
erit; probatio priori probationi aduersae contraria quoad
facta fundamentum intentionis aduersarii constituenta: conf.
 MARTIN. *cit. loc.* Vterque significatus vsu receptus
 est & ad thema praesens pertinet: ex sequentibus tamen
 apparebit, primario de posteriori specie reprobationis
 tractandum esse; cum iurisiurandi delatio in hac spe-
 cie praecipue controuersa sit; quae quoad alteram spe-
 ciem adeo dubia non est.

strictiore
sensu

an VI

300 Cætera probationis & reprobationis materiam
 latiore spectentia eiusque plenior tractatio in praesenti
 quidem ad me non pertinet: attamen non possum non
 quaedam adferre, quae partim ex iam dictis fluunt,
 partim vero ita perspicua sunt, vt ab omnibus agnoscantur,
 partim ab aliis iam iam deducta, ita tamen comparata
 sunt, vt, cum infra dicenda quaedam 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 §. 1. §. 6.* Fides autem ista iudicialis est
 species fidei historica: adeoque fides iudicialis simulque
 probatio in verosimilitudine consistit, nec de factorum
 a litigatoribus prolatorum veritate apodicticam certitudinem
 iudex scit, nisi quae ipse sensibus suis percepit, aut
 quorum negatio contradictoria est cum veritatibus
 quas iam scit. Quantum vero sufficiat, ad hanc verosimi-

Notanda quaedam
circa probationem

Quid sit reprobatio
reprobatio

similitudinem in iudice efficiendam; magnam partem
 ex prudentis iudicis arbitrio pendet, quod latius dedu-
 xit THOMASIVS *Diss. de Fide iuridica*; imo huc col-
 lineat formula pronuntiandi de probatione in foris
 usitata: daß Kläger dasjenige, so ihm zu erweisen
 obgelegen, nach Nothdurfft erwiesen. Deinde II)
 si consideramus solemnia, quibus actus iste, quo liti-
 gator exponit & tractat media ad fidem iudici facien-
 dam, peragendus est, item si consideramus ipsa media
 adhibenda; quilibet facile perspicere poterit, quod hoc
 sensu sumta probatio *vid. §. 5. num. III.* recte a iuriscon-
 sultis 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 apico 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, ubi aduersarius ipse liti-
 gatoris intentionem confitendo iudici de ea fidem fe-
 cit. Vti V) nec ambiguum est, quod ob difficulta-
 tem & moram circa hoc onus occurrentem leges va-
 ria indulerint 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 obie-
 ctum apto prudenter vtendum esse existimet. Quip-
 pe VII) nota est diuisio quædam probationis in a) ar-
 tificialem & b) inartificialem: ad quam posteriorem
 speciem vulgo referunt instrumenta, testes; iurisiu-
 randi delationem; nonnulli autem plures, quidam vero
 pauiores recensent species, iusiurandum ad releuatio-
 nem ab onere probandi reiicientes: sed de iurciurando
 tracta-

tractabitur §. 8. §. 9. cetera vero hoc loco non curo. Porro circa reprobationem quoque imprimis facile est ad intelligendum, quod, VIII) licet itidem sit tale onus, tamen IX) respectu probationis adversæ præcedentis sit defensionis species, huiusque favore fruatur: unde & vulgo *defensio probatio* dicitur MARTINI *cit. Com. Tit. XXI. ad rubr. n. 3.* CARPZ. *cit. loc. n. 2.* idque verum est, X) siue probationem *directo contrarii* adversæ intentioni, siue probationem allegationum diversarum seu exceptionum respicias. Quapropter merito XI) adstruunt plerique Iurisconsulti vno ore, quod in reprobatione regulariter idem obtineat, tam quoad solemnità hunc actum expediendi, quam quoad media probandi, atque quoad remedia relevandi 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.* SCHWEN- DENDORFF. *ad FIBIG. P. I. c. 2. membr. 3. §. 15.* LVDOVICI *cit. loc. §. 2.* ILLVSTR. DN. GASSERVS *Posit. Præf. 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 variaz proferuntur definitiones a Iurisconsultis: verum mihi videtur commode ita definiendum, quod sit *asserio propositionis sub invocatione Dei in vindicem perfidie.* Cui definitioni proxime accedit, quando iusurandum ab ARISTOTELE *Rhet. ad Alex. c. 18.* definitur: *μὴ εἰς τὰς πάρας*

De iurisiurandi delatione

quid sit iusurandum?

de iure Quatuordecim. Caterum ex consideratione thematis statim liquet, quod inter species iuramentorum ad me hoc loco tantum pertineat *iuramentum* quod vulgo vocant *asseritorium*, & 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 iurandi quod attinet, deferre iuramentum in genere est, exigere ab aliquo, ut propositionis assertionem confirmet inuocatione Dei in vindictam perfidia. Vnde ista delatio, de qua in presenti tracto, *est actus, quo is, cui incumbit probatio propositionis eiusdem, exigit ab aduersario, ut contrariam suam propositionis huius assertionem confirmet inuocatione Dei in vindictam perfidia.*

§. IX.

De ea monita
quedam generalia

Nunc quoque pauca de huius iurandi delationis indole generatim monenda sunt, antequam ipsa de eius licentia in reprobatione argumenta profertur possunt. Ab initio statim perpendendum est, 1) quis eius sit finis? Nimirum litigator deferens cupit, quod aduersarius *aut a)* propositionem secundum deferentis intentionem meru vindictae diuinae in periculum prouocandae confiteri debeat, ut hoc modo ex ipsa hac confessione iudici de intentione deferentis fides fiat, atque hic aliis superfedere possit probationibus, *aut b)* quod aduersarius contrariam suam assertionem corroborare debeat prouocatione vindictae diuinae in se ipsum, si falsa sit haec eius assertio, quo facto 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

Imaginat. equitat. prob. pro evitand. periur. §. 20. Hoc ipso argumento itaque iudex quoque vitur, vt sibi fides fiat de facto controverfo 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. IVR. ARG. Tit. de Iurciur. Thes. 20. Ex his II) facile colligo, quod iurisiurandi delatio a litigatore facta eiusque prestatio participet ex transactione & probatione. Porro III) inde & ex dictis §. 5. atque 7. apparet, quid statuendum sit de dissensu Iuriconsultorum, quorum quidam negant iurisiurandi delationem esse probationem, illamque tantum releuationem ab onere probandi dicunt ex L. 30. pr. D. §. L. 3. C. de Iurciur. COLLEC. IVR. ARG. loc. cit. thes. 19. alii autem illam inter species probationis diferte referunt STRYCK. Vsu Mod. Tit. de Iurciur. §. 2. MEYVS P. 4. Decif. 6. Existimo enim, vtramque sententiam suo modo esse veram, simulque citra contradictionem stare posse, vt adeo satis apte HELVSTI. D. NIGASSERVS in Post. Practic. seu prim. fundam. process. commun. cap. XIV. posit. 2. vtramque sententiam coniunxerit, & pro fundamento plurimum conclusio- num 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 favore probationis questio sit, posterior autem, quoties de odio & preclusionem: etfi Iuriconsulti Saxonici quidam, istum dissensum non satis rite per-

De ea non
dubium
est

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 uisitarum interpretationi & neglectui distinctionum de probatione §. 5. propositarum adscribenda est; quam tamen multa fora sequuntur *uid.* BEYER. *Delin. iur. cin. ad pond. Tit. de Probat. pos. 7. not. 6.* Si itaque dicendum, quomodo hæc res se habeat; ea prorsus redit ad æquitationem 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 factis quorundam iudici faciendam; tunc iurisiurandi delatio ad probationem referri nequit, sed erit modus releuandi ab onere probationis hoc modo sumta. Iam enim accepimus, eum esse iuramenti delationis finem, quod illud inferens, ab aduersario propositionis controuersæ assertionem sub inuocatione Dei in vindictam perituri exigendo, uelit per metum uindictæ diuinæ elicere ab eo confessionem huius propositionis faciendam iuxta (deserentis) 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 nis quidem instructus sit, sed difficultate & mora, quæ

quæ isti actui probandi intercedere solet, carere atque ad brevius hocce veritatis exquirenda auxilium & litium expediendarum remedium confugere mali: quod merito leges in iudiciis indulserunt tum propter obscuritatem quarundam causarum, tum ob brevitatis studium in litibus componendis, tum quod iudex controuersiam dirimere nequeat, nisi fides factorum propositorum ipsi sit nata; quapropter eius est, iuriurandi religione alteri parti legitimo modo, i. e. aut ad delationem partis aut citra eam secundum leges, proposita explorare, quantum fidei cuiuslibet 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. iuris pr. ciu. Lib. V. Tit. XXIV. §. 2.* atque propterea cum aliis probationibus comparetur, quemadmodum *L. n. C. de Reb. Cred. et Iuriur.* plus vna vice sacramenti illatio aliis probationibus iungitur *COLLEG. IUR. ARGENT. Tit. de Iuriur. thes. 19.* atque hæ res ita efferuntur, vt pro speciebus eiusdem generis habitæ sint: verum etiam asserere poterit, qui hætenus & §. 8. *preced.* dicta curatius confert cum probationis significato primo & secundo huiusque præsertim specie priore iuxta §. 5. *num. 1. et II. a.* Scilicet si cuiusdam 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 contentum est, vt pro iurare nolente, adeoque pro confi-

tente habeatur *L. 3. D. de iureiur.* & tunc veritas saltem
 ciuilliter 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 deferen-
 tis. At *fides ipsa, que in iudice efficitur de veritate facti*
 dicitur & est *probatio*, per §. 5. num. I. 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 unde fidem de veritate*
facti propositi iudex haurit, dicitur & est *probatio* per §. 5. num.
 II. a. Plane si sub probatione intelligamus *medium, quo*
litigator dicitur, ad fidem iudici faciendam §. 5. num. II. b.
 tunc quidem sacramenti illatio tale medium non est, suo
 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 significatu *probatio*
 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, euidentia facti, iudicia & præiudicia pari modo ad probationem referantur *vid. TREVTL. Vol. II. Disp. IV. Thes. 1. 2. & 3. ibique notata*, CAMILL. BORELLVM *Tom. II. Decis. 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.* Præterea 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 statuat. Tantum ergo abest, vt interens sacramentum iniquitatis accusari possit, vt potius æquissimus in aduersarium suum iudicandus sit. V) Inde est quod plerique litigatores admodum proni sint ad iurandum, atque vterque litigantium plerumque cupiat, vt admittatur ad intentionem suam iureiurando corroborandam: at tamen 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) præmittendum 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 hæc 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, vti litem ita sacramentum calumniæ causa inferre leges positivæ prohibeant, atque iudici, cui fides de contro-*

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

§. X.

Transitio ad
solutionem
thematis

cuius V. sunt
questiones

Exposita summam in dolo probationis & reprobationis pariter ac sacramenti illationis, quæ a litigatore in iudiciis fit; nunc distinctus 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 questiones sequentes reducenda est. Scilicet: I) numme 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 quaritur, num quid eorum, quæ directo contrarium precedenti principali probationi concernunt, sacramento committi possit? Dein III) an reprobaturus, ad exceptionum suarum confessionem aduersarium suum iurisiurandi religione prouocare queat? Denique IV) videndum, satisne iusteis, qui principalem suscipit probationem suæ intentionis, præterea quoque de articulis elisiuis, aduersis allegationibus directo contrariis, sacramentum exigere queat? Postremo V) querere posses, an reprobaturus super iisdem circumstantiis iurisiurandi delationem coniungere possit cum aliis probandi mediis?

§. XI.
 I) Prima quaestio quin affirmanda sit, vix quisquam dubitandi habuisset causam; nisi fuissent, qui, sufficiente vocabulo *probationis* & æquiuocationis, qua incertum reddebatur, explicatione neglecta, dubitauerint, an iurisiurandi illatio sit species probationis. Quod cum multi negauerint *v. §. 9. n. III.* effecit, vt non solum negauerint reo reprobato iurisiurandi deferendi licentiam, postquam aut ipse se ad probandum obtulerit, aut per sententiam iudicis, quæ in rem iudicatam abiit, ipsi probatio sit iniuncta, quam thesia tamen limitationibus quam plurimis ferme destruxerunt, vt statim docebitur; verum ipse ordinationes 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. MEY. ad Ius Lubec. lib. V. Tit. VIII. art. 2.* Sed tale quid nulla lege vniuersali cautum est; quin potius causa, quæ huic dubio occasionem dedit, iam satisfactum simulque deductum est *§. 9. n. III.* quod iurisiurandi delatio omnino ad probationem pertineat. Atque si vniquam leges earumque argumenta incongruè allegata fuerunt, certe quilibet sola inspectione *Legis 83. D. de Condit. & demonstr. §. L. ult. C. de Probat.* deprehendet, quam minus apte vulgo contraria sententia ex his legibus adstruatur. Et quid inde fieret, etsi sacramenti delationem tantum pro releuatione ab onere probandi habere velis? Equidem non video, quod litigatori onus probandi minus de iure incumbat, antequam per sententiam iudicis ipsi istud impositum sit, aut ad id se obtulerit; nihilominus

IXO

C

tamen

Quaestio Ima

In obsequi
monentibus
statuaturIn v. v. v. v. v.
monentibus

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 salva 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 presumendus sit *MART. cit. com. Tit. XVIII. §. 4. v. 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. Ex acte hæc principia conueniunt cum legibus patriis: quippe *Ordinat. Cancell. Br. Luneb. Wölferbyr. de anno 1651. art. 47. vers. 2.* wurde auch demjenigen, welchen der Beweis aufseuget, erwann 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. 14. §. 1. vers. frey seyn soll. ic.* quemadmodum etiam

iam in Electoratu Saxonico ab antiquo iure recessit
Erläutert. und Verbessert. Process-Ordnung ad
Tit. XLX. §. 2. maxime ad Tit. XXI. §. 2. atque cum ha-
 ctenus dictis conspirat: qui praeterea auctoritatem ICto-
 rum desiderat, adeat velim MARTINI *cit. loc. ad §. 1. §.*
 4. STRYCK. *cit. loc. cap. XX. §. 2.* Ceterum ubi 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 legislativam
 spectas, emendatione indigeant. Equis putaret,
 quod talis emendatio fieri non debeat: cum ista leges
 commentatorum limitationibus, quas multa tribu-
 nalia sequuntur, saltem non penitus sint inversæ;
 quippe quibus factum, quod ista iuramenti delationis
 restrictio tantum locum habere credatur, si reus pro-
 fus affirmatiue contestatus fuerit litem & huic litem
 contestationi affirmatiue adnexerit exceptiones per-
 emtorias, quarum solarum probatio ipsi vel ex iudicis
 sententia, vel propria oblatione incumbat. Con-
 trario admittunt reum ad delationem sacramenti, si
 litem vel penitus vel pro parte tantum negatiue con-
 testatus fuerit, atque sic litem contestationi adiecerit
 exceptiones peremtorias, quarum probationem po-
 stea subire debeat, siue is hanc facultatem ante sen-
 tentiam interlocutoriam probationem iniungentem
 sibi seruauerit, siue minus; siue ea per sententiam
 permilla sit, siue non; imò tunc quoque, si ad repro-
 bationem se obtulerit, 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 diferte aliud constituisset, adeoque procul dubio, uti de statuti erronee docent, stricte esse intelligendum, ne ladat ius commune, quia hoc ius reo ipso iure competere, adeoque a iudice ipsi auferri nequiverit, tum denique quia sacramenti illatio succederet in locum probationis CAREZ. *Process. Jur. 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, ut 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 deuolutiuo impediat & sic adhuc remedio pendente iusiurandum aduersario deferat MARTINI. *Comment. ad Ord. iud. Sax. ad Tit. XIII. §. 4. num. 10. 12. ibique citati.* An vero hæc 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.

II) Succedat itaque nunc secunda quaestio *vid. Quæstio IIa*
 §. 10. *num. II.* nempe: num quid eorum, quæ directo
 contraria sunt precedenti probationi principali, sa-
 cramento committi possit? Hæc quaestio maxime
 ambigua est, ita vt multi eam negauerint: ego
 autem etiam quoad hanc aliter sentio *vid. §. 3.* Quo-
 niam vero mea sententia inopinata pariter ac impro-
 babilis multis sine dubio videbitur: propterea hanc
 quaestionem examinandam præsertim mihi proposui.
 Regulam itaque ordinariam atque responsionem etiam
 ad hanc quaestionem affirmatiue concipiendam esse
 existimo secundum *dicta §. 3.* Nam reprobatio qua
 litigatori (qui plerumque reus est, & licet quoque
 actor esse possit, par tamen vtriusque ratio est) re-
 probatio, inquam, qua litigatori contra probationem
 principalem præcedentem competit, non solum ipsi
 competit respectu exceptionum peremptoriarum &
 diuersarum ab aduersarii intentionem fulcientibus cir-
 cumstantiis allegationum, verum eadem quoad di-
 recto contrarium intentionis aduersæ & ad deducen-
 dum, quod factum ab aduersario propositum falsum
 sit, 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 proban-
 di, an testibus, an documentis, an iurisiurandi dela-
 tione vti velit, pro fide iudici facienda de facto con-
 trouerfo §. 7. *num. IV.* STRYCK. *Intrud. ad Prax. for. cap.*
XVII. §. 9. sic quoque eadem libertas statuendi, quid
 medii probandi vel releuandi ab hoc onere sibi expe-
 diat,

diat, reprobaturō vt 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 correspondens 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 tam diu standum esse regulā 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 infitio 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. §. 2. n. I. & III.* ipsum prouocando vt contraria sua asserta iurando confirmet: non video, quod reus pari auxilio, ad fidem iudici faciendam, & a solemnī atque prolixa reprobatione, qua ipsi tamen competit, se liberandum non debeat frui. Neque reprobaturus iurandum aduersa 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 *§. 2. n. IV.* Id quod adhuc inde apparet, quod plerique litigantes admodum proni sint ad iurandum, & quilibet eorum optet, quin

sæpe

sepe vrgeat, vt ad mittatur ad fidem iudici suo facien-
dam iureiurando, vti vel maxime ex disputationibus
patet, qua post probationem peractam de iuramento
suppletorio & purgatorio inter litigantes oriri solent:
cum vero extra casum sacramentorum legalium ex of-
ficio quoque a iudice deferendorum nemo se ipsum
ad iusiurandum offerre seque ipsum propriae causa
testem & iudicem constituere possit §. 9. num. IV. & V.
sed ipse causam aduersarii committere, atque expe-
ctare debet, an hic ipsi sacramentum relaturus sit:
hoc itaque beneficio afficitur litigator, cuius religio-
ni aduersarius reprobaturus causam committit, vt
nunc admittatur ad id, quod optabat, nec tamen
sponte vrgeri poterat. Consideres quoque velim,
quod actor, vel, si mauis, qui principalem probationem
obtulit, aut sciat, intentionem suam esse veram, aut
contra: si prius: cur non iurat? cum tamen mani-
feste 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 po-
terit eiusmodi litigator? Idem quoque dicendum est
etiã si non de veritatis sed de credulitatis, quod vo-
cant, iureiurando tantum quæstio sit. Mihi inde
consequi videtur, quod tale iusiurandum renuens
animum litem protrahendi & iniusto iurgio aduersa-
rium vexandi plerumque prodat. Quin potius ius-
iurandum 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. B. & n. III. Præterea accidere potest,
vt principaliter ad probandum obligatus lucretur, si
5931
ipsum

ipsius conscientiae causam committat altera pars: non raro enim, quam speravit 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 deseritur, 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 iuriurandi §. *q. 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 iurairanda non sit recurrendum; vnde non solum parti cui libet permittitur expetere, vt sibi tale sacramentum a iudice deferatur; sed etiam vrgere 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 querere velis: maxime cum etiam in hac delatione sacramenti, iudicis arbitrium prudens non excludatur. Quin colligo inde, quod
hac

hæc delatio integra fit, elapso licet aut neglecto termino reprobatorio. Multo maior ratio sacramentum infrendi superest §. 2. *num. I. in fin. & num. III. verb. quod merito &c.* Totulo attestatorum probationis principalis nondum publicato; cum hoc casu adhuc maioribus dubiis causa sit obnoxia: quippe incertum est, quid quantumue probatum sit, quantumue aliis contrariis probationibus eliditur 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 documentum ad confessionem actionis argumentum necesse queat: quæ dubia & lites ergo hac occasione oriri soleant, non fugit negotiorum forensium gnaros: taceo quod etiam documentorum vim evertere possit reprobatione reus. Amplius monendi sumus, quod permittatur actori post examen testium protestari contra publicationem attestatorum & 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, offensam 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 posset §. 2. 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 diei, similibusque exceptionum obiectione; aut si ipsam recognitionis validitatem in discrimen vocet, obiecta fraudulosa ad recognoscendum inductione, concussionem, & si quæ alia huius sint generis.

§. XIII.

Remotio dubiorum

Videamus autem quoque dubia, quæ contra hanc doctrinam moueri solent, & exploremus, quale pondus ipsis inest. 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 aliquid 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 1170. 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 demum ad huiusmodi suffragium sit recurrendum, cum alie legitime probationes desse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus.* Sed nihil in hoc textu deprehendo, quod sententiæ meæ, quam hactenus exposui, contrarium sit; utpote 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 capit 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 constat iudici, quod plena sit, illa verba omnis Actorum 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, ut etiam is, qui plene probauisset, nihilominus iusiurandum subire & vna cum testibus iurare debuisset, qui præsertim refert, hunc morem apud Venetos obtinuisse, indeque conicit, Pontificem hanc epistolam decretalem alicui Prælato Veneticarum misisse. Certe huic interpretationi admodum opitulatur mos probandi circa istud tempus non solum Venetiis sed etiam alibi vsitatus, ut vna cum sacramentalibus seu testibus iurare deberet litigator, qua de re plura dixit DN. PRAESES *cit. Diff. §. XI.* quemadmodum, quod sermo fit de plena probatione iam iam nota, & docet idem

coniurandi mos, 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 legitima probationes adesse 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 *fin. §. præc.* diserte saluum reliqui arbitrium iudici, qui sententia de necessitate præstandi iusiurandum delatum pronuntianda statuere debeat, an actu probandi iam peracto & mediis probandi a partibus propositis iam iam publicatis, *adsit probatio legitima & adeo perfecta*, vt iusiurandum pro *superfluo* præstitus habeat, atque citra illud iam *plenissima fides* nata sit. At tamen hæc non destruunt regulam de admittenda iurisurandi 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 iurisurandi delationem de directe contrariò probationis præcedentis proferuntur. Redeunt autem maxime huc: quod a) aut actor probauerit: b) aut defecerit in probatione sibi imposta: 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 admitteatur iusiurandum, frustra hæc esset suscepta probatio: si vero

si vero constituatur, quod actor defecerit in probatione; tunc reus esset absolvendus, adeoque iterum sacramentum superfluum esset. Enimvero, vim huius dilemmatis facile euertere posse, credo: nam *vitium est in oppositione*, utpote cum prater duo priora membra argumenti adhuc detur tertium, immo quartum. Dicendum enim esset; postquam actori per sententiam iudicis probatio semel iniuncta est, tunc actor a) aut probavit *plene*, aut b) *nihil plane* probavit, aut c) aliquid tantum probavit, & quidem ut vel, a) *suppletorio* vel b) *purgatorio* locus esse posset, aut denique d) *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 Probati.* 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 prestandum, *frustranea est probatio*; vel c) si prestandum, *proderit ad minimum uti suppletorium aut purgatorium*. In *consequentiâ* ideo vitium esse arbitror, quia *defensio ista conscientie probationibus non ubique legibus provincialibus approbata*, legum communium principis autem destituta est, adeoque ipsius huius defensionis iustitia dubia magis est, uti latius deduxit THOMASIVS *Diss. de quibusdam litium proxi act. in materia iuramentorum*, quam quod ex ea solidum & concludens aliquid

quod argumentum contra iurisiurandi delationem
necti possit. Quin posito quoque, quod admittatur
probatio pro exoneranda conscientia, seu defensio
conscientiæ probationibus, & concedamus, ut is, cui
iurandum illatum est, se offerat ad hanc defensionem,
ac loco eius prouocet ad probationes, quas iudici
iam exhibuit: non magis tamen inde efficietur iuris iu-
randi delatio frustranea, quam si primum, ubi nulla
præcesserit probatio, iurandum esset delatum: at-
que tunc is, cui delatum, obtulisset defensionem
conscientiæ. Prætereaque illud dubium iterum mi-
nus recte supponit, quod semper præcedat plena pro-
batio eaque iam satis nota: attamen vnicus eiusmodi
casus potius ad exceptionem *in fine §. præc.* propo-
sitam, quam ad regulam ordinariam *§. eod.* 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 deluisse
iurandum ante publicationem probationis, ubi ad-
huc dubium sit, quantum fuerit probatum; tunc repe-
tenda omnia, quæ hanc in rem disserui *§. præc.* Quod
si autem vel maxime dicere velis, quod etiam hoc
casu fieri possit, ut publicatis testimoniis appareat
plena probatio, adeoque tunc certe iurisiurandi dela-
tio effectu careat: tunc respondebo, quod ab eo,
quod per accidens fieri potest, inualidum construatur
argumentum: præsertim cum tale quid accidere et-
iam possit, si ab initio iurandum a litigatore dela-
tum, & ab aduersario defensio conscientiæ offeratur.
Accedit & hoc, quod deferens nesciat, an aduersarius
iurandum 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 thesiam 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 defertur, iterumque committatur fallacia accedentis; atque deferens habet, quod sibi imputet, favori suo renunciando: forsan autem non sine ratione id facit, qui obuiam ire vult: tricis, quas etiam is, qui nihil probauit, neccere 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 vid. §. 10. an reprobaturus ad exceptionum suarum confessionem aduersarium suum iurisivrandi religione prouocare queat? minus dubium erit post deducta §. 11. quod sit affirmanda. In quibus tamen casibus liceat, etiam

Quæstio IIIa

etiam de hac quaestione scrupulus oriri posset: & forsan 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 elisiuos 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 præsentis specie valebunt; quoniam in ea minus dubium est, actorem anticipatione sua reo ius suum eligendi, quo medio probandi vel releuandi vti velit, auferre non posse. Prætera adhuc negant multi ICI, quod in processu summario, vtpote executiuo atque cambiali, reus exceptiones suas conscientia actoris committere queat: tractauit hanc rem tam ex sententia negantium quam affirmantium MARTINI *cit. Com. ad Tit. XIII. §. 1. n. 76. seqq. & plenius ad Tit. XXXIX. §. 3. n. 73.* cuius sententia affirmantis declaranda & firmanda 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 pecuniæ contra chirographum, ad minimum post elapsam 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 sumitur in obiectione ista, sed quod releuatio tam a solemnī actū probationis quam minus solemnī demonstrationis *vid. cit. §. 5. num. III. sit, & 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, obstat 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, aut referat: & quæso, nonne æque tales controuersia circa ipsam chirographi recognitionem in continenti faciendam oriri possunt? immo & *quod in continenti* longitudinem pariter ac latitudinem habere in foris & dogmatibus Ictorum, satis ostendit DN. PRAESES *Diss. de Except. litis ingress. impediētibz iustitiæ impediment. §. 16.* Ad tertiam rationem 3) partim repetenda sunt dicta §. 13. partim ea aliena est a statu controuersia: 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 hu-

E
ius.

ius prescriptionis 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, ut 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 conscientia actoris? Affirmarunt iam quidam tunc, si illa non per modum exceptionis non numerata pecunie sed *exceptionis doli mali* obiciatur BEYER *Delin. iur. Ciu. ordin. Pand. ad Tit. de Reb. cred. text. & not. a. & b. Idem ad Instir. Tit. de Literar. obl. pos. 2. not. b.* ita ut vrgeat reus, se ab actore nihil accepisse, adeoque hunc *dolose* non datum repetere. Nam in Germania & secundum æquitatem naturalem non est insistentum duro iuri civili Romano reum post biennium obliganti non quia accepit, sed simpliciter quia scripsit, se accepisse. In Germania potius chirographus etiam post lapsum biennii tantum presumptionem 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 privilegium eius, quo ante biennium probandi onus aduersario imponitur, quam totam exceptionem tangunt, & quantum ponderis ipsis insit, expendere iam non vacat. Vnde quoque BRUNNEMANNVS *in Comment. 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 respondendorum: sine pragnante 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. Conf. 32. Def. 65.* sententiam explosam pronunciet admittentis reum quoque post biennium ad probationem exceptionis *non numerat. e pecunie;* nam mitto, quod idem BEYERVS *ad Tit. Pand. de Reb. cred.* iteram in suas partes vocet tam CARPZOVIVM quam STRYKIVM *Cautel. Contr. Sect. 2. cap. 2.* & tantum monco, 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 numerata pecunie, quam de aliis, etiam in processu summario, admittenda.

§. XVI. Tangit ordo questionem quartam *vid. §. 10. Questio IVta*
Sed huic non diu immoror, eamque affirmare non dubito: postquam omnia de questione *II. §. 12. Et 13.* proposita heic iterum valeant. Nec video, cur actori non liceret, difficultatibus circa exceptionem metuendis mox, obuiam ire, & æquissima ratione reum in propria causa constitutere & testem & iudicem.

§. VI. Restat ergo tantum vltima questio *vid. §. 10. Questio Vta*
an scilicet reprobandus de eadem circumstantia iuris-

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 vnam 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. PRAESSES *cit. Diss. de Imag. equit. prob. pro euit. peri.* 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 profus eadem sint circumstantiæ, sed diuersæ, quarum qualibet facit ad factum principale probandum vel illustrandum, vt itaque contradictio, de qua dictum, nulla occurrat, earum vna conscientia committi, altera vero testibus vel instrumentis probari poterit ILLUSTR. DN. GASSERVS *cit. tr. cap. XIV. pos. 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, aliæque probandi media exhibere, illicitum non videtur BEYERVS *cit. Pos. ad Pand. Tit. de Probat. pos. 20. not. g.* Plura addere prohibet iter, quod me viget: gratias tantum deuota mente ago Summo

Numini, a cuius clementia est & studiorum
Academicorum & opusculi huius ini-
riam pariter atque

F I N I S .

MDCCXXXIX

NOBILISSIMO ATQUE DOCTISSIMO
DN. RESPONDENTI

PRÆSES

Annus ab hinc est, quo ad Fridericianam nostram accessisti studii iuris, in quo tam quoad partes theoreticas quam quoad partem practicam partim in Academia Iulia partim in patria industria Patrie-
lis Consultissimi probe imbutus eras, perficiendi causa. Cumque præter reliquorum Ictorum, quorum institutione frui-
tus es, doctrinas meas quoque diligenter haurires, præcipue 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 præteriti anni semestre hiemale collegis
disputatorio in auditorio meo privato, quam per semestre
estiuum, quod nunc abiit, exercitio publico disputatorio sub
batbino occasione Pandectarum meo sub moderamine instituto
interfuisi oppugnator pariter animosus & doctus quam the-
sism, quas ipse concepisti & quæ, quantum ad exercitium
disputatorium publicum attinet, publice typis impressæ pro-
stant, defensor strenuus. Non dubito itaque, quod Te Ean-
dem in præsentis specimine defendendo præstiturus sis. Cum-
que hæc omnia sufficiant testimonii loco de industria & pro-
fectibus Tuis, non opus est, plures ut addam laudes. Potius gra-
tular Tibi de studiis Academicis feliciter absoluis, atque eru-
ditiõne, quam Tibi comparasti: optoque ut in patriam re-
uertenti, ea, quæ didicisti, in aliorum & Tuam utilitatem
feliciter conuertendi occasio, & industrie præmia nunquam
desint; atque ut ex sententia Tibi omnia fluant, voueo. Da-
bam Hale die XI. Nouembris anni MDCCXXXVII.

Daß

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

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

Dieses setze dem Herrn Respondenten zu beständi-
gen Andencken, desselben ergebener Dieher
und Opponent

M. A. Freyherr von Dyhern.

In Ja, gelehrter Freund! Du zeigst durch Wort und That,
Dass Elm-als Saal-Althen 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 seinem
Abzuge nochmahlen gehorsamst empfehlen, und
Ihn dabey der alten academischen Freundschaft
bester massen erinnern Deffen verbündener Diener

J. G. Lehmann,

Opponent.

La Raison la nature; & les livres, ensemble,
Ont mis tous leurs efforts, a se faire scauans
Tu les as surpassé, & l'injustice tremble.
On t'oposera vainement
Car par tes Argumens tu vaincras come semble.

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

I. L. de GASC.

(o)

00 A 6454

ULB Halle

3

002 935 880

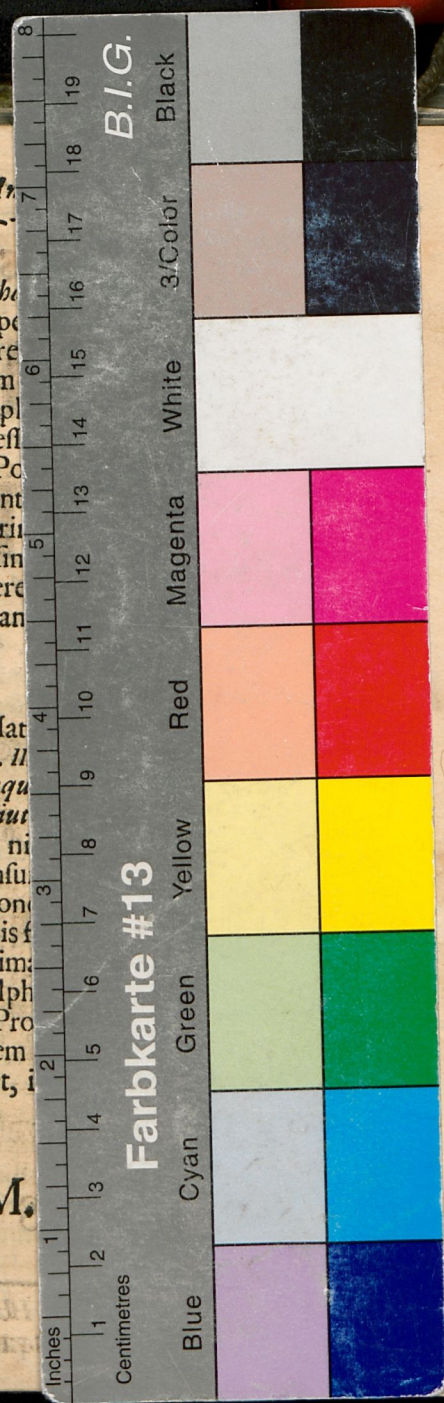


sb.

Wort







3

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.

