

Wg. 40.



DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA 9
DE
PROBATIONE PER LIBROS
MERCATORVM.

QVAM
AVSPICIIS REGIIS
AVCTORITATE ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM
ORDINIS
IN
ACADEMIA GEORGIA AVGVSTA
PRO SVMMIS IN VTROVQVE IVRE HONORIBVS
RITE CAPESSENDIS
DEFENDET
DIE XXVI. SEPTEMBRIS MDCCXCV.
IOACHIMVS NICOLAVS SCHAFFSHAVSEN,
HAMBVRGENSIS.

GOTTINGAE,
TYPIS IOANNIS GEORGII ROSENBVSCHIL.

DISSERTATIO IN VOLENTIAE UNIVERSITATE
DE
PROBATIONE PER LIBROS
MERCATORUM

AVSTRIAE REGIS
ACADEMIAE PRAESIDENTIS HONORIS
CAUSA
D. JOHANNES SCHWABENHAUSEN
PRO STIMULO IN VITAE HONORISQUE
HUIUS CAUSIS

AVSTRIAE REGIS
ACADEMIAE PRAESIDENTIS HONORIS
CAUSA
D. JOHANNES SCHWABENHAUSEN
PROBATIONE PER LIBROS
MERCATORUM

COPTICUM

IN VOLENTIAE UNIVERSITATE



INCLYTAE
LIBERAE SACRI ROMANI IMPERII
REIPUBLICAE HAMBVRGENSIS
S E N A T V I
SPLENDIDISSIMO ET AMPLISSIMO
V I R I S
MAGNIFICIS PERILLVSTRIBVS
CONSVLTISSIMIS EXCELLENTISSIMIS

PATRIAE PATRIBVS
PATRONIS ET FAVORIBVS

SVIS INDVLGENTISSIMIS

HASCE STVDIORVM SVORVM PRIMITIAS
OMNI QVA PAR EST SVBMISSIONE ET REVERENTIA

OFFERT

TANTORVM NOMINVM

CVLTOR OBSERVANTISSIMVS

AVCTOR.



DE

PROBATIONE PER LIBROS MERCATORVM.

Rerum summa haec est:

- I. Instituti ratio declaratur. §. I.
- II. De fatis privilegii librorum mercatoriorum. §. II. III.
- III. De privilegii ambitu, ad principia de communione iurium in Germania revocato. §. IV.
- IV. De fundamento privilegii. §. V.
- V. De conditione librorum, quae requiritur, ut privilegio gaudeant.
 1. Liber principalis sit. Diarium eandem vim non nisi exceptionis modo habet. §. VI.
 2. Enumerantur reliqua requisita. §. VII.
 3. Num omnia ac singula requisita simul adesse debeant? §. VIII.
- VI. De his, quae vi privilegii probari possunt.
 1. Non solum quantum debiti, sed etiam causa debendi probari potest. §. IX.
 2. Modo subsit negotium circa debitum et creditum occasione mercaturae initum. §. X.
- VII. De eo, in quantum libri probent?
 1. In regula minus plene probant, nisi statutum maiorem ipsis vim tribuat. §. XI.
 2. Quomodo eiusmodi statutum interpretandum sit? §. XII.

VIII.

VIII. De his, qui privilegio gaudent.

1. Competit omnibus mercatoribus. Brevi explicatur, quis sit mercator? §. XIII.
 2. Extenditur ad eos, qui in negotiis suis diffusis libris, more mercatorum conscriptis, utuntur. §. XIV.
 3. De libris mensariorum. §. XV.
 4. De libris iudaeorum. §. XVI.
 5. De his, qui privilegio indignos se fecisse arguuntur.
 - a. De his, qui infamia laborant. §. XVII.
 - b. De decoctoribus. §. XVIII.
 - c. De his, quorum libri suspicionis ideo accusantur, quia in alia causa adversarii libris, iuramento munitis, victi sunt. §. XIX.
 6. Conservatur privilegium, etiamsi mercatores aliud vitae genus praeter mercaturam elegerint. §. XX.
 7. Non autem privilegio gaudent personae extraneae. §. XXI.
- IX. De his, contra quos privilegio locus est. §. XXII.
- X. De modo privilegii exercendi.
1. De modo producendi libros. §. XXIII.
 2. Habita in primis ratione loci, ubi productio fieri debet. §. XXIV.
 3. De iuramento suppletorio. §. XXV.
 4. In specie de ipsius remissione. §. XXVI.
 5. Num conventus contra se libros suos edere obligatus sit? §. XXVII.
 6. Num admittatur probatio in contrarium? §. XXVIII.

V

IV

T H E S E S.

I.

Citra casum defensionis territorii cives ad militiam iure cogi non possunt.

II.

Legatum liberationis ab indebito est nullum, licet species aut quantitas sit determinata, ob L. 75. §. 2. D. de leg. I.

III.

Correi debendi beneficium habent divisionis, ob Nov. 99. c. I.

IV.

Transactio ob enormem laesionem rescindi nequit.

V.

V.

Condictio indebiti scienter indebitum solventi non indistincte deneganda est.

VI.

Nec pactum nec iusiurandum de non ferendo testimonio ullam habet vim, ob c. 4. X. de testib. cogend.

VII.

Interpretatio legum criminalium extensiva in regula admittenda non est.

VIII.

In causis criminalibus suppletorio accusatoris iuramento locus non datur.

III.

VI.

§. I.

I. *Instituti ratio declaratur.*

Libri rationum praecipui, quibus mercatores utuntur, sunt diarium seu adversarius (*das Journal, oder das Tagebuch*) et codex rationum principalis (*das Hauptbuch*). In adversario omnia negotia, mercaturam concernentia, secundum ordinem dierum singulis partitis (*Posten*) breviter ita annotantur, ut ex eo facile in codicem principalem transferri possint. In codice principali quisque, quocum mercatori negotia sunt, et quodvis mercaturae obiectum, cuius natura hoc postulat, propriam rationem (*Rechnung oder Conto*) habet, in cuius sinistra parte credita, in dextra vero debita scribuntur. Nonnulli mercatores praeter adversarium librum memorialem (*Memorialbuch, Manual, Strazza*) habent, in quo omnia, mercaturam concernentia, celeriter et brevi annotantur, et ex quo postea partitae diarii formantur, ut hoc eo rectius et emendatius conscriptum sit. Reliquos rationum libros subsidiales (*Nebenbücher, Hülsbücher*) recensere, meum non est.

Secundum consuetudinem generalem mercatoribus privilegium speciale competit, vi cuius rite confectus codex rationum in negotiis mercatoriis non solum pro codicis domino, sed etiam, eo mortuo, pro ipsius heredibus, in eo se fundantibus, probationem semiplenam, et si per iuramentum libri contenta sint confirmata, plenam contra debitorem probationem facit.

Illustrationem istius iuris singularis, recedentis mirum quantum ab illo iuris Romani: scripturam pro scribente nil probare; aut ab illa iam in capitularibus facta prohibitione: ut nullus in sua causa iudicet, aut testimonium dicat, descriptionis huius argumentum sumsi. Quem rerum ordinem secutus sum, ex tabula praefixa satis pater.

Idem argumentum ab aliis iam tractatum est. Inter antiquiores eminet Io. KLEIN, qui dissertationem scripsit *de probatione, quae fit per libros mercatorum*, Rostoch. 1698. Inserta est eius volumini *dissertationum iuridicarum*, quod prodit 1706 in forma quadruplicata Gustavo, non Berolini, ut NETTELBLADT (in *initio historiae literariae iuridicae universalis*, p. 344) male habet, et ex eo WESTPHAL in *Anleitung zur iuristischen Bücherkenntnis*, p. 1095. Reliquorum auctorum notitiam, quaere in bibliotheca iuris LIPENII cum supplementis SCHOTTII et SENKENBERGII sub rubrica: *mercatorum libri*. Nonnullae tamen dissertationes addendae sunt: C. A. BREHM *de probatione ex libro mercatoris*. Lipsiae 1784. IOA. LUD. CAR. MEISTER *de fide librorum mercatoriorum*. Gottingae 1789.

Num quid bonae frugis post illa doctorum virorum studia ad argumentum attulerim, non adeo mihi sum Suffenus, quin id aliorum esse iudicii libenter atque ingenue fatear.

§. II.

II. *De factis privilegii librorum mercatoriorum.*

Cum medio aevo in Italia mercatura floruerit, verisimillimum est, tunc temporis iam consuetudinem extitisse, vi cuius libri mercatorii semiplene probarent. Iureconsulti vero, cuncta ex corpore iuris haurire cupientes, etiam privilegium librorum mercatoriorum, quod inter mercatores receptum esse fortasse observant, in illo invenire studuerunt. Nam glossatores ex L. 26. §. 2. D. depositi vel contra, aliisque quibusdam iuris Romani locis (*) collegere, librum pro scribente in connexis probare, id est, si codex expensa et accepta contineat, et haec se recte habere dicantur, fidem etiam habendam esse illis. Ita iam ante seculum XIII., librum mercatorium pro mercatore probare, doctores asseruerunt. Tali modo consuetudo, inter mercatores recepta, etiam in systemata et commentarios iureconsultorum irrepsit. Cum vero iisdem temporibus plures civitates Italicae sibi nova statuta conderent, iis consuetudo, quae libris mercatorum semiplenam vim tribuit, confirmata est. Iam non difficile est ad intelligendum, qua via eadem doctrina se per universam Europam diffuderit. Nam ab Italicis civitatibus medio aevo non solum industria

(*) L. 9. §. 2. D. de edendo. L. 6. C. de probat.

et commercium, sed etiam iuris scientia in reliquis Europae
terras propagata est ⁽²⁾.

§. III.

Continuatio.

Quando primum in fora Germaniae institutum se propa-
gaverit? ubinam vim suam primum exseruerit? quis cultus
eiusdem deinceps fuerit? quos progressus fecerit? quaenam,
ut brevi dicam, fata prius expertum sit, quam ad tale auctori-
tatis fastigium, quo nunc illud positum conspicimus, pervene-
rit? nondum satis liquet.

Nec mihi per temporis angustias licuit, in tam operosam
disquisitionem descendere. Evolvi tamen, ut mihi, satis rei
curioso, aliquatenus certe satisfacerem, alios atque alios li-
bros. Quid extricaverim, paucis dicam.

Non adeo diu esse videtur, ex quo privilegium librorum
mercatoriorum in patria nostra invaluit. Silent certe de eo
statuta Salfeldensia seculi XIII., etiamsi mentionem ipsius faci-
endi, si tunc iam usus ipsius in urbe fuisset, summa opportu-
nitas, imo necessitas erat. Loquuntur enim satis copiose de
his, quae argumentum de probatione iudiciali concernunt,
Qui fieri poterat, ut illud privilegium solum, si extitisset, omit-
terent? Contraria ei potius sunt, quae articulo XIII. et XIV. de
probatione mercatorum expresse sanciantur:

Art.

(2) HEINECCIUS in dissertatione: *de libris mercatorum foro cedentium*,
§. 16. 17. 18.

Art. XIII. »Ein Koufman obirzcugit einen lantman vmm
me gelthafte Schult mit zwen Koufmannen
oder mit eime Koufmanne und mit eime
Lantmanne.»

Art. XIV. »Sal ein Koufman eime andern Koufmanne
gelde. wil her yme loukene her irczugit sin
gelt mit zwen warafsten Koufmannen» (3).

Ex quibus locis, si comparantur cum articulo 177, appa-
ret, mercatoribus vulgarem viam in modo probandi monstrari,
testes ipsis opus fuisse, perinde ac cuivis alii ex populo, quin
in delectu testium eosdem moribus parere debuissent communi-
bus, quibus testes, reo pares, prae reliquis praestabant (4). Ar-
ticulus 177. ita nimirum sonat:

»Dat is ein recht der stad were daz ein burger den an-
dern burger beklaite iz si vmmе waz sache iz sy wil
her en vberzuge so sal her en vbirzuce mit zwen
burgern di iz gesen vnd gehort haben mochte he
zweiger burgere nicht gehabe so sal her habe eyn
burgere und eyn lantman were ouch daz ein lant-
man einen burger solde vbirzuce mit eyme burgere
vnd mit eyme lantmanne di iz gesen vnd gehort ha-
ben adir mit zwen burgern» (5).

Pari

(3) WALCHS *Beyträge zum Deutschen Rechts*, T. I. p. 17.

(4) Cf. C. FR. WALCH *de testis reo paris praestantia*. Ienae, 1756.

(5) Vide WALCHS *Beyträge*. T. I. p. 58.

Pari modo in statutis Augustanis anni 1276. multa occurrunt ab articulo inde 350 ⁽⁶⁾ de probatione per instrumenta; de fide vero librorum mercatoriorum ne vestigium quidem.

Plurimum in hac re valere debet argumentum, a silentio ductum, si sermo est de earum civitatum statutis, quae commerciorum saluti in primis studuerunt. Cuius generis Hamburgum semper fuisse, quis negaverit? Iam vero in statutis Hamburgensibus anni 1497. adhuc de privilegio nostro altum silentium, quantumvis multa sint in doctrina de probationibus per totum caput quintum, inscriptum: *Vann Allerhande bewyse van eeden vnde tughen* ⁽⁷⁾.

Quo tamen non negaverim, *similes*, et aequali certe modo mercatoribus faventes consuetudines multo prius regnasse. Quod ut statuam, ipsi monent articuli ex statutis Salfeldensibus, paulo ante a me excitati. Ibi scilicet mercatori, ut ei sublevetur onus probandi, privilegium datum esse videmus, quo ei vi articuli XIII. venia datur, producendi contra rusticum debitorem 1) pro lubitu, *nec saltem in subsidium*, 2) alterutrum, vel etiam utrumque testem reo haud parem, et quidem 3) ita, ut utroque casu, sive alteruter tantum, sive uterque testis reo impar sit, cuinam alii pares sint, utrum neutri ex partibus litigantibus, an etiam vel creditori ipsi, arbitrio mercatoris relinquatur. Quae sanctio triplici modo favet mercatoribus. Nam in causis non ita privilegiatis, testante articulo 177., ex testibus 1) non nisi unum, qui impar reo est, modo

⁽⁶⁾ Vide WALCHS *Beysräge*. T. IV. p. 333.

⁽⁷⁾ Eodem. T. VI. p. 80-93.

modo 2) non actori par sit, nec tamen 3) aliter, ac in subsidium adhibere permittitur.

Silet quidem iste articulus de privilegio librorum mercatoriorum ipso; innuit tamen aliud, illi admodum affine. Utrumque ad usum et commoditatem instrumentorum probandi, scilicet illud ad testes, hoc ad documenta spectat. Utrumque situm est in exceptione a iure communi, eo consilio facta, ut mercatori in probandis nominibus, occasione mercaturae contractis, subveniatur. Illo detrahitur regulae: scripturam pro scribente non probare; hoc communi maiorum mori: testes reo pares esse oportere.

Equidem non repugnarem, si quis in illo articulo XIII. levia vestigia privilegii librorum mercatoriorum reperta esse diceret. Vetustiora certe, ut equidem scio, nondum comparuere. Ut fallacia sint, hoc commune antiquitatis vitium est.

Ut vero ex una parte articulus XIII docet, pueritiam privilegii in Germania ipsa, et quidem iam a seculo XIII. incepisse, ita ex altera parte articulo XIV. monemur, multa in privilegio hodie aliter esse posita, ac olim. Nec mirum, quod tot seculorum decursu factum sit, ut nonnulla oppositis plane locis hodie stent. Inno articuli XIV. sanctionem, qua mercatori contra mercatorem in testium productione non aequae favetur, ac contra rusticum. Mercatore scilicet reo, ut neuter testium, ab alio mercatore productorum, impar illi sit praescribitur; quod secus se habet, si rusticus reus est. Testium usus ergo in illo casu restrictior atque angustior erat, quam hoc. Contra hodie librorum mercatoriorum usus multo
pin-

pinguior et latior illo casu est, quam hoc. Nam plene probare solent libri contra mercatores in iis locis, ubi contra alios non nisi minus plene, et minus plene contra mercatores, ubi contra alios nihil. Sequitur, quae re ipsa sibi similia sunt, ea, si personae debitoris rationem habeas, adversa fronte sibi contraria esse.

§. IV.

III. *De privilegii ambitu, ad principia de communione iurium in Germania revocato.*

Privilegium librorum mercatoriorum revera in foris nostris regnare, dubitare certe non licet. Testantur MEVIUS ⁽⁸⁾ et KLEIN ⁽⁹⁾. Hic plenam, illic semiplenam obtinent fidem. Aliis in locis ad certa argumenta, aliis restringitur privilegium ad certa requisita ⁽¹⁰⁾.

Praecipuas super probatione ex libris mercatorum constitutiones continent: *ius Lubecense*, parte V. tit. 6. art. 4. *Reformatio Francofurt.* tomo I. tit. 31. §. 12. *Ordinatio provincialis Wirtemb.* anni 1654. parte I. rubr. *Der Kaufleute* etc. *Reformatio Norimbergica*, tit. 8. lege 7. *Ius provinciale Borussicum* de libris mercatorum praecleara constituit parte

⁽⁸⁾ P. I. dec. 241.

⁽⁹⁾ Loc. cit. cap. 3. n. 15.

⁽¹⁰⁾ Legum indicem, quae probationem per libros mercatorum restringunt, dat SELCHOW *in iure Germanico*, §. 206. nota 3. Addatur CARL. GOTTL. KNORRE *von landesfürstlichen Satzungen wider den Beweis durch Handelsbücher und Kramer glauben.* (In den *rechelichen Anmerkungen.* N. 2. p. 8. sqq.)

parte II. tit. 8. §. 562-613. Statutum patrium haec ordinat in parte I. tit. 30. art. 6 et 7: »Wenn Kaufleute und diejenigen, so offene Kram und Laden halten, auch Brauer, ihre Schuld- und Handelsbücher, zu Beweisung ihrer daselbst eingeschriebenen Schulden und Handlung gerichtlich produciren, und dieselben Kauf- und Handelsleute in ihren Gewerben aufrichtig befunden, und eines guten Namens und Leumuths sind, auch ihre Handelsbücher ordentlich und richtig, ehrbarer Kaufleute Gebräuche gemäß, gehalten, und darin nicht allein Creditum, sondern auch Debitum, mit Benennung Jahres, Monates und Tages, geschrieben, die Ursache der Schuld gemeldet, und dieselbe nicht übermäßig, und der Gegentheil solche Bücher durch keine Gegenbeweisung und rechtmässige Vermuthung kann ablehnen; so wird ihnen, in Sachen ihr Gewerbe und Handlung belangend, so viel Glaubens gegeben, dasz dem Producenten der Eid, zu völliger Beweisung zuerkannt werden mag. — Art. 7: »Da aber der Kauf- und Handelsmann, der eines guten Namens gewesen, Todes verfahren wäre, und seine Handelsbücher in der Masse, wie vorgedacht, gehalten hätte; soll denselben Büchern nach seinem Tode vollkommener Glaube gegeben, und darauf erkannt werden».

Quantumvis autem vulgare et ubique obvium sit illud privilegium, tamen quotiescunque adhuc dubium est, utrum hic illicve receptum sit, nec ne, illud praesumere caveas; recentius enim est, quam ut aliquid valere possit contra vim com-

munem iuris peregrini. Semel vero si certo loco receptum et adoptatum esse appareat, ex communi eius natura, si leges loci particulares silent, vel si quid anceps reliquerunt, illud aestimes. Uti iuris Romani regulam: scripturam pro scribente nil probare, communiter abrogatam, ita in ipsius locum, privilegium nostrum communiter successisse negaverim. Quae ex iuris patrii disciplina privilegium illud communia habet, ea pendent a conditione. Non nascitur ex iure communi, vivit tamen exinde et alimenta capit.

Quo nihil detrahere videor iuris patrii auctoritati, quippe cuius *vis communis* non minus in excludendis iis, quae a se aliena, quam in vindicandis iis, quae sibi propria putat, spectatur. Quenam communiter exulent iura in Germania, dicere, non secus argumentum disciplinae iuris patrii communis esse potest, imo debet, quam quanam communiter vigeant.

Sequitur inde, minime probare librum mercatorium, si alio scriptus loco, quam ubi tale statutum viget, ad probandum debitum in iudicio, ubi viget, producitur, nisi illud statutum privilegium ad libros alibi locorum scriptos extendat (11).

Communiter existimatur, si quis librum scripserit in loco, ubi viget statutum aut consuetudo, unde isti attribuitur *vis probandi*, illum non ibi solum, sed etiam in alio loco vel territorio, ubi tale quid cautum aut receptum non fuit, fidem

(11) MEVIUS ad ius Lubecense, P. V. tit. 6. art. 5. n. 6.

facere et capere (12). Rationem huius sententiae esse doctores dicunt, extraneum consuetudini loci se conformasse, in quo contractus est initus, censendum esse. Mihi vero nulla causa adesse videtur, cur liber mercatorius, qui vim probationis ex consuetudine loci vel statuto habet, extra territorium, ubi idem non est introductum, eundem probandi effectum retineat. Nam leges vel consuetudines speciales extra fines iurisdictionis vi carent. Tum etiam non de iuribus et obligationibus ex negotio, extra territorium contracto, et secundum leges loci contractus diiudicando, sed de mediis probandi agitur, quae ex legibus loci, ubi lis est, nequam vero loci contractus initi, sunt diiudicanda.

Ceteroquin privilegium ex regula omnibus competit, qui in civitate statum mercatoris habent, ubi statutum vel consuetudo, quae id introduxit, viget, non attento discrimine, utrum cives sint, nec ne. Est enim privilegium non personae, sed rei, i. e. mercaturae. Exceptio est, si illud civibus tantum, vel certo ordini civium concessum esse apparet.

§. V.

IV. De fundamento privilegii.

Verum fundamentum privilegii neque in favore commerciorum, neque in cura et ordine, qui in conscribendis hisce libris observatur, sed in eo ponendum est, quod sine fide mutua

(12) MEVIUS ibidem. STRACCHA in tractatu de mercatore, tit. quomodo in causis mercatorum procedendum, v. 31.

tua (*activem und passivem Credit*), quae quasi anima mercaturae est, negotia ullo modo exerceri nequeant. Fides vero emptori habenda venditorem cogit, in promissione illius absque chirographo acquiescere. Quam ob rem ab altera parte non minus aequum est, ut propria annotatio debiti, a venditore facta, fide digna habeatur. Huc accedit, quod fama et salus mercatoris ab accurata confectione et a veracitate libri sui pendeat ⁽¹³⁾.

§. VI.

V. *De conditione librorum, quae requiritur, ut privilegio gaudeant.*

1. *Liber principalis sit. Diarium eandem vim non nisi exceptionis modo habet.*

Ut liber sit principalis requiritur; non sufficit diarium; bene tamen est illi adiumento. Ita fit, ut actorem non solum codicem principalem, sed etiam adversarium producere oporteat, ut unus cum altero conferri possit, et ita debitum in litem deductum certius reddatur.

Quid, si nomen tam subito iudicium involat, ut in codice principali nondum potuerit annotari? Haec quaestio non est otiosa, cum saepissime huiusmodi quid in nundinis contingere possit. Tunc de adversarii veritate non est dubitandum, si ipsi nihil ex iis deest, quae in codice principali ad probationem requiruntur, et si in reliquis omnibus consensus de-

⁽¹³⁾ Cf. RUNDE'S *Deutsches Privatrecht*, §. 459.

prehenditur ⁽¹⁴⁾. Quod rationi et aequitati omnino consentaneum est. Nam negligentia mercatoris hoc casu non accusari potest, nec ideo causa adest, cur ipse a privilegio nostro excludatur. Non huic, sed actori imputandum est, quod probatio in forma consueta non possit fieri.

Stat tamen uti regula: soli libro principali privilegium esse ⁽¹⁵⁾.

§. VII.

2. *Enumerantur reliqua requisita.*

Porro, ut liber mercatorius vim semiplenae probationis habeat, requisita ipsi inesse debent haec:

1) Librum vel codicem, quem mercator profert, nulla falsitatis suspitione laborare, adeoque illum compactum esse, folia numerata, nihilque erasum, evulsum, deletum, superscriptum habere oportet. Ita fieri solet, ut, si is, qui codicem conscripsit, aliquid humani passus sit, ea, quae peperam dedit, nec deleantur, nec inducantur, sed error notetur, et res de novo subiiciatur, vel e regione, non autem in margine, ponatur.

2) Liber contineat data et accepta, cum singularum partitarum, quas vocant (*Posten*), die et consule, et quidem sine omnibus abbreviationibus et siglis incognitis. BERGERO ⁽¹⁶⁾ qui-

⁽¹⁴⁾ ORTH'S *Anmerkungen zur Frankfurter Reformation*, T. I. p. 174.

BÜSCHENS *Darstellung der Handlung*, T. II. p. 147.

⁽¹⁵⁾ RICHTERI *Decisiones*, dec. 128.

⁽¹⁶⁾ *Responsorum*, P. II. R. 170.

quidem, ut dies notatus sit, non necesse, sed consultum tantum videtur, ut ex libris non debita solum, sed quantitas etiam usurarum probari possit. Dubito tamen an recte. Ceterum si cuiusdam pagina acceptorum sit sine scriptura, quia ab eo dominus codicis nihil accepit, ex eo probationi neutiquam praeiudicium inferri, per se intelligitur ⁽¹⁷⁾.

3) Non nisi ea, quae ad mercaturam pertinent, in codicem illum referenda sunt.

4) Causae et genera obligationum rite sunt exprimenda.

5) Codex cum adversario seu diario convenire debet, ideoque uterque est exhibendus et comparandus ⁽¹⁸⁾.

Si haec requisita adsunt, tunc ex codice principali, cum diario collato, probatio elici potest ⁽¹⁹⁾. Codici non nocet, si haud mercator, sed librarius (*der Buchhalter*) eum scripserit ⁽²⁰⁾, etsi non desint doctores, qui hoc negent ⁽²¹⁾. Hodie plurimi mercatores ipsi libros suos non conscribunt, sed huic provinciae peculiarem officialem praeficiunt. Veritatem tamen librorum ex hac causa nunquam in dubium vocari videmus ⁽²²⁾.

§. VIII.

⁽¹⁷⁾ KLEIN in diss. cit. cap. II. n. 88.

⁽¹⁸⁾ RÖSNER in tractatu *de libris mercatorum*, cap. XIV. n. 33. CRAMER'S *Wetzel. Nebenst.* T. LXXIII. n. 10. p. 143.

⁽¹⁹⁾ HEINECCIUS in diss. cit. §. 19.

⁽²⁰⁾ WESTPHAL'S *Deutsches Privatrecht*, T. I. p. 135.

⁽²¹⁾ BODINUS *de libris mercatorum suspectis*, cap. 2. §. 28.

⁽²²⁾ CARPZOV. P. I. const. 17. def. 35. n. 10.

§. VIII.

3. *Num omnia ac singula requisita adesse debeant?*

Quid, si unum vel alterum requisitum in libro mercatorio deficiat? Non adeo stricte rei inhaerendum est, ut necessario omnia adesse debeant, et uno forte deficiente omnis fides libro rationum dematur. Sufficit, colligi posse, non subesse aliquid fraudis scripturae; quod quidem ex arbitrio iudicis est diiudicandum ⁽²³⁾.

§. IX.

VI. *De his, quae vi privilegii probari possunt.*1. *Non solum quantum debiti, sed etiam causa debendi probari potest.*

Ex fundamento privilegii patet, per librum mercatorium, rite conscriptum, non solum quantum debiti, sed etiam causam debendi posse probari, modo constet, eum, qui ex libro suo contra tertium probare debitum velit, cum convento negotia habuisse. Haec limitatio, ut de negotiis inter partes gestis non dubitetur (*dafs ein Handelsverkehr zwischen ihnen Statt gefunden habe*). ob securitatem publicam necessaria est. Sine ea privilegium a fraudatore in suum commodum impune adhiberi posset, nec convento ullum refugium ad refutan-

⁽²³⁾ MEVIUS *ad ius Lubec.* P. V. tit. 6. art. 7. n. 22.

Ex praxi Hamburgensi in libris opificum et aliorum, qui non ad numerum mercatorum pertinent, eorum forma non accuratissime examinatur. Vide *Hamburgische Gesetze und Verfassung.* T. III. p. 618.

futandam fraudem actoris superesset. Si vero de negotiis gestis nullum dubium est, tunc eo ipso utraque pars fiduciam quoad honestatem atque probitatem alterius declarasse, et debitor annotationes in libro creditoris agnovisse praesumitur. Si conventus cum actore negotia habuisse negat, tunc hic probationem eius rei suscipere debet, quia ea ad fundandam actionem requiritur.

LEYSER (24) autumat, ex libris mercatorum non causam, sed solummodo quantum debiti probari posse. Hoc modo privilegium nostrum iuri communi aptare studet, quia tunc, cum de debito constat, atque saltem de quantitate debiti dubitatur, ad hanc investigandam iusurandum suppletorium creditori iuste defertur. Ex supra dictis vero patet, hoc privilegium ad ius commune non spectare, et ad eius principia neququam revocandum esse.

§. X.

2. *Modo subsit negotium circa debitum et creditum occasione mercaturae initum.*

Libri mercatorum non nisi in negotiis mercatoriis probant, et quidem fides eorum tantum in probatione debiti et crediti versatur. Alia non possunt inde doceri, e. g. pretium pecuniae (*der Geldcours*). Si ergo loquuntur de rebus, ad mercaturam non spectantibus, nullo modo pro mercatore,

non-

(24) *Medir. ad pand. spec. 279.*

nonnunquam vero contra eum habent auctoritatem ⁽²⁵⁾. Hinc sequitur, mandatum nequam probari posse per librum mercatorium ⁽²⁶⁾. Idem de fideiussione dicendum est, etsi intuitu mercaturae facta sit. Nam privilegium ultra casum expressum non extendendum est ⁽²⁷⁾. Eandem rationem sequimur in diiudicanda quaestione: num libri mercatorii edendi sint, si creditores urgent, sibi ad manus esse instrumenta atque diplomata omni exceptione maiora, quae de pecunia numerata in mutuum data, mercium nulla mentione facta, loquantur ⁽²⁸⁾. Denique observandum est, librum mercatoris in modico tantum probare solere. In non modicis non probat ad effectum deferendi iuramenti suppletorii ⁽²⁹⁾. Iuramenti enim delatio cessat in arduis causis, etiam civilibus ⁽³⁰⁾. Quatenam sit magna summa, id iudicis arbitrio recte determinandum relinquitur ⁽³¹⁾.

§. XI.

⁽²⁵⁾ WESTPHAL'S *Rechtsgutachten*, T. I. p. 120.

⁽²⁶⁾ MEVIUS l. c. parte V. dec. 18. BRUNNEMANN in *consil.* num. 85.

⁽²⁷⁾ Contrariam sententiam defendit LANGERMANN in *diss. de probatione per libros mercatoris mortui*, cap. 3. sect. 1. §. 3.

⁽²⁸⁾ De qua re adeas CRAMERI *Nebenstunden*, T. LXXX. p. 112.

⁽²⁹⁾ KLEIN l. c. c. 2. n. 142.

⁽³⁰⁾ MASCARD *de probationib.* vol. II.

⁽³¹⁾ Secundum praxin Hamburgensem non summae quantitas, sive sit magna, sive parva, respicitur, quia talem privilegii limitationem emporii patrii maxima negotia non ferunt. Vide *Hamburgische Gesetze und Verfass.* T. III. p. 618.

§. XI.

VII. *De eo, in quantum libri probent?*

1. *In regula minus plene probant, nisi statutum maiorem ipsis vim tribuat.*

Etsi ex regula libri mercatorii semiplene tantum probent, tamen statuta interdum illis plenae probationis vim dederunt; exempli gratia statuta Hamburgensia, ex quibus libri mercatoris mortui vel sine iuramento credulitatis heredum plene probant. Ius Lubecense ⁽³²⁾ libris mercatorum plenae probationis vim tribuit, si summa triginta marcas non excedat ⁽³³⁾. Observandum tamen est, libros mercatorios tunc tantum plene probare, si hoc lex specialis statuatur. Haec regula est omni exceptione maior ⁽³⁴⁾; nam privilegium, quod in tantum a iure communi recedit, extendi nequit.

§. XII.

2. *Quomodo eiusmodi statutum interpretandum sit?*

Quid, si statutum libris mercatorum plenam probationem tribuit, nec ea ad certam summam est restricta, num tunc indistincte tam de non minutis, quam de minutis constitutionem praecipisse censendum est? Non ignoro, communem

⁽³²⁾ Parte V. tit. 6. art. 4.

⁽³³⁾ Plura statuta, quae ad certam summam probationem plenam libris mercatoriis tribuunt, refert LAUTERBACH in diss. *de iure in curia mercatorum usitato*, thes. 29I.

⁽³⁴⁾ KLEIN. l. c. c. 3. n. 19. seqq.

nem doctorum esse opinionem, in dubio tale statutum tanquam exorbitans, iurique communi contrarium, ad summas minutas esse restringendum. Quatenam vero sit minuta summa, non est constans ipsorum opinio. At illis assentiri non possum. Cum enim mercaturae quasi anima mutua fides sit, haec vero per tale statutum promoveatur, non adesse videtur causa sufficiens ad limitationem talis statuti. Quod vero illud iuri communi contrarium sit, non praebet limitandi rationem, quae quoque in ipso fundamento statuti haud invenitur.

§. XIII.

VIII. *De his, qui privilegio gaudent.*I. *Competit omnibus mercatoribus. Brevi explicatur, quis sit mercator?*

Manualia privatorum privilegio libri mercatorii non gaudent, nisi fortasse in causis exiguis. CRAMERUS certe hanc exceptionem facit (35). Mercatores contra illo gaudent, qualescunque sint, nisi lex specialis aliud statuatur. Quis vero mercator sit, est quaestio facti. Hoc notandum est, mercatoris nomen non ex unico actu, sed ex usu et exercitio continuo acquiri; nisi forte professio sollemnis, vel inscriptio in matriculam vel album mercatorum praecesserit, ubi vel unicus actus sufficit. Quod tamen ad eos tantum locos quadrat, ubi ma-

(35) *Observ. T. II. P. I. p. 81. et 252.*

matriculae usus viget, stante regula quoad reliquos; nisi exerceatur actus, mercaturam continuandi animo ⁽³⁶⁾. Mercatrix libros eodem privilegio praeditos esse, non est dubium. Ipsam vero mercaturam exercere oportet, sive ipsa negotia gerat, sive per institorem. Non sufficit, ut marito, vel alii personae in negotiis gerendis assistat ⁽³⁷⁾.

§. XIV.

2. *Extenditur ad eos, qui in negotiis suis diffusis libris more mercatorum conscriptis utuntur.*

Privilegium pro ipsius natura et consilio non solum mercatoribus, sed etiam aliis, negotia similia, in quibus multum fidei tribuendum est, gerentibus, et libros rationum more mercatorum conscriptos habentibus concedendum est. Huc referendi sunt fabricatores (*Fabrikanten*), atque redemptores (*Lieferanten*), nisi forte leges provinciales privilegium ad solos mercatores in sensu stricto restringant ⁽³⁸⁾. Pharmacopolus actionem ex suis libris instituire posse, auctor est RÖSNER ⁽³⁹⁾. Opificum libros effectum semiplenae probationis pollere, quotidiana praxis docet ⁽⁴⁰⁾, quae optime cum

⁽³⁶⁾ KLEIN, loco cit. n. 56.

⁽³⁷⁾ Quanam sit mercatrix habenda, docet *ius Hamburgense*, parte III. tit. 8. art. 1; *ius Lubecense*, parte III. tit. 6. art. 21.

⁽³⁸⁾ WESTPHAL'S *Rechtsgutachten*, T. I. p. 120. RUNDE'S *Deutsches Privatrecht*, §. 460.

⁽³⁹⁾ In tractatu *de probatione per libros mercator.* cap. 4. n. 119.

⁽⁴⁰⁾ EDZARDUS *de fide libror. mercatorior.* §. 22. Contrariam sententiam defendit CRAMER in *observationib.* T. II. P. I. p. 82.

paroemia convenit: ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio. Ex statutis Hamburgensibus ⁽⁴¹⁾ etiam cerevisiae coctores hoc privilegium habent. Hodie quidem eorum negotia vix talia sunt, ut ex horum indole privilegium defendi possit. Eodem vero ab istis inde temporibus gaudent, quibus ex cerevisia, in alienas regiones exportata, magnum lucrum faciebant.

§. XV.

3. De libris mensariorum.

STRUBEN ⁽⁴²⁾ mensarios seu argentarios (*Banquiers*) privilegio librorum mercatoriorum gaudere negat, ita rationans: rationem favoris librorum mercatoriorum inter alia etiam in eo versari, quod mercatores contractus, in scriptum redactos, inire non soleant, mensarii autem secus; praecipue si summa pecuniae, de qua agatur, magna sit. Cambia propria esse syngrapha (*Schuldverschreibungen*), ideoque satis ea in tuto versari vel sine probationis adiumento per libros rationum. Redemptorem cambii plerumque, simul ac cambium ipsi traditum sit, exsolvere pecuniam, vel, si fides ei habita sit, per scripturam se obligare solere.

Mihi vero persuasum est, mensariis omnino privilegio librorum mercatoriorum prospiciendum esse. OMNIBUS mercatoribus competit; illi vero mercatores sunt. Nam pecunia est ipsorum merx, et negotium, quod exercent, sit permutatio-

⁽⁴¹⁾ P. I. tit. 30. art. 6.

⁽⁴²⁾ *Rechtliche Bedenken*, T. IV. resp. 44.

tatione cambiorum pro pecunia. Quod saepissime contractus, quos ineunt, in scripturam redigant, id rem non conficit. Aequitas potius suadet, ut iureconsultus non *invidus alterius rebus macrescat opimis*, ut Horatii verbis utar. Gaudeant ergo argentarii pluribus probandi praesidiis, nec altero per alterum, quia concordia sunt, priventur.

§. XVI.

4. *De libris iudaeorum.*

Nulla est ratio, cur libri mercatorii iudaeorum, in civitate receptorum, privilegio nostro careant, modo eadem ratione, qua libri mercatorum christianorum, ideoque in primis non lingua iudaica conscripti sint ⁽⁴³⁾. Quod per rationem analogiae ex ordinatione politicae anni 1577. tit. 20. §. 3. confirmatur ⁽⁴⁴⁾.

§. XVII.

5. *De his, qui privilegio indignos se fecisse arguuntur.*

a. *De his, qui infamia laborant.*

Si mercator infamiam contraxit, liber rationum eius non amplius probat, quia tunc suspicio fundata adest, eum non

⁽⁴³⁾ Cf. RUNDE'S *Deutsches Privatrecht*, §. 643. SCHREIBER *de invaliditate librorum mercaturam concernentium, lingua iudaica conscriptorum*, §. fin.

⁽⁴⁴⁾ Cuius verba haec sunt: "Und damit aller Betrug und Vervortheilung bey ihren Anleihen vermeiden bleibe, sollen sie die Zetreln ihres Anleiheus nicht in jüdischer, sondern in Deutscher Sprache verfassen".

non rite et bona fide esse conceptum. Accedit, quod absque iuramento ex regula libro mercatorio non tribuatur fides, ad quod infamis admitti nequit. Observandum tamen est, hic non de infamia facti, sed de infamia iuris tantummodo sermonem esse. Illa enim secundum sententiam celeberrimorum iureconsultorum hodiernorum nullum habet effectum civilem. Is, cui poena infamiae nondum est irrogata, pro civiliter honesto est iudicandus, i. e. in societate civili omnibus honestorum civium fruatur iuribus, etsi mores ipsius sint profligatissimi, et ipse quam pessime audiat ⁽⁴⁵⁾. Infamia iuris contra poena civilis est, qua alicui certa iura auferuntur. In his privilegium librorum rationum quoque est. Ceterum quin infami quis sponte fidem habere possit, dubium non est: quilibet enim favori suo iure renunciat. Et quidem iste renunciandi animus vel declaratur expresse, vel tacite, nempe factis quibuscunque istam mentem exprimentibus. Quapropter non de nihilo sunt distinctiones doctorum, utrum is, qui cum mercatore infami contraxit, eius statum sciverit, nec ne? deinde, utrum demum post negotium gestum infamia supervenerit, an statim ab initio mercatori inhaeserit ⁽⁴⁶⁾? Contra infamem codex ipsius rationum probationis vim retinet.

⁽⁴⁵⁾ RUNDE in *Deutschen Privatrecht*, §. 301. DE SELCHOW *electa iuris Germ.* p. 444.

⁽⁴⁶⁾ Distinctiones memoratas accuratius expositas tradunt KLEIN in *diss. alleg.* cap. IX. n. 17. LANGERMANN in *diss. de libro mercatoris mortui*, c. II. sect. 3. §. ult. BREHM in *diss. de probatione per libros mercator.* cap. 6. RÖSNER in *tr. de libris merc.* cap. XIV. n. 17.

net. Nam propriam turpitudinem in praeiudicium tertii allegare non licet, nec est, ut ex illa utilitatem percipiat.

§. XVIII.

b. *De decoctoribus.*

Si de his, qui bonis lapsi sunt, agitur, dolo suo in hunc statum redactos privilegio non gaudere certo certius est. Qui vero innocenter rem familiarem perdiderunt, eo non sunt privandi (47). Hi misericordiam, non poenam merentur, nec per tale infortunium infamiam incurrunt. Cessat tamen ista humanitas, si in detrimentum aliorum aliquid libro decoctor inscripsit (48). Huc refero casum, si de prioritatem agitur, ad excludendum alterum (49). Si decoctor res suas leviter quidem et negligenter, neququam vero dolose gessit, fides librorum non tollitur, bene tamen minuitur. Habent ergo fidem aliqualem, si aliis testimoniis adjuvantur, modo rite sint exarati. Quodsi vero destituantur adminiculis, aliunde petitis, tunc iuramento purgatorio locus est (50).

§. XIX.

(47) Cf. HEINECCIUS in diss. all. §. 21.

(48) Cf. HEINECCIUS in diss. cit. §. 22.

(49) NICOLAUS VON DER FECHTE ad art. 7. tit. 30. p. I. stat. Hamb. (In thesauro iuris provinc. et statur. tomo I. p. 892.)

(50) LEYSER, sp. 80. med. ultima.

§. XIX.

c. De his, quorum libri suspicionis ideo accusantur, quia in alia causa adversarii libris, iuramento munitis, victi sunt.

Quid, si, utroque litigante librum suum mercatorium producente, uni delatum praestitumque ab eo est iuramentum suppletorium, utrum alterius liber in alia contra alium causa adhuc ad effectum semiplenae probationis produci potest? an vero eidem, ut semel in errore deprehenso, nulla prorsus habenda est fides in qualicumque alia causa? KLEIN⁽⁵¹⁾ eiusmodi librum in posterum vi pro scribente probandi plane cecidisse putat ex hisce rationibus: 1. Ex praestito ab adversario iuramento non fieri posse, quin falsitatis contra librum partis victae oriatur praesumptio. 2. Librum in uno falsum, semper falsum praesumi, argumentis *c. 8. de R. I. in 6. et c. 9. X. de praesumptionibus*. 3. Mercatorem, contra cuius librum iuratum sit, falsarium haberi, cui iuramentum suppletorium deferri minime posse. — At hac sententia admissa privilegium nostrum fere tolleretur. Nam vix ac ne vix quidem negotiatoris codex, qui nullo erroris vitio laboret, invenietur. Magna negotiorum copia et celeris eorum expeditio errores gignat necesse est. Qua re crediderim, vitium non ad totum librum porrigendum, sed non nisi ad annotationes restringendum esse, contra quas adversa pars productione sui libri et praestatio-

(51) Loc. cit. cap. 4. num. 110.

statione iuramenti plene probavit. Iniquum esset, ultra probationis argumentum, quippe quod non ad totum codicem, sed non nisi ad singula ipsius momenta spectat, coniecturis et hariolationibus evagari. At liber mercatorius, obiiicies, est unum idemque documentum, nec ideo fieri potest, quin labe cuiuscunque partis serpat latius, totumque afficiat corpus; eiusmodi documentum, si a capite ad calcem sanum non est, corruiat etiam in singulis capitibus. Respondeo: librum mercatorium non esse documentum continuum atque connexum, sed complexum plurium documentorum, ideoque in partes eum resecandum esse, ne sana cum pravis communi fato perimantur. Alia res est, si mercator falsa in suo libro notavit; tunc, ut poenam falsarii luat, ad iuramentum suppletorium non admittendus est.

§. XX.

6. *Conservatur etiam privilegium, etiamsi mercatores aliud vitae genus praeter mercaturam elegerint.*

Supra vidimus, privilegium mercatoribus proprium esse. Inhaeret ergo statui; ita tamen, ut res exigenda sit ad tempus initae obligationis, non institutae probationis. Incolumis manet privilegium ratione eorum nominum, quae ante mutatum vitae genus contracta reperiuntur.

Sunt tamen leges, quibus vis probandi per libros mercatorios ad certum tempus restricta sit (⁵²).

§. XXI.

(⁵²) VON LUDEWIG in den gelehrten Anzeigen, p. 1052 exempla habet. Accu-

§. XXI.

7. *Non autem privilegio gaudent personae extraneae.*

Ventilatur a doctoribus quaestio: num, sicuti libri mercatorii pro ipso scribente probant semiplene, ita etiam inter personas extraneas eadem vi polleant? Neganda est, quia privilegium tali modo extendere regulis interpretationis adversatur. Accedit, quod actus, inter alios celebratus, nemini nec commodo, nec detrimento esse potest (⁵³).

Exceptio tamen est, si aliunde libri iuvantur indicibus ac praesumptionibus, aut si plures socii mercatores negotiationis curam et administrationem, vel rationum conscribendarum provinciam uni demandaverunt. Tunc enim ille, qui scripsit, non sibi tantum, sed et reliquis, nec tantum contra se, sed et contra reliquos fidem facit in iis, quae iustam respiciunt societatem (⁵⁴).

§. XXII.

IX. *De his, contra quos privilegio locus est.*

Ex regula mercator non solum contra mercatorem, sed etiam contra quemcunque, qui non in numero mercatorum

est,

Accuratus res determinatur in *iure provinc. Boruss.* T. III. parte 2. tit. 8. p. 597 seqq.

(⁵³) Cf. KLEIN l. c. cap. IV. num. 68. STRYK *de probatione semiplena*, cap. IV. num. 49.

(⁵⁴) VOETIUS in *comment. ad pandectas*, lib. XXII. tit. 4. §. 12. Rös-

NER l. c. cap. XII. n. 44.

est, quocum ipsi negotia fuere, libro suo ad probanda nomina uti potest, ferente ita natura huius privilegii. Nonnullae tamen leges provinciales vim semiplenae probationis libris mercatorum tantummodo inter mercatores dant ⁽⁵⁵⁾. Si contra extraneum producitur liber rationum, iure Saxonico iudicis est arbitrii, utrum malit mercatorem ad iusiurandum supplementarium admittere, an reum ad iuramentum purgatorium ⁽⁵⁶⁾.

§. XXIII.

X. *De modo privilegii exercendi.*

1. *De modo producendi libros.*

Productio ipsa semper in originali fieri debet ⁽⁵⁷⁾. Si vero quaeritur, utrum totum codicem edere oporteat, an vero editio partis sufficiat, distinguendum est, utrum liber mercatoris debeat iudici produci ad effectum semiplenae inde eliciendae probationis, an vero, ut inde cognosci possit, num rite constructus formaque legitima sit munitus. Illic utique sufficit editio particularis codicis, cum nec iudicis, nec partis intersit, plus inspicere, quam illam partem rationum, quae a producente allegatur ⁽⁵⁸⁾. Hic vero totus liber est edendus,

⁽⁵⁵⁾ Cf. *Ordin. process. Saxon.* tit. XXX. §. 4. *WILlich's Auszug aus den Calenbergischen Landesordn.* T. II. p. 26.

⁽⁵⁶⁾ Cf. *STRUVII iurispr. Romano-Germanica forensis*, lib. IV. tit. II. §. 9. nota II.

⁽⁵⁷⁾ *MEVIUS ad ius Lubec.* lib. V. tit. 6. art. 7.

⁽⁵⁸⁾ *L. X. §. 2. D. de edendo.* C. 5. X. de fide instrum. Cf. *GAIL. I. obs.* 107.

dus, ut iudici inde liqueat, num, si fortasse deficient quaedam requisita, admitti possit (59). Cui consilio tamen iam satis fit, si liber iudici secreto datur ad inspiciendum. Ita eveniet, ut, quae in libro reperiantur forsitan arcana negotiationis, aut alia, quae, cum a re sint aliena, scitu non necessaria, aut producenti nocitura sunt, ea non in vulgus emanent. Ita certe multis iureconsultis videtur (60), quibus tamen assentiri nequeo. Nam ut reo, exceptiones, qualitatem libri concernentes, opponendi copia detur et occasio, inspectio totius libri necessaria est. Iam vero ius excipiendi contra instrumenta probatoria ex arbitrio iudicis eripi nequit, nec ad inspectionem denegandam arcana libri aliquid valent (61). Quodsi examinatio codicis a parte adversarii domino sibi periculosa esse videtur, huic probandi instrumento renunciandum est.

§. XXIV.

2. *Habita in primis ratione loci, ubi productio fieri debet.*

Mercator, qui salutem in libro mercatorio ponit, eum in loco iudicii, ubi productio facienda est, edere tenetur (62).

(59) KLEIN. I. c. cap. III. n. 112.

(60) Cf. KLEIN I. c. cap. III. num. 113. MARQUARD in iure mercator. lib. III. cap. 10. num. 36.

(61) RUNDE'S *Privatrecht*, §. 462. in fine.

(62) Quomodo productio Hamburgi fieri soleat, docent MÜLLER in annotatione ad art. 6. tit. 30. part. I. et SCHLÜTER in commentario ad statut. Hamburgense. ad eundem artic. (In thesaurio iuris provincialis et statutar.ii.)

Si vero non sine magnis sumtibus et incommodis ibi fieri potest editio, licet iudici, vel mittere idoneas personas, ut libros inspiciant, ipsique visa referant, vel in subsidium iuris implorare magistratus domicilii auxilium, ut eos examinet et rerum statum rescribat ⁽⁶³⁾. Adversario vel ipsi editioni interesse, vel per procuratorem comparere permittitur ⁽⁶⁴⁾. Mercator agens adeo adversario sumtus, ad constituendum in loco editionis procuratorem necessarios, praestare debet ⁽⁶⁵⁾. Pari ratione, si adversa pars ipsa in locum editionis ire, librumque inspicere cupiat, mercator ad impensas itineris suppetitandas obligatus est ⁽⁶⁶⁾. Cui actori nimis durum videtur, tot incommoda subire, ei abstinendum est ab isto probationis genere.

Editionem libri adversa parte urgente, neutiquam ille, a quo libri desideratur editio, compelli poterit, ut ad alium locum libros suos mittat, aut alio in loco eos edat, quam in loco domicilii et civitatis, ubi degit ⁽⁶⁷⁾. Nec contrario pacto rem mutari posse, statuit MARQUARDUS, nullis quantum rationibus allegatis. Minus bene, ut mihi quidem videtur; nam quisque iuri suo per pactum renunciare potest, etsi maximum ita damnum incurrat. Cuiusnam periculo aut sum-

⁽⁶³⁾ KLEIN, l. c. cap. III. n. 119. MARQUARD l. c. lib. III. c. 10. n. 26.

⁽⁶⁴⁾ Haec omnia iuri communi consentanea sunt. L. 18. C. de fide inst.

Cf. BRUNNEMANN in tract. de processu, cap. XIX. n. 17.

⁽⁶⁵⁾ Cf. RÖSNER de libris mercat. c. IX. n. 25.

⁽⁶⁶⁾ Cf. LEYSER, sp. 279. med. ult.

⁽⁶⁷⁾ MARQUARD, lib. III. c. 10. n. 28. KLEIN, cap. III. n. 120.

tibus, si ad petentis instantiam pars contraria non abnuit transmittendos curare libros suos, transmissio fieri debeat, si quaeritur, respondendum est: periculo et sumtibus petentis ⁽⁶⁸⁾. Nam regulariter actus est expediendus eius sumtibus, in cuius tendit utilitatem.

§. XXV.

3. De iuramento suppletorio.

Is, qui librum suum ad probandam produxit, iurare debet, et librum rationum, et rationem ipsam (*die Rechnung*), ex eo extractam, iuste confectam esse, nec sese in iis aliquid notasse, vel notari curavisse, quod ad suam utilitatem et alterius damnum iniuste vergat, sed nomen controversum tale esse, quale in codice rationum et in ratione, ex eo extracta, notatum sit. Ipsum mercatorem iurare oportet; adeo etiam tunc, si codicem rationum ipse non conscripsit, sed hoc librario (*einem Buchhalter*), vel institori, vel socio commisit. Ille enim tantum, qui negotium gessit, seu dominus negotii scire potest, num notata in libro et in ratione vera ac iusta sint; nullo autem modo hic, qui ea, quae in libro memoriali vel in adversario scripta invenit, in codicem principalem transcripsit. Si mercator ipse negotium, de quo quaeritur, non gessit, tunc ea persona, quae optimam rei notitiam habet, iurare debet. Persona, quae gessit si suspecta est, iudex adversario iuramentum purgatorium deferre potest. Librarius, quae talis, nunquam iuramentum suppletorium praestare potest, quia nego-

(68) L. 4. §. 5. in f. D. de edendo.

negotia mercatoria ipsi non demandata sunt. Eius est, ea, quae in libris minus principalibus invenit, secundum regulas artis suae in codicem principalem transscribere.

Si mercatoris, vel eius, qui negotia gessit, non amplius copia est, unus heredum, vel eorum, qui in codice rationum intentionem suam fundant, iuramentum credulitatis iurare debet. Fieri potest, ut socius, qui certum negotium gessit, mortuus sit; tunc a reliquis non iuramentum veritatis, sed credulitatis praestandum est. Ex pluribus, qui simul intentionem in libro defuncti fundant, unus tantum de credulitate iurare obligatus est, nam uno iuramento probatio suppletur, nec est, cur reliqui etiam iurent. Adversario tamen licet, contra eum, qui ad iurandum se offert, vel cui a iudice iuramentum delatum est, iustas propter rationes excipere et petere, ut unus ex reliquis, cui eadem aut alia iusta exceptio non obstat, de credulitate iuret, vel, si plures non adsunt; ut ipse ad iuramentum purgatorium admittatur.

Observandum adhuc est, ex regula etiam iudaeos ad iuramentum suppletorium admittendos esse (69), si nempe in civitate recepti sunt, et in eos nulla doli suspicio cadit.

Ex iure Saxonico praeter confirmatorium iuramentum, cum exinde tantum semiplena oriatur probatio, assertorium

quo-
 (69) RIVINUS ad O. P. S. tit. 18. enunc. 10. RUNDE'S Deutsches Privatrecht, §. 643. HEINECCIUS in diss. alleg. §. 31. HART. HARTMANN. tit. 24. obs. 6. in f. De praxi Hamburgensi cf. CRAMER. T. II, P. I. obs. 568.

quoque iuramentum de veritate ipsius debiti accedat, requiritur (70).

Illustrandae praxi Hamburgensi, quod ad productionem librorum mercatorum et iuramentum suppletorium attinet, egregie inserviunt ea, quae habet MÜLLER (71). Locus ita sonat: »*Usu in audientia attestationum in termino probationi praefixo producitur liber mercatorius coram dnn. praetoribus, und wird die eingeklagte Rechnung a iudice vel actuario damit conferiret, idque praesente et ad id in specie citata parte adversa, und da sie accord befunden protocolliret, dabey denn oft der Gegentheil seine Einrede hat, wider etwa des Buchs anderweitige Richtigkeit, oder was er sonst von Fehlern dabey anmerket, welches alles dabey notiret wird. Darauf bestärket Producent seine Bücher und Rechnung, schwerend: daz seine Bücher und die daraus gezogene Rechnung richtig, und er sich zum Vortheil, und Gegentheile zum Nachtheile nichts darin gefährliches angeführet, sondern Productus ihm wirklich die eingeklagte Summe (quandoque iuratur, daz sie ihm weder ganz noch zum Theil bezahlt sey) vel so und so viel pro resto schuldig sey, und Producent nicht mehr als so und so viel darauf empfangen.*»

§. XXVI.

(70) Vid. STRUV. *iurispr. Rom. Germ. forens.* lib. IV. tit. II. §. 9. nota n.

(71) L. c. ad art. 6. tit. 30. part. I.

§. XXVI.

4. *In specie de iuramenti remissione.*

Iuramenti praestatio cessat:

1. Si lex libris mercatoriis plenae probationis vim vel absolute, vel sub certis restrictionibus tribuit; tunc ad probandum sola productio librorum sufficit. MEVIUS⁽⁷²⁾ tamen opinatur, adeo tunc, si praxis forensis heredibus iuramentum remittit, iudicem haud prohiberi, suspicionis causa id suadente, vel adversa parte id petente heredibus iuramentum credulitatis deferre.

Nihilominus, quod attinet ad ius Hamburgense, valde dubito, heredibus deferri posse iuramentum credulitatis, cum hoc expresse et sine ullis restrictionibus libris mercatoris mortui plenam fidem tribuat.

2. Mercatores de secta mennonistarum ad supplendam probationem ex suis libris rationum iurare non obligantur; sufficit veritatis asseveratio loco iurisiurandi facta: *bey Mannenwahrheit*; nam talis asseveratio ex concluso visitationis d. d. 13. Oct. 1768. ipsis pro iuramento est⁽⁷³⁾.

3. Deinde nec is, qui intendit, ut semiplena probatio cum alia semiplena praeter iurandum coniungatur iuramento suppletorio indiget. Talis probatio per unius testis de-

(72) In *commentar. ad ius Lubecens.* P. V. tit. 6. art. 4.

(73) MALBLANC *doctrina de iureiurando*, sect. V. §. 113.

depositionem fieri potest ⁽⁷⁴⁾. Aliud exemplum mancae probationis, expletæ sine iuramento vel teste, habet LEYSER ⁽⁷⁵⁾. Hoc est: Mercator in scheda, ex codice rationum suarum exscripta, quantum sibi Titius debeat, specificè consignat, hancque schedam ad Titium mittit, qui, illa accepta, per literas, se debitorem esse, fatetur, ac solutionem promittit, circa ipsam vero summam nihil monens. At valde dubito, talem agnitionem debiti, nulla mentione facta summae, ad probationem ex libro mercatorio supplendam sufficere.

4. Porro etiam tunc, si vivo mercatori iuramentum in iudicio fuerit delatum et ab eodem acceptum, hic vero ante præstationis terminum decesserit, iuramentum cessat. Nam mors hic iuramenti loco habetur ⁽⁷⁶⁾.

5. In contumaciam quoque contra debitorem non competentem productio iudicialis libri rationum effectum plenæ probationis sine iuramento habet ⁽⁷⁷⁾.

6. Nec secundum KLEINIUM ⁽⁷⁸⁾ iuramento opus est, si pugnat inter actorem et reum, cuinam ex eorum libris,

⁽⁷⁴⁾ CARPZOV. lib. III. resp. 58. n. 21. RÖSNER in tract. de libris mercat. cap. XII. n. 1.

⁽⁷⁵⁾ L. c. spec. 279. med. 10.

⁽⁷⁶⁾ MEVIUS, P. V. dec. 46.

⁽⁷⁷⁾ *Allerhand Observationen des Ober- und Niedergerichts zu Hamburg*, N. 30 und 32. (In *thesauro iuris prov. et stat.* pag. 924 et 925.)

⁽⁷⁸⁾ In dissert. cit. cap. IV. num. 50. seqq.

in nomine, de quo agitur, discrepantibus, maior fides habenda sit, dum nenter succedaneus esse velit alieni iuramenti. Ponit exempla haec:

Primo loco: in creditoris libro scriptum esse, certam frumenti quantitatem die 14. Iulii anno 1696. Caio pro 1000 thaleris esse venditam; in Caii vero libro in summa hanc apprehendi varietatem, ut pro 1000 thaleris scripti tantum inveniantur 900; in reliquis vero Caii et actoris libros per omnia convenire.

Altero loco: Caium scripsisse, se ex 900 thaleris 500 die 16. Sept. 1696. in antecessum venditori solvisse; hunc contra in suo libro notasse, se ex 900 thaleris eodem die tantum 500 in antecessum pro vendito frumento accepisse.

Neutro casu iuramento suppletorio locum esse vult; statuit potius, quod ad priorem casum, ubi actor in libro suo fundat actionem, attinet, reum absolvendum, et non nisi eatenus, quatenus utriusque partis libri in summa concurrant, condemnandum esse; quod ad posteriorem, ubi reus in libro fundat oppositam actori exceptionem, reum ultra id condemnandum esse, in quo liber utriusque conveniat.

Prioris decisionis rationes, auctore KLEINIO, sunt hae:
 1. Si ab utraque parte aequaliter probatum sit, in effectu nil censeretur probatum, actoris probatione per contrariam rei probationem penitus elisa
 2. In pari causa cessare iuramentum suppletorium, reumque potius absolvi debere, utpote cuius in dubio partibus magis quam actoris faveatur.

Po-

Posterioris decisionis argumentum ducit ex eo, quod, cum reus excipiendo fiat actor, eiusque vices in probanda exceptione subire teneatur, nihil tam naturale sit, quam ut reus, si exceptio ab actore penitus elisa sit, aequè condemnetur, ac si suam exceptionem plane non probaverit.

Argumenta KLEINII tunc tantum, ut mihi videtur, ad rem faciunt, si utriusque partis libri requisitis suis constant, nec in utramque partem suspicio cadit. Alioquin ea ad iuramentum est admittenda, pro qua plures praesumptiones militant.

7. Denique huc doctores referunt casum, si mercatorum libri generaliter iuramento corroborati sunt. Tunc in singulis causis iuramentum suppletorium, nisi doli suspicio adsit, cessare aiunt (79); et quidem hanc ob causam, quia dici nequeat, iuratam confirmationem deesse libro; tum etiam, quia praxis, qua fieri potest, parcere iuramentis soleant. Mihi quidem tale iuramentum generale, quo mercator vel institor ante, quam liber rationum inchoetur, promittit, se omnia, uti gerantur, bona fide scripturum esse, sufficere non videtur. Iuramentum enim suppletorium, de quo hic agitur, non solum hoc sibi vult, ut librum rite conscriptum esse inde probetur; immo latius patet, et conscientiam ipsam circa veritatem debiti, de quo controversia est, stringit. Veritas autem nominis nondum nati in antecessum iuramento generali confirmata.

(79) RIVINUS *ad ordin. process. Saxon.* p. 1124. BREHM *de probatio-
ne ex libro mercat.* cap. 5.



firmari nequit; quod multo magis adhuc negandum est, si, ut saepe fit, librarius codicis mercatorii curam habet.

§. XXVII.

5. *Num conventus contra se libros suos edere obligatus sit?*

Quaestio, utrum quis suos rationum libros edere debeat ad fundandam contra se ipsum intentionem agentium, nec ne, mihi affirmanda videtur ⁽⁸⁰⁾. MARQUARD ⁽⁸¹⁾ ad eandem sententiam tuendam his fere rationibus utitur: 1. Quando-
cunque petentis intersit, et mandatum (scilicet ad documenta scribenda) concurrat, nihil esse impedimento, quo minus reus etiam actori, ad illius intentionem fundandam, edere cogatur ⁽⁸²⁾; atqui, si petat actor, ut mercator compellatur ad edendos libros, tam interesse illius, quam mandatum petentis concurrere. 2. Doctores iure extendere argumentum *legis quartae de edendo pandectarum* ad negotia mercatorum, et quidem eam ob causam, quia, ubicunque ratio generalior est lege, haec ad reliquos casus, nominatim quidem non expressos, attamen ex rationis aequitate tacite comprehensos, extendatur. 3. Idem testari *legem 10. pr. §. 1. D. de*

⁽⁸⁰⁾ Secundum affirmativam sententiam in foro Hamburgensi pronunciatum esse, testatur pluribus praecidicis *thesaurus iuris prov. et statut.* P. 929.

⁽⁸¹⁾ In *iure mercatorum*, lib. III. cap. 10. num. 17.

⁽⁸²⁾ Arg. L. 6. §. 4 et 5. L. 4. pr. §. I. D. de edendo.

de edendo, quippe cuius ratio etiam in mercatores quadret.
4. Idem dicendum esse de lege 5. C. *de edendo* (83).

In MARQUARDI sententiam ire non dubito; at praecipue hac ratione commotus, quod annotatum in libro rationum (*ein im Handelsbuche verzeichneter Posten*) instrumentum commune habendum esse censeam. Nempe instrumentum commune mihi est scriptum alicuius negotii communis causa conceptum, iura et obligationes utriusque partis determinans. Atqui nomina in codice mercatorio eo consilio notantur, ut iura et obligationes partium inde constant (84). Pone tamen, eiusmodi annotationem instar instrumenti communis non esse, quis est, quin cum nonnullis recentioribus iureconsultis faciat, qui reum, aequè ac actorem, ad edendum obligatum esse demonstrarunt, etiamsi non sit commune instrumentum, cuius editio postulatur (85).

§. XXVIII.

(83) Rationes pro contraria sententia pugnantes enumerat MARQUARD l. c. lib. III. cap. 10. num. 7. seqq. quas eodem loco num. 24. seqq. refutat.

(84) Cf. CAR. WILH. MARTENS diss. *de instrumento communi eiusque editione*. Gottingae, 1773. 4.

(85) Cf. IO. GEORG. WERNHER diss. *de reo actori ad edendum obligato*. Gottingae, 1739. 4. CAR. IAC. MANSO diss. *qua reum ab editione instrumentorum non immunem esse probatur*. Ienae, 1788. 8. Vulgarem sententiam contra MANSONEM tucur EMMINGHAUS in nova editione iuris controversi Cocceiani, T. I. (1791) p. 213. nota m.

§. XXVIII.

6. *Num admittatur probatio in contrarium?*

Probationem in contrarium semper esse admittendam, non dubium est, quia ne publicum quidem instrumentum, quod tamen plene probat, nec testes idonei probationem in contrarium excludunt. Quod uno ore viri docti observarunt ⁽⁸⁶⁾. Et quidem tunc processus summarius in specie talis locum habet.

⁽⁸⁶⁾ Cf. RÖSNER in tr. *de libris merc.* cap. XII. num. 110. seqq. HEINCECIUS in dissert. cit. §. 29. WERNHER l. c. parte IV. obs. 206. p. 535. KLEIN in dissert. alleg. cap. III. num. 63. SCHREINING ad artic. VII. tit. 30. part. I. statuti Hamburg. (In *thesauro iuris prov. et statut.* T. I. p. 990.)

Kg 4999. 3^{to}

ULB Halle 3
004 526 201

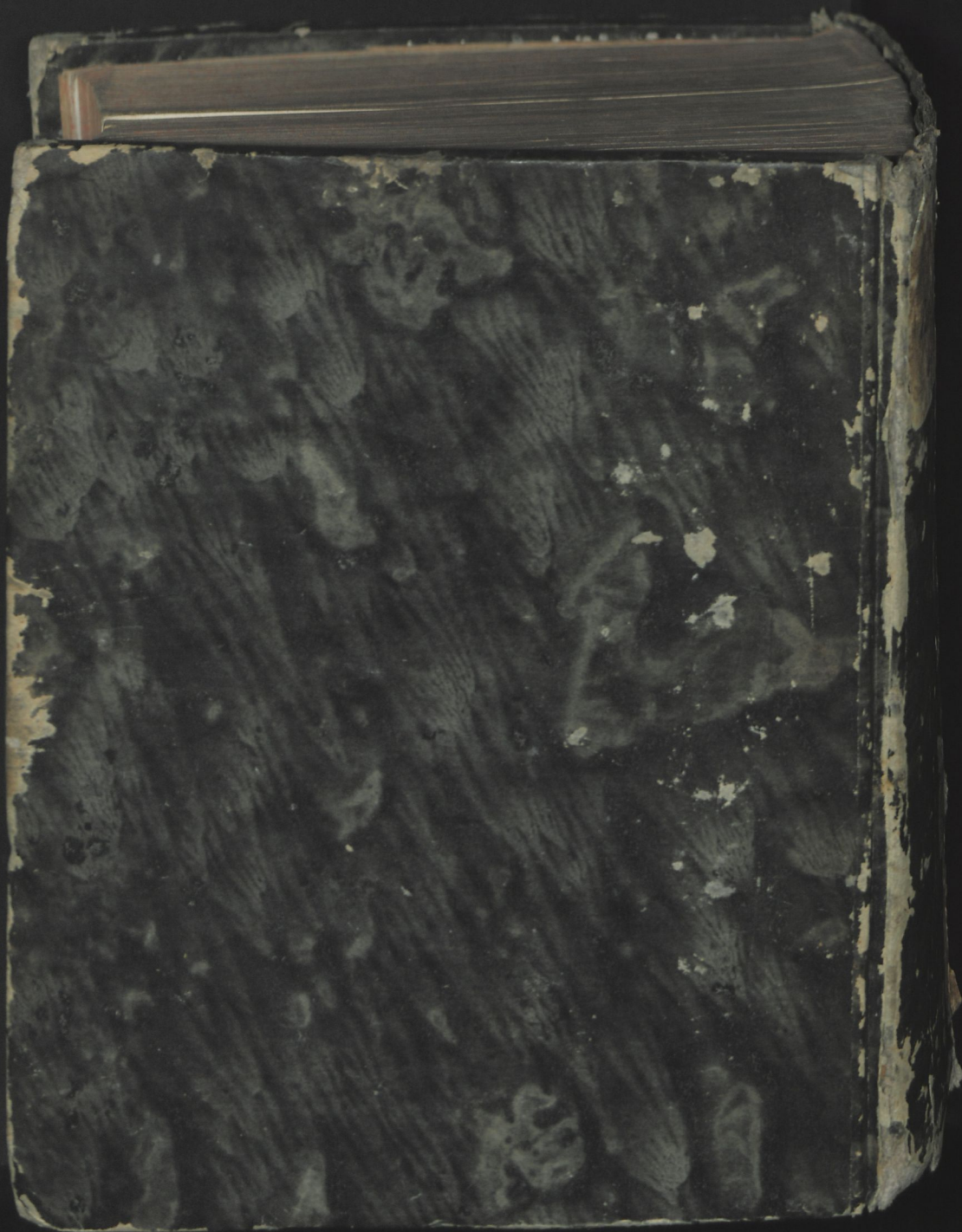


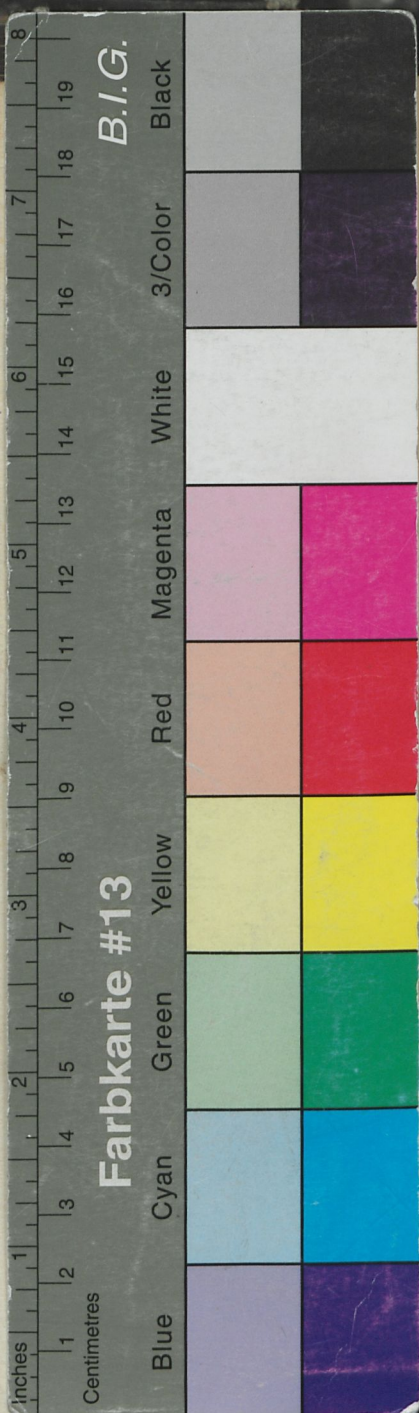
f

5b

1017







DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
PROBATIONE PER LIBROS
MERCATORVM.

QVAM
AVSPICIIS REGIIS
AVCTORITATE ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM
ORDINIS
IN
ACADEMIA GEORGIA AVGVSTA
PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
RITE CAPESSENDIS
DEFENDET
DIE XXVI. SEPTEMBRIS MDCCXCV.
IOACHIMVS NICOLAVS SCHAFFSHAVSEN,
HAMBVRGENSIS.

GOTTINGAE,
TYPIS IOANNIS GEORGII ROSENBAVSCHIL.