







DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA  
DE  
**TESTE CONTU-**  
**MACE,**

Quam  
*Diuino auxiliante Numine*  
RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO,  
*SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,*  
**DOMINO CAROLO,**  
PRINCIPE BORUSSIAE, MARCHIONE BRANDEN-  
BURGICO, RELIQUA,  
IN REGIA FRIDERICIANA,  
SUB MODERAMINE

**DN. JACOB. FRID. LUDOVICI, Jct.**  
POTENTISS. REGI BORUSSIAE A CONSIL. AUL.  
ET PROFESS. PUBL. ORDINAR.

*Fautoris, Praeceptoris & Promotoris sui aetatem deuenerandi,  
colendi,*

**PRO LICENTIA,**  
Summos in utroque Jure rite capeffendi honores,  
*d. Novembr. A. MDCCXVII.*  
horis ante & pomeridianis  
publicae eruditorum velitationi submittit

AUTOR  
**SAMUEL WILLETT,**  
BREMA-SAXO.

*HALÆ MAGDEBURGICÆ,*  
Typis CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typ.



S. R. I. LIB. REIPUBL. BREMENSIS SENATUI  
SPLENDIDISSIMO,

VIRIS ET DOMINIS

ILLUSTRIBUS, MAGNIFICIS, EXCELLENTISSIMIS,  
CONSULTISSIMIS, PRUDENTISSI-  
MIS,

DNN. CONSULIBUS,

DNN. SYNDICIS

DNN. SENATORIBUS,

PATRIÆ PATRIBUS OPTIMIS  
GRAVISSIMIS,

*Dominis & Mœcenatibus suis infucato ob-  
sequio deuenerandis,*



*disputationem hancce inauguralem, ea quo  
par est pietate, & reuerentia conse-  
crat*

AUTOR.





S. A. N. D. T. O. M.  
DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA  
DE  
TESTE CONTUMACE.

CAP. I.  
continens  
Generalia ad explicationem rubri.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

**J**udicis sua consure debet auctoritas, §. I. quæ de jure civili per contumaciam leditur, (adjicitur contumaciae etymologia & homonymia,) §. II. adeoque merito plestenda, §. III. ut in actore & reo, sic etiam in teste, §. IV. testis etymologia, homonymia & synonymia, §. V. realis testis definitio, ut & testis contumacis, §. VI. quaritur inde, an testis ad testimonium dicendum cogi possit, & quid hic in foro civili, §. VII. quid in criminandi obtrineat? §. VIII. adducuntur quedam Germanicarum provinciarum constitutiones cum remissione ad alias, §. IX. contumacia testium autem cum variè se exserat, conspectus & ordo disputationis proponitur, §. X.

§. I.

**P**ostquam principibus summum rerum arbitrium a Deo T. O. M. concessam subditis, *Judici sua consure debet auctoritas.* que sola obsequendi gloria Tacito etiam teste lib. 3. *annal.* relicta, consequens exinde resultat, quod omnes, qui togam proborum civium exuere nolunt, in id omni ope ac studio intendere debeant, ne ulla occasione quidquam committant, quod perfidiae notulam ipsis inurere possit.

A 2

Archis-



Arctissimus quippe est ille nexus, quo subditum principi suo confringit ipsa naturæ religio. Hinc illi utique sua constare debet autoritas, quæ tanta, ut illa corrumpente tota salutis publicæ vacillet machina, Arnif. *de jur. maiest. cap. 3.* nec violatur, nisi iniustitia contra ipsum autoritatis huiusce autorem, scilicet Deum, simul commissa. Quicunque enim potestati obsistit ex sententia Pauli ad *Rom. XIII.* Deo obsistit. Dei quippe minister est, qui potestate fungitur tuo bono. Inde etiam omnia jura, quæ nobis tam ex ipso naturæ lumine, quam ex reuelata diuini numinis voluntate & LL. ciuilibus tradita, in hoc unanimo calculo conueniunt, ut principi eiusque SSis iudiciis sanctitatem suam conferuent, subditisque debitam inculcent obsequendi gloriam: *generale enim pactum est societatis humane, obedire Regibus suis*, inquit Augustin. *can. 2. dist. 8.* siue, ut explicat *gloss. ibid.* generali lege a natura imperata est subditis obedientia, quia ordo naturæ non patitur, ut inferior major sit & dominetur superiori, minor majori, seruus domino, *cap. cum inferior. de major. & obed. can. 4. dist. 21.* Quomodo vero & quatenus intuitu juris diuini & naturalis obedientia & obsequium præcipiatur, & in transgressores animaduertatur, nostri, ut hac vice inquiramus, non est instituti, sed quoad prius ad Theologos, quoad posterius vero ad DD. juris naturalis candidum lectorem remittimus, conf. tamen Grot. *de J. B. & P. l. 1. cap. 4.* Pufendorf. *de J. N. & G. l. 7. cap. 8.* Contenti igitur erimus, quid respectu juris ciuilibus hic occurrat, breuibus excutere.

Quæ violatur per contumaciam de jure ciuili

§. II. Vocatur autem de jure ciuili inobedientia illa, qua quis debitam reuerentiam in non parendo principi & eius autoritatem representantibus iudiciis denegat, communi nomine *contumacia*, & qui se eiusmodi delicti reos faciunt, *contumaces*, qui utrum a *tumendo*, ac si pertinacia, vel superbia quasi *tumeant*, ex sententia Nisi, siue, ut Velius Longus existimat, a *contemnendo* nomen sortiantur, & utrum *contumax*, siue *contumax*, orthographia scribi vetit, critici ser-



seruentur, vid. Menag. *amoen. jur. ciuil. c. 39. sub verbo contumax.* Becmann *de orig. ling. lat. pag. 108.* Quoad homonymiam illud monuisse sufficiat, nos contumacem non accipere in bonam partem, quando firmum, constantem, inuitum significat, quo sensu *contumax etiam aduersus tormenta seruorum fides* dicitur apud Tacitum *l. 9. hist. c. 3.* verum illum contumacem dicimus, qui alias *νασάφρονής*, spernulus, proteruus, contemtor, german. *ungehorsam* audit, & quem glossa rebellem vocat ad *c. 1. X. de dol. & contum.* Et sic contumax dicitur, si generaliter consideratur, qui iustum superioris tam in iudicio, quam extra iudicium contemnit, & inde cum varium imperandi genus, *imperat enim princeps ciuibus, pater liberis, praeceptor discipulis, tribunus, vel centurio militibus*, ut ait Seneca *l. 1. de clement. cap. 6. l. 6. §. 2. ff. de re milit.* ita etiam omnes, qui iussa horum imperantium negligunt, contumaces adpellari merentur, Bargal. *de dolo c. 21. n. 5.* Nobis vero in sensu specialiori contumaces hac vice occurrunt, sc. tales, qui *intuitu iudicis* immorigeri deprehenduntur, siue, qui ei, ad cuius jurisdictionem pertinent, negant obsequi in iudicio, vel ejusdem iustum contemnunt, *l. 53. §. f. ff. de re jud.*

§. III. Et hæc illa est contumacia, quæ in iure ciuili adeo damnatur, ut inter species delictorum & criminum referatur, *gloss. in l. 12. ff. de inter. in jur. faciend. l. 6. pr. ff. de re milit.* & inquam tot poenæ constitutæ reperiuntur, vid. infra *cap. V.* de quibus obiter notandum, quod strictissime merito a iudice obseruandæ, partim quia alias, prout dictum, per contumaciam magistratum autoritas, & in illa principis maiestas impune læderetur, partim, quia ad abbreviandas illas infinitas litium ambages multum conferunt, ad quas amputandas iudex omni nisu anhelare debet, *l. 21. de reb. cred.* unde merito practicam illam brocardici: *contumacia non accusata non nocet*, restringendam puto, ut hinc iudex, quamuis non imploratus, ex officio infelicem illam iustitiæ protrahendæ pruriginem auferre debeat. *Congruuit enim*



*enim bono ac graui præfidi, curare, ut pacata & quieta sit respublica, quam regit, quod aliter obtinere non potest, quam si ejusmodi refractariis frenum injiciat, l. 13. ff. de off. præf. imo horum castigatio ad quietem publicam adprime confert, l. opprimendorum. C. quand. lic. un. fin. iud. dum e diametro nimia illa indulgentia & prolixitas ius in absynthium mutat, ut optime ait Brunnem. proc. ciu. in proœm. & sic querelis illis, quæ prohdolor! de processuum diuturnitate ubique, per Germaniam præsertim, audiuntur, medela quodammodo adferretur, quæ diuturnitas tanta hodie est, ut sæpissime usu veniat, eos ipsos, qui victoriam reportarunt, tam longis anfractibus vexatos, ac tot sumtibus misere defatigatos sic affici, ut lugendum potius sibi esse putent, quod bonæ alioquin litis aut instituendæ, aut suscipiendæ consilium ab initio non abiecerint, quam gratulandum, quod tanto pretio nudam victoriæ gloriam compararint, ut verbis utar Ant. Fabr. in Cod. l. 9. tit. 22. def. 1. add. Wehneri obseru. pract. sub voc. Justitien. Wesen, ubi totam illam Fabri definitionem, quam de litium & criminalium & ciuiliū abbreviandarum noua ratione inscribit, recenset, conf. præcipue art. 15 & 29. ut & Valent. Winther. Parthen. litig. l. 1. c. 1. Sed quid iuuat, inanes iam tundere planctus, satis esse duco, ut quid fieri debeat, doleamus, (quod non fiat,) quid vero fiat, videamus.*

*Ut in alore & reo, sic etiam in teste.*

§. IV. Quomodo vero finis ille, sc. conseruatio auctoritatis magistratus, & abbreviatio litium intuitu actoris & rei obtineri queat, quomodo hanc suam proteruiam luan contumaces, quibusue mediis, quæ passim in iure occurrunt, in ordinem redigantur, de eo DD. ad tit. X. de dolo & contum. maxime vero illi, qui ordinem iudiciorum exponunt, legi possunt, ubi itidem disput. sub præfid. Excell. Dn. Bœhmeri de contum. non respond. habita conferri meretur. Nostri hac vice instituti saltem est, ut quid intuitu testis contumacis leges sanciant, & quæ tam quoad jus Romanum & commune, quam praxin modernam hic obtineant,



neant, pro modulo ingenii loco speciminis inauguralis, quanta fieri potest breuitate excutiamus. Cum enim experientia tota die comprober, qua via & hac in parte iudiciorum illudatur autoritati, & cursus iustitiæ pronioris impediatur, considerationem hancce non sine utilitate fore confido.

§. V. Onomatologiam testis, ut ex communi DDrum *Etymologia* methodo breuiter exponamus, illam cum Caluin. *lex jurid. testis*.

*h. voc.* descendere putamus a testando. Sed hæc vox triplici potissimum modo in iure ciuili occurrit, & totidem diuersas significationes denotat, 1.) *testari* denotat testamentum condere, per *rubr. ff. si quis alig. testar. prob.* & inde testato & ab intestato decedere, *l. 45. §. 1. ff. de f. fise. intestabilis, l. 26. ff. qui test. fac. poss.* & similes in iure expressiones reperiuntur, quæ tamen ad nostrum scopum non pertinent; 2.) *testari* denotat adseuerare, denunciare, in testimonium adducere, & sic iuramenti quædam est species, v. g. si dicimus: *Deum testor*, quo verbo creberrime veteres in adurationibus Deorum utebantur, hinc Virgil: *l. II. Aeneid. v. 154.*

*Vos æterni ignes & non violabile vestrum  
testor Numen.*

& demum 3.) *testari* dicitur, testimonium dicere, siue, pro ut in iure occurrit, perhibere: & hæc significatio ad nos in præsentia pertinet, illud quippe est, quod leges fidem alterius et conscientiam ad rei confirmationem euocare adpellant, *l. 22. ff. de test. l. 122. ff. de V. O. l. 40. pr. ff. de V. S.* Homonymiam quod adinet, illius explanationi merito superfedemus, dum ex ipso rubro *testem contumacem* repræsentante, abunde patet, excludi hic acceptionem, quando testis accipitur diminutiue, ubi virilitatis testem denotat; inde igitur ad synonymiam duntaxat progredimur, ubi varia occurrunt. Dicuntur enim *testes* antiquitus 1.) *superstites*, idque ex sententia Lud. Dickl. in *Oecon. instr. ord. jud. p. m. 295.* quod super flatum causarum proferebant ob-

*Homonymia.*

lata,



lata, vel quod ipsi rei gesta superfuert, vel adfuert, Schard. *lex jurid. voc. testis.* 2) vocabantur porro *antistites*, cap. forum 19. de V. S. Wefembec. *parat. ff. de test. pr.* quamuis enim antistites primarii dicti fuerint sacerdotes, §. 5. *instit. de Attil. tut.* quod ceteros *antestent*, i. e. expellant, Calep. *voc. antistes*, testes tamen itidem hoc nomine comprehenduntur, Schard. *lex iurid. voc. antestor.* 3) Testes dicuntur generali nomine *aduocati*, de strictiori, *vid. DD. ad tit. ff. de postul.* Notum enim, aduocatos illos dici, qui vel patrocinii, vel consilii, vel *testimonii* causa vocantur, Schard. *lex. jurid. voc. aduocare.* Et demum 4) testes veniunt sub adpellatione *signatorum*, l. 4. l. 6. l. 7. *ff. testam. quemadm. aper. l. 22. ff. de testib.* Sic enim vocantur testes, quia ad testamenti, vel alterius negotii tabulas obfignandas adhibebantur.

*Realis testis  
definitio,*

§. VI. Sed missis hisce, quæ saltem, ne contra crism eorum impugnarem, qui argumento *l. Domitius ff. de testam.* statuunt, prius oportere quem terminos quæstionis explicare, quam determinare, adducere volui: ad magis realem testis definitionem me confero. Diutius vero hic minime immorari volo quæstioni, an & quatenus testimonium diuidi potest in illud, quod fit per testes & per instrumenta, *vid. Althuf. jurispr. Rom. L. II. c. 34.* quamuis negare non possumus, testes in iure aliquoties sub nomine instrumentorum contineri, l. 1. *ff. l. 15. C. de fid. instr.* Sufficiat *testem* definire, quod sit persona, quæ ad fidem de re dubia faciendam a iudice competente euocatur & examinatur, Lauterb. *ad tit. ff. de testib.* cui igitur definitioni si illa, quæ supra de *contumacia* diximus, adjiciantur, nullus dubito, quin statim pateat, quoniam sensu nobis dicatur *testis contumax*, sc. talis, qui a iudice suo ordinario & competente ad testimonium perhibendum legitime citatus præfracte inobediens sine sonica causa parere recusat.

*ut & testis  
contumacis.*

*Quæritur in  
de, an testis*

§. VII. Ne vero frustra de riuus videamur solliciti, dum de fonte nondum constat, antequam ulterius progrediamur,

■



mur, quæstio: an testis ad testimonium perhibendum obstrictus sit, & an inuitus ad id cogi possit? ventilanda occurrit. Nullus enim testis contumaciæ reus æstimandus, nisi obligatio existat, quod ad testimonium dicendum necessario obstrictus sit. Quæstio proposita omnino adfirmanda videtur, prout id unanimiter etiam a DD. adseritur, tum quia sententia communis dicitur, Ayr. *proc. cap. 2. obs. 6. pr. Gail. l. 1. obs. 100. n. 1. & ibi adleg. tum, quia grauissimis fundatur rationibus, quæ ex utilitate tam publica, quam priuata, desumi possunt. Testium enim usus naturali ratione a Deo probatus huc spectat, ut publice profit omnibus ad tuendam veritatem aduersus mendacia malorum; Oldend. de test. p. m. 539. hocce quippe probandi genere orbati futuram experiremur maximam probationum penuriam & rerum omnium confusionem, ut optime Oldendorp. *adleg. loc. imo eueniret, ut quis propter defectum probationis iure suo & causa priuaretur, c. f. X. de test. cog. cum non semper & ubique chirographis, figillis, aut alia quadam scripturarum solemnitate adferri, aut confirmari possit negotium. Accedit, quod probatio, quæ fit per testes, dignior sit & probatione per instrumenta, præcipue priuata, potior habeatur, l. 14. ff. de contr. comitt. stip. §. 12. Instit. de iur. stipul. add. Berlich. l. 1. conclus. 59. Inde etiam perhibendi testimonii necessitatem tam de iure romano, quam canonico, abunde & variis sub pœnis inunctam legimus, idque propter fauorem reipublicæ, cuius interest, ut adhibeantur testes, quo eo melius quæstionis controuersæ veritas detegatur, B. Dn. Sam. Strykius in *disp. de saluti. publ. c. 5. n. 51. Hinc publicam utilitatem exigere, ne veritas occultetur, adserunt canones can. 2. caus. 14. q. 2. Hinc l. 4. ff. de testam. quemadm. aper. sancitur, prætoris officium esse, ut cogat signatores (testes in testamento adhibitos) conuenire & sigilla sua recognoscere, conf. gloss. ib. verb. cogat. Hinc peccatum mortale dicitur, veritatem occultare, c. ne quis 14. caus. 22. q. 2. id quod etiam Plato l. 1. de LL. innuere voluit, dum eos, qui veritatem celant, improborum vult***

5.  
 bibendum testimonium cogi possit

B

ha-



haberi numero. Vterque enim reus est, & qui veritatem occultat, & qui mendacium dicit, prout loquitur cum Augustino Gratianus *can. quisquis. 80. caus. 11. q. 3.* quia & ille prodesse non vult & iste nocere desiderat, *c. 1. X. de crim. fals.* Hinc tandem, ut verba ad compendium referamus, de jure civili munus ferendi testimonium publicum est, ad quod inuiti etiam compelli possunt, *arg. l. 2. §. 1. ff. si quis caut. in jud. l. est per prator. 26. §. ult. ff. ex quib. caus. maj.* ubi absentia propter testimonium dicendum eiusdem fonticæ excusationis vigorem habere dicitur, quam illa habet, quæ propter municipalem legationem adducitur, cum utriusque absentia sit eadem necessitatis ratio, *conf. Ayr. proc. adl. cap. 2. obs. 6. Gail. l. 1. obs. 100. Richt. ad cap. 45. X. de test. cog. n. 17.*

*Sed quid in  
criminali-  
bus?*

§. IIX. Dum vero adlegatæ LL. tantum de causis civilibus loquuntur, controuertitur a DD. an in criminalibus eadem testium coactio obtineat? Fatemur, nos hic expressa lege juris civilis plane destitui, quamuis enim luculenter id probari posse videatur ex *l. 16. C. de test.* ubi dicitur: *constitutionem iubere non solum in criminalibus iudiciis, sed etiam in pecuniariis, unumquemque cogi posse testimonium perhibere, de his quæ nouit;* illa tamen lex pro authentica haberi nequit, dum a Cujacio saltem restituta fuit, *vid. ille l. 13. obs. 83.* in ceteris vero legibus altum de coactione in criminalibus silentium. De jure canonico ex communi canonistarum sententia idem obtinet, dum in eo testes moneri, non cogi debere ad testificandum in criminalibus adferitur, *c. super eo. X. de test. cog.* nisi esset tale delictum, quod non posset sine periculo dissimulari, quale est hæresis, blasphemia & similia, tunc enim testes cogi possunt, etiam si crimen sit occultum, Hostiens. *ad rubr. de testib. cog.* item *conf. c. 1. X. eod. n. 10. Gilhaus. arb. judic. crim. cap. 6. p. 3. no. 148.* ut & eo casu, si veritas aliter haberi nequit, de qua exceptione *vid. infra cap. IV. §. X.* in ceteris vero casibus coactionem locum non habere, communis est opinio. Hodie vero praxis iudiciaria non attendit, utrum hæc co-

ctio



Etio expresse fundata sit in jure civili & canonico, nec ne, cum publica utilitas coactionem indistincte admittendam esse satis euincat, præcipue cum const. Carolin. itidem consentiat, *art. 72. vers.* Und ob es, ubi ita traditur: Und ob es die Nothdurfft erfordert und begehret wird, compulsorischer oder Compasß-Brieffe zu geben, dadurch die Zeugen zu gebühlicher Sache zu bringen seyn, &c.

§. IX. Qua necessitate & utilitate supposita diuersa Germaniæ nostræ prouinciarum statuta varias testibus contumacibus dicitant pœnas, quæ singulæ huc collimant, ut testes ad perhibendum testimonium tam in ciuilibus, quam criminalibus causis, in patrocinium veritatis obligentur. Inde in camera imperiali mandato, siue commissoriali, clausula adijci solet: Ob sich einige sperren, oder wiedern, in was Schein dasselbe geschehe, &c. bey ziemlicher pœn der Rechte darzu zu halten und zu zwingen, *Blum. proc. camer. tit. 73. §. 23.* In *ord. proc. Magd. cap. 30. §. 15.* a serenissimo LLatore itidem cautum: Damit auch kein Zeuge Zeugniß zu geben sich verweigere, &c. so sollen Cankler und Rärthe, oder deren commissarius und andere Gerichts-halter hiemit befehligt seyn, daß sie allezeit nebst dem gegenheil die Zeugen der Sachen Wichtigkeit nach, erstlich ohne commination einer Straffe, wann sie sich aber darauff nicht gestellen, zum andern mahl bey pœn 10. 20. 30. fl. für sich bescheiden, und da sie dennoch ungehorsamlich aussenbleiben, sie zum drittenmahl bey zweyfacher auch nach und nach erhöheter Straffe citiren, & postea §. 16. Und obgleich ein Zeuge ein oder mehrmahl in solche Straffe verfallen, soll er doch damit die Wahrheit zu sagen sich nicht entbrechen, sondern durch ernstliche Straffe dupli, tripli, auch Auspßandung, und dergleichen, etc. gezwungen werden, *const. Churfürstl. Braunsch. Ober- adpellations. Ordn. tit. 8. §. 30.* Sollen die commissarii, etc. ubi pœna carceris etiam dictatur, item *ord. prou. duc. Brunsv. tit. 46.* durch was pœn die Zeugen zu zwingen? item *ord. Pomeran. tit. 55. §. 5.* In Saxonia per *ord. proc. jud. tit. 22.* hoc itidem obtinet,



non obstante *glossa Land-Recht lib. 3. art. 21. ad verb. Sie sollen*, quæ in desertudinem abiit, teste Chilian. *Rönig in process. cap. 82. vom Gezwang der Zeugen, n. 2. in tribunali Wismariensi* quomodo hæc potestas commissariis ipso jure data, de eo vid. Meunium *p. 4. decis. 314.*

*Contumacia  
varie se exse-  
rit.*

§. X. Et hæc sunt, quæ loco processus ad explicatio-  
nem rubri præmittere volumus. Sequitur jam, ut ad spe-  
cialiora progrediamur, & ut videamus, quomodo testi-  
um contumacia in actibus judicialibus semet exferat, quod  
variis modis fit. Contumax enim audit 1) qui justum ju-  
dicis contemnit, & dicitur contumax in *non veniendo*, de  
quo in *l. 53. §. 1. ff. de jud.* 2) dicitur contumax, qui qui-  
dem comparet, sed contumax est in *se non exhibendo*, post  
columnas, vel ostium latitando, *arg. l. 36. ff. de reb. aut jud.  
pass.* a quo 3) parum differt, qui intempestive a judicio sine  
venia recedit, & sic contumax fit in *recedendo*, *can. 43. caus.  
n. 9. 3. cap. 1. X. de judic. cap. 4. X. de dol. & contum.* Inter-  
dum etiam judex jubet, ut respondeat quis interrogatus,  
& ergo si ille inobediens est & plane non, vel obscure respon-  
det, contumax erit 4) in *non respondendo*, *l. 11. §. 4. de in-  
ter. in jur. fac. cui jungendus* 5) contumax in *non juran-  
do*, de quo in *l. 38. ff. de jurejur. Bargal. de dol. l. 5. c. 21. n.  
23.* Hi omnes contumaces dicuntur, quatenus autem hac  
contumacia se reos faciunt testes, de eo jam videndum. Ut  
autem ordine procedamus, & singula justo loco colloce-  
mus, hac uti volumus methodo, ut testem contumacem confi-  
deremus, I. in relatione ad judicem, & quomodo intuitu illi-  
us contumacia se exferat, II. quid circa testem contumacem  
respectu citationis, insinuationis, comparitionis & exami-  
nis notandum, III. videbimus personas, quæ sine nota con-  
tumaciæ testimonium recusare & quatenus id facere pos-  
sint, IV. tandem poenæ testium contumacium  
subjiciuntur.

*confpectus &  
ordo disputa-  
tionis propo-  
nitur.*



TESTE CONTUMACE IN  
RELATIONE AD JUDICEM.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

**J**udex esse debet competens, nec prorogationi locus est, §. I. queritur: an testis contumax audiat, si a iudice superiori citatus parere recusat, id quod adfirmatur, §. II. obseruanda tamen practica, l. 3. §. 6. ff. d. test. ut & privilegium de non euocando, §. III. quodnam sit illud privilegium explicatur, & quinam illo gaudeant, adducuntur, §. IV. quid si in una ciuitate, que privilegio de non euocando gaudet, duo iudicia concurrunt, inferius & superius? §. V. queritur: an laicus sit index clerici competens, & an clericus ad testimonium dicendum cogi possit? §. VI. resp. clericum cogi posse, §. VII. non tamen a iudice seculari, §. VIII. dantur casus, ubi clerici testes fori seculari agnoscere tenentur, §. IX. reliqui comparere tenentur vel coram ipso iudice, §. X. vel coram commissario, §. XI. an coram delegato commissarii? negatur. Recensentur tamen exceptiones, §. XII. in criminalibus delegatio non facile a iudice suscipienda, que etiam de iure civili plane illicita, §. XIII. de praxi interdum permittitur, §. XIV.

§. I.

**R**equiritur autem, antequam respectu iudicis testis contumaciæ reus fit, ut iudex, siue magistratus, sit competens. Dico: iudex, siue magistratus. Postquam enim iam olim illa iudicum datio, quæ fiebat a magistratu, l. 14. ff. de reb. jud. l. 4. §. 3. de off. ej. cui mand. jurisd. in usu esse desit, magistratusque ipsi iudicare iussi, magistratus & iudicis nomen confundi cœpit, l. 2. §. 5. C. de pedan. jud. §. f. inst. de interd. §. 9. f. de publ. jud. atque hodie unum pro altero promiscue usurpari solet. Hunc iudicem dico competentem esse debere; præsupponendum enim, penes illum, qui iubet aliquid, jus esse imperandi & iubendi, quo deficiente ab alio exigere nequit, ut voluntatem & iussa expleat, & alter dum libertate sua utitur, nullo modo delinquit, adeoque contumaciam non incurrit, unde

*Judex esse debet competens.*



optime Hermogenianus in *l. 53. §. 3. ff. de re jud.* adferit: *contumaces non videri, nisi qui cum obedire deberent, non obsequuntur*, & Paulus in *l. fin. ff. de jurisd.* *Extra territorium jus dicenti impune non paretur*. Testes quippe cogere ad testimonium dicendum est actus contentiolarum jurisdictionis, qui in eos, qui alienarum jurisdictioni subjecti, exerceri nequit, Carpz. *jurisp. eccles. l. 3. def. 24. n. 4.* & sic judex incompetentiam fert ipso jure nullam, unde id, quod statuit, nullam rei judicatarum continere auctoritatem Imperatores Diocletianus & Maximianus in *l. 3. C. de jurisd. omn. jud.* rescribunt. Id quod ex mea sententia adeo verum, ut nequidem inuito iudice ordinario prorogatio locum habeat. Quamvis enim DD. communiter hic in contrarium adferant *l. 2. C. comm. utr. jud.* unde inducere volunt, hoc unice a voluntate citati dependere, an comparere velit, annon; hodie tamen, ubi possessio jurisdictionis moribus & consuetudinibus recepta atque ipsa jurisdictio in patrimonio, siue commercio posita, prorogationem jurisdictionis locum non habere censeo, ne iudices ordinarii careant fructibus jurisdictionis suarum. Unde nec vasallo licet hodiernum sine consensu Domini sui, in cuius patrimonio est jurisdictio, coram alio comparere, id enim faceret cum injuria domini sui, Duaren. *ad tit. de judic. rubr. de for. comp.* inde etiam apud Carpz. *p. 1. c. 16. def. 29.* in causa Christoph Neudels in Ballfeld ita pronunciatum: Da der Landes-Fürst, von dem eure Frage meldet, die Person, deren auch in eurer Frage gedacht wird, mit den Ober- und Nieder-Gerichten belieben, und Seine Fürstl. Gnaden gedachter Person Unterthanen zu zeugen in bürgerlichen und peinlichen Sachen citiren wolte; So geschieht von hochermeldeter Ihrer Fürstl. Gnaden solches vermöge der Rechten, wofern des Orths dem Hoff- und Canzley-Gebrauch nach ein anders nicht hergebracht, per subsidium und durch befehllich an den Unterrichter billig, B. N. W. Si igitur iudices ordinarii subditis suis inhiere possunt, ne



coram alio iudice compareant, sequitur etiam, quod sine consensu iudicis sui nec volentes ex rationibus modo dictis comparere possint, Oswald. Hillig. in *Donell. l. 17. cap. 10. lit. N.* Unde infero, quod si testis extraneus sponte comparet sine permisso iudicis ordinarii, cui subest, ille a parte aduersa recusari possit, partim quod non legitime citatus fuerit, partim quia praesumptio contra ipsum oritur, quod semet ipsum ingesserit & hinc suspectus habetur, *arg. l. 25. ff. de procur. l. 5. §. 10. ff. d. J. immun. l. 3. C. qui milit. non poss.* Nec mouet autoritas dissentientium, *Lauterbachii colleg. theor. pract. de test. §. 8. Hahnii ad Wesemb. eod. tit. n. 2. Carpzoui jurispr. consistor. l. 3. d. 24.* & aliorum, qui hac ratione utuntur, quod veritas hic magis, quam solemnitates inspiciendae; regerimus enim, quod quando LL. solemnitates requirant, illae necessario adhibendae sunt, idem enim est non fieri & non legitime fieri, *arg. l. 6. ff. qui satisd. cog. gloss. ib. l. 4. §. 6. ff. de reb. jud.* ejusmodi solemnitates vero inuitu testium requiruntur, & inter illas legitima citatio refertur, utpote quae testimonium iudiciale ab extrajudiciale distinguit, *Speckhan. quest. jurid. cent. 3. cl. 3. quest. 16.* Concludimus itaque, quod quo magis incommodum euitetur, iudex consulte faciat, si testes ad examen non prouocet, nisi prius consensus iudicis eorum ordinarii impetratus fuerit. Exceptio tamen hic erit 1) in vagabundo, hic enim, quia nullum domicilium habet, a quocunque iudice in quocunque loco ad testimonium perhibendum adstringi potest, 2) eo casu, si periculum est in mora, mortis ipsorum testium, &c. consensus iudicis ordinarii non praecise requiritur, *Gail. l. 1. obseru. 93. n. 4.*

§. II. Sed inde jam alia quaestio resultat: an videlicet testis contumaciae poenam incurrat, si non quidem a iudice immediate ordinario, sed superiore, non requisito magistratu inferiore, citatus parere recusat? ad quam generaliter cum *Rauchb. p. 1. quest. 13.* (ubi prolixè hanc materiam ventilat,) adfirmatiue respondemus. Quamuis enim iudicis

Testis contumax audit, si a iudice superiore citatus, parere recusat.



8

eis inferioris potestati permittatur, ut testes citare possit; id tamen juris necessitati non subiacet intuitu superioris, scil. ut hic iudicis inferioris citationem requirat, si causa coram ipso ventilatur, vid. l. 40. ff. de iudic. nec sequitur, princeps jurisdictionem inferiori concessit, ergo sine ipsius præscitu testem sub illo degentem citare nequit, plene enim diuersa hæc sunt, a quibus male fit illatio, l. Papi-  
*nianus 20. ff. de minor.* Pertinet huc regula vulgata de iure ciuili, quod concedens jurisdictionem inferiori, intelligatur eam in dubio non priuatiue, sed cumulatiue concessisse, Panorm. in c. pastoralis n. 6. X. de off. ord. adeo, ut eadem potestas & iurisdictio superiori intuitu causarum, quæ coram ipso ventilantur, aduersus homines subditosue sui inferioris etiam deinceps competat, iuxta regulam: si vinco vincentem te, multo magis te vinco, c. auctoritat. X. de concess. prebend. in 6. l. 14. §. itaque ff. de diuers. & temp. prescri. Unde etiam dicitur, quod iudicium soluatur vetante eo, qui majus imperium possidet in eadem jurisdictione, l. iudic. solu. 58. ff. de iudic. quia per superuenientiam majoris cessat minoris Magistratus iurisdictio, l. 5. C. de off. rest. prou. imo hoc contra reuerentiam & fidem principi ab inferiore debita impingeret, quibus tamen saluis iura intendi debent, Coler. de proc. execut. p. 3. c. 7. n. 31. Anchoran. l. 2. quæst. aur. 48. n. 8.

Observanda  
 tamen practi-  
 ca, l. 3. §. 6. ff.  
 de test.

§. III. Quamuis vero, ut modo demonstratum, iudi-  
 ci superiori, siue principi, hæc euocandi potestas regulari-  
 ter competat, obseruanda tamen omnino venit practica l.  
 3. §. 6. ff. de test. ubi circa euocationis materiam ita sancit-  
 ur: *testes non temere euocandi sunt per longum iter, &*  
*multo minus milites auocandi sunt a signis, vel muneribus,*  
*perhibendi testimonii causa, idque Diuus Hadrianus rescrip-  
 sit, sed & Diui fratres rescripserunt, quod ad testes euocan-  
 dos pertinet, diligentie iudicantis est explorare, quæ consue-  
 tudo in ea prouincia, in qua iudicat, fuerit.* Idque duabus  
 potissimum ex rationibus, partim, ne testibus officium su-  
 um



um, quod iudicio & veritati præstant, nimis damnosum, l. 7. ff. *quemadm. testam. aper. ibique Bart.* partim, quia partibus valde onerosum esset, frustraneos & non necessarios sumtus erogare, *arg. l. u. C. de test. Gail. l. u. obs. 98. in f.* Et inde in praxi obseruatur, quod circumstantiis *adl. l. ad ductis* occurrentibus articuli ad iudicem testis ordinarium interdum transmittantur, isque per compulsoriales adigatur, siue, si inter duos iudices nemo superior, nemo inferior, per litteras mutui compassus, aut subsidiales, germanice *Compaß-Brieffe*, rogetur, ut citata parte, aut procuratore eius, testes examinet, atque ita depositiones ad locum iudicii remittat, quæ perinde valent, ac si coram ipso iudice causæ factæ fuerint, *l. 13. C. de fid. instrum.* Quomodo vero literæ mutui compassus conficiantur, de eo vid. Dn. Præfidis *Einleitung zum civil-Proc. cap. 15. §. 29. & not. ad const. crim. art. 72.* Deinde notandum, quod nec a iudice etiam superiore illi, qui priuilegio de non euocando, aut alia quadam speciali concessione muniti, ad suprema iudicia trahi possint, quia ejusmodi euocatio nullius foret utilitatis, cum testes nihilominus impune testimonium recusare possint.

§. IV. Est autem priuilegium de non euocando exemptio, qua subditi, qui alias coram iudice, qui ius euocandi habet, comparere obligabantur, speciale priuilegium nati sunt, quo mediante non nisi coram iudice suo immediate ordinario semet sistere tenentur, vid. *Rhet. institut. jur. publ. l. 1. tit. 6.* Gaudent illo priuilegio præcipue subditi principum electorum, idque per *A. B. cap. u. §. 1.* unde quia de effectu hujusce priuilegii exinde uberrime constat, verba in vernacula hic adducere libet: *Wir ordnen und setzen hiemit, daß kein Graff, Freyherr, Edel, Ritter, Lehn-Dienst-oder Burg-Leuthe, noch andere Persohnen, so den Stifftern, Kirchen, oder Gottes-Häusern in Mayntz, Cölln, oder Trier zuständig und unterworfen, welcherley Standes, Würden oder Besen sie seyn, auf eines Klägers anhalten aus ihren Landen, Ge-*

*ut & priuilegium de non euocando.*

*Quodnam sit illud priuilegium, explicatur.*

*quoniam illo gaudeant, adducuntur.*



bieten und Grängen solcher Stifter und deren Zubehörungen, fürtan zu keinem andern Gericht geladen werden sollen, und mögen, dann vor die jetzt erwehnte Gerichte zu Maynz, Trier und Eöln, wie solches bisher ebenmäßig gehalten worden, *re. die* te sollen nicht erscheinen, noch Antwort geben, *re. dieselbe* Ladung soll in keinen Kräften noch Würden bestehen, sondern gang nichtig ab und tod seyn, *conf. capit. Leopold. art. auch sol-* len und wollen, &c. 18. idem in specie de subditis electorum & ducum Saxoniae adstruit Carpz. in *rr. de priuileg. elect. & duc. Sax. de non adpell. th. 29. n. 31. seqq.* Licet autem reliquis statibus imperii hoc priuilegium eo tempore concessum non fuerit, hodie tamen nulla intuitu eorum differentia deprehenditur, *vid. Sylu. Germ. Teutscher Reichs = Staat. tom. 1. p. 4. cap. 1. §. 7. p. m. 437.* unde etiam Gail. *l. 1. obs. 98. n. 2.* testatur, quod commissarii camerales mediatos imperii subditos euocauerint quidem, illis vero semper a statibus contradictum fuerit, sic ut etiam in contradictorio obtinuerint. Quamobrem mutato statu imperii Romani illud amplius defendere non possumus, quod Speckhan *quæst. jur. cent. 3. class. 3. p. m. 956.* de potestate camerae imperialis circa euocationem mediatorum subditorum ex *l. deprecatio 9. ad l. Rhod. de iact. & l. fin. C. de quadrienn. præscript.* adfrucere conatur, quia scilicet camera supremum principem & dominum orbis Romani representet, & proinde quam late patet imperium, dictæ camerae iurisdictione se extendat. Hodie igitur omnium etiam imperii statuum subditi hoc gaudent jure, ut a camera testimonii dicendi causa euocari non possint. De hoc enim solum solliciti sumus, nam quid obtineat, si in alieno territorio delinquant, contrahunt & ibi deprehenduntur, & quomodo hoc casu priuilegio suo uti non possint, de eo *vid. Sylu. Germ. Teutscher Reichs = Staat ad l. l.* Porro dantur & aliæ ciuitates & prouinciæ municipales, quæ hoc priuilegium consecutæ sunt, sic ut a dicasteriis senatui articuli transmittendi sint, ut ipse ciues suos ad illos examinet, imo consuetudine etiam hoc  
jus



jus introduci posse statuit Carpz. p. 1. c. 16. d. 29. in f. Ejusmodi privilegium possident Lipsienses, qui ad curiam provincialem non nisi per subsidium senatus vocari possunt, Carpz. *process. l. 7. art. 3. n. 44. seqq.* prout etiam obtinet in Lusatia, ubi subditi ne quidem a supremo adpellationum senatu irrequisito iudice immediato euocari possunt. Sic quoque consistoria in electoratu Saxoniae non immediate citant, sed demum requisito iudice seculari, vid. *resol. gra- uam. de anno 1612. tit. von consistorial-Sachen*, conf. Schilter, ex 7. th. 10.

S. V. Quid vero, si in una ciuitate duo iudicia concurrunt, quorum unum altero superius, ciuitas vero privilegio de non euocando gaudet, quaeritur: *an testis ciuis de non euo- a superiori iudicio citatus sine nota contumaciae comparitio- nem denegare possit?* negatur, nisi privilegium illud de- mum post existentiam supremi iudicii ciuitati, & expresse magistratui ciuitatis tanquam iudici inferiori a principe concessum, alias ciuis in testem euocatus utique parere tenetur, cum id, quod in fauorem iustitiae introductum, in eius detrimentum & protractionem flecti non debeat. Beneficium quippe de non euocando fauet ciuibus, ne extra ciuitatem cum damno suo a re familiari auocentur, non autem tribuit magistratui priuatiue examinandi potestatem & illam superiori denegat. Priuilegia enim stricte sunt accipienda, nec ultra literas temere extendenda, Bart. in l. 1. ff. de l. l. c. priuilegia. dist. 3. Imo licet princeps antea magistratui examen testium concesserit, nihilominus tamen ille deinceps pro lubitu jus suum exercere potest, per superuenientiam enim maioris magistratus cessat iurisdictio minoris, l. 5. C. de off. rect. provinc. Certo respectu hic quoque adplicari potest, quod habetur in Sächs. Land. R. l. 1. art. 58. §. wenn der Graff, &c. scilicet quod quando- cunque rex, vel imperator intrauerit prouinciam vasalli sui, siue is dux fuerit, siue comes, aut quicumque alius, ejus iurisdictio cesset, cum quo conuenit Land. R. l. 3. art.

*Quid si in una ciuitate, que privilegio de non euocando gaudet, duo iudicia concurrunt, superius & inferius?*



6. §. in welcher Stadt, *junct. art. 25 & art. 56* unde communiter dicitur: in welches Land der Kaysfer kommt, da ist ihm das Gericht ledig, daß er alle Klagen richten mag, die vor ihm kommen, quod tamen salva superioritate territoriali statuum imperii, saluisque aliis priuilegiis intelligendum. Demum notandum, quod nulla etiam præscriptio contra principem currat respectu hujus priuilegii, cum hoc meræ facultatis sit, quamuis princeps judici inferiori per temporis spatium circa examen testium aliquid indulerit, *l. 2. ff. de via publ. gloss. & DD. ib. gloss. in l. 1. C. de annal. exc. vid. casum huc pertinentem in terminis intuitu ciuitatis Wisnariensis & supremi tribunalis regii apud Meur. p. 3. dec. 151.*

*Queritur: an laicus sit iudex competens clericis, & an clericus ad testimonium dicendum cogi possit?*

*Respondetur, clericum cogi posse.*

§. VI. Antequam vero hanc circa priuilegium de non euocando materiam mittimus, meretur adhuc ventilarî quæstio *de foro competente clericis*. Cum enim clerus regulariter semet a jurisdictione laicorum exemptum esse prætendat, quæritur: *an clericus a iudice ad testimonium dicendum cogi possit, & quinam iudex sit competens?* ut vero ordine procedamus, duo hic membra distinguenda veniunt, 1) an clericis cogi possint? 2) an hoc a iudice seculari fieri queat?

§. VII. Quod prius adinet, an coactio ad testimonium perhibendum intuitu clericorum locum habeat, adfirmatiue quo minus respondeamus, impedimentum non video. Clerici enim non reperiuntur in numero personarum, quæ a necessitate testandi exemptæ sunt, nec in catalogo priuilegiatorum, de quibus infra *cap. IV.* Quamuis enim ob stare videatur adferrem Theodosii in *l. 7. C. de episc. & cler.* ubi dicitur: *nec honore, nec LL. episcopus ad testimonium dicendum flagiteretur*, item: *episcopum ad testimonium dicendum admitti non decet*, iuncta ratione, *nam & persona oneratur*, (vel, ut legitur in codice Theodosiano, *dehonestatur*.) & *dignitas sacerdotis exempta confunditur*; respondetur tamen, quod adl. lex de clericis a iudice secu-



11.

seculari regulariter non cogendis loquatur, Brunnem. *in d. l. n. 1.* & hæc ratio sufficere potest explicationis. Licet enim sint, qui statuunt, verba illa intelligenda esse de casu, si veritas aliter haberi nequit, & extra hunc casum clericos excusatos esse, nec cogendos contendunt, Gail. *l. 1. obs. 100. n. 16.* Brunnem. *ad l. 17. C. de test.* hæc tamen explicationem admittendam non esse existimo, & dicerem potius, clericum semper, etsi alii testes forsan haberi possent, examinandum esse, cum majorem fidem facere possit, quam alii, præcipue cum inueniantur, qui dicunt, quatuor clericis & sacerdotibus plus credendum esse, quam sex laicis & secularibus, Marta *conf. 44. n. 4. & conf. 87. n. 30. 31.* Durand. *in spec. l. 2. part. 2. de requisit. n. 8.* conf. Carpz. *p. 1. c. 10. def. 69.* neque sane eorum dignitas eo ipso minuitur, ut prætendunt, quando in causis laicorum testimonium dicunt, cum veritatis dictio potius virtutis opus sit, ut oppressis succurratur, & iniquitati occurratur, adeoque minime concedenda ipsis erit exemptio. Vnde quoque jure consuetudinario nulla diuersitatis ratio attenditur, siue personarum secularium, siue religiosarum, sed perinde ac laici ad testificandum hodie clerici sunt compellendi, Pingitz. *quest. 35.* Mart. Coler. *p. 1. dec. 21. p. 2. decis. 241.* prout non solum in Germania, sed etiam de consuetudine Belgii & Galliæ, teste Paul. Christin. *dec. 17. n. 8. seqq.* obtinet.

§. IIX. Progredior ad alterum quæstionis membrum: *Non tamen a an & quatenus a iudice seculari clericus ad testimonium co-* *judice seculari-*  
gi possit, & annon semet exceptione judicis incompetentis *ri.*  
tueri queat, si a seculari citatur? cujus quæstionis difficilior est explicatio. Communiter a DD. hic negatiua defenditur, quam etiam eousque extendunt, ut clerici nec volentes se jurisdictioni seculari ad perhibendum testimonium in præjudicium jurisdictionis episcopalis subicere possint, & hæc sententia ex mente eorum firmatur (1) per *can. 22. c. 22. q. 5.* ubi ita: *nullus ex ecclesiastico ordine cuiquam laico quidquam supra sacrosancta euangelia jurare præsumat.*



Lauterb. *coll. theor. pract. de test.* §. 9. (2) per cap. 12. *X. d. foro comp.* ubi expresse reperitur, clericum nec jurisdictionem judicis secularis prorogare posse, ne quidem cum juramento, quia hoc statuta & concilia canonica Mileuitamum & Carthaginense impugnat, Carthaginensis concilii verba adduxit Exc. Dn. Böhmer *de jur. eccles. prat. l. 2. t. 2. §. 37.* Postquam enim clerici ex imperatoris concessione ab initio sibi audientiam, siue nudam notionem adrogarunt, *l. 1. C. d. episc. aud.* intempestius erga religionem ardor effecit, ut magistratus ecclesiastici omnigenam jurisdictionem exclusam plane potestate seculari sibi vindicarint, imo confirmationem hujusce usurpationis deinceps ab ipsis imperatoribus obtinuerint, vid. Friderici *auth. statuimus C. d. episc. & cler.* Et inde exortum, quod in jure prouinc. Saxon. *l. 1. art. 1.* dicitur, zwey Schwerdter ließ Gott auff Erden zu beschirmen die Christenheit, dem Pabst das Geistliche, dem Kayser das Weltliche, adeoque corruptam hac in parte apud pontificios jurisdictionem hodiernum dolemus, quæ hierarchia non solum cum tranquillitate reipublicæ, sed & ipsamet salute ecclesiæ pugnat, vid. Excell. Dn. Böhmeri *dissert. preliminar. ad jus eccles. protest.* §. 21. & passim. Quidquid tamen sit, hodie clerici exemptionem a potestate judicis secularis ex semel recepta praxis corruptione recte urgere valent, nec nisi a iudice ecclesiastico ad testimonium dicendum compelluntur. Id enim prærogatiuæ datum est dignitati clericali, Gail. *l. 1. obs. 100. n. 16.* Balduin. *d. cas. consc. l. 2. cap. 9. cas. 19.* Farinac. *de test. qui 6. n. 7.* Carpz. *juris consil. l. 3. def. 24.* Finckelth. *obs. 95.* quæ praxis non solum apud ipsos papicolos mansit, sed & ad fora protestantium permanuit, ubi coram magistratu ecclesiastico tamquam iudice suo proprio testes itidem examinantur, B. Dn. Stryk. *V. M. ff. d. test. §. 7.* Et hoc priuilegio tota clericorum gaudet familia, Meu. *p. 3. d. 173.* Cothm. *resp. acad. 17. de foro com. §. 3.* forum priuilegiatum quippe regulariter ad uxores & liberos extenditur, Klok. *vol. 1. conf. 39. n. 44.* Brunneman. *jur. eccles. cap. 1. §. 12. in. f.* a quo tamen fa-

mu-



mulæ & ancillæ conductitiæ merito excluduntur, utpote quod nec ex ipso jure canonico probari posse pontificii etiam fatentur, Barbof. *de jur. eccles. l. 1. c. 39. §. 2. n. 57.* conf. excell. Dn. Boehmeri *jus eccles. l. 2. tit. 2. §. 34. 44.* Porro dicto priuilegio omnes gaudent, qui sub nomine clericorum veniunt, siue, qui in ecclesia Dei deseruiunt, ut loquitur c. *cleros i. dist. 21. v. g.* Acoluthi, exorcistæ, lectores, ostiarii, organici, &c. qui omnes jurisdictioni ecclesiasticæ subjacent & ut testes vocati, non nisi coram judice ecclesiastico examinari possunt, nisi per specialem constitutionem principis etiam coram ordinario judice seculari comparere jussi, prout hoc ita in ordinatione ecclesiastica ducatus Magdeburgici *cap. 28. sect. 3. §. 2.* a sereniss. LL. constitutum, add. Dn. Mylii *consilium. Magdeb. p. 2. c. 1. §. 23. & 25.* ubi ita: vor dem consistorio nun haben ihr forum alle Prediger, so viel ihr Amt und personal. Sachen betrifft, die Rister aber, als welche Inhabts Unserer Kirchen-Ordnung von jedes Orths Obrigkeit bestellet, auch wann sie sich in ihrem Amt der Gebühr nach nicht bezeugen, auff vorgegangener cognition von derselben beurlaubet werden, sollen das forum vor jedes Orths Obrigkeit agnosciren. Cum enim in foris protestantium clericis quidem forum ecclesiasticum & priuilegiarum, sed ex mera principum gratia & indulgentia concessum, a principibus itidem pro lubitu exemptio illud restringi, minui & penitus auferri potest. Inde in *ordinat. consist. Hasso-Cassel. cap. 8.* magis adhuc priuilegium clericorum intuitu fori ecclesiastici restrictum, quippe ubi disponitur, daß in andern civil- und politischen Schuld- und dergleichen Sachen und Forderungen, die mit ihrem Geistlichen Stand und Amt keine Gemeinschaft haben, (inter quas causas etiam examen, si testes producuntur, procul dubio referendum,) bey ihrer ordentlichen und weltlichen instantz und Gerichts-Zwang gelassen werden sollen. Quid? quod in nonnullis ciuitatibus imperii immediatis, ut Hamburgi, Noribergæ, Bremæ, &c. consistoria plane sublata, & clerici æque ac laici senatui subsunt, & eodem cum ceteris foro fru-



fruuntur, vid. Dn. Böhmeri *jus eccles. cit. l. §. 38.* Id etiam in Marchia obtinet, quod clerici non minoris ordinis solum, sed & ipsi concionatores, die Prediger, coram patronis & ordinario iudice forum sortiantur in causis civilibus, adeoque ut testes producti incompetencia fori semet tueri nequeant, sed refractarii etiam a iudice seculari ut contumaces puniri possunt, conf. Dn. Præs. Einl. zum consistor. Proceß *cap. 5. ubi §. 2.* ipsa verba der Märchischen Kirchen-Ordnung, *tir. 10. §. final.* adducit, & omnia, quæ ad competentiam fori clericorum spectant, fuisse pertractat.

*Dantur tamen casus, ubi clerici testes forum seculare agnoscere tenentur.*

§. IX. Quamvis vero regulariter, ut in præcedenti §. ad nauseam demonstratum credo, clerici de iure canonum coram iudice seculari comparere nequeant, dantur tamen aliqui casus excepti, ubi etiam a iudice laico citari, examinari, imo cogi possunt, videlicet (1) si consensus episcopi, aut iudicis ecclesiastici accedit. Potest enim hic licentiam dare iudici laico, ut testem clericum coram se ipso examinet, *can. 2. c. 14. qu. 2. Mascard de probat. conclus. 1365. n. 61. Gail. l. 1. obs. 100. n. 16. Brunnem. ad l. 7. c. de episc. & cler. n. 6 & 7.* Videtur enim sic ipse iudex ecclesiasticus per secularem tanquam delegatum hoc examen expediuisse, Carpz. *l. 3. def. n. 10.* (2) examinatio & coactio clerici a iudice seculari recte fit, exigente ita necessitate, utpote quæ non tantum non subest LL. sed lex potius subest necessitati, *arg. l. 7. in f. ff. de administr. & peric. tut. cap. concillium 2. X. de obseru. jejun.* ideoque si in mora periculum, v. g. tempore pestis, belli, &c. clericus coram iudice seculari examinari potest, quoties enim præsens necessitas postulat, etiam coram incompetente iudice facta receptio valet, *Gail. l. 1. obs. 93. n. 4.* maxime si imploratio iudicis ordinarii moram cum periculo amittendæ postea probationis inuoluit, *Guid. Papa de cis. Gratianop. qu. 65.* Ex eodem fundamento etiam iudex secularis clericum delinquentem sine consensu episcopiprehendere potest, si res moram non patiatur, & præsens fugæ periculum adfit, *B. Stryk. ad Brunnem. jus eccles. l. 3. cap. 1. §. 12.*



§. 12. (3) clericus apud nos protestantes sine contumaciæ nota iudicium seculare declinare non potest, si ad superius statim tribunal vocatur, quippe quod ipsum principem repræsentat, cui clerici tam in causis civilibus, quam ecclesiasticis, quatenus imperium & iudicium humanum patiuntur, virtute iuris episcopalis suspensa & in principem translata, subsunt, Meu. p. 8. dec. 274. n. 2. Brunnem. jur. eccles. l. 3. c. 1. §. 7. nec opus est, ut princeps, aut eius personam repræsentans supremum tribunal, illos mediate & per subsidium iudicii ecclesiastici ad testimonium dicendum vocet, dum iudices ecclesiastici docere nequeunt, sibi jurisdictionem priuatiue concessam esse, sed potius illa cumulatiue data videtur, vid. supra §. III. conf. Zanger. de except. p. 1. c. 2. n. 160. Stryk. ad Brunnem. jus eccles. l. 1. c. 6. membr. 12. §. 6 & l. 3. c. 1. §. 11. adeoque princeps pro lubitu iurisdictionem ipsemet exercere, nec hoc passu ulla fori exemptio a clericis adlegari potest. Cum enim ecclesiam receperit respublica, ut alumnam nutricia, non est respublica in ecclesia, sed ecclesia in republica, ut ex Clapmar. de arcan. rerum publ. l. 3. c. 5. loquitur Meuius ad ius Lubecense. quest. 3. n. 4.

§. X. Hisce igitur, quos hætenus recensuimus, exemptis, reliqui indistincte ad testimonium perhibendum obligantur, nisi speciali priuilegio exemptos semet docere possint, aut ipso iure securi & ex speciali legis beneficio exemptionem habeant, de quibus infra cap. IV. pluribus agemus. Adeoque legitime a iudice citati in iudicio ipsi comparere tenentur, id quod melius, Gail. l. 1. obs. 102. n. 4. Carpz. l. 3. resp. 87. n. 1. cum testimoniis solis, seu scriptis testium depositionibus in iudicio productis iudicique exhibitis fides plena semper adhiberi non possit, unde in l. 3. §. 3. ff. de test. Diuus Hadrianus Iunio Rufino pro Cs. Macedoniæ ita rescripsit: *quod crimina objecerit apud me Alexander Apro, & quia non probabat, nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat, quibus apud me locus non est, nam ipsos interrogare soleo: quem remisit ad prouinciæ præsidem, ut is de*

Reliqui indistincte comparere tenentur,

vel coram ipso iudice.

D

fide



*fide testium quæreret, & nisi impleisset, quod intenderat, relegaretur.* Item Gabinio Maximo idem princeps rescriptit in d. l. 3. §. 4. *alia est autoritas presentium testium, alia testimoniorum, quæ recitari solent, tecum ergo delibera, ut si retinere eos velis, des iis impendia,* iudex enim optime ex testium presentium vacillatione, constantia, reliquisque circumstantiis colligere potest, quantum depositionibus eorum tribuendum sit, dum non satis certis regulis definiri potest, quæ cuique rei probandæ sufficiant, sed iudicem ex animi sui sententia æstimare oportet, quid aut credat, aut parum sibi probatum opinetur, prout dicitur in *cit. l. 3. §. 2. ff. de test.*

*vel coram  
commissario.*

§. XI. Minime tamen exinde inferitur, testes semper a iudice ordinario citari debere, nec eos contumaces audire, si a commissariis, quæ ab ordinario iudice subinde dari consueverunt, citati comparitionem denegant, delegatio enim illa licita est, quamvis concedamus, iudicem non nimis facilem esse debere in potestate hac aliis deleganda, *Carpz. l. 3. resp. 87. n. 7.* & sic delegationi nonnisi exigente necessitate locus datur, *nov. 90. c. 5. l. 15. ff. de iurej. l. 18. C. de fide instrum.* ita multitudo causarum sapius non permittit, ut iudices ipsi negotio examinis sufficiant, unde in camera semper coram commissariis testium examen perficitur, & ibi partes commissarios nominare solent, qui deinde per sententiam interlocutoriam confirmantur, *Gail. l. 1. obs. 94 & 96. n. 1.* nisi sint suspecti, tum enim alii conceduntur cum potestate adjungendi notarium, principibus vero indistincte alium adjungere licet, ut eo sincerius omnia expediantur, *Gail. adl. l. Bernh. Græuen. in eund.* & hunc in finem in *R. F. nouiss. de A. 1654.* cautum, quod etiam praxis cameræ confirmat, ut per testes probaturus commissarios perat ad eorum examinationem, juxta §. *dahero 47. ibi.* wenn dasjenige, was Kläger vorgebracht, vom Beklagten negirt worden, soll Kläger darauff in dem folgenden termin commissarios zu ernennen, und commission zu bitten schuldig seyn. Interim quatenus hoc



hoc laudandum, quod in camera super commissione decernenda partes prius audiri soleant, de eo vid. Meu. p. 3. d. 203. qui praxin hancce ut protelandæ litis medium forte non fine ratione reprehendit. De iure prouinciali Württembergico itidem examinationem testium per commissarios obtinere testatur Lauterb. coll. theor. pract. tit. de test. §. 6. ut & in Italia, de cuius praxi quædam notatu digna hic adferemus. Dum enim ad probationem per testes deuentum, hinc inde a partibus dantur confidentes, h. e. ab utraque parte in schedula quadam, quæ neutri partium communicatur, nominantur commissarii non suspecti, quod si jam partes in eosdem commissarios consentiunt, res expedita est, id est, dantur illi commissarii, qui utrique parti sunt confidentes, siue in quos simul consentiunt, de quibus vid. Felin. in c. super quæstion. de offic. & potest. jud. deleg. Spec. tit. de requis. consil. §. 1. n. 3. Missis autem hiis, quod ad praxin cameræ attinet, adhuc breuibus hic adducere liceat, quod eiusmodi commissio, quæ fit ad testium examinationem, a cameralistis vulgo dicatur *commissio in communi*, quæ differt a *commissione in optima forma*, quia hæc decernitur ad recipienda & transsumenda instrumenta, umb *briefliche Urkunden auffzunehmen*, sed hæc raro obtinet, quia in camera instrumenta judicialiter & in vim probationis produci debent, & hinc saltem in eo casu decernitur, quoties periculum subest in transmissione instrumentorum, v. g. si in archiuis alienis inter monumenta publica adseruantur, item si testamenta amplissimarum hereditatum, ubi originalia sine periculo transmitti non possunt, sed hæc obiter, vid. Gail. l. 1. obs. 96. Blum. proc. camer. tit. 73. n. 39.

§. XII. Controuertitur vero a DD, an etiam testes ob-  
ligentur coram delegato commissarii comparere, & an hoc  
casu ob inobedientiam contumaciæ pœnam incurrant? *An coram de-  
legato com-  
missarii? ne-  
gatur.*  
cardo totius controuersæ est in quæstione: *an examen tes-  
tium a commissario delegari possit?* negatiua verior. Delegatus enim ab ordinario regulariter subdelegare non potest,  
quia



quia propriam non habet iurisdictionem, sed mandatam & sic alieno utitur beneficio, *l. 5. l. 6. ff. de iurisd. omn. judic.* ubi expresse Julianus & Paulus ad mores majorum prouocant, & ita antiquitus obseruatum esse adferunt, *tum demum iurisdictionem mandari posse, si quis eam suo iure non alieno beneficio habeat.* Id quod porro exinde quoque liquet, quia ubicunque industria personæ electa, ibi per se patet, subdelegationem locum non habere, *arg. l. 31. ff. de solut. l. un. §. si vero talis. C. de cad. toll.* Est enim inter homines magna differentia, & ingenii, & naturæ, & doctrinæ, & institutionis, ut in *adl. l. 31. de solut.* statuitur, quod respectu commissariorum adplicari posse, extra dubitationis aleam positum esse existimo. Interim tamen hanc sententiam varias pati exceptiones negare non possum. Fal-  
*exceptiones*  
*reseruentur.* lit enim (1) si partes in id consenserint, & semet voluntario iurisdictioni subdelegatorum subjecerint, tunc quippe de nullius agitur præiudicio, & testes semet conformare debent voluntati producentium: (2) exceptio adest, si plures commissarii dati sunt conjunctim & diuisim, sub formula: *si non omnes*, prout hoc in camera plerumque fit, *Mynf. cent. 3. obs. 41.* & unus ita subdelegat, tunc enim testis ex capite nullitatis testimonium declinare non potest, saluatur quippe examen, utcunque partes contradixerint, & diffimulatur hæc nullitas ideo, ne utile per inutile vitiatur, valuisset enim examen etiam sine eo, qui alium subdelegauit. (3) Subdelegatus recte testes citare valet, si uniuersitas causarum delegata, hoc enim casu commissarius ut ordinarius habetur, qui iuste delegat, *l. 5. l. 17. §. 1. ff. de iurisd.* (4) quarta exceptio demum erit in commissariis camerilibus, utpote qui indistincte subdelegare valent, teste Gailio *l. 1. obs. 97. n. 7.* ubi ejusmodi subdelegationes admittas esse in causa Eubingen contra abbatem in Suldenbach adferit, ex ratione, quod camera summi principis, siue imperatoris iudicium sit, unde delegatum ejus recte subdelegare posse statuit, nisi specialiter industria personæ electa, quod ex

cir-



circumstantiis & momento causæ dijudicandum, præcipue cum delegatus principis major sit omni superiore in causa sibi commissa, *c. pastoralis §. præterea de offic. jud. ordin. c. fin. §. fin. de offic. deleg.* Sic ut commissarii cameræ sint receptores testium, cum ceteri commissarii non sint, nisi nudi examinatores, inter quos, prout gloss. in *clement. 1. de offic. deleg.* distinguit, hæc est differentia, quod receptor testium subdelegare possit, cum habeat jurisdictionem in recipiendis testibus, in puniendo contumaces & inciuales, ceteraque omnia expediendi, quæ ad examen pertinent, *l. 14. in f. C. de testib.* examinatore vero subdelegare nequit, cum nullam plane jurisdictionem habeat, sed nudum saltem ministerium examinandi testes, postquam citati & juramentum præstituerunt, per text. notab. in *d. c. fin. §. 1. & §. fin. de offic. deleg.*

§. XIII. Sed hæc, quæ circa materiam de & subdelegationis hactenus monuimus, de civilibus saltem intelligenda, nec ad criminalia indistincte extendenda veniunt, cum ubi majus est periculum, ibi major etiam debet adesse sollicitudo, & judex, si unquam, hic sane judicii acumine omnia ponderare debet, cum alias conscientia eius maximopere grauaretur, causa enim circa vitam, aut aliud damnum irreparabile versatur. Totum ibi momentum in debita, & legitima examinatione testium consistit, ex testium enim dictis desumitur probatio, & e probatione postea sententia fertur, unde non male a Zieriz. *ad C. C. C. art. 72.* examinatio dicitur anima processus, & admodum periti esse debent, qui testes debito modo examinant. Tunc enim quid testium prober

*auditus, visus, persona, scientia, causa,  
fama, locus, tempus ac certum, credulitasque,  
dum testes recipit, judex hæc cuncta notabit.*

De jure civili plane non permittitur, ut hoc casu examen testium delegetur, sed testes ab ipso judice examinari debere juberetur, vid. notabilis *auth. apud eloquentiss. C. de fid. instrum.*

*De jure civili de exatio plane illicita.*



*strum, jung, l. 3. ff. de testib. nou. 90. c. 5. in f. id quod etiam fa-*  
*tetur imp. in conslit. crim. art. 72. ubi: wiewoll dann auch sonst*  
 nach gemeinen Rechten in peinlichen Sachen außserhalb dersel-  
 ben Gerichts-Verfohnen nicht Kundschaft-Verhörer und com-  
 missarien gegeben werden sollen. Ipe quippe iudex melius ac  
 securius ex sermone & vultu, qui teste Cic. l. 3. de orat. ima-  
 go animi est, deprehendere potest, quid quantumue testibus  
 eorumque depositionibus credendum, unde etiam  
 in C. C. C. artic. 71. idem ab imperatore præcipitur, verbis:  
 so soll der Richter, usque ad fin. vid. Dn. Præses in eand. Adeo-  
 que testes, si jus ciuile inspiciamus, in criminalibus in ca-  
 su factæ delegationis sine contumaciæ nota testimonii dicti-  
 onem recusare possunt, vid. Farinac. tit. 8. quest. 77. cap. 2.  
 ubi plusquam 600. DD. citat autoritates.

De praxi in-  
 zerdum per-  
 mittitur.

XIV. Et hæc de jure ciuili; de praxi vero & jure  
 Germaniæ variæ adferuntur limitationes, quæ potestatem  
 delegandi iudici ordinario etiam in criminalibus interdum  
 concedunt, quarum non est postrema, quam imp. adl. art.  
 72. conslit. crim. recenset: dieweill aber an verständigen Kund-  
 schafft-Verhörern viel gelegen ist, damit aus Unverständ dieser  
 Kundschaft-Verhörer keine Verführung geschehe, so ordnen  
 und wollen Wir, wenn ein peinlich Gericht, wie dann im Reich an  
 vielen Orten befunden, mit solchen obbemeldeten dazu verständi-  
 gen Verfohnen nicht besetzt wäre, daß disfalls die obgedachten  
 verzeichneten Weisungs-articul durch den Richter und Schöp-  
 pen, der vor gemeldeten nechsten Obrigkeit zugeschiekt, und dar-  
 bey Gelegenheit und gestalt der Sachen, so viel sie der Gericht  
 empfangen, angezeigt werde, darauff dann dieselbe Obrigkeit  
 verständige Kundschaft-Verhörer, ungeachtet ob sie nicht des  
 Gerichts wären, auff ansuchung des, der Kundschaft führen  
 will, verordnen, &c. Equidem hicce iustitiæ defectus hodie in  
 Germania per Dei gratiam in melius mutatus est & hinc  
 prædictam imperatoris constitutionem non amplius præ-  
 ticari confido; interim tamen dantur adhuc alii casus, ubi  
 delegationem commissariorum ad examinandos testes de-  
 cer-



cerni posse, nemo facile dubitabit. Quo pertinet (1) si causa criminalis leuioris momenti sit, ut agitur de pœna pecuniaria exiguæ quantitatis, ibi enim periculum adeo graue non occurrit, Farinac. *qu. 78. c. 2. n. 91.* (2) si testes sub alterius sunt jurisdictione, tunc etiam in causis criminalibus examen alteri committi posse fundatum in *l. 18. pr. C. de fid. instrum.* Bald. *in auth. apud eloq. C. eod. n. 1 & 2.* (3) si testes in magna dignitate constituti, idem obtinet, vid. Jac. de Arena *in auth. apud eloq. C. d. fid. instrum.* per textum *auth. sed iudex. C. d. episc. & cler.* (4) in defensionibus rei, si reus, v. g. probare vult, quod tempore commissi delicti in eo loco non fuerit, vid. Farinac. *qu. 77. c. 2. n. 101.* Plures limitationes hic adducere superfedeo, videri tamen possunt eæ apud Farinac. *loc. adl. & DD.* qui ibidem magna serie recensentur. Imo hodie unanimiter DD. concludunt, generali Germaniæ consuetudine receptum esse, ut iudex, si velit, examen testium aliis committere possit, propter utilitatem publicam, ne delicta impunita maneant, Gail. *l. 1. de pac. publ. c. 9. n. 9. seq.* Hunn. *in encyclop. jur. p. 2. tit. 19. cap. 5. n. 6.* adeo, ut testes non sine contumaciæ nota ejusmodi commissarios & delegatos iudices recusare possint. De praxi cameræ conf. Myns. *cent. 3. obs. 40.* Gail. *l. 1. obs. 96.* Fabric. *in eund. add. Græu. conclus. pr. concl. 96. confid. 1.* ubi ita receptum esse propter supra §. XII. adductas rationes testantur, idque etiam in grauissimis criminibus, dum ex g. in criminæ fractæ publicæ id ita practicum testatur Mynsing. *adl. 1.* Non tamen inficiamur, perperam id fieri omnino, quapropter concludimus, si de obseruantia non constet, juri civili melius inhæreri, præprimis cum consuetudo & obseruantia tantum habeat de potentia, quantum probetur de usu, Bald. *in l. ult. n. 9. C. commun. urr. jud. conf.* Dn. Præs. **Einkl. zum civil-Proc.** c. 15. §. 28 & 29. Demum ut testes se sistant coram ipso iudice in causis præsertim altioris momenti, eo magis necessarium facit confrontatio cum inquisito facienda, vid. Mart. *ad O. P. S. t. 28. §. 1. n. 21.*



# CONTUMACIA TESTIVM RESPECTU

citationis, insinuationis, comparitionis & ipsius de-  
mum examinis.

CONTENTA HVIVS CAPITIS.

**T**ransitio ad hoc caput, §. I. citatio testium necessaria, §. II. ut & cita-  
tionis insinuatio, que ex aduerso nuncii probatur, §. III. quid si nuncius  
refert, testem citatum dixisse se nolle venire, an statim contumacie pœna lo-  
cum habet? negatur, §. IV. inde testis, antequam primò vice citatus contu-  
max audit, prius audiendus, §. V. quid si commissoriale citationis testium a  
commissariis non adiectum, an comparere nihilominus teneantur, §. VI. an-  
tequam testis comparere tenetur, suntus ipsi erogandi veniunt, §. VII. de sum-  
mum estimacione, §. VIII. an testis sub pretextu lucri domestici testimo-  
nium declinare possit? §. IX. tandem sequitur comparitio, §. X. ubi a iudice  
adrendi debet (1) tempus, §. XI. (2) persona testis citati, §. XII. juramenti  
prestatio, ubi varie intuitu testium occurrunt controuersie, §. XIII. jura-  
menti demonstratur necessitas, §. XIV. formula jurandi adducitur, juramen-  
tum remitti non potest, §. XV. unde nec clerici exempti, §. XVI. an clerici sub  
formula bey ihrem priesterlichen Gewissen admittendi? §. XVII. quid senti-  
endum de formula: an Eydes Statt: §. XVIII. quid si quis juramentum  
peccatum esse existimat? §. XIX. quid sentiendum de formula: bey Fürstl.  
Gräffl. Ubelichen Ehre und Treue? hæc non admittenda, §. XX. nisi con-  
trarium receptum §. XXI. testis porro contumax audit, si in scriptis non vero  
viva voce testari vult, §. XXII. quid vero, si testes se secreta a pellationis,  
que hæcenus dicta itidem obtinent, §. XXIII. in instantia a pellationis,  
de testimonio iudicis, an illud juramento confirmandum, §. XXV.

## §. I.

*Transitio.*

**P**ostquam itaque in præcedenti capite, quid circa ju-  
dicem considerandum & quatenus testes contuma-  
ciæ pœnam eo casu, quando ad iudicem referuntur,  
incurrant, recensuimus: sequitur, ut secundum or-  
dinem iudicarium quid circa citationem, insinuationem,  
comparitionem & ipsum denique examen occurrat, & quo-  
mo-



modo ibi refractarii contumaces audiant, explicemus. Et quidem primo de citatione.

§. II. De hac sequentem ex communi DD. sententia regulam præmittimus: testis ad testimonium dicendum legitime est citandus, quod si vero non citatus deponit, non valet ejus depositio, per text. in *l. si quando. C. de test. & in nomine Domini. X. eod.* & exinde inferimus, testem contumaciæ poenam non incurrere, nisi de legitima a iudice competente facta citatione constet. Est enim citatio principium & fundamentum totius iudicii, §. f. *J. d. poen. rem. litig. c. quoniam. u. X. d. probat.* qua deficiente totus actus redditur nullus,  *Clem. pastoralis de re jud. l. de unoquoque. ff. eod. l. nam in Diuus. ff. d. adopt. add. Gail. l. i. obs. 48. n. 1.* Hinc in quolibet actu citatio requiritur, etiam in notoriis & coram ipso imperatore, Philipp. Port. *commun. opin. l. i. concl. 43.* ubi illam regulam, quod omnis actus iudicialis citationem requirat, latissime demonstrat. Debet autem esse legitima, i. e. omnia citationis requisita continere, ne actus reddatur frustratorius, alias enim in contumaciam procedi nequit. Adeoque fieri debet ab ipso iudice, licet enim jure civili etiam a parte factæ citationes permittantur, *l. 12. C. de test.* hodierno jure tamen, ubi priuata in jus vocatio obsoleuit, merito fit citatio a iudice, qui (1) nomen suum præmittit, ubi etiam nomen officii, v. g. *die Berg-Gerichte zu N.* sufficit, (2) nomen citandi, (3) nomen citationem impetrantis, siue probaturus sit, siue reprobaturus, (4) continere debet citatio causam & actum, ad quem quis citatur, ut sc. veniat atque ad articulos, vel interrogatoria exhibita in hac, vel illa causa, mediante juramento deponat, denique (5) terminus adjiciendus, qui citationi nominatim inferendus, ille videlicet, ad quem partes ad producendum ex parte producentis, & ad videndum jurare testes ex parte aduersarii, citati, vid. Dn. Promotor. *Einleit. zum civil Proc. c. 10.* Gail. *l. i. obs. 48 usque 53.* Brunnem. *proc. civ. cap. 3.* Hisce ergo neglectis, cum totum negotium a citatione dependat,

E

deat,



deat, prout dictum, contumaciæ pœna nunquam infligi potest. Ideoque in praxi diligenter ab advocatis animaduerti solet, an citatio vitio quodam laboret, ut citatura ad comparandum non obliget, inualida quippe citatio nullum producit effectum, nec aliquem in mora constituit, adeo, ut si tali citatione præcedente nihilominus procedatur, sententia, siue proclama nullius sit momenti, *gloss. in c. de causis verb. venire de offic. deleg. Matth. ab Afflictis decis. 369. n. 16.* paria enim sunt, non fieri, & non legitime fieri, *l. 6. ff. qui satisd. cog. l. 1. §. 6. ff. quod cui. uniu. nom. & ibi gl. in verb. inhabitis.*

*Ut & citatio-  
nis insinua-  
tio.*

§. III. Quia vero citatio, etsi nullo vitio laboret, nullius est effectus, nisi ad notitiam citati peruenerit, inde luce meridiana clarius patet, insinuationem citationis itidem, & quidem legitimam, necessariam esse, dum alias ad contumaciæ pœnam iudex progredi nequit, nisi demonstretur, quod citatio more consueto facta sit, Dn. Præf. *Zinl. zum civil Proc. cap. XI §. 10.* quomodo autem insinuatio fieri debeat de jure communi, de eo vid. *l. 2. C. quom. & quand. jud. l. 13. §. 21. ff. de excus. iur. l. 1. §. 1. ff. de agn. lib. de praxi moderna modus insinuandi certis regulis circumscribi nequit, sed a consuetudine & obseruantia cuiuscunque iudicii dependet. In camera fieri solet per nuncium camerae, durch den geschwornen Cammer-Verichts-Borhen, idque ordinarie, quia vero ex nimia locorum distantia praxis illa ad effectum sæpius deduci nequit, per Notarium in camera immatriculatum, aut si nec hoc fieri potest, per alium quemlibet Notarium, Dn. Præf. *Zinl. zum civil Proc. cap. X §. 18.* In aliis iudiciis aliter, scilicet vel per nuncium iudicii, *Canzeley-Diener, Verichts-Frohnen, &c.* qui deinceps sub scheda citationis restatur, se huic, vel illi, citationem insinuasse, vel per Notarium, aut alterum quendam, sine sexus distinctione, Dn. Præf. *Zinl. adl. l. §. 19 & 20.* In Saxonia itidem fit per nuncium, qui postea per documentum insinuationis, siue recepisse, prout de praxi adpellari consuevit, & quod ab i-  
pso*



pfo citato confici debet, illud testatur. Hacce igitur (quocunque modo fiat) deficiente insinuatione, contumacia emanentis cum effectu accusari nequit, Dn. Boenigk. *pract. practic. cap. 7. in notab. n. 6.* inde in casu accusatae, sed non satis probatae contumaciae desuper ferri solet sententia interlocutoria, probationem insinuationis injungens, D. Boenigk. *adl. l. n. 7.* qua demum plene probata ad poenam contumaciae a iudice procedi potest.

§. IV. Dum autem veritas insinuationis ex adfero nuncii demonstratur, quaestio exinde oritur, si nuncius refert, se citasse quidem, citatum vero testem respondisse, se nolle venire, nec comparere, illum lacerasse schedulam citationis, aut aliud quid commississe, quod in praedictum, aut despectum iudicii vergere possit, an hoc casu fides nuncio habenda, & an statim ad poenam contumaciae procedi possit? in qua quaestione variant DD. sententiae. Sunt, qui adfirmatiuam tuentur, sunt etiam, qui negatiuam defendunt. Qui nuncio credendum esse adfirmant, hac ratione utuntur, quia antecedente concessio consequens quoque concessum videtur, arg. *cap. pr. exerea de offic. de legat. & l. 2. ff. juris. d. omn. jud. commissio* igitur citationis officio (utpote antecedente) cuius ratione nuncio creditur, videtur etiam concessum illud, quod venit in consequentiam citationis, sc. attestatum de responsione citati, Bartol. *in l. tres denunc. 9. C. quom. & quand. jud.* Et in hac sententia haerent Franc. Panorm. & DD. *in capit. cum parati coll. 6. vers. ultimo querit Boer. dec. 277. Tiraq. de retr. lig. §. 6 & 8. n. 17.* & alii. Hisce vero non obstantibus contrariam sententiam defendunt Bald. *de appell. n. 4.* Jason. *in l. 13. §. 8. ff. de iudic.* Bertrand. *consil. 164. vol. 3.* hac nixi ratione, quia extra iudicium facta confessio, siue responsio de non comparendo, veram non arguit contumaciam, prout in terminis habet *gl. in c. venerabilem. §. secus de sentent. excomm. in 6.* Et hanc sententiam saniozem existimo, quam & magis communem adferit Gabr. Rom. *l. 2. ad rubr. de citation. concl. 4. n.*

*Quid si nuncius refert, testem citatum dixisse, se nolle venire, an statim ad poenam contumaciae procedi potest?*



3. in f. Nec mouet ratio a dissentientibus in contrarium adducta, illa quippe tum demum procedit, si consequentis & antecedentis par ratio, secus autem si consequens est majus, tunc enim non videtur concessum illi, cui permixtum saltem est antecedens, quod minus, ut notabiliter dicit Bartol. in l. 2. ff. d. jurisd. omn. jud. præcipue quia res magni momenti est, dum per ejusmodi inobedientiam principis autoritas læditur, quæ in contumacia adeo præfracta vindictam atrociorē meretur, quæ tamen simul in maximum citati præjudicium vergeret, si soli nuncio crederetur, vid. cod. Fabrian. lib. 4. tit. 15. def. 28. ubi ita etiam praxi Sabaudia obtinere adseritur, quamuis in Gallia & Delphinatu contrarium statutum sit. Concludimus jam ex mitiori sententia, judicem testem ipsum desuper audire, & antequam contumaciæ pœnam dicet, inquirere debere, annon testis fonticam, quare ad testimonium dicendum comparere non voluerit, causam, vulgo *Echafften*, habuerit, conf. Dn. Præf. *Einl. ad l. cap. X. §. ult.* Eadem decisio est, si adparitor, siue nuncius adserit, se a teste citato verberatum, aut alia injuria adfectum fuisse. *es habe sich der citirte Zeuge an ihm vergriffen, oder unbescheidener Dienen gebraucht und verlauten lassen.* vid. Guid. Papa dec. 628. Paul. de Castro vol. consil. 165. n. 3.

*Inde testis  
antequam ob  
primam ci-  
tationem  
contumax  
audit, prius  
audiendus.*

§. V. Ex eodem principio, quod iudex, in quantum fieri potest, mitiorem semper viam eligere debeat, porro fuit decisio quæstionis: *an iudex statim, si testis ad primam citationem non compareret, ei pœnam dicere possit?* quam negatiue decidendam censemus & testis prius audiendus, an rationes adlegare possit, quæ fonticæ sint, & ipsum a pœna liberare queant, cum quilibet præsumtionem bonitatis pro se habeat, donec contrarium demonstratur. Si vero ejusmodi rationes adlegare nequit, tunc, cum in incrementum justitiæ vergat, quascunque liti præcidere ambages, contumacibus prima statim vice pœna merito dicitur. Id quod etiam a Carolo M. l. 3. capit. 45. æquum iudicatum fuit,



fuit, dum sub titulo de *manuione secundum legem ad mallum* ita constituit: *si quis ad mallum (judicium) legibus mannis (i. e. citatus) fuerit, & non venerit, si eum sunnis, saunnis, (legitimum impedimentum, ehehafften,) non detinuerit, 15. solidis culpabilis dijudicatur*, vid. Meinders *de judic. centen. cap. 4. §. 57.* Quamvis enim sint, qui commissarium moneant, ne primæ statim citationi pœnam inferat, nisi terminus probationis valde brevis, constitutionem tamen ob modo dictam rationem utilissimam censemus, ut quo lites abbrevientur, primæ citationi pœna statim adjiciatur, prout etiam optime sancitum in *ord. Pomer. tit. 55. §. 5.* geben Wir ihnen hiermit Macht, daß sie allezeit das gegentheil und die Zeugen nach größe der Sachen bey Pben 10, 20, 30. fl. für sich beschneiden, und da sie ungehorsamlich aussenblieben, sie zum andernmahl bey zwiefacher Straffe 11 ren und Uns ihren Ungehorsam vermeiden, daß Wir durch Unsern ritter die bedraueret und verwickelte Straffe von ihnen einzufordern haben. Brunnem. *proc. civ. cap. 20. n. 45.* Respectu ipsius partis tamen pœnali citatione opus esse non puto, cum satis pœnæ sit, quod parte emanente testes in contumaciam examinentur, *auth. sed si quis ab aliq. C. d. test.* Brunnem. *proc. civ. c. 20. n. 45.* Ceterum, quod materiam de pœna testium contumacium adinet, ordinationes processuales cujuscunque provinciæ probe attendi debent, cum alicubi, quod secunda vice emanentes in pœnam demum incidant, expresse constitutum reperiantur, prout hoc in *ord. proc. Maed. cap. 30. §. 15.* cautum: sollen Cansler und Rätthe, oder deren commissarius, &c. hiermit befehlich seyn, 2c. die Zeugen *erstlich ohne commination,* wann sie sich darauß aber nicht stellen, zum andernmahl bey 10, 20, 30, Gulden für sich beschneiden, id quod etiam in electoratu Brunsvicensi ita obtinere patet, conf. *Chursf. Braunschw. Oberz adpellat. Ordn. tit. 8. §. 30.* ubi modus compellendi testem contumacem præscribitur, verb. sollen die commissarii ihn zum andernmahl bey 10. Goldgl. oder nach Beschaffenheit der Persohnen bey 10. Rthl. Straffe citiren, 2c. Ubiunque vero



istiusmodi limitata constitutio non occurrit, iudex primæ statim citationi pœnam iuste adicere potest, prout supra dictum.

*Si commissoriale citationi testium non adjectum, an comparere nihilominus teneantur?*

§. VI. Cum autem contumaciæ illa sit natura, ut homines quocunque modo obedientiam sub specioso nullitatis titulo declinare intendant, Oldend. *tr. d. test. n. 7.* hinc testes etiam ex hoc capite se excusare solent, quod a commissariis citati quidem fuerint, hi tamen originale commissorialis citationi non adjecerint. Putant ergo, se ad comparandum non fuisse obligatos, quod non præsumatur pro jurisdictione delegata, cum sit facti, & hinc probatione indigeat. Sed calua est ejusmodi excusatio, & verior manet eorum sententia, qui statuunt, sufficere tenorem commissorialis citationi insertum esse, per text. in *c. 2. de dilat. & ibi DD. item DD. in l. 2. ff. si quis in jus voc. non iur.* satis enim est, ut testis, postquam comparuit, licentiam habeat urgenti ipsius originalis exhibitionem, ut sic plena fides ipsi fiat de jurisdictione delegati, priusquam respondeat, & hoc est, quod Archidiaconus scribit in *c. si episcop. 3. q. 2. transmissio- nem copie sufficere ad comparandum, non vero ad respondendum*, conf. Ant. Faber in *cod. l. 4. t. 14. d. 7. n. 6.* Ita etiam in camera obtinere & pronunciatum esse in causa Sabinen Welferin contra Leonhard Hirschvogel, testatur Mynsing. *cent. 3. obs. 1.* Non tamen eorum sententiam probare possum, qui statuunt, quod delegatus ne quidem inserere citationi testium tenorem delegationis teneatur, & quod sufficiat, in citatione adferere, se delegatum esse, & post comparitionem demum ostendere rescriptum commissoriale, veluti existimat Felin. in *c. 1. d. libell. obl.* ubi & hanc sententiam communem dicit, quem sequuntur Ruland. *d. commissar. p. 2. c. 2. n. 6.* item Brunnem. *proc. civ. cap. 20. n. 44.* Non enim præsumitur pro jurisdictione delegata ex ratione supra adducta, quia illa facti est, quæ nostra opinio tutior quoque omnem aufert cauillandi materiam. Interim dicta limitationem patiuntur, si testis eo loci commoratur, ubi delegatus, vel in propin-



quo, tunc enim Felini & ceterorum dissentientium sententia obtinere potest. Ceterum & hic praxis fori inspicienda, nam in quibusdam locis obtinet, ut testes etiam sine adjunctione copiae commissorialis simpliciter citentur, facta saltem commissionis mentione, prout hoc in Marchia ita obtinere patet ex formula, quam tradit B. Strykius in *additam. ad pr. for. cap. 13. §. 3.* Hoc tamen ubique ita in praxi non obtinere testatur Beier *Volckmann. emend. p. 1. cap. 66. n. 9.*

§. VII, Videamus nunc, quid respectu sumtuum, qui <sup>Antequam testibus comparere tenetur, sumtus ipsi erogandi veniunt.</sup> testibus erogari solent, notandum. Extra omnem vero controuersiam aleam positum est, quod iudex curare debeat, sumtus a producente suppeditentur, uti hoc euidenter patet ex *l. u. §. 1. ff. de testib. l. 1. §. f. de appellat.* nemini enim officium, quod iustitiae utilitatiue publicae praestat, damnosum esse debet, *l. 7. ff. quemadm. testam. aper.* nemo etiam iacturam pro alieno commodo sentire debet, *l. 17. C. de test.* nec propriis sumtibus militare cogitur, *c. cum ex officio. 16. d. praescript. & c. jam nunc. 28. q. 1.* Erogatio itaque sumtuum fieri debet a producente, tam ab auctore, qui articulos probatorias, quam a reo, qui reprobatorias offert & testium examen desiderat, expensas actus enim is soluere tenetur, qui actum fieri vult, *arg. l. praetor ait. 4. §. 1. ff. de edend. l. u. §. 1. ff. ad exhib.* Antequam igitur de illis sumtibus testis certior redditus, comparere non tenetur, *c. statutum §. proferend. de rescript. in 6.* nec per consequens contumax audire potest, si emanet.

§. IIX. Quomodo vero hi sumtus aestimandi sint, una <sup>De sumtuum aestimatione.</sup> regula, ut explicemus, non sufficit, quia deficiente expressa constitutione omne negotium arbitrio iudicis subest. Interim tamen haec generaliter praemittere possumus instar regulae: si testes peregre euocantur, ipsis viaticum necessarium nulla habita ratione, vel deductione sumtuum, quos alias domi fecissent, plane soluendum. Dum enim testis in eo grauatur, quod inuitus domum egredi, negotia domestica



rica negligere, & testimonium ferre cogatur, merito in alio releuari debet, quod sumtus sine detractioe consequatur, Graeu. *concl. pr. 99. conf. 1.* nisi expresse contrarium per statuta, aut ordinationes & consuetudines prouinciales receptum, veluti in *ord. pr. Magd. cap. 33. s. 2.* doch seynd die Unkosten und Zehrung, so der Zeuge dieselbe Zeit in seiner Behausung, oder Handlung oder anderer gestalt ohnedem auffwendend und haben muß, hiedon abzutürgen. Deficiente vero ejusmodi constitutione merito inhaeremus priori sententiae nullam detractioem concedentes, ex supra dicta ratione, quae fundata est in *d. cap. statutum. s. pro ferendo de rescript. in 6.* ubi glossa notabilis in verb. *expensas* dicens, producentem sumtus & expensas abitionis, morae, stationis & reditus apud iudicem deponere debere, Gail *l. 1. conf. 99. n. 2.* id quod, antequam testis contumaciae argui potest, attendendum, & pro cautela in praxi diligenter notandum, testis enim opus non habet, ut domo exeat, & ad locum examinationis proficiatur, antequam sumtus depositi, prout hoc late probant *Surdus de aliment. tit. 4. l. 17. n. 31. Zieriz. ad const. Carol. art. 75. Graeu. concl. pr. 99. n. 5.* Quantitatem sumtuuum quod attinet, jam supra diximus, multum hic tribui arbitrio iudicis, interim tamen & hoc generale notandum, quod ad testium qualitatem hic a iudice respici debeat, quia hoc respectu magna intuitu sumtuuum differentia reperitur. Nobilibus enim ceterisque personis egregiis equi, vecturae & famulorum sumtus suppeditandi, *Surd. adl. tr. tit. 4. c. 21. n. 7 & 10.* famulum enim tenetur alere, quicumque alimenta praestare obstrictus domino famulo digno, *Surd. c. 18. n. 10.* ubi illud in specie ad DD. extendit. Aliud in personis vilioris conditionis obtinet, si enim hujus farinae testis bene valens, qui pedester ire poterat, sumtus fecit in equum & vecturam, ipse soluere, atque ita suae conditionis excessum in faciendis sumtibus ferre debet, *Rutg. Ruland. de commiss. p. 1. l. 3. c. 13. n. 10.* Optandum interim esset, ut in singulis iudiciis certus modus sumtuuum erogandorum praescriberetur & sic



controuersia, quae ex hoc capite saepe oriuntur, amputantur. Hunc scopum intendit imp. Carol. V. & modo dicto defectui medelam adferre voluit in criminalibus, v. *const. crim. art. 75.* ubi etiam ad statum personarum, quae in testimonium euocantur, respicit, verb. wer in peinlichen Sachen Kundschaft führet, der soll einem jeglichen zeugen von gemeinen Leuthen und Fußgänger für seine Kosten einen jeden Tag, dieweil er in solcher Zeugschafft ist, 8 Creuzer, oder so viel werth (quod efficit 4 grossos Misnicos, cruciger quippe, ein Creuzer, teste Alemann. *in palest. consult. 8. p. m. 577.* 6 obulos Misnicos efficit, Renner. Budelius *de mon. & re numm. p. 781.*) nach eines ieden Landes Müns Gelegenheit geben. Aber mit andern und mehern Persohnen soll es derhalben nach Erkänntniß der Kundschaft-verhörer gehalten werden. Sed & haec constitutio iudicium subest arbitrio, nec hodiernum strictè eidem inhærere necesse est, quia tempora mutata & pretia rerum fere ad duplum creuerunt, Clasen. *ad d. art. n. 2. in ord. pr. Magd. renou. cap. 33.* a sereniss. LL. quam optime regula determinata videmus, cuius verba hic inferere libet: Damit zwischen dem Zeuge-führer und denen Zeugen der Unkosten halber alle Freungen vermieden bleiben, setzen und ordnen Wir hiermit, daß, wenn der Zeuge einer von Adel, oder sonst eine Persohn von condition, daß er seines Standes halber Rutschen, Pferde und Diener unumgänglich halten muß, soll ihm der Zeugen-führer täglich 3 Rthlr. dem Zeugen aber, so dergleichen nicht bedarff, und doch conditionis honoratoris ist, 30 ggl. dem aber, so geringes und gemeines Standes ist, täglich 12 ggl. zu reichen verbunden seyn. Wir behalten aber Uns und Unserer Regierung bevoor, bey denen Persohnen, so von condition sind, nach Beschaffenheit der Umstände, und wann sie zumahl von geringen Persohnen zu Zeugen angegeben werden, die Verfügung zu thun, daß sie mit Dessen verschonet bleiben, und in denen Häusern abgehret werden sollen.

§. IX. Alia adhuc quaestio occurrit: an videlicet testis comparitionem impune denegare possit, si producens mer-

*Testis an sub  
pretextu de-*

F  
ce-





*negati lucri  
domestici te-  
stimonium de-  
clinare possit?*

cedem, quam domi acquirere poterat, præbere recusa-  
Cacheranus *decif. Pedemont. dec. 46.* quæstionem hanc adfir-  
mativè simpliciter decidit, & senatum Pedemontanum ita  
judicasse testatur, nos vero sub distinctione respondendum  
esse censemus. Etsi enim temporis & emolumentorum,  
quibus quis ob absentiam carere debet, ratio plane non sit  
habenda, prout in terminis judicatum in camera, testatur  
Rulant. *de comm. p. 1. l. 3. c. 13. n. 13.* secundum Bald. *in l. fin. C. d.  
fruct. & lit. expens. n. 12.* dum testimonium, quod in verita-  
tis & justitiæ emolumentum fertur, gratuitum esse debet,  
nec lucrum exinde quærendum, *c. non sane. 14. q. 5.* Guid. Pa-  
pa *dec. 68. n. 5.* id tamen de illis saltem testibus, qui lucrum  
captant, intelligendum, minime vero de mercenariis, qui  
de damno vitando certant, dum ex labore manuum suarum,  
se, uxorem, & liberos sustentant. Hic ergo æquitati con-  
veniens esse puto, ut operarum & diurnæ mercedis ratio  
habeatur, ne ex officio suo damnum inique patiantur,  
Brunnem. *ad l. u. ff. d. test. Steph. Gratian. discip. forens.  
l. 1. c. 57. n. 6.* Guid. Papa *ad l. n. 6.* ubi ita etiam in curia Del-  
phinali obtinere dicit, quia hujusmodi operæ diurnæ quasi  
in fructu sunt, adeoque merito attendendæ, *in hominis enim  
usufructu operæ sunt & ob operas mercedes,* prout dicitur in  
*l. 3. ff. de oper. serv.* Sequitur inde, mercenarium non obli-  
gari ad testandum, nec per consequens contumacem au-  
dire, nisi ipsi merces diurna præter reliquos sumtus submi-  
nistretur.

*Tandem se-  
quitur com-  
paritio.*

§. X. Acceptis sumtibus & dicto casu etiam mercedi-  
bus, testes tandem comparere in judicio, ibique mediante  
responsione ad articulos, veritati, quatenus notitiam causæ  
litigiosæ habent, litare tenentur, *l. 4. ff. quemadm. testam.  
aper.* idque in præfixo a iudice citante termino productio-  
nis. Si enim testis in judicio quidem comparet, sed tacet,  
nec testimonium perhibere vult, *l. 11. §. 4. ff. de interr. in jur.  
fac. glos. in auth. qui semel (quom. & quand. jud. verb. locum  
habet. Rauchb. p. 1. q. 1. n. 7.* illius non minor est contumacia,  
quam



quam ejus, qui citatus plane non comparet, paria enim sunt, non venire, & non sufficienter venire, *gl. in cap. si quis justo 46. §. si autem nullus verb. admitti. d. elect. in 6.* adeoque ejusmodi contumacia haud minori poena coerceri solet, *Carpz. p. 1. c. 10. d. 16. conf. Exc. Dn. Böhm. diff. de contumac. non resp. cap. 1. §. 26.*

§. XI. Intuitu comparitionis autem judex probe examinet tempus & conditionem testis citati. Quoad prius *Ubi a judice attendi debet (1) tempus.* obseruandum, ne comparitio injungatur ad diem feriatum, alias sine contumacia nota testis juste emanere potest, *per l. 2. in ff. si quis in jus voc. l. 1. §. 1. ff. de fer. & dilat.* unde ne quidem citatio die dominica insinuari potest, *l. ult. C. d. fer. quidquid etiam de praxi contraria statuunt Gail. l. 1. obs. 53. n. 5. Graeu. concl. pr l. 1. concl. 53. conf. 1.* Concedamus enim, nuncios camerae imperialis ipso paschatos festo citationes & processus partibus insinuasse, prout id testatur *Meier coll. argent. ad tit. d. fer. §. 21.* praxin ejusmodi tamen cum *Vultejo de jud. l. 2. c. 7 n. 340.* merito improbamus, & non inquiremus, quid Romae fiat, sed quid fieri debeat, quid quod inherendum est juri communi, nisi necessitas suadeat contrarium & summum in mora adsit periculum, tunc enim exceptionem adesse facile concedimus, *v. Gail. d. obs. 53. n. 16.* sed haec dijudicatio arbitrio judicis & ejus prudentiae relinquenda. Multominus autem adfentire possum *Greenw. de LL. abr. ad l. f. de fer.* qui adhuc magis liberalis & ob dictum *Davidis psalm. 106. beati, qui faciunt justitiam omni tempore,* statuit, quod & die dominica testes examinare & de jurgiorum causis, si ita fert occasio, cognoscere judicibus religioni esse non debeat. Subjicit adhuc aliam rationem, quia scilicet judices pagani ibidem die dominica pro tribunali federe consueverant, quas rationes satis ridiculas examinare hic superfedemus, praxin illam nude rejicientes. Non enim video, quale hic in mora periculum, & quomodo justitia deliquium sentiret, si sequenti die examen instituatur. Exceptio tamen est, si testis morti vicinus, sic enim necessitas,



quæ regulam non patitur, examen justum reddit, licet die dominica factum, Umm. *de proc. d. 7. n. 101.* Cum vero ex jure canonico in foris nostris receptum, quod citatus, si comparitio incidat in diem feriatum, sequenti die nihilominus comparere teneatur, & hinc in judiciis alicubi clausula usitata sit, und ob derselbe kein Gerichts-Tag seyn würde, den nächsten Gerichts-Tag darauß zu erscheinen, quæritur: quomodo hæc clausula intelligenda? ubi cum B. Dn. Strykio in *us. mod. ff. ad tit. de fer. §. 9.* respondendum puto, praxin illam demum effectum sortiri, si citatio non expresse ad diem feriatum facta, sed terminus certorum dierum a tempore infinuationis computandorum eidem insertus, veluti hoc in citationibus cameræ plerumque fit, alias enim citatio pro nulla haberetur, Mev. *p. 1. dec. 276.*

(2) persona  
testis citati.

§. XII. Hæc de tempore. Porro etiam iudex, qui contumaciæ arguere vult testem, probe attendat personam & conditionem citati, idque præcipue intuitu religionis, tam ipsorum christianorum & trium in pace Westphalica receptorum religionum, (quæ multos ab inuicem separatos dies feriatos celebrant,) quam etiam judæorum, cum illis, quorum religio & cultus diuinus in provincia quadam toleratur, etiam jura religioni connexa concessa sint. Unde patet, quod si judæus testis ad perhibendum testimonium die sabbathi citatur, pro contumace haberi nequeat, si non comparet, id quod ipsis etiam expresse ab imperatore in *l. die sabbathi. 13. C. de iudeis.* concessum, ubi imp. Honorius & Theodosius ita rescribunt: *die sabbathi ac reliquis, sub tempore, quo judæi cultus sui reuerentiam seruant, neminem aut facere aliquid, aut ulla ex parte conueniri debere præcipimus, &c.* Quamuis vero negare haud possimus, praxin & hic non adeo stricte *ad l. inhære*re, cum nec ipsi judæi judicia christianorum adeo declinare soleant, (contra expressa verba siue sensum potius dicti rescripti, ubi reciproce & illis licentia adimitur, christianos orthodoxos eo die conuenire,) præsertim cum sint actores, ex opi-  
nio-



nione, quod verbis sabbathi non violent religionem, modo opera manuarum desint, sic ut videri possit, ex jure talionis ipsos itidem cogi posse, ut in judicio iudice exigente tanquam testes compareant; hisce tamen non obstantibus nihilominus adferendum puto, illos die sabbathi inuitos in iudicium trahendos haud esse, ex ratione, quam pie subjicit B. Dn. Stryk. *us. mod. ff. tit. de fer. §. n.* quod nemo christianorum illa die judæis denegare possit illam quietem, quam summus rerum conditor ipsorum quieti destinavit, *conf. græc. consir. in l. 2. C. de jud.* sed iuste itidem & legaliter reciproce obseruet iudex, ut & judæum die sabbathi christianum conuenire volentem a iudicii limine repellat, ut & judæi discant, se, quod in illorum commodum fancitum, in detrimentum & præjudicium alterius trahere non posse.

§. XIII. Hisce ita obseruatis, testis rite citatus coram iudice comparet, & ad iuramentum testium adstringitur, quod fecundam in foris litium præbet materiam, & si unquam, hic sane intuitu contumaciæ diuersæ occurrunt quaestiones, cum alii ex personæ qualitate, alii ex specioso & intemptestiuo religionis prætextu iuramentum & inde testimonium declinare studeant, de quibus in genere regulam illam Grotii ad *Math. 13. v. 48.* præmittimus: *scelera manent scelera, quocumque demum nomine commendantur, imo eo sunt execrabiliora, quo magis speciosum titulum induunt.*

§. XIV. Quin iuramentum, quo nullum vinculum ad adstringendam fidem & corroborandam veritatem teste Cicerone *l. 3. de offic.* majores arctius esse voluerunt, (germ. *der Zeugen-Eyd*) ex necessitate sic præstandum, non est, quod dubitemus, cum tota depositionis substantia in iuramento consistat, *Gail. l. 1. obs. 101.* adeo, ut sine illius præstatione nemini testi quantumcunque religioso fides adhibeatur in præjudicium alterius, *c. nuper. de test.* Crescente enim hominum malicia factum est, ut simplici adsertioni, vel negationi, non amplius credatur, *c. 26. X. de iurej.* sic ut iuramentum neruus totius reipubl. a *Lycurgo contra Leocratam* dicatur, & omnes

*Sequitur iuramenti præstatio, ubi varia intaiu testium occurrunt controuersia.*  
  
*Ejus necessitas.*





mnes fere apud gentes obtineat, & nec germani, fide germana semet amplius tueri possint. Quamuis enim olim Frisiorum legati gloriari potuerint: *nullos mortalium armis & fide ante germanos esse*, Tac. *annal. l. 14. c. 54.* quamuis etiam Maximinus imp. adserente Herodian. *in Maxim.* potissimum fidei germanorum confideret propter summam fidelitatem; prohi dolor! tamen in illa sinceritate non semper substiterunt germani, sed pedetentim etiam antiqua illa fides deficere cœpit, sic ut postea itidem iuramenta ut in ceteris, sic in testimoniis etiam obtineri cœperint, & quidem ab initio eo solum casu, quando testes non erant fide digni, confer. LL. Longob. *l. 2. tit. 28.* quas congeffit Lindembrog. in *cod. LL. antiq.* postea vero indistincte testes iuramento constricti, prout jam constat ex *capitul. Caroli M. & Ludou. pii l. 7. c. 207.* ubi ita: *testes priusquam de causa interrogentur, sacramento constringi debent, ut jurent, se nihil falsè esse dicturos. Hoc etiam iubemus, ut honestioribus magis, quam vilioribus testibus fides admittatur.* (adhibeatur.) *Unius autem testimonium, quamlibet splendida & idonea videatur esse persona, nullatenus audiendum, quæ constitutio sine dubio ex l. 9. C. d. test. defuncta, prout ex collatione facile patet, ut & illa quæ habetur in LL. Visigoth. l. 2. tit. 4. l. 2. iudex causa finita & sacramento secundum leges, sicut ipse ordinauerit, a testibus dato iudicium emitat, quia testes sine sacramento testimonium perhibere non possunt.* Postea iure romano & canonico in foris nostris recepto necessitas jurandi adhuc magis firmata, quæ iura in hoc unanimiter consentiunt, ut testimonium depositio nullius sit momenti, nisi iuramento confirmata fuerit, *l. 9. l. 16. C. de test. c. 51. c. quoniam. 5. c. licet uniuersis. 23. X. eod.* Et hanc necessitatem in tantum extendunt DD. ut ex mente eorum nec ipse summus pontifex circa eam dispensare possit, prout ex Felin. *in c. constitutis. de rescript. in 6. refert Gail. l. 1. obs. 101. n. 12.* Nec ergo remitti potest iuramentum, nisi ab ipsis partibus, *c. tuis question. 39. X. de test. l. pen. C. d. pact. l. 41. ff. de minor. Carpz. p. 1. d. 77. n. 21. p. 3. d. 234. n. 18.*



mo interdum nec hæ remittere valent, & si remiserint, iudex nihilominus ex officio testi iuramentum deferre potest, si ita videtur, v. g. si agitur de præjudicio publico, siue animarum, ut in causa matrimoniali ubi remisso a partibus iuramento iudex illud nihilominus injungere debet, quod tanquam notatu dignum commendat Gail. *d. obs. 101. n. 5.* Ceterum quod praxin modernam attinet, conf. *ord. pr. jud. Saxon. tit. 20. §.* Wenns nun hierauff. Magd. Proc. Ordn. cap. 30. §. 10. Carpz. p. 1. c. 10. d. 31.

§. XV. Quanam vero sub formula iuramentum illud præstandum, cum & hic testes difficiles & tergiuersantes esse soleant, breuiter videndum. Olim varia conceptis verbis jurandi erat forma. In veteri lege jurabatur: *viuit anima mea, Jason in l. 3. §. jurari ff. de iurej. n. 2. item: hoc mihi addat dominus, c. & jurabunt. 22. q. 1. per salutem & generationem principis. 2. Reg. v. v. n. Bart. in l. 2. C. de reb. cred. per caput suum & filiorum suorum. l. 3. inf. l. 4. ff. de iurej. per sanctos & creaturas, quod tamen est species idololatriæ, c. considerat. caus. 22. q. 1.* Apud pontificios jurandi forma per sanctos, *sancta sanctorum.* Præterea jurabatur, *deus mihi testis, 1. Reg. 12. id quod apud Romanosue, aliosque gentiles itidem obtinuisse patet, unde Virgil. l. 12. Aneid.*

*esto nunc sol testis, & hæc mihi terra precanti,  
& pater omnipotens, & tu Saturnia Iuno:  
audiat hæc genitor, qui fæder a fulmine sancit,  
tango aras mediosque ignes & numina testor.*

Hodie ubique in iudiciis recepta formula: *ita me Deus iuret: So wahr mir Gott helffe und sein heiliges Wort, & quidem merito, quia omne iuramentum huic soli tamquam vero & unico hædico, v. g. 77, siue cordium scrutatori, inuocatio debetur, Anchoran. consil. 192. n. 1.* In c. 5. X. de testibus hæc formula habetur: *se non priuato odio atque amicitia, neque pro alio commodo, quod habuerint, vel quod habent, vel habituri sint, ad hoc iurandum inductos, & sicut ipsi dicunt, rei veritatem accepisse a maioribus suis & credere, ita esse; sed ea in judi-*

Quanam jurandi forma?



judicii hodie ita non obseruatur, unde aliam adferre liceat ex ord. pr. Magd. cap. 30. §. 10. juxta quam testes ita jurare tenentur: Ich N. N. schwere, daß ich in irrigen Sachen N. N. und N. N. betreffend, darinnen ich zum Zeugen angehen, die rechte reine Wahrheit, worauff ich befragt werde, und was mir bewußt ist, aussagen, bekennen, und nicht verschweigen will, weder um Freundschaft, Feindschaft, Geschenck oder Gaben willen, oder wie es Nahmen haben mag, so wahr mir Gott helffe und sein heiliges Wort. Qui alias adhuc desiderat formulas, adire potest, Beier. Volckm. emend. p. 1. c. 80. ubi varias adhuc refert in Saxonia usitatas, quæ tamen ab adducta parum discrepant. Ethæc juramenti formula, prout in quocunque judicio, seu foro recepta, non nisi consentientibus partibus mutari, aut remitti potest, vid. adl. ord. pr. Magd. d. c. 30. §. 10. Wann nun die Zeugen vorgestellt, sollen sie in gegenwart des andern Theils, ja auch ohne dessen Beyseyn, im Fall des ungehorsamen aussenbleibens, den Eyd schweren, und keiner desselben erlassen werden, es wäre denn, daß beyde Partheyen denen Zeugen den Eyd aus gutem freyen Willen nachgelassen, und ihrer Bezeugung auff ihre Gewissen trauen wolten, add. ord. proc. jud. Sax. adl. tit. 20. §. Wenn es nun, &c. hinc quoque, quamuis testis aliam quandam sanctæ contestationis formulam substituere velit, & eandem juramento æquipollere existimet, in judiciis tamen non audiendus partibus inuitis. Sed viceversa etiam nec parti licet formulam mutare, multominus execrationes & imprecationes addere, veluti: ob bey seiner Seelen Seligkeit, ob so gewiß, als er das höllische Feuer vermeiden wolte, ob dafern ihn nicht der Teufel so fort holen sollte, Zeuge also wahr sagen könne, ob da er also sagte, er nicht Gottes Fluch, die Hölle, zeitlich und ewig Verderben, verdienen würde, &c. Ejusmodi enim dire & execrationes partim ob impietatem, partim quia superflua, merito rejiciendæ, testis enim, qui verum jurisjurandi effectum cognoscit, omnia illa jam sub solita jurandi formula comprehensa esse persuasus est. Commissionibus etiam semper clausula inferitur: In gewöhnliche

Non potest remitti, nisi a partibus.



RESPECTU CITATIONIS, INSINUATIONIS, &c. 49

die Cydes Pflichte nehmet, ergo quod in illis insolitum, iudex non admittit, arg. l. qui per salutem. 33. ff. d. iurejur. Ruland. de commissar. p. 2. l. 2. c. 11. n. 38. seqq. plura vide apud Meu. p. 4. dec. 270. Carpz. p. 1. c. 16. d. 31. Brunnem. proc. civ. cap. 20. n. 56.

§. XVI. Ex dictis jam patet, quod nec ipsi clerici a contumaciæ pœna liberentur, si ut testes producti juramentum præstare detrectant. Ea enim, quæ nonnulli ex intempestiva religione in fauorem clericorum adducunt, nullo jure, aut ratione nituntur. Nulla enim juris autoritate exemptionem clericorum a præstatione juramenti docere possunt, militat potius contra eos tum generaliter legum supra adductarum, ratio, tum apertus textus c. 51. X. de test. ubi claris verbis pontifex disponit: *quod nullius testimonio, quantumcunque religiosus existat, nisi jurato deposuerit, in alterius præjudicium credi debeat.* Et præterea experientia testatur, clericos adfectibus sæpe non minus regi, quam laicos, adeoque periculum subesse, si illis juramenta remitterentur, ut loquitur Hahn. ad Wesemb. tit. de test. n. 5. utut enim dignitas ipsorum eximia sit, & eminentia, aut grauitas officii præfumptionem inducere possit, illis etiam non juratis fidem adhibendam esse, minime tamen illud necessitatem inducit, cum boni pastores a malis semper discerni non possint. Accedit, quod non habeant, quod conscientiam eorum oneret, dum non nisi veritas ejusque sancta adfertio ab ipsis poscitur, iique non minus, ac alii, ad eam dicendam confirmandamque obligati sunt. Imo refragatio clericorum ipsorum conscientiæ & officio non conuenit, partim quia juramentum est species cultus diuini, Frantzk. ad tit. de iurej. n. 15. & confirmatio veritatis, c. etsi christus. 26. X. de iurej. partim, quod dubiam faciat tum ipsorum sine probabili causa denegantium, tum aliorum fidem, contemnunt enim iudicem, juramenta inter peccata referunt, veritati defunt, charitatem proximo debitam in necessitate non obseruant, ut egregie dicit Meu. p. 4. dec. 256. Nec iuuat alterum argumentum, quo semet excusare student, adlegantes *auth. sed iudex.*

*Apræstatione juramenti nec clerici excuti.*

G





*judex C. de episc. & cler. ubi hæc verba reperiuntur: non tamen jurent;* respondemus enim cum *Setfero de juram. l. i. c. 9. n. 26 & 27.* authenticam hancce minime esse authenticam. Notum enim, quod pleræque authenticæ ex nouellis desumptæ sint & ab *Irnerio*, ut volunt, codici insertæ, adeoque non probant, nisi quatenus cum nouellis conueniunt, *Hopp. præcogn. jur. c. 6. §. 6. Lauterb. in præfat. compend. jur. major enim fides tribuitur scripturæ matrici, seu originali, quam inde desumpto, Meu. p. 1. dec. 119.* Hæc vero verba: *non tamen jurent, in nou. 123. c. 7.* non reperiuntur, cum tamen exinde *d. auth. desumpta*, adeoque ea rejicienda, quin contrarium potius inde probatur, dum *d. nou. 123.* formam saltem dicendi testimonium per tactum euangeliorum remittit, unde etiam *d. auth. ulterius non intelligenda, Meu. p. 4. dec. 265. Brunnem. in d. auth. Reuber. tr. d. test. p. 3. n. 37. Setfer. de juram. l. 1. cap. 9. n. 23. seqq.* Manet ergo, clericos testes ad præstationem juramenti omnino obligatos esse. Unde & Romani Vestales ceterosque religiosos juramento adstrinxisse leguntur, *P. Ayrault. in instruct. de proc. p. 3. l. 3. n. 33.*

An clerici  
sub formula:  
bey ihrem  
Gewissen,  
schwittendi?

§. XVII. Sed quæritur, num sufficiat, si testimonium perhibere volunt, ut plerumque prætere solent, bey ihrem priesterlichem Gewissen? negatiuam defendimus. Ubi-  
cunque enim L.L. juramentum necessario requirunt, ibi intelligitur in iudiciis juramentum corporale, ein zierlicher, gelehrter, körperlicher und leiblicher Eyd, siue tale, quod fit erectis digitis aliisue consuetis solemnitatibus accedentibus sub inuocatione nominis diuini, *Græu. ad Gail. l. 2. concl. 59. n. 10. Dn. Zoll. diss. de promiss. sub fid. generos. von der Cavaliers-parole. cap. 6. §. 4.* Quamuis enim concesserim, ejusmodi verba alias firmissimam inuoluerent adsertionem; attamen non quæuis verba vim & efficaciam corporalis juramenti habent, sed saltem ea, quæ in formula jurandi in imperio Romano usurpari solent; so wahr helffe mir Gott und sein heiliges Wort, in quibus hodie forma essentialis juramen-



menti consistit, conf. *ord. cam. p. 1. a cap. 57 ad 85.* Unde nec adsercionem: bey dem Wort der ewigen und göttlichen Wahrheit, juramenti judicialis effectum producere, testatur Carpz. *p. 2. c. 16. d. 6.* Et insuper fides pastoralis pendet a fide pastoris, cum vero LL. pastorem a juramenti præstatione non eximant, neque adsercio sub sola fide pastorali admitti potest. Licet enim optandum foret, ut non alios haberemus pastores & ecclesiæ ministros, quam tales, quorum ea esset morum probitas & non adfectata pietas, ut nemo absque præstito juramento etiam de sinceritate & veritate illius, quod loquuntur, dubitare posset; cum tamen & ipsi homines sint, qui non semper adfectibus dominantur, hinc semet a consueta juramenti formula liberare non possunt, nisi partibus consentientibus & remittentibus. Non negamus quidem, quod judex probe agat, si partibus persuadere studet, ut clericis, præcipue si parochi sint, aut eorum confessionarii, juramenti formulam remittant, aut sub fide pastorali eos admittant, ast vero si partes hoc facere nolunt, inuitæ ad id adigi non possunt. Et ideo Wittebergenfes in tali casu A. 1578. d. 8. Jun. pronunciarunt: Dasß gedächter M. Mylius Superintendentens. seines Vorwendens ungeachtet, sein vom gehentheil begehrtes Zeugniß vermittelst gewöhnlichen Zeugen-Eydes, im Fall die Partheyen ihm solches nicht erlassen wollen, zur Steur der Wahrheit zu geben schuldig, darzu er dann im Fall der Wegerung durch gebührende Mittel angehalten wird, B. N. B. Coler. *dec. 21.*

§. XIX. Ex dictis igitur rationibus facilis decisio est quaestionis, si alii etiam testes sub formula: an Eydes Statt, deponere volunt, an scilicet sub ea admittendi? de efficacia dictæ formulæ, & an illa juramento æquipolleat, frequens apud DD. controuersia. Nos negatiuam defendimus cum Carpz. *p. 2. c. 16. d. 6.* Hartm. Pistor. *lib. 4. c. 6. n. 1.* & aliis, nisi verba addita sint: so wahr mir Gott helffe, idque ex ratione, quæ jam in præcedentibus §§. adducta, quia nempe forma juramenti in iudiciis recepta per æquipollentia verba fieri

Quid sentie-  
ndum de  
formula: an  
Eydes.  
Statt.



non debet, Mev. p. 1. dec. 146. n. 2. Setl. de juram. c. 16. n. 17. Alias etiam B. Dn. Stryk. U. M. ad tit. de jurej. §. 14. eo casu, quando pars parti juramentum detulit, distinguit, an consuetudo, vel sententia, corporale juramentum exigat, an vero de sola fide negotii quæstio sit, in præjudicium ipsius testantis. Priori casu ejusmodi contestatio non sufficit, nisi deferens ea adquiescere velit, quia de alterius luditur corio, cui exinde damnum obueniret, quod secus in casu posteriori, ubi ejusmodi adsertio an Cydes-Statt sufficit, etiamsi nihil amplius additum, quia illa clausula juramentum implicitum jam continet, & in vim juramenti adferens, & sciens, quid sit juramentum, tacite Deum inuocasse censetur, ut fidem promissi non seruata in vim perjurii flectat, & ipsam tamquam pejerantem puniat, Coler. d. proc. exec. p. 1. c. 10. n. 246. Wefemb. p. 1. conf. 15. n. 88. seqq. Interim tamen poenam pejerantium eo casu obtinere non existimo, nunquam enim poena perjurii locum habet, nisi quando frangitur solemnis juramenti forma, quæ in judiciis recepta, Schrader. de feud. p. 10. n. 247. Wefemb. conf. 15. Gail. l. 2. obs. 59. n. 6.

Si quis juramentum peccatum esse existimat?

§. XIX. Sed quid si testis comparens juramentum declinare studet, sub prætextu, quasi jurasse simpliciter peccatum existimet? non censeo cum Strykio *us. mod. ff. tit. de jurejur. §. 7.* illos homines absolute ad jurandum adigendos, sed tentandum, ut scrupulus conscientie eximatur, & juramentum ex justa causa & prævio jussu superioris præstitum extra crimen esse demonstretur, si vero nihilominus pertinaces permanent, peccatum foret, illos reluctante conscientia ad jurandum adigere velle, Sanderson. *de obligat. jur. pr. elect. 7. sect. 14.* Interim tamen ejusmodi homines poenam jurare nolentium in totum non effugiunt, licet enim aliquid conscientie eorum tribuendum, præcipue si aliunde ex vita antea constat, illos semper in hac opinione fuisse, non tamen ab omni poena immunes erunt, idque publica & summa urgente necessitate. Si enim nulla poena diceretur, unusquisque se facile sub prætextu conscientie testi-



testimonio perhibendo subtrahere posset, quod minime ferendum. Hinc illustre collegium juridicum Francofurtanum in casu, ubi anabaptistæ juramentum delatum erat judicialiter, ille vero sectæ suæ principia prætexeret, ne quidem magistratu jubente jurandum esse, & inde aliam formulam: bey Mannen und Wahrheit, quæ apud anabaptistas sanctissima habetur, subrogare vellet, respondit, daß Er schweren solte zu Gott und auff sein heiliges Evangelium. Rationes videri possunt apud B. Stryk. *us. mod. ad tit. de jurej. §. 8.*

§. XX. Et hæcenus de personis, quæ sub prætextu conscientia a poena contumaciae se excusare nituntur, sequitur, ut brevibus etiam alios, qui non quidem stimulante conscientia, sed *respectu dignitatis*, in qua constituti, solitam jurandi formulam declinare intendunt, & sufficere putant, si veritatem sub forma: bey Fürstl. Gräßl. Adelichen Ehren und Treuen, promittant, quam adfertionem cum juramento solemni ejusdem efficacitæ esse putant, v. Gail. *l. 2. obs. 59. n. 2. seqq.* Surd. *dec. 234.* Coler. *de proc. exec. p. 1. c. 10. n. 151.* Schurff. *cent. 1. obs. 17.* Mascard. *de probat. concl. 139. n. 15.* Seraphin. *de privil. juram. priv. 30. n. 41.* præ ceteris autem hanc sententiam defendit Nic. Mylerus ab Ehrenbach *in nomol. ord. imp. ubi cap. 6.* hoc exemplis regum Hispaniæ, Galliæ, Scotiæ, ducum Moscouiæ, imp. Romanorum & Germanorum, nec non ex robore & efficacia verborum, principis autoritate & reverentia principibus debita, ex antiqua fidei germanicæ gloria, ex praxi camerae, ex notoria germaniæ consuetudine, & demum ex consuetudine & testimonio principum & Ictorum extra germaniam comprobare studet. Quidquid tamen sit, huic sententiæ calculum adijcere non possum. Quamvis enim alias Mylero hoc concedam, quod videlicet extra judicium ejusmodi adfertio multum fidei mereatur; minime tamen illo casu, ubi judicialiter juramentum requiritur, ejusdem vigoris illam esse puto, quia, ut sæpe dictum, substantia & fides testimonii

*De formula:  
bey Fürstl.  
Gräßlichen  
Adelichen  
Ehren und  
Treuen.*



unice in iurejurando consistit, *arg. l. 33. d. iur. j.* Wehn. *obs. pr. sub. voc. bey Ehren, Treuen und Glauben.* Anton. Dan. Sonnem. *pralect. publ. ad LL. notab. p. 187.* Nec impedit, quod a dissentientibus objicitur, naturaliter ad fidem testimonio habendam non requiri iuramentum, sed esse hoc inuentum juris ciuilibus, quod subditos quidem stringit, non vero principem, quia LL. ciuilibus solutus, *l. 31. ff. d. LL.* responderetur enim, hoc quidem eatenus procedere, quatenus requisitum iure ciuili inductum meras solemnitates inuoluit, hoc enim respectu fatemur, principes ab eiusmodi solemnitatibus omnino immunes esse, minime autem hoc procedere potest in causis, quæ altioris indaginis, & ubi princeps, non ut princeps, sed ut priuatus considerandus, quod fit in eo casu, ubi de veritate ex adferro hominis indaganda agitur, ibi enim cum conscientiam principis non magis ac ceterorum inspicere possimus, & ergo, quo de sincera veritate constet, Deus vindex inuocandus sit: differentiam inter principem & priuatum statuendam esse non video, sed potius adserere audeo, testem, quantacunque etiam præfulgeat dignitate, corporali adstringi debere iuramento Græu. *ad Gail. l. 2. concl. 59. n. 3.* Imo & praxis, ad quam dissentientes prouocant, ipsis contraria, sic enim refert Iac. Schult. *in add. ad Coler. dec. 15. n. 28.* nec principes a præstatione iuramenti testium immunes fuisse, & id exemplo illustrissimi quondam principis Iulii ducis Brunswicensis confirmat, qui in propria persona testimonium sub solita iuramenti formula perhibuit. Inde etiam mandatum procuratorium de præstando iuramento calumnie sub clausula: *solle bey meinen Fürst. Gräffl. Adelichen Ehren an Eydes statt, &c.* in camera non accipiuntur, Ruland. *de commiss. l. 2. cap. u. n. 47.* Quid quod ex Sleidano constet, ipsum Carolum V. imperatorem, iusjurandum juratum, seinen geschwornen solennen Eyd, præstitisse. Et tandem, si dissentientium sententia obtineret, imperatores ad minimum in capitulationibus a iuramenti præstatione liberi essent, sed & hoc secus esse praxis uberrime habet.



alienus demonstrat, dum in fine omnium capitulationum hac concepta verba deprehenduntur: bey Unseren Königl. Ehren, Würden und Worten im Nahmen der Wahrheit zugesaget. Inmassen Wir denn das mit einem leiblichen Eyde zu Gott und dem heiligen Evangelio geschworen, &c. vid. Ziegler. Wahlcap. von Carolo V biß auff Joseph. add. capitulatio augustissimi nostri & vere inuictissimi imperatoris Caroli VI §. 30. Interim vero & hic, quod supra §. XVII. de clericis monuimus, repetendum venit, quod nempe, cum varix hac occasione controuersia oriantur, & ramentum iuramenti solemnitatem a partibus remitti posse constat, utile sit, ut testibus illustribus a partibus iuramentum remittatur, & fidei illustrium personarum fides habeatur, Ruland. *de commiss.* p. 2. c. 11. n. 51. add. Gail. l. 1. obs. 101. item l. 2. obs. 59.

§. XVI. Quæ diximus, regulariter & in dubio obtinent, exceptio tamen erit, si statuta contrarium adferant, aut ex singulari priuilegio, sive jure, aliud receptum, prout hoc in regno Bohemix & archiducatu Austriae speciale, ubi nobiles & illustres personæ personaliter comparere non tenentur, sed per scripturam sub fide sua sine corporali iuramento deponunt, & depositionem obfignatam judici examinis transmittunt, unter ihrer Hand und Pertschafft, id quod etiam in Bauaria ita obtinere, ut nobilium sigilla & manus loco iuramenti habeantur, testatur de praxi Gailius l. 1. obs. 101. n. 14. add. Brunem. *proc. ciu. cap. 30. n. 65.* ubi adferit, ejusmodi priuilegio itidem gaudere proceres in Suecia. Talia statuta derogant juri communi, utpote quod saltem in subsidium nosmet recepisse notum est. Huc etiam pertinet consuetudo, quam in Silesia ducatibus Opeliensi, Ratiboriensi, Teschinenti, Oppauienti & Carnouienti ita praticari dicit Arn. Reyger. *thesaur. juris occup. ad voc. testis in add. n. 37.* ut scilicet nobiles in scriptis testimonium ferant sub clausula: und dieses bezeuge ich bey meiner Seelen Heyl und Seeligkeit. Eodem modo obtinere quoque potest adtertio officialium bey dem Eyde, damit sie ihren Herrn zugethan, si illa iuramenti loco

*Exceptio erit, si contrarium receptum.*



loco recepta, veluti hoc aliquoties se obseruasse adserit Gail *ad l. 1.* quam formulam de iure prutenico aliquando etiam obtinere, sed sub distinctione, patet ex *jur. prou. Prut. l. 1. tit. 35. art. 6. §. 3.* distinguitur scilicet, an officiales deponant in causa ad officium suum spectante, an in causa ab officio mere aliena, illo casu ejusmodi adsertio vice juramenti est, secus vero casu posteriori. Ceterum generaliter hic notandum, quod in dubio nulla exceptio præsumatur, sed omnes testes sub solita formula juramenti examinandi sint, unde qui speciale aliquid adlegat, illi probatio incumbit, tamquam contra jus commune quid statuenti, Mynsing. *cent. 2. obs. 3.*

*Testis contumax est, si in scriptis, & non viua voce testari vult.*

§. XXII. Ea ergo, quæ in *prac. §. de privilegiatis nobilibus* adduximus ad alios indistincte adplicare non possunt, sed tenetur testis in iudicio comparere, & testimonium viua voce, non vero in scriptis perhibere, Bart. *in l. 9. C. de test. Oldend. tr. de test. p. m. 558. n. 15.* unde, si testis emanet, & testimonium in scriptis offerre vult, de nouo citandus & comparitio illi injungenda, postea vero, si adhuc pertinax perseuerat, eum contumaciæ poenam iuste incurrere non est, quod dubitemus, cum testibus, non testimoniis, credendum, jam olim *imp. in l. 3. ff. de test. censuerit.* Aliud tamen respondendum in eo casu, quem refert Beust. *in rubr. de jur. n. 212.* ubi dicit, se in quadam causa, in qua commissarius fuerit, vidisse virum quendam senem & prudentem, ut testem productum, & hunc antequam ad articulum prælectum responderet, accepto atramento & penna depositionem suam scripsisse, postea vero eam e charta prælegisse, licet enim postea pars aduersa validitatem hujus depositionis in dubium vocare voluerit, pronunciatum tamen fuisse, illam valere, quia verba deponentis interuenerant. Jura enim nihil præter præsentiam testium requirunt, & depositionem viua voce prolatam, Gilhauf. *arb. jud. ciu. p. 6. c. 6. n. 7.* Non vero valet depositio per procuratorem jurata, uti vult Bart. *in l. 13. §. 13. ff. de damn. inf. n. 12.* cujus sententiam communiter



ter adprobatam dicit Reyger. *thes. loc. verb. testis in add. n. 39.* & juxta cujus doctrinam licet una partium dicto procuratoris partis alterius stare nolit, sed dominum respondere debere urgeat, dominus nihilominus constituere potest procuratorem ad jurandum, & dicitur satisfactum petitioni, videtur enim dominus jurare tamquam per organum, *c. presentium de test. in 6. junct. c. fin. de juram. in 6. ibique glossa*, scilicet, decreto speciali non videtur satisfactum per procuratorem, *cap. fin. §. 1. de offic. deleg. clement. 1. de vita & honest. cleric.* Cacheran. *decif. 113. n. 2.* Verbum enim personaliter in aliqua constitutione positum facit, ut mandans non habeatur pro faciente, Bart. *in l. jubemus C. de erogat. mil. ann. n. 3.* Vide, quæ de hac personali depositione aliisque actibus personaliter, non per mandatarium perficiendis fuisse & erudite tradit Cacheran. *d. dec. n. 5. 6. 7. 8. 9.* ubi contrariis respondet *n. 10. seqq. usque ad fin.* & senatum etiam pro sua sententia pronunciasse commemorat.

§. XXIII. Quid vero sentiendum, si testes adferunt, se jurasse, quod secreta nunquam reuelare velint, an scilicet nihilominus ad articulos respondere teneantur, & an judex in casu denegati testimonii in illas tamquam contumaces animaduertere possit? affirmatur. Istiusmodi enim juramentum turpe est, contra bonos mores, & impium, ideo nec obligatorium, quia alit peccatum mortale, & iram Dei prouocat, vid. omnino *can. 80. c. n. 9. 3. & can. 3. 4. 5. 6. 10. c. 22. q. 4. c. 58. de R. 7. in 6.* unde & Plato *l. 1. de LL.* eos improborum vult haberi numero, qui veritatem celant. Idem obtinet intuitu sacerdotis, hic enim, etsi se nunquam juraturum vota fecerit, nihilominus tamen ut testis productus veritatem sub solita juramenti forma adferere debet, *conf. Græu. l. 1. concl. 100. consid. 1.* & dum non seruat e jusmodi juramentum, præsumitur, eum poenituisse peccati, quod temerario juramento commiserat, *Gail. l. 1. obs. 100. n. 4.* Nulla quoque hic juramenti relaxatio de necessitate requiritur, actus enim inualidus & nullus nullum plane

H

pro-



producit effectum, *l. non dubium. 5. C. de LL. ubi imp. Theodofius & Valens refcribunt: quod ea, que lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sint, sed pro infectis etiam habeantur*, leges enim vana & frustratoria remedia adhibere non solent, *arg. l. 18. ff. de V. O. add. Mascard. de probat. in proem. cap. 5. n. 55.* Id quod etiam de praxi camerae ita obtinere, & hoc modo in causa Braunschweig, c. Sachsen-Anhalt & confortes, item Teutschmeister contra Hailbrunn, pronunciatum fuisse, testis est Gail. *l. 1. obs. 100. n. 4 & 5.*

In instantia  
adpellationis  
testes de nouo  
jurare tenen-  
tur.

§. XXIV. Ut haec dicta in prima instantia obtinent: sic etiam in adpellationis instantia eadem obtinere existimo. Etsi enim videri posset, quod testes, qui semel iuramentum praestiterint, eodem de nouo non sint confringendi, cum iuramenta temere multiplicari non debeant, quam sententiam etiam commentatores ad statuta Parliamentia fouere testatur Rulant. *de commiss. p. 1. l. 6. cap. 10. n. 6.* nihilominus tamen contrarium magis probari cenleo per *c. fraternitatis. X. de test. c. praeterea. X. de test. cog.* prout etiam hanc adfirmatiuam in camera obtinere & iuxta eam decisum fuisse in causa Bürgermeister und Rath der Stadt Z. wieder Teutschmeister adlerit Rulant *adl. loc.* Verba decreti haec sunt: wird denen commissarijen hiemit Macht gegeben, die Zeugen vormahls durch D. N. gehöret, wieder von neuen zu beeydigen und Kundschaft zu geben, sürgewandter Einrede ungeachtet, wie sichs gebühret, zu zwingen, &c. ergo si jurare nolunt, eodem modo contra illos proceditur, prout alias contra contumaces procedi solet, Berous. *in c. solent. de restit. spol. n. 13.* Interim optima hic est cautela, quam suggerit Gail. *l. 1. obs. 104.* quod nempe testes ejusmodi, quia hominum memoria labilis, *l. peregre. 44. ff. de adquis. v. amitt. poss. maximæ* si factum est antiquum, Bart. *in l. res obligata. n. 1. ff. de legat. 1.* ad euitandum perjurium a iudice petant, ut prior rotulus ipsis ante examen exhibeatur, quo de veritate dicenda se informare possint, ne sibi sint aliquo modo contrarii.

§. XXV.



§. XXV. Tandem de persona judicis testimonium perhibentis adhuc quæstio huic capiti colophonis loco ad-  
 jicienda: an videlicet judex testis juramentum sine nota  
 contumaciæ recusare possit? *in cap. 7. X. de probat.* dicitur: *De testimonio*  
*judicis, an il-*  
*lud juramen-*  
*to confirma-*  
*dum?*  
*solis literis judicis standum esse, (etiamsi juramento confirma-*  
*te non sint,) donec probeatur contrarium, ex ratione, quia ju-*  
 dex pro se habet præsumtionem justitiæ atque veritatis, et si  
 itaque ejus adfertio plenam atque irrefragabilem fidem non  
 faciat, attamen veritatis nititur præsumptione, sunt verba  
 Meuii *p. l. d. us. id quod etiam, cum veteri jure Saxonum con-*  
 uenit, ubi *im Land-Recht l. 2. art. 22.* sita disponitur: wo  
 der Richter zu gezeugen geführet wird um eine Sache, das hält  
 man für ein vollkommen gezeugniß, clarius vero *l. 3. art. 88.*  
 wenn der Richter mit denen Schöppen etwas bezeugen soll, da  
 soll er sich allein bey dem Eyd, den er dem Könige zum Gericht  
 geschworen hat, verpflichten, die Wahrheit zu sagen, und an-  
 ders darff er nicht schweren. Verum enim vero hæc solum  
 de illis negotiis intelligenda, in quibus judex officio suo  
 functus, minime vero de extrajudicialibus, Mascard. *de*  
*probat. concl. 250. n. 30.* Carpz. *p. l. c. 16. d. 27.* in quibus non ut  
 judex, sed ut alius homo consideratur, & huc pertinet tex-  
 tus *in cap. 28. X. de test.* ubi Pontifex jubet *ne unius judicis,*  
*quantæcumque fuerit autoritatis, verbo credatur in causis*  
*sue super testamentis, siue quibuslibet aliis contractibus quæ-*  
*stio est.*

CAP. IV.

DE

## PERSONIS, QUÆ TESTIMO- NIUM DECLINANTES CONTUMA- CES NON AUDIUNT.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

**I**nter personas, quæ ad testimonium dicendum obligatæ non sunt, primo  
 veniunt consanguinei, §. 1. inde inter ascendentes & descendentes nulla  
 H 2 est



est coactio, §. II. neque inter fratres & sorores, §. III. ceteri cognati quatenus eximantur, docetur §. IV. quid de marito & uxore? quid de domesticis? §. V. in tantum a testimonii praestatione liberantur clerici confessores, non solum intuitu eorum, quae ipsis in confessione, sed etiam quae in adibus eorum extra casum confessionis reuelata. Quae obligatio certo respectu extenditur ad laicum, §. VI. exceptiones quando clericus reuelata in confessione manifestare tenetur, §. VII. porro excipiuntur aduocati, §. VIII. propeeta quatenus liberantur? §. IX. exceptio, si veritas aliter haberi neque quomodo intelligenda, §. X. alii a testimonio dicendo intuitu comparitionis in iudicio liberantur, §. XI. persone egregie ob l. 15. de iurejur. cuius legis quaedam adducuntur limitationes, §. XII. recensentur persone egregie tam de iure Romano, §. XIII. quam praxi moderna, §. XIV. exempti etiam sunt vices, §. XV. item valerudinarii, quibus adsciuntur praegnantis partui vicine, §. XVI.

## §. I.

Inter personas, quae ad testimonium dicendum obligati sunt,

primo sunt consanguinei.

**E**xplicatis iis, quae circa examen testium monenda exstinauimus, ordo jam postulat, ut personas consideremus, quae a testimonio dicendo liberantur & per consequens testimonium recusantes contumaces non audiunt. Occurrunt hic praecipue *personae vinculo sanguinis inuicem conjunctae*, quae ex ea ratione ad testimonia non compelluntur, ne odiorum causa inde succrescat, & ne diffidiis sejungantur, quos oportuerat in perpetuum sanctissimo amoris vinculo constrictos esse, Voet. ad ff. tit. de test. n. 3. in f.

Adeoque inter ascendentes & descendentes nulla est coactio.

§. II. Ergo ascendentes & descendentes contra se inuicem testimonium ferre non coguntur, ex parte parentum enim hoc pugnaret cum amore erga liberos, ex parte vero liberorum cum debita & naturali reuerentia, cui per iudicis sententiam derogari nequit, prout hoc imp. Diocletianus & Maximianus in l. 6. C. de test. itidem obseruarunt, quippe qui nec volentes eos ad testimonium admittendos esse censent, ex modo adducta ratione, ne amor naturalis & debita parentibus reuerentia violetur, quae tanta est, ut quod eam vincat, in tota rerum natura non reperias, l. 8. §. fin. ff. quod met. caus. l. fin. C. de curat. fur. Nulla hic est distinctio, an patria potestas jam sit soluta, nec ne, quamui nonnulli ita censeant, v. DD. ad d. l. 6. de test. Ayzeri proc. cap.



## DECLINANTES CONTUMACES NON AUDIUNT. 61

cap. 7. *obf.* 10. n. 9. nec an sint sexus masculini, an sequioris, imo Carpz. *de usur. confang. disp.* 13. 1b. 9. n. 84. dicta intuitu foeminarum adhuc magis procedere putat, ex ratione, quia, ut faciliores sunt ad amandum, ita faciliores quoque ob amorem ad perjurium præsumuntur, Mascard. *de probat. vol.* 3. *concl.* 1148. n. 4. quam tamen differentiam hic loci examinare merito superfedemus, cum alia, quæ magis ob utilitatem & praxin se commendant, locum postulent. Quæritur scilicet: an pater ad testandum cogi possit, si causa inter duos filios agitur? negatiuam hic præualere non est, quod dubitemus, eo, quod pater pro uno contra alterum testimonium perhibens, etiam hoc casu contra adlegata jura impingat. Nec obstat, quod regeritur, per æqualem, quæ pater erga utrumque filium ducitur, adfectionem remoueri fraudis & perjurii præsumtionem, l. 67. §. 1. ff. de R. N. quamuis enim hoc concedatur, non cessat tamen ratio principalis a pietatis officio desumpta, quæ pietas patrem contra filium testari non patitur, Voet. *ad ff. ad l. l.* Exceptio interim a regula esse potest eo casu, si veritas aliter haberi nequit, sic enim fauore eruendæ veritatis parentes contra liberos & vice versa cogi posse, testantur Farinac. *de test. qu.* 54. n. 171. Gomez. *tom. 3. variar. resolut. c. 12. n. 24.* Andr. Scheffer. *p. 1. qu. pract. qu. 7.* Frid. Schenck *de test. n. 31.* Extra hunc vero casum, (qui, quomodo intelligendus, infra §. X. explicabatur,) ad testandum minime cogi possunt. Inde quoque Scabini Lipsienses in causa Georg Kreusfels contra Georg Schillenbach zu Schwarzenb. mens. Jul. A. 1632. pronunciarunt: daß beklagter seinen Beweis bey Verlust des selben binnen Sächsischer Frist gänzlich zu verführen schuldig, und es mag Klägers Tochter, Christoph Georgens Eheweib, wie der Kl. ihren Vater Zeugniß zu geben beständiger Weise nicht gedrungen werden, B. N. Carpz. *p. 1. c. 16. dec. 50.* De praxi reliquarum extra Saxoniam prouinciarum idem obrinet, vid. Würtemb. Land-Ordn. *rubr. Welche Persohnen nicht Zeugniß geben mögen; verb. item Vater und Mutter. reform.*



Noric. *tit. 7. c. 1. §.* es sollen auch die Eltern. reform. Wurmariens. *l. 1. tit. 21. verb.* auch soll ein Vater oder Mutter. reform. Erfurt. *p. 1. tit. 33. §. 4 & 5.*

Neque inter  
fratres & so-  
rora.

§. III. Secundum iam sibi locum vindicant fratres & sorores, qui itidem ex eodem amoris & sanguinis vinculo, & nefat rara & apud nos fratrum gratia magis turbetur, ad testimonium dicendum cogendi non sunt. Idque iterum indistincte, an scilicet cesset patria potestas, bonorum communio, & cohabitatio, annon, quos quidem tres casus excipit Menoch. *de A. F. Q. l. 2. c. 104. n. 1.* Imo adserere & hoc audeo, quod fratres neque volentes admittendi sint contra fratres, idque non in criminalibus solum, quod ipsi etiam dissentientes concedunt, Lauterb. *coll. theor. pr. ad tit. de test. §. 31.* sed etiam in civilibus, quia eadem adest ratio, quam intuitu patris §. *præced.* adlegauimus, scilicet ne in familia odia generentur. Nec mouet ratio dissentientis Lauterb. *ad l. 1. Carpz. l. 3. resp. 89. n. 35.* Lauterb. *Patris ad jus Wurtemb. p. 1. tit. 36 & 60.* quod fratres specialiter non prohibeantur, & hinc volentes admittendi sint, iuxta *l. 1. §. 1. ff. de test.* Si enim hæc adsertio procederet, sequeretur, etiam, quod fratres etiam cogi possent, quia illi inter personas, quæ inuitæ ad testimonium cogi non possunt, expressis verbis itidem non connumerantur, imo exinde flueret, quod nec parentes de jure pandectarum exempti essent, quia nec illi expresse nominantur. Scilicet, crediderunt legislatores, dum alias personas exceperunt, inter quas vinculum non adeo arctum intercedit, quod ab illis, tamquam a minori ad majus, scilicet parentes, recte argumentari possit, quamuis hi nominatenus excepti non fuerint. Ex ratione dissentientium & olim forsitan dubitatum, an parentes volentes in testimonium admitti possent contra liberos, quod dubium remouerunt imp. *in d. l. 6. C. de test.* dum Tertullo requirenti rescripserunt: nec volentes illos admittendos esse. Licet autem ejusmodi rescriptum respectu fratrum adlegare non possimus, sufficit tamen, quod hic, uti ante dictum,

etum,



## DECLINANTES CONTUMACES NON AUDIUNT, 63

ctum, eadem militet ratio, unde a patre ad fratrem intuitu amoris consanguineorum in iure aliquoties argumentari videmus. Sic frater fratrem non grauioris, sed leuioris saltem criminis accusare potest, *l. 13. l. 18. C. de his qui accus. non poss.* eo modo, quo etiam pater filium suum ex causa grauioris criminis ad supplicium offerre non potuit, *l. 13. §. ult. ff. de re milit.* Et ita in aliis. Hinc optime in iure prou. Wirtemb. dispositum legitur: item Bruder und Schwester mögen auch für, noch wieder einander Zeugniß geben, es wären denn keine andere Zeugen, oder Beweisungen vorhanden. Quæ utique de ciuilibus saltem intelligenda, in criminalibus quippe pro reo ad innocentiam ejus probandam, sicut & alios inhabiles, ita & fratres ad testimonium admittendos esse constat, vid. Carpz. pr. crim. q. 114. n. 36.

§. IV. Possem hic & ceteros, qui ratione consanguinitatis & cognationis a testimonii necessitate excipiuntur, speciatim adducere; ne vero disputationis modum egrediar, illos uno hocce §. completi liceat, præcipue cum eorum intuitu nullum fere dubium a DD. moueatur. Generaliter itaque monuisse sufficiat, cognatos collaterales usque ad septimum gradum computationis ciuilibus contra cognatos ad testimonium perhibendum cogi non debere, *l. 4. ff. de test. nec inuitus quis ad testimonium obligatus aduersus focerum, generum, vitricum, priuignum, nec ex adducta regula aduersus sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosque omnes, qui priore gradu sunt, & propiores his necessitudinis loco junguntur, l. 10. ff. de grad. & affin. & nom. eor. Wesemb. parat. ff. de test. n. 3. Gail. l. 1. obs. 100. n. 14. idque tam in criminalibus, quam ciuilibus, arg. l. 6. C. de test. Brunnem. ad l. 4. ff. de test. n. 2.* Nullum tamen dubium est, quin statuta ista immunitas a coactione ad arctiorem & proximiorum quendam gradum restringi possit, ut Hamburgi factum, ubi priuilegium istud in tertio solum gradu sibi locum vindicat, vid. Mart. ad O. P. S. tit. 20. §. 2. n. 134. In linea recta vero omnes consanguinei a communi illione merito immu-

Ceteri cognati quatenus excipiuntur?



immunes esse, ex supra dictis patet rationibus, arg. *l. 5. ff. de test. l. 10. §. ff. de grad. conf. Carpz. de us. arb. consang. & adfin. disp. 3. th. 9.*

Quid de ma-  
rito & uxore?

§. V. Cum vero amor conjugalis, non minoris efficaciae esse censetur, quam ille, qui ex sanguine profluit, Arnif. *de jure connub. cap. 1.* hinc antequam ad personas extraneas, earumque exemptionem progrediamur, inspiciendum, quid respectu *mariti & uxoris* jura disponant. Quemadmodum vero, ut supra dictum, inter personas, quae invitae ad testimonium non coguntur, non omnes nominatenus recensentur: ita quoque uxoris & mariti in *l. 4 & 5. de test.* non fit mentio, unde quoque non defuerunt statuentes, uxorem contra maritum & vice versa non testari tantum posse, sed & invitam ad id compellendam esse, Voet. *ad ff. tit. de test. §. 5.* Sed salua res est, superpetit enim iterum identitas rationum antea adductarum, ut nulla coactio respectu mariti & uxoris locum habeat, Sichard. *ad l. 3. C. de test.* quod idem ad *sponsam & sponsam* extendit Cavalcan. *p. 4. n. 60.* Cum enim ob arctissimum illud connubii vinculum in unum conjuges coaluerint, & conjugalis adfectio eam, quae inter parentes & liberos intercedit, non tantum aequet, sed & superet: a consanguinitate arctissima ad hunc casum illationem validam esse, non est, quod dubitem. Cui accedit praeterea, quod, dum ad fines ad testimonium dicendum cogi non possunt, Reuber. *in tract. de test. q. 2. n. 176.* multominus illi cogi debeant, qui principium sunt adfinitatis, maritus scilicet & uxor, conf. Sande *decif. Trif. lib. 1. tit. 10. def. 3.* Nec impedit, quod magni nominis Jcti statuunt in contrarium, de uxore quidem concedentes, minime vero de marito, quem indistincte contra uxorem ad testandum cogi posse adserunt, Aym. *de antiq. temp. p. 1. sect. 3. n. 17.* adlegatus cum multis aliis a Farinac. *quest. 54. n. 220.* ex ratione, quia in marito deponente contra uxorem non imminet tanta periculi ratio, sicut in uxore deponente contra maritum, Carpz. *p. 1. c. 16. def. 51 & 52.* dum enim concedunt, ex  
amo



DECLINANTES CONTUMACES NON AUDIUNT. 65

amore conjugali has personas contra se invicem ad testimonium perhibendum non teneri, non video, quomodo illa thesis defendi possit. Quod domesticos adinet, monuisse sufficiat, quod non possint ob d. l. 6. ff. de test. cogi ad testandum, gravis enim res est, quempiam cogere, ut eum testimonio suo laedat, cujus cibo ac potu vitam sustentat, Reuber. de test. p. 2. n. 201 & 206. plura de domesticitate legi possunt apud Martin. in comment. ad O. P. S. tit. 20. §. 2. n. 187. seqq. Carpz. lib. 3. resp. 89. n. 7.

quid de domesticis?

§. VI. Præter hæc personas, quæ a præstatione testimonii liberæ in totum, dantur & aliæ, quæ ex speciali privilegio in quibusdam saltem casibus exemptæ reperiuntur. Et primo quidem occurrunt clerici confessionarii, hi enim a contumacia ejusque pœna liberantur, si de secretis revelatis in confessione testari nolunt. Hæc quippe non tantum non reuelare compelluntur, sed etiam si reuelant, nullam fidem merentur, Finckelth. obs. 99. Carpz. jurispr. eccles. l. 3. def. 25. Quid vero, si a iudice interrogantur desuper, an sciant aliquid? respondet Angel. de Clauas in summ. lit. c. §. confessio, citatus a Græu. conclus. pr. l. 1. concl. 100. consid. 2. eos sine ullo peccato respondere posse, se nihil scire, nec audivisse, scil. ad reuelandum, unde, pergit, non debent tacere, ut dicunt aliqui, sed male, sed audacter dicere, quod nihil sciant, & quod nihil audiuerint, quia subintelligitur, ad reuelandum, sicut & Christus dixit Marc. 13. quod nec filius hominis sciat de die iudicii. Hactenus Clauas, qui fundamentum hujus doctrinæ defumit ex c. 2. X. de offic. jud. ord. juxta quod ejusmodi decreta non ut iudex scit, sed ut Deus, seu, ut Pontificii loquuntur, tamquam vicarius Dei. B. Lutherus colloq. mens. c. 14. von der Beicht und Absolution, hoc ita exprimit: sie hat mir nichts gebeichtet, sondern dem Herrn Christo; und weil es Christus heimlich hält, soll ich es auch heimlich halten, und stracks sagen, ich habe es nicht gehöret, hat Christus etwas gehöret, so sage Ers: & paulo post: hab ich sie aboluirt? da weiß ich Doctor Martinus nichts von, sondern Christus weiß es, mit welchem sie gere-

In tantum a testimonii præstatione liberantur clerici confessarii.



geredet, denn ich höre nichts, beichte und absolvire auch nichts, sondern Christus. Huic praterea rationi, quæ nostro non subest iudicio, jungitur specialis ad silentium obligatio, ad quam unusquisque, cui secreta commissa, obstringitur, Stryk. *diff. de reuel. conf. cap. 2 n. 55. seqq.* certe jus canonicum seueram in eiusmodi clericos statuit pœnam, quam c. 12. X. de pœn. his verbis exprimit: *qui peccatum in pœnitentiæ iudicio sibi detectum præsumserit reuelare, non solum a sacerdotali officio deponendum decernimus, verum etiam ad agendam pœnitentiam perpetuam in arctum monasterium detrudendum,* add. Carpz. *jurispr. consist. l. 3. tit. 2. def. 25.* idque non solum intelligendum de illis, quæ in confessione auriculari, ab Innocentio III in locum pristinæ confessionis secretae surrogata, sed etiam de iis, quæ extra casum confessionis reuelata in ædibus priuatis, Brunnem. *proc. inquisit. cap. 8. membr. 1. n. 40.* Nam locus & ætus confessionis minime absoluit nexum obligationis ad silentium, sed data & sperata fides, vid. B. Stryk. *ad l. n. 64.* licet dissentiant Beier. *de sigill. confess. sect. 2. c. 1. §. 3.* item Textor *in pr. iudic. p. 2. c. 11. n. 28.* qui statuunt, quod illa, quæ quis extra confessionis solemnitatem sacerdoti sub protestatione de non reuelando manifestauit, sacerdotem ad silentium non obligent, imo iudicium ad torturam oriri, si mediante adfertione sacerdotis delictum sacerdoti in ædibus suis reuelatum ad noticiam principis, siue iudicis, peruenerit, sed, prout diximus, male, quia utrobique eadem subest ratio & ad silentium obligatio, B. Stryk. *in not. ad Brunnem. jur. eccles. l. 2. cap. 19. §. 22.* Augustinus c. 19. c. 2. q. 1. sub finem ita ait: *sunt homines adulteri in domibus suis, in secreto peccant, aliquando nobis produntur ab uxoribus suis, plerumque zelantibus, aliquando maritorum salutem querentibus. Non produntur palam, ibi moriatur malum. Ubi contingit malum, ibi moriatur malum.* Possunt quippe ex hypothese juris canonici clerici priuata recargutione peccatoribus melius consulere, quam si magistratui illos denunciant ad pœnam infligendam, a qua pra-

*sed etiam de iis, quæ ipsi reuelata in ædibus suis extra casum confessionis.*



DECLINANTES CONTUMACES NON AUDIUNT. 67

xiprima ecclesia abhorruit, juxta Stryk. *U. M. ff. ad tit. de test. §. 8. in fin.* Unde illustri Facultas juridica hujus Fridericianæ in casu, ubi aliquis ut testis in causa quadam producebatur, minister ecclesiæ autem, cum hoc audiret, judicio denunciabat, hunc hominem, quod aliquando perjurium commiserit, confessum esse, quærebatur: an inquisitioni locus esset? decidit laudata Facultas sequentem in modum: daß wieder Titium nichts vorzunehmen, es ist aber dem archidiacono Cajo, daß er dasjenige, so Titius ihm seinem Beichtvater, als er das heilige Abendmahl nehmen wollen, und also als ledings sub sigillo confessionis von einem begangenen perjurio bekannt haben sollte, hernach public gemacht, ernstlich zu verweisen. Es hat auch Mevii suchen, daß der archidiaconus eydlich vernommen werden möge, nicht statt, u. s. f. prout hoc responsum retulit B. Dn. Joh. Sam. Stryk. *in diss. de testim. injur. cap. 2. §. 5.* imo hoc etiam obtinere in judiciis aliis favorabilioribus, e. g. in matrimonialibus, patet ex Carpz. *p. 1. c. 16. d. 70.* ubi Lipsiensis ita pronunciarunt: hat unter euren Psarr-Kindern eine ledige Weibs-person einen Wittwer zugesagter Ehe wegen, vor dem consistorio belanget, &c. ob sie nun wollt unter andern auch euch, gegen deme, als seinem Beichtvater, er in der Beichte sich zu der verweigerten Zusage bekant hätte, zum Zeugen angegeben, &c. so seyd ihr doch disfalls Zeugniß zu geben nicht schuldig, möget auch dazu nicht angehalten werden. Und wenn ihr es gleich thun wollet, wäret ihr doch damit nicht zu hören, noch zuzulassen, u. s. f. *Extendunt hæc quoti- que ad casum, si quis laico in casu necessitatis confessus fuit, ubi idem sigillum confessionis subest, & laicus non minus, ac sacerdos, ad silentium obligatur, quia ille in extrema necessitate loco sacerdotis est, per c. sanctum 30. de consecr. diff. 4. add. Casp. Matth. Müller diss. de verit. cel. cap. ult. §. 4.*

que obliga-  
tio certo re-  
spectu exten-  
ditur ad lai-  
cum.

§. VII. Sunt tamen exceptiones adductæ regulæ, & sacerdos apud euangelicos ad perhibendum testimonium tenetur, (1) si confessio delicta paranda concernit, aut continuanda, justa enim est confessionis reuelatio, quæ fit eum

Exceptiones,  
quando cleri-  
cus reuelata  
in confessione





in finem, ut peccato occurratur, & damnum, quod proximo imminebat, auertatur. Ergo praxis pontificiorum, qui sigillum confessionis etiam ad patrandam extendunt, merito damnatur, Exc. Bohmer. *jur. eccles. prol. l. 2. tit. 21. §. 9.* ubi etiam ex Ziegler. *ad Lancellot. p. 356.* nefandum illud Garnetti Jesuitæ responsum notat, quippe qui a comite Nötinghamiæ pro tribunali interrogatus: si quis apud ipsum confiteretur, se die sequenti regem pugione transfixurum, num rem occultandam putaret? affirmatiue respondit. Ejusmodi sacerdos causa moralis fit homicidii & perduellionis, imo peccati vinculo implicatur, qui non indicat iis, quibus intenditur, c. 8. c. 22. q. 5. Exc. Dn. Præs. *Einl. zum confist. Proc. c. 7. §. 17.* & insuper hæc pontificiorum praxis e diametro cum primæua confessionis ratione pugnat, quæ unice delicta respiciebat patrata, minime patrandam, teste Dn. Bohmer. *adl. loc. in fin.* Deinde (2) ad reuelandum obligatur sacerdos, si de vita innocentis agitur, qui alias forsitan indicij grauatius periclitaretur, e. g. si cædes in rixa commissa, &c. debet tamen reuelatio impersonalis solum esse, Finckelth. *obs. 94. Brunnem. proc. ciu. cap. 20. n. 61.* Mynsing. *cent. 5. obs. 41. in fin.* Dn. Præs. *doctr. ff. ad tit. de test. §. 5.*

Excipiuntur  
porro aduo-  
cati

§. VIII. Hæc de clericis, quos excipiunt *aduocati*, cum & illi sacerdotum dignentur titulo *l. 1. §. 1. ff. de J & J.* unde prætendunt, & se a necessitate testimonij perhibendi exemptos esse intuitu secretorum a clientibus reuelatorum, ne alias præuicarios & proditores causæ audiant, Joh. Gutierrez. *l. 1. can. quest. c. u.* & quia moraliter peccare dicitur ille, qui secretum sibi communicatum, & quod in alterius graue præjudicium non tendit, reuelat, etiamsi iudex competens illud præcipiat, Berlich. *dec. aur. 101. n. 6.* Ergo & aduocatis exemptio ex communi fere Doctorum calculo hac parte concessa, Ant. Faber. *in cod. lib. 4. tit. 15. def. 19.* Farinac. *de test. q. 60. n. 155.* Matth. Coler. *p. 2. dec. 241.* Campeg. *de test. reg. 58.* idque non solum procedit, si lis adhuc penderet, sed etiam eadem jam finita, quamuis hoc  
causa



## DECLINANTES CONTUMACES NON AUDIUNT. 69

casu in foris Saxoniae contrarium obtinere velit Carpz. *lib. 3. resp. 95.* quod tamen ad eum casum solummodo pertinere puto, si aduocatus ejus rei, cujus intuitu testimonium perhibere debet, jam ante susceptum patrocinium notitiam habuerit, quo collimare videtur sententia Scabinorum Lipsiensium, quam adlegat Berlich. *dec. aur. iii.* ubi ita: ob nun woll die Rechts-Gelehrten in dem einig, daß ein aduocatus wieder seinen elien zum Zeugen mag angegeben werden; dies weil aber dennoch ihr von der Sachen zuvor nichts gewußt, sondern nur dasjenige, was von euren elien pro informatione facti berichtet worden, zu offenbahren, ihr zum Zeugen angegeben werdet, so möget ihr gestalten Sachen nach Zeugniß zu geben und solches zu entdecken nicht gedrungen werden, u. s. f. Hoc suppositio, assertio Carpzouii nostrae sententiae non repugnat, & ejusmodi aduocatus non ut aduocatus, sed ut alius quilibet testis ad testandum est obligatus. Interim si sententia Carpzouii in Saxonia indistincte procedit, particularis haec est constitutio, quam aliis in locis non adendum, & donec contrarium ibi receptum esse demonstratur, juri communi inhaeremus, in *adl. l. f. de test.* enim expresse sancitur, *quod nec patroni in causa, ubi patrocinium praestiterunt, testimonium dicere debeant.* Nam & praeter rationes ante adductas, adhuc interesse habent, si non pecuniarium, saltem propter honoris, gloriae & dexteritatis laudem, unde non admittendi, neque cogendi, B. Dn. Stryk. *U. M. ff. de test. §. 6.* Id quod de praxi camerae etiam testatur Rulant. *de commiss. p. 2. l. 2. cap. 4. n. ii.* Exceptio tamen erit, si veritas aliter haberi nequit.

§. IX. Quid vero de proxenetis? de quibus etiam *Proxenetæ* disputatum fuisse dicit Graev. *ad Gal. l. i. concl. 100. conf. 3.* *quatenus li-*  
 Quaritur, an illi ad testimonium perhibendum cogi possint *berentur.*  
 in causis, quibus ratione officii intersuere? si ex communi  
 fere DD. sententia hanc quaestionem decidere volumus, sub  
 distinctione respondendum erit, an partes consentiant, nec  
 ne, priori casu tique coactioni locum esse, secus autem in



posteriori statuunt, adeoque alterutra dissentiente proxenetam compelli non posse, vid. Ludwel. ad Welsemb. tit. ff. de proxen. n. 1. Nicolai. in proc. p. 1. cap. 59. n. 33. Brunnem. ad l. 1. ff. de proxen. n. 3. idque propter præsumtionem lucri vel adquisiti, vel mox acquirendi, nou. 90. c. 8. quod nec jure Saxonico immutatum esse dicit Matth. Col. p. 1. dec. 197. n. 4. ejusmodi enim homines in sui commodum & exonerationem & pro validitate contractus testificari præsumuntur Carpz. p. 1. c. 10. d. 71. n. 2. aliam rationem subjicit Ferdin. Vafq. nouiss. illustr. quest. l. 2. q. 33. n. 2. ubi dicit: contrahentes hujusmodi mediatoribus atque proxenetis palam atque luculenter animorum suorum sententiam depromunt ac reuelant, minime id facturi, si id omnibus manifestum futurum timerent, cum ergo his mediatoribus sua consilia non aliter atque confessoribus reuelent, inuicem ac iniquum esset, si id ab eodem proxeneta palam & manifestum fieret altero contrahentium inuito, eluderetur enim ejus spes ac confidentia. Hactenus Vafquius ad l. 1. cujus adductam rationem nos in medio relinquimus. Hodie, quia proxenetæ ut plurimum jurati sunt & publicè confirmati, sic ut nulla sinistra in eos cadat suspicio, proxenetam a testimonio dicendo liberum esse non puto, non solum, si testimonio illicitis, v. g. contractibus usurariis, committendæ simoniæ, &c. interfuere, quo casu ipsi etiam DD. alias adserunt, quod cogi possint, Farinac. q. 60. illat. 16. in. f. idque in poenam, quia ejusmodi contractibus interuenire non debuissent, l. f. ff. de proxen. nou. 123. c. 2. §. 1. Menoch. de A. F. Q. l. 2. cas. 41. sed quoque in aliis negotiis a lege non reprobatis, cum ad justitiæ incrementum & reuelationem veritatis proxenatarum testimonium quamplurimum conferat, add. Groenw. de LL. abrog. ad tit. de proxenet. n. 3.

Exceptio, si  
veritas aliter  
haberi non  
potest, quo-  
modo intellig.

§. X. Dum vero aliquoties exceptionis: si veritas aliter haberi non potest, mentionem fecimus: non abs re esse confidimus, si breuibus genuinum illius sensum explicemus. Veritatem aliter haberi non posse contingit vel per se, vel



DECLINANTES CONTUMACES NON AUDIUNT. 71

vel *per accidens*. *Per se* contingere dicitur, quando natura negotii ita comparata est, ut alii testes, quam privilegiati, haberi nequeant, *c. f. X. de test. cog.* Brunnein. *ad l. 29. cap. de test. n. 3.* sic v. g. parentes coguntur, ut in causa liberorum testimonium dicant, si quæstio atatem, vel consanguinitatem concernit, vid. Dn. Böhmer. *jur. eccles. protest. l. 2. tit. 21. §. 6.* quod itidem euenit in factis occultis & antiquis, quæ sua natura plenam probationem non admittunt, vel ita comparata sunt, ut vel ratione loci, vel temporis, alii testes interuenire non potuerint, *c. 5. X. de probat. l. 8. §. 6. C. de repud.* Hujus furfuris in criminalibus sunt hæresis, furtum, adulterium, conjuratio, partus supposititius, &c. Menoch. *de arb. f. Q. l. 2. cas. no.* item *de presunt. l. 1. q. 58.* in ciuilibus autem gesta in collegio, loco occulto, capitulo & congregationibus clericorum, ubi soli canonici conuenire solent, &c. *Per accidens* vero veritatem aliter haberi non posse dicitur, cum negotii qualitas non resistit, quo minus habiles adesse potuissent, sed per accidens euenit, ut non nisi privilegiati adfuerint. Hoc casu privilegiati cogi non possunt, ut quidem priori, Mascard. *de probat. l. 3. concl. 139. n. p.* Hahn. *ad Wesemb. de test. in f.* vid. pluribus Trentacinq. *resolut. 10. per tot.* Exc. Böhmer. *ad l. B. Stryk. U. M. ff. de test. §. 2.*

§. XI. Præter personas recensitas, quæ a testimonio dicendo vel in torum, vel in certis casibus exemptæ reperiuntur, dantur & aliæ, quæ non quidem a necessitate testandi se excusant, sed hoc solummodo prætendunt, quod jure muniti coram iudice comparere & viua voce testari non teneantur, sed iudex ad eos domum mittere, ibique testimonium eorum rogare debeatur, juxta *l. 15. ff. de jurejur. nou. 124. de jurejur. nou. 124. §. 1.* Videamus ergo, quibusnam personis ejusmodi jus singulare in legibus concessum.

*Alii a testimonio dicendo ratione comparationis in iudicio liberantur.*

§. XII. Primo occurrunt personæ egregiæ in *l. 15. ff. de jurejur.* siue illæ, quibus ex ipsa juris autoritate dignitas inest, ut loquitur Bart. *in l. 1. C. de aduocat. diuers. jud.* id namque honoris tributum est dictis personis, ut suscipiendum

*(1) persona egregie ob l. 15. ff. de jurejur.*

exa-





reuelare tene-  
tur,

hujus legis  
quædam ad-  
ducuntur li-  
mitationes.

examen sit cum minimo ipsorum incommodo. Licet enim sint, qui cum Panorm. *in sc. si quis testium. X. de testib. & aliis*, quos Beust. *in d. l. n. 33.* recenset, hanc fouent opinionem, subesse arbitrio judicis, an testes egregios ad comparationem adstringere, siue ad illos domum mittere velit, unde sequeretur, quod priori casu sine nota contumaciæ emanare non possent, hanc tamen sententiam, utpote quæ nullo juris nititur fundamento, omnino rejicimus. Dicitur priuilegium enim in fauorem egregiarum personarum unice introductum, minime vero in fauorem judicis, qui propterea id ipsum illis inuitis adimere nequit, conf. Farinac. *de test. qu. 77. n. 23.* Interim tamen notandum, prædictam legem interdum suas pati limitationes, sic v. g. (1) nihil impedit, quo minus judex majoris dignitatis illam egregiam personam, quæ tantum certo respectu, aut certo quodam loco pro tali habetur, & judice citante longe inferior est, ad testimonium in judicio dicendum citare possit, cum ejusmodi persona vere egregia non sit, adeoque nec priuilegium istud ad eandem pertineat, etenim *in d. l. 15.* saltem intelliguntur personæ, quæ κατ' ἀνάγκην & ubiuis in numero egregiarum personarum habentur, non vero illæ, quæ limitate, certoque duntaxat in loco, puta in illo, in quo citantur, egregiæ dignitatis poppyfimo demulcentur. Secunda limitatio erit *in criminalibus*, quippe ubi priuilegium illud plane cessat, & persona, quamuis maxime egregia, comparisonem in loco iudicii veritatis oretenus detegendæ gratia denegare nequit, idque ob maximam diuersitatis rationem, quæ inter causas ciuiles & criminales intercedit, siquidem in illis saltem de priuato interesse, *arg. §. 10. 7. de injur. l. f. ff. de priu. delict.* in his vero de vindicta publica quæstio est, *arg. dd. ll. junct. l. 9. §. 5. ff. de publ. & vect. C. C. C. art. 173.* Accedit, quod quandoque confrontatio rei cum testibus necessaria sit, Tabor. *de confrontat. th. 9. seqq.* Carpz. *pr. crim. quæst. 114. n. 75. seqq.* quæ confrontatio in judicio fieri debet, & hinc ex communi DD. sententia hujus priuilegii adlegatio in causa

cri-



criminali, siue per viam accusationis, siue inquisitionis proceditur, effectu destituitur, vid. Jul. Clar. l. 5. *sentent. quest.* 26. n. 2. Farinac. *quest.* 77. n. 235. Ungepauer. *ad decret. tit. de test. n. 27.* Umm. *ad process. disp.* 16. n. 53. Dictum priuilegium locum non habet (3) *in causis civilibus arduis*, in quibus iudex comparitionem personalem injungere potest, Farinac. *ad l. v. 238.* modo secundum τὸ σέβας id fiat modeste, v. g. per literas, & interdum addita clausula: *vor meine Person dienstlich ersuchende*, Demum (4) *causæ matrimoniales* in specie exceptionem faciunt, si ulla enim unquam causa ardua maximique momenti dici poterit, hæc certe matrimonialis erit, conf. Carpz. *jurisp. confist.* l. 3. t. 4. d. 46. n. 4. De causis civilibus arduis hoc generaliter addo, quod illæ causis criminalibus æquiparentur, Gail. l. 2. *obs.* 94. n. 1. adeoque & matrimoniales in specie ejusdem generis & maximi momenti sint.

§. XIII. Queritur jam, *quinam adpellatione egregiarum* *Recensentur personarum veniant?* apud Romanos ad hanc classem *personæ egregie, tam de iure Romano,* pertinebant, qui ex ordine senatorio erant & subdiuidebantur in *super-illustres*, siue *illustrissimos*, in *illustres*, *spectabiles*, & *clarissimos*. *Illustrissimorum*, siue *super-illustrium* nomine veniebant consules, præfectus prætorio, præfectus urbi, magister militum, quæstores & patricii, *non. 104. l. 3. §. viros. C. ubi senat. vel clariss. Illustres* dicebantur comites sacrarum largitionum & comites sacri patrimonii, Cujac. in l. 64. in pr. *C. de decur. l. 1. pr. C. de aduoc. diuers. judic. Spectabiles* erant, qui mediū inter illustres & clarissimos, *non. 7. in f. videlicet pro-consules, præfectus augustalis, comites orientis, &c. d. non. 7. l. un. pr. C. ut omn. jud. tam civil. quam crim.* Et deinde sequebantur *clarissimi* in specie sic dicti, quamuis enim omnes, quos modo recensuimus, sub nomine clarissimorum etiam venirent, *arg. non. 71. add. Cujac. in paratis. ad tit. C. de tutor. & curator. illustr. vel clariss. person. spec. aliori tamen sensu clarissimi* dicebantur præfides & confu-  
lares, *non. 23. c. 4. §. sed a præf. l. un. §. ipse enim. C. ut omn. jud.*

§. XIV.



quam praxi  
moderna.

§. XIV. Hi ergo de jure Romano per supra *adl. l. 15. ff. de jurejur.* a necessitate comparitionis in judicio liberabantur. Mutata vero hodie antiquæ Romanæ reipublicæ statu ac facie, hæc utiliter ad *maiores magistratus* in singulis provinciis & ciuitatibus adplicantur, qui tamquam personæ egregiæ adhuc eodem gaudent jure, quod tamen extendendum, si non ex alio capite ab hac necessitate eximantur. Gaudent etiam apud nos dicto priuilegio *comites, barones, nobiles*, & qui his altiori dignitatis splendore præfulgent. Nullam vero hic differentiam inter nobiles mediatos & immediatos agnoscimus. Quamuis enim sint, qui respectu mediatorum dubium hic mouent, Rulant. *de commiss. p. 2. l. 2. cap. 5. n. u.* Coler. *de proc. exec. p. 1. c. 6. n. 13.* indistincte tamen illa nobilibus competere recte docent Setser. *de juram. l. 3. c. 7. n. 7.* & Menoch. *de A. F. Q. l. 2. cas. 79. n. u.* Honor enim iste ex mera dignitate personæ colligitur, qua quisque nobilium claret, *DD. cc. II.* Et dictum priuilegium in dubio obtinet, nisi per specialem provincie constitutionem ipsis illud ademptum fuerit, quale quid in provinciis Saxonie occurrit, ubi personæ illustres, *Grafen, Freyherrn,* &c. æque ac alii in judiciis jurare tenentur, hac sola obleruata differentia, quod illorum respectu actus jurandi in curia suprema Lipsiensi in conclau peculiari, in der audienzstube, expediatur, cum reliqui omnes, cujuscunque sexus sint, virgines & mulieres, in confesso adfessorum, in præsentia aduocatorum & amanuensium judicii portis undique apertis jurare soleant, Möller. *lib. 4. semestr. cap. 20.* Carpz. *lib. 3. resp. 62. n. 18.* & in *proc. tit. n. art. 3. n. 94.* Deinde locum sibi hic vindicant *doctores*, siue *nobiles togati*, prout ex sententia Jacobi Benii *de priuileg. jctorum in proæm.* appellari merentur, qui nobilitate doctrinæ & eruditionis coruscant, & nobilibus etiam quoad usum vestium, ornamentorum, v. g. catenarum, aureorum annulorum, &c. æquiparantur in reformat. polit. *de A. 1548. item Rudolphi II. de A.*



DECLINANTES CONTUMACES NON AUDIUNT. 75

A. 1577, tit. 12. von doctorn. Imo horum dignitatem & nobilitatem tantam esse, ut licet comitissa doctori nubat, non dicatur sua conditione inferiori nupsisse, tradunt Salycet. in l. 7. C. de postul. Hermes. in fascicul. jur. publ. c. 33. n. 164. quamobrem nec ipsi maximi principes eorum purpuram detrectarunt. quorum exempla referuntur in dem Durchl. Regenten-Saal. p. 54. qui & ipsum papam Innocentium VI. juris utriusque doctorem fuisse testatur, conf. Martini orat. solem. de nobilit. qua lit. adquir. Wurmser. in obs. pract. tit. 1. de judic. obs. 14. Farinac. de test. qu. 77. n. 5. Jason. in d. l. 15. de jurejur. huc etiam licentiatos refert, utpote qui in favorabilibus pro DD. habentur, Alciat. ad l. 57. ff. de V. S. Ricc. p. 2. resol. 467. Nolden. de stat. nobilitat. c. 5. n. 58. Beuff. ad d. l. 15. ff. de jurejur. n. 10 & 11. Tandem inter personas exemptas recensentur quoque ratione sexus femine & matrone, non solum nobiles, Nicol. proc. p. 1. c. 57. n. 14. sed quaelibet, qua honestatis & pudicitiae decore fulgent, nulla enim in c. mulieres. 2. de judic. in 6. unde fundamentum hujusce privilegii peti solet, inter nobiles, aut alias honestiores foeminas differentia reperitur, sed ibi generaliter ita sancitur: sed cum necessarium fuerit eorundem testimonium, judex tabelionem, aut aliam quandam personam idoneam ad eas transmittat, jung. l. 2. §. 1. pr. C. de jurejur. propt. calumn. nou. 124. §. 1. Ratio hujus dispositionis praeter dignitatem potissimum quoque in naturali illa verecundia consistere videtur, qua in publicum prodire, & virili consortio temere se adfociare, atque ad judicem varia hominum turba ut plurimum stipatum venire, sequiori sexui vix ac ne vix quidem permittit. Interim quamam foeminae, & in quibus causis hoc privilegium cum effectu adlegare queant, prudentis judicis subest arbitrio, qui non male aget, si hic urgentibus circumstantiis se faciliorem erga foeminas, quam quidem erga masculos praebet. Inter personas ecclesiasticas episcopi privilegium personarum egregiarum praetendunt per textum in nou. 123. c. 7. vid. Farinac. qu. 77. n. 211. Menoch. de A.

K 2

J. Q.





*F. Q. cent. 1. cas. 70. n. 5. item Abbates, Rulant. de commiss. p. 2. l. 2. c. 5. n. 9. presbyteri, diaconi & ceteri clerici, Setfer. de juram. l. 3. c. 7. n. 5. Farinac. c. l. Umm. de proc. disp. 14. n. 59. quorum intuitu tamen totam rem ab arbitrio iudicis dependere existimamus, quandoquidem propter rerum publicarum statuumque diuersitatem illi non semper in classem egregiarum personarum referuntur, Menoch. de A. F. Q. l. 8. cas. 7. n. 2. & n. n. Meu. p. 5. dec. 237. in fin. Hillig. ad donell. l. 24. c. 22. lit. k.*

(2) porro excusantur senes.

§. XV. Porro a comparitione personali in specie excusantur *senes & qui etatis decrepite sunt, c. 8. X. de test. ibique Richter. n. n. unde etiam Cicero in Verrem ad hanc excusationem prouocat, ubi ait: Lollius etate impeditus ad testimonium dicendum venire non potuit. Romani enim senectutem semper venerabilem existimabant, & pene eundem honorem senibus, quam magistratibus tribuebant l. 5. ff. de jur. immum. cui accedit, quod senes plerumque valetudinarii sint & agrotis æquiparentur, unde comicus senectutem per se ipsam morbum naturalem esse testatur, add. Menoch. de A. F. Q. lib. 2. cent. 1. cas. 6. n. 8. Sed quinam vocantur senes? DD. hic dissentiunt. Alii illos pro talibus habent, qui 60 vel 70 annorum sunt, vid. Rosbach. in proc. tit. 49. n. 4. König in proc. c. 85. n. 2. quæ ætas in hac materia determinata in Bohemia per nouell. imp. Ferdinandi III. lit. Bb. art. 17. in verb. Ein Mann bey 60 Jahren. Alii senes vocant eos, qui sunt 70 vel 100 annorum, vid. Speculator lib. 1. p. 4. tit. de test. §. 2. n. 6. vel, qui ad annum 70 vergunt, licet illum nondum compleuerint, Coler. ad c. 5. X. ut. lit. non cont. n. 3. alii denique jam illos pro senibus habent, qui 50. annum adimpleuerunt, Old. ad conf. 93. n. 20. Thom. Grammat. de Neapolit. 34. n. 4. idque propter praxim glossam in c. 1. de celebrat. miss. quam computationem praxis camera quoque recepit, Gail. lib. 1. obs. 92. n. 7. Rulant. de commiss. p. 2. l. 1. c. 6. n. 2. nos cum Gailio ad lib. 1. obs. 92. n. 7. & Mascard. concl. 1302. decisionem arbitrio iudicis relinquimus, dum pro ratione ac diuersitate personarum & circumstantiarum, nul-*

la



la certa in uniuersum præscribi potest regula, Abb. in cap. requisit. 17. n. 4. X. de sponsal. Harpr. ad rubr. inst. de nupt. n. 138. præcipue ubi LL. certum quid, ut in substrata nostra materia, non determinant. In Saxonia fenes hoc respectu dicuntur, qui 70 annis maiores, prout illud patet ex responso Scabinorum Wittebergensium, apud Berlich. p. 1. decis. 106. ubi ita pronunciatum: daß zu Georg Bauern wegen seines hohen Alters auff producenten Unkosten billig der geschworne Gerichtsnotarius abgeordnet werde, von welchem er dem am 12. Julii A. 1618. publicirten Urthel zu folge vermeydet, und auff die Beweißarticul abgehört wird, conf. Richter. ad c. 8. n. 11. X. de test. Menoch. libr. 2. A. F. Q. s. 1. cas. 6. n. 8. segg. Rulant. de commiss. p. 2. l. 2. c. 5. n. 1. segg. Interim facile concedimus, quod eo casu, quando testes abiectæ fortis sunt, v. g. rustici, &c. & nullo morbo detinentur, sic ut coram iudice semet sistere possint, iudex præcise non sit obstrictus, ut commissarium, vel alium mittat, qui ædes ipsorum firmum, ne quid grauius dicam, redolentes adeat, & eum iactura temporis & sumtuum singulos examinet, sed tunc testis ad iudicium citatus, & venire recusans contumaciæ pœnam incurrit, de qua praxi itidem testatur Rulant. ad l. 1. n. 6.

§. XVI. Denique a comparitione personali excusantur valetudinarii & qui morbo impediuntur, c. 8. X. de test. dinarii. Richter. *ibid.* n. 10. Fundamentum hujus priuilegii in iure ciuili reperitur in l. 15. ff. de iurejur. Sunt autem valetudinarii, qui grati & fontico morbo laborant, nec sine euidenti periculo semet aeris intemperiei, exponere possunt, sicut, ut dicit Iulianus in l. 60. ff. de re iudic. morbus fonticus etiam inuitis litigatoribus ac iudici diem differt, fonticus autem morbus existimandus, qui cuique rei agendæ impedimento est. Scilicet vita hominum inæstimabilis, l. 1. in f. ff. de bon. eor. qui ant. sentent. sibi mort. consciu. nec ipsa pietas iudicis permittit, ut quod illi conferuandæ inferuit, inuertatur, Unam. ad proc. disp. 16. th. 8. Quo autem iudici de veritate & statu



ægroti testis constat, attestatum medici producendum est,  
 quod ad ejusmodi valetudinem aduersam probandam suf-  
 ficit, vid. Martin, *ad O. P. S. p. 5. tit. 27. §. 1. n. 18.* Swendorff  
*ad Fibig. p. 2. c. 2. membr. 2. sect. 1. §. 4. reg. 13. n. 630.* ubi etiam,  
 quibus formalibus examinatio domestica, vela producere,  
 vel plerumque ab ipso teste petatur, una cum ipso pronun-  
 ciandi modo inuenies. Ceterum cum aliquoties obserua-  
 tum, quod commissarii a parte aduersa ut plurimum corru-  
 pti semet excusarint, se valetudinarium & ægrotantem  
 adire non potuisse, sub prætextu, quod morbum verean-  
 tur, utilissima est cautela, quam suggerit Rulant. *de com-  
 miss. p. 2. l. 2. c. 5. n. 25.* ut producens ab initio statim per sup-  
 plicas judicem adeat petatque, ut commissoriali verba inse-  
 rantur: daß denen bewilligten commissariën hiermit von Ge-  
 richts wegen Befehl gethan wird, die ernennere Zeugen, so  
 Kranckheit halber nicht vor Gericht kommen mögen, in ihrer  
 Behausung zu beeydigen, und zu verhören, id quod in came-  
 ra imperiali aliquoties haud incassum practicatum fuisse  
 testatur Rulant. *de commissar. adl. l.* Exceptio tamen & hic  
 erit, si pestis, aut alius morbus contagiosus grassatur, tunc  
 enim, licet ejusmodi clausula adiecta fuerit, commissarium  
 tamen ad perficiendum examen obligatum non esse, nemo  
 facile dubitabit. Ejusmodi valetudinaris de praxi etiam ad-  
 sociantur mulieres *pregnantes & partui vicine*, Pacian. *de  
 probat. lib. 2. c. 4. n. 6.* quæ pariter domi examinandæ, idque  
 ob summum fauorem, quem partui jura concedunt, *arg. l.  
 7. ff. de stat. hom.* & ne factum matris noceat ei, qui in utero  
 est, *arg. pr. inst. de ingen.* unde etiam *puerperas*, si ob peri-  
 culum in mora durantibus adhuc consuetis illis sex septi-  
 manis testimonium perhibere obstituntur, priuatum  
 examen in ædibus suis cum effectu petere posse existimo,  
 vid. Umm. *de process. adl. l. 1. s.*

quibus adso-  
 ciantur præ-  
 gnantes &  
 partui vicine.



CAP. V.  
DE

POENIS TESTIUM CONTUMACIUM.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Conspectus totius capituli, §. I. intuitu juris civilis poena testium contumacium ex LL. XII. tabularum adducitur. De jure recentiori obtinet pignorum captio, multa, indistio, §. II. de territione & tortura in criminalibus, §. III. persona, quae a tortura liberantur adducuntur, §. IV. an hic referendi DD. & advocati? §. V. quid de clericis? §. VI. infames num indistincte torquendi? disquiritur, §. VII. quid de jure canonico notabile? §. VIII. quid tandem de praxi? §. IX.

§. I.

IN materia de poenis testium contumacium, quam hoc capite coronidis loco paucis exponere animus est, tria potissimum ab invicem separanda veniunt, scilicet (1) considerandum, quanam in testes contumaces de jure civili & Romano constituta poena reperiantur, (2) quid de jure canonico obtineat, & denique (3) quid in praxi tam camerae imperialis intuitu, quam ceterarum provinciarum occurrat? apud alios quidem populos variae etiam poenae constitutaerant, ita v. g. apud Aegyptios teste Diodoro Siculo l. 7. qui praesentes fuerant, cum homicidium, aut furtum committeretur, ni reum indicarent, virgis caedebantur, & tridui fame puniebantur, item ex lege Solonis in contumaces mille drachmarum statuta erat poena, Lauterb. coll. theor. pract. ad tit. de testib. §. 39. verum ea in praesenti ad nos non pertinent.

Conspectus  
hujus capituli.

§. II. Primo itaque de jure civili Romano videbimus, ubi varias coercitiones & ignominias testium contumacium invenimus. Ignominias dico, illas enim de jure antiquo itidem adjectas fuisse, patet ex antiquissimis LL. XII. tabularum, ubi sancitum erat, quod testis negotio alicui ad-

Quid de jure  
civili?

poena testium  
contumacium  
ex LL. XII.  
ad-  
tab.



adhibitus, si deinde super illo testari volebat, improbus & intestabilis, adeoque infamis fere habebatur, Razard. ad L.L. XII. tab. c. 10. Dum vero hæc pœna rigorosa de jure Romano recentiori non obtinet, ad alias progredior, quæ tamen singulæ ab arbitrio judicis dependent, cum nulla certa in jure civili pœna determinata reperitur. Vt plurimum mandata pœnalia decernuntur contra testes, iique captis pignoribus coërcentur, conf. l. 3. §. 9. ff. de tab. exhib. l. 22. l. si quando C. de testib. Quin per pignorum captionem judex contemtam suam autoritatem tueri possit, non est, quod dubitemus, arg. l. un. ff. si quis jus dic. non obtemp. l. 2. C. de execut. rei jud. Pignora capta in judicio adseruantur, donec testis ad testimonium dicendum compareat, si vero ulterius comparere detrectat, illa in contumaciam vendenda, & multæ fisco applicandæ veniunt, Gail. de arrest. cap. 10. n. 22. imo si bona pignoris nomine capta talia sint, ut seruando seruari nequeant, judex illa statim vendere potest, & pretium in judicio deponitur, v. Jul. Clarus. pr. crim. §. fin. qu. 44. n. 3. Pignorum captionem excipit multæ indictio, quam de jure civili ad testium coërcitionem adhibitam fuisse, DD. ad tit. de test. unanimiter adserunt per textum apud Lauterb. coll. theor. pr. de test. §. 37. adlegatos, quibus experientia fori, optima illa legum ac jurium interpres, calculum adjicit, quamuis nec hic certa quantitas multæ de jure Romano determinata reperitur, sed ea determinatio prudentiæ judicis relinquatur. Hodie in diuersarum prouinciarum statutis hoc casu certa pœna pecuniaria definita reperitur, de qua materia videri possunt constitutiones provinciales & statuta, quæ supra cap. 1. §. penult. adduximus.

ex jure recentiori pignorum captio.

multæ indictio.

Territio & tortura.

§. III. In hisce vero pœnis postea jura non substituerunt, sed contumacia crescente pœnae itidem creuere, dum testibus contumacibus pro grauitate causæ & conditione personarum, non tantum injectio manus, siue carcer, Excell. Dn. Böhmer. jur. eccles. prot. l. 2. tit. 21. §. 5. Riuin. enunc. jnr. tit. 22. enunc. c. 1. sed & præfracta exigente ulteriori contumacia.



CAP. V. DE POENIS TESTIUM CONTUMACIUM. 81

tumacia territio primo, postea vero & ipsa tortura dictita-  
 ta, l. 15. l. 18. §. 3. ff. de quest. l. 21. §. 2. ff. de test. nou. 90. c. 1. Ego  
 quidem illarum sanctionum æquitatem in præfenti non im-  
 pugnabo, interim tamen hoc certum est, quod iudex nimis  
 facilis esse non debeat, & hinc ille ad remedium illud val-  
 de exorbitans deuenire nequeat, si ulla adhuc spes supe-  
 rest, quod veritas alio modo minus violente detegi possit,  
*a tormentis quippe non esse incipiendum, D. Augustus consti-  
 tuit,* inquit Ulpian. in l. 1. ff. de quest. Requiritur ergo, ante-  
 quam ad torturam procedi potest, (1) *ut veritas nullo alio  
 modo erui possit*, id quod jurato olim adseuerare debebat  
 actor, seu accusator, l. fin. C. de quest. non vero hodie, Zanger.  
*de tortur. c. 2. n. 3.* (2) testes torquendi non sunt conuincen-  
 di mendacii & veritatis causa, *nisi cum facto interfuisse di-  
 cuntur*, inquit Ictus in l. 18. §. 3. ff. de quest. veluti si deposu-  
 erint, se facto interfuisse, & tamen nihil vidisse, aut si ne-  
 gauerint, se facto interfuisse, postea vero mendacii conui-  
 cti sint, Zanger. *de tortur. c. 1. n. 11.* Francisc. Brun. *de indic.  
 p. 2. qu. 4. n. 5 & 15.* aut in testimonio dicendo vacillaue-  
 rint, l. 15. pr. junct. l. 18. §. 5. ff. de quest. (3) requiritur, *ut cau-  
 sa sit ardua & criminalis*, (4) *ut testes viliores sint conditio-  
 nis.* Hisce igitur quatuor requisitis concurrentibus testes  
 contumaces torturæ subijci posse nullus dubito, prout et-  
 iam Scabinos Wittebergenses pronunciaffe testis est Carpz.  
*pr. crim. qu. 19. n. 51.* Hat sich M. P. in inürren Sachen N. N.  
 betreffend, ungeachtet er dabey gewesen, Zeugniß zu geben ver-  
 weigert, daher ihm in gefängliche Haft legen lassen, da nun  
 bemeldeter M. sich dessen ferner verweigern würde, so würde er  
 zur deposition durch härter Gefängniß, darinnen er 8 Tage  
 lang mit Wasser und Brod gespeiset wird, Zeugniß zu geben  
 angehalten, mit dieser ausdrücklichen Verwarnung, daß in fern-  
 erer Verweigerung seine richtige Aussage auff die Beweis-*Ar-  
 ticular* woll durch den Scharfrichter aus ihm gebracht werden  
 soll, B. H. W.

§. IV. Dum vero præc. §. dictum, quod testis vilioris *Quinam*  
 L con-



a tortura ex-  
empti?

conditionis esse debeat, si tortura subijciendus, quaeritur: quomodo hoc intelligendum, & quam dignitas a tortura liberet? Apud Romanos propter dignitatem tortura subijci non poterant (1) *qui ex ordine senatorio erant*, de quibus supra *cap. IV. §. XIII.* alia occasione pluribus egi. Apud nos huc spectant personae illustres, principes, duces, comites & barones, qui a seuera illa indagazione, quae per tormenta fit, merito liberantur, *Jul. Clar. l. 5. sentent. §. ult. quest. 64. n. 17.* (2) De jure Romano a tortura liberantur *milites. l. 8. pr. C. de quest. l. 4. C. ad l. Jul. maj. l. 3. §. 1. ff. de re milit.* apud Romanos enim militia inter dignitates indistincte referebatur, quia illi milites nobilibus adnumerabant, *P. Castrenf. l. 2. conf. 125,* & statui plebeio opponebant, *l. 3. l. n. C. de quest.* Num vero milites nostri hoc exemptionis jure fruuntur, uniuersaliter adfirmare non audeo. Quamuis enim videri posset, quod, dum & hodiernum eadem pericula sustinent, etiam iisdem jurebus gaudere debeant, uti alias argumentatur *Ulpian. in l. un. ff. de honor. poss. ex rest. milit.* apud nos tamen ad dignitatem principaliter respicitur, unde privilegio exemptionis illi saltem fruuntur, qui in eminentiori dignitate constituti, v. g. centuriones, capitanei & similes, minime vero milites gregarii, aliique, qui sese milites quidem profitentur, a virtute tamen prorsus alieni sunt, quos lepide describit *Carpz. pr. crim. qu. 118. n. 74.* Atque de his intelligendus est *Zanger. de quest. & tort. c. 1. n. 58.* quando dicit, quod jus de non torquendis militibus in Germania non obtineat. Tertium locum sibi vindicant *nobiles*, hi enim ad testimonium requisiti, licet contumaces sint, a tortura tamen liberantur, idque partim ob textum *l. 4. C. ad l. Jul. majest.* in qua imp. nullam omnino, cui ficularum tormenta inferuntur, militiae, vel generis, vel dignitatis defensione uti prohiberi rescripserunt: partim quia tormenta plebejorum tantum esse dicuntur in *l. n. C. de quest.* quibus nobiles tantum distinguuntur, vid. pluribus *Matth. Coler. de proc. execut. p. 2. c. 3. n.*



## CAP. V. DE PŒNIS TESTIUM CONTUMACIUM. 85

3. n. 76. Matth. Wefembec. *parat. ff. de quest. n. 10.* Jul. Clarus. *l. 5. sentent. §. ult. qu. 64. n. 19.* Accedit, quod nobiles, si non majorem, parem tamen dignitatem cum illa habere censentur; in qua olim milites & decuriones constituti erant; Andr. Tiraquell. *de nobilit. cap. 19. 20 & 21.* ubi hanc quaestionem late ventilat. Si ergo milites & decuriones veniam a tormentis mereri dicuntur in *l. 8. pr. l. decuriones. 10. C. de quest.* multominus nobiles fidiculis subjiciendi erunt, Zanger. *de quest. & tortur. cap. 1. n. 72 & 73.*

§. V. Dum vero imp. Leo & Anthemius in *l. aduocati.* <sup>An etiam DD.</sup> *14. C. de aduoc. diuers. jud.* rescribunt: non solum eos militare, qui gladiis, clypeis, thoracibus nuntur, sed etiam aduocatos, cum laborantium spem vitam & posteros defendant; queritur: an priuilegium, quod milites a quaestionibus eximit, etiam ad doctores & aduocatos extendendum? mihi quidem adfirmatiue respondendum esse videtur, quia dictae personae itidem in eorum classem referuntur, qui plebejorum ordine exempti, ut enim nobiles ob genus, sic DD. ob dignitatem a plebe separati sunt, inquit Zanger. *d. c. 1. n. 78.* obstare quidem videtur *l. 1. C. ubi senat. vel clariss.* ubi expediti juris esse censetur, reatum omnem honorem excludere, unde etiam in Gallia interdictum esse aduocatis, ne adlegent jura de non torquendis nobilibus & DD. testantur Rebuff. *in auth. habita C. ne fil. pro patr.* item Aufrer. *in styl. parlam. arrest. 10.* idque in tantum, ut neque comiti, neque baroni, neque doctori parcatur, sed omnes aequae torqueantur, Ant. Faber *in cod. tit. de quest. def. 13.* id quod etiam apud Venetos, & per totam Italiam ita obtinere adserit Franc. Cason. *tract. de torment. cap. 10. n. 13.* hisce tamen non attentis in adfirmatiua adhuc haereo, *cit. l. 1.* enim hoc tantum innuit, quod senatores & clarissimi forum declinare non possint, si in prouincia deliquerint, sed aequae ut alii intra prouinciam publicis legibus subjiciantur, *d. l. 1. junct. inscript. & tit.* Bti igitur reatus omnem honorem



excludat, scilicet quoad fori competentiam & poenam, non tamen ita excludit honorem, ut cum adfuerint clarissimi, statim quaestioni subijciendi sint, quia hæc duo simul stare possunt, ut quidem poenis subijciantur, illis tamen intuitu torture parcat. Nostræ sententiæ adhuc accedit, quod DD. nobiles dicantur, l. 2 §. ult. ff. de excusat. iur. item nobilissimi, l. 4. in f. ff. eod. Tiraquell. de nobilit. cap. 5. n. 3. quod dignitate floreat, c. quanto. X. de magistr. ac inter egregias personas connumerentur, Jac. Menoch. de A. J. Q. l. 2. conf. 70. n. 9. Anton. Gomez. variar. resolut. tom. 3. c. 13. n. 3. Aëgid. Boff. tit. de indic. n. 1. & tandem clarissimi vocentur in l. 4. §. 1. C. de aduoc. diuers. jud. de quibus notum, quod tormentis subijci non possint, l. 10. C. de dignit. Licet igitur adserat Colerus de proc. execut. p. 2. c. 3. n. 156. se nemini autorem fore, quod illis iuribus de non torquendis nobilibus & DD. nimium fidat; nos tamen regulam formamus juri conformem: doctores, nobiles, & alios in dignitate eximia constitutos a torture esse immunes, & quicumque exceptionem alicubi prætendunt, illam probare tenentur, quod certe in nostro casu, ubi saltem de perhibendo testimonio quaestio agitur, difficillimum fore existimo.

Quid de clericis?  
eis?

§. VI. Sed quid de clericis sentiendum, an illorum dignitas tanta, ut illos a torture liberet? quod cogi possint, & quatenus hoc fieri queat, de eo supra dictum, & quemadmodum illos mandatis poenalibus ad testimonium dicendum compelli posse, simul demonstratum: ita quoque & clericos refractarios æque ac alios exigente ita necessitate torqueri posse existimo, idque per nou. 123. c. 20. & auct. presbyteri. C. de episc. & cler. ubi diserte statuitur, quod clerici verberibus cædi possint, unde consequens resultat, quod etiam torture locus sit, qui enim torqueri non potest, nec fustibus castigandus, l. 15. C. de quaest. l. 3. C. ex quib. caus. infam. irrog. l. 28. ff. de pen. Id quod porro exinde etiam



iam probatur, quod in l. 8. C. de episc. & cler. presbyteri saltem excipiantur, non vero ceteri clerici, ita enim Theodosius imperator A. Paulino in d. l. rescribit: *presbyteri circa questionis injuriam testimonium dicunt, ita tamen, ut falsa non simulent.* Ceteri vero clerici, qui eum deinde gradum sequuntur, si ad testimonium dicendum petiti fuerint, prout leges præcipiunt, audiantur. Idem de magistris philosophiæ & studiosis refert Carpz. *pr. crim. qu. 118. n. 98.* illudque postea n. 102. & 103. præjudiciis confirmat, quod scilicet magistro philosophiæ, ut & studioso a Scabinis tortura dictata fuerit, add. Bocer. *de quæst. & tortur. cap. 4. n. 72.* Ægyd. Bass. *rit. de tortur. test. n. 6.* Foller. *in prax. crim. canon. p. m. 259. num. 6. seqq.*

§. VII. Dum vero Arcadius in l. 21. §. 2. ff. de test. unice sylla- *Infames testes non in distinte torquendi?*  
 ticos & apodycticos siue testes omni exceptione majores ad testimonia requirit, infames autem, vel plane rejicit, vel fallentem in casu, si alii testes haberi non possunt, non tamen nisi sub tortura his verbis admittit: *si eare conditio sit, ubi arenarium testem, vel similem personam admittere cogimur sine tormentis testimonio ejus credendum non est,* & DD. inde communiter concludunt, quod iis casibus, ubi infamis jure permittente ad testimonium admittitur, fides ei sine tormentis adhiberi non debeat, quo etiam pontifex prouocat in c. 7. l. 2. qu. 1. in fin. dicens: *multæ leges sanciunt, ut vilissimis testibus sine corporali discussione credi non debeat,* quæritur inde: quomodo & quatenus hoc procedat? ex mea quidem sententia illud indistincte admittere non possum, quia ipsam æquitatem hic obfarcire existimo, tortura enim non nisi in subsidium eruendæ veritatis decernenda, nec aliter adhibenda, nisi absque modo violento veritas haberi nequeat, Adeoque potius *arg. nou. 90. c. 1.* ubi circumstantia adjicitur, si forsan suspicio corruptionis adfuerit, quod etiam confirmari videtur in l. 13. C. de test. existimarem, non abso-



lute illud admittendum esse, ut infames & vilissimi testes  
torturæ indistincte subjiciantur, sed hoc tum demum fieri  
posse, si grauitas causæ ita postulat, & veritas absque iis ali-  
ter haberi nequit, & insuper suspicio falsi & corruptionis  
adeft, quod veritatem fateri nolint, ut adeo tormenta fidem  
per se non faciant, sed hoc tantum operentur, ut a suspecto  
fides eo facilius erui possit, Tabor. *de tortur. c. 5. n. 58 & 59.*  
Huc potissimum spectat, si testes vacillant, aut variant, de  
quibus tamen constat, quod aut actui interfuerint, aut ejus  
notitiam habeant, Carpz. *prax. crim. qu. 119. n. 46. seqq.* add.  
Sebast. Guazzin. *de defens. reor. defens. 19.* Et hic applica-  
ri possunt constitutiones canonicæ, quod testes saltem mo-  
nendi & suadendi, non vero regulariter cogendi sint, nisi  
ubi alia probatio deficit, aut testes ex gratia, odio, metuue  
testimonium ferre reculant, *c. 1. 4. 5. X. de test. cog.*

*Quid de jure  
canonico?*

§. IIX. Hactenus de jure ciuili. Jus canonicum quod  
attinet, illud saltem generaliter hic monuisse sufficiat, quod  
pœnæ juris ciuili ibi pleræque confirmatæ reperiantur, aut  
certe illis derogatum non sit, sed hoc saltem additum, quod  
laici censuram ecclesiasticam patiantur, juxta *c. 1. 4. seqq.*  
*X. de testib. cog. cap. fin. X. eod.* clerici autem suspendan-  
tur ab officio & beneficio, & in eadem perseverantes con-  
rumacia excommunicentur, *c. 2. X. de test. cog.* add. Excell.  
Dn. Böhmer. *jur. eccles. protest. l. 2. tit. 21. §. 3.* Quod si fal-  
sum testimonium dixerint clerici, presbyteri in causis pe-  
cuniariis a diuino mysterio per tres annos separati mona-  
steriis pro tormentis traduntur, in causâ criminali autem  
clericatus honore nudati legitimis pœnis adficiuntur. Ce-  
teri vero clerici communi jure ab officio ecclesiastico re-  
puli sine delectu causæ verberibus coërcentur, vid. Müll-  
eri disput. *de test. cleric. c. 41. n. 27.*

*Quid eandem*

§. IX. Quoad jus Germanicum antiquum in capitu-  
tula-



CAP. V. DE POENIS TESTIUM CONTUMACIUM. 87

laribus Caroli M. l. 3. leg. 45. sub titulo *de manitione* (id est, citatione) *secundum legem ad mallum* ita dispositum erat: si quis ad mallum legitime manitus fuerit, & non venerit, si eum sunnis faumnis, siue legitimum impedimentum non detinuerit, quindecim solidis culpabilis dijudicetur, sic ad secundum & tertium, si autem ad quartum venire contemserit, possessio ejus in *bannum* mittatur, donec veniat, & sic de re, de qua interpellatus fuerit, justitiam faciat, si infra annum non venerit, de rebus ejus, quæ infra bannum missæ fuerint, rex interrogetur, & quidquid inde judicauerit, fiat, &c. vid. Meinders *de judic. centenar. cap. 4. §. 57.* Moder-  
nam quod attinet praxin, eo magis succincti hic esse possumus, quo magis illam singulis problematibus passim subjecimus. Judicis arbitrio tota decisio subest, qui, quousque hic procedendum, pro circumstantiarum diversitate facile judicabit. Ut plurimum ita proceditur, ut (1) mandata poenalia decernantur, & quidem sub poena arbitraria, si in constitutionibus provincialibus nihil expresse constitutum, alias vero sub ea, quæ statutis determinata, (2) si testes comparere nolunt, majorem poenam judex, siue commissarius, comminatur, & refractarios in poenam prioris condemnat, ubi itidem aliæ poenæ adungi possunt, v. g. ut nuncio exequenti ob contumaciam sumtus solvat, vel si absoluto examine ceterorum testium contumax est, ad aedes commissariorum, siue ipsius judicis citetur, item judex jubere potest, ut propriis sumtibus compareat, id quod in camera aliquoties ita obseruatum fuisse testatur Rulant. *de commissar. p. 2. l. 2. c. 7. lit. a.* Si vero nec huic iterato mandato morem gerant, adhuc ulterius proceditur, & ad executionem mandatorum anteriorum, ad pignorationem, ad carcerem, imo pro causæ gravitate juxta ea, quæ supra adtulimus, ad torturam usque devenitur, vid. Sebast. Guazzin. *de defens. reor. defens. 19.* Petrus Maria Passerinus *in regul. tribun. qu. 15. art. p.* Faber. *l. 4. tit. 15. defm. 57.* In camera imperiali ad poenam

*de praxi, tam antiqua?*

*quom moder- na?*





pœnam banni olim procedebatur, commissarius vero ban-  
 num irrogare nequit, Gail. *l. 1. obs. 100.* sed hæc pœna, qua  
 ad exemplum excommunicationis juris canonici introdu-  
 cta, per *R. F. nouiss. de a. 1654. §. 36.* hodie sublata, quamvis  
 enim ibi in specie nulla testium injecta fuerit mentio, suffi-  
 cit tamen, quod generatim pœna banni in materia de con-  
 tumacia abolita sit, adeoque hodiernum & ibi dicta pœ-  
 na arbitrio iudicis relinquitur.

TANTUM







CLARISSIMO ATQUE DOCTISSIMO  
**DN. CANDIDATO,**

DISPUTATIONIS HUIUS INAUGURALIS AUTORI,  
S. P. D.

**JAC. FRIDERICUS LUDOVICI.**



**B**servasti in disputatione Tua erudita proprio Marte conscripta *cap. I. §. II.* contumacis vocem non semper in malam, sed sæpe etiam in bonam partem accipi, ut idem significet, ac inuictus, firmus, constans, quo etiam pertinet locus apud Prudentium, ubi amore Christi aliquem doloribus contumacem, id est, firmum atque inuictum aduersus dolores fuisse dicitur. In ejusmodi contumacium numerum Te quoque, doctissime Domine Candidate, referendum esse, ego





24  
go nunc testis sum & publice quidem testimo-  
nium meum perhibeo. Contumax fuisti in stu-  
diis Tuis, in excolendis bonis literis, in amore  
Musarum, & ex diuerso Musæ etiam Te ama-  
runt atque in amando contumaces fuerunt, quod  
enim quisque juris in alterum statuit, eodem &  
ille utitur. Contumax fuisti in frequentandis  
Doctorem Tuorum collegiis, contumax etiam,  
firmus, constans in confessu Facultatis juridicæ  
eo tempore, quo consueta examina Tecum in-  
stituebantur. Caput ultimum Tuæ dissertatio-  
nis de pœnis testium contumacium inscribitur:  
Tua contumacia pœnas nullas meretur, & er-  
go rubrica mutanda, atque loco pœnarum  
præmia substituenda erunt. Sic finis coronat o-  
pus. Quod me adinet, quemadmodum Te,  
clarissime Domine Candidate, semper amaui:  
ita quoque in amando contumax ero. Interim  
Te rogo, ut quando ad administrationem justiti-  
æ & reipublicæ futuro tempore admotus fue-  
ris, perpetuo contumax sis, eum in finem, ut lu-  
um cuique tribuas, ipsa enim justitia ex mente  
Ulpiani est constans & perpetua, siue contumax  
voluntas, jus suum cuique tribuendi. Ita nunc  
de teste contumace differuisti & ego contuma-  
ciæ Tuæ testis sum. Vale. Dabam in acade-  
mia Fridericiana d. XXIX. Nouembris,  
M DCC XVII.

Si







In that *Royal Court*, where thy deserving name  
With lasting Characters, engrav'd shall be  
An endless *Monument* unto *Posterity*.

*In amicitia minime fucatae tesseram, Viro Genero-  
sissimo & Doctissimo, Domino Samueli Willet,  
Amico suo integerrimo, non uno nomine noto  
Licentiam summos in utroque Jure honores  
consequendi, capessenti, hæc pauca adp'suit*

Richardus Hill de Thornton,  
Phil. D. & A. M. Ebor. Anglus.



**C**ogitur ut testis tua disputatio monstrat  
Hinc erit ingenii testis ubique Tui.

*Ultroneum hoc perpetuæ observantiæ testimo-  
nium ita reddere voluit, ut in itinere  
licuit.*

F. Berens.



**Q**uod si navalis Teucrorum prælia lusus  
Et simul Argivum populi spectacula læta  
Spectemus. Quod si virides percurrere circos,  
Aut patulos campos, aut perlustrare theatra,  
Et tua Roma virum certamina magna palestra  
Contingat, varii victores premia tollunt.

Mox



Mox victor pelago præconis voce Cloanthus  
 Qui dextre potuit reliquas superare carinas  
 Laudatur flexa redimitus tempora Lauro.  
 Gramineo in campo mox alter viribus audax,  
 Quique pedum cursu valet, accipit aurea dona.  
 Mox adfunt alii iaculo, levibusque sagittis  
 Fortunam experti, qui plausu laudeque digni  
 Argolicam galeam, clypeum, flavamque coronam,  
 Ac, quæ proposuit præfectus, pulchra reportant.  
 Denique nec desunt, quos mens inspectore præfens  
 Impellit crudo pugnam committere cæstu,  
 Vel quoque quadrigis positam contingere metam.  
 Hinc, qui victor abit, ramis ista tempora cinctus  
 Præmia principio ante oculos Circoque locata  
 In medio sumit, tripodes, viridesque coronas,  
 Et palmæ pretium victoribus armaque & ostro  
 Perfusas vestes, argenti aurique talenta.  
 Hæc equidem magnæ Laudes victoribus essent,  
 Si modo non pedibus, sed partæ mente fuissent,  
 Si modo virtutis, non robore corporis iste  
 Quæsitus Lauri splendor, qui tessera tantum  
 Audit, nec tribuit quicquam nisi dulcia verba,  
 Plaudentis populi, quæ ventus raptat inanis,  
 Ex succa tandem cum Lauro nomen honorque,  
 His vulgi studiis, hac nudi corporis arte  
 Qui venit, in leto marcescit. Sed Themis alma  
 Cum Juris Studiis palmas Laudesque meretur,  
 Præmia, perpetuo quæ durant, firma relinquit,  
 ):( 3

[ At-



Atque sui iuris famam cultoribus adfert.  
Quæ non intereat, cælum dum sidera voluet.  
O quem dilexi fraterno more sodalis  
Quid tibi met fiet? Quot præmia, quanta mereris?  
Quas laudes tribuam? Minime mortalia quæris,  
Ad metam solidæ doctrinæ tendis adusque,  
In studio Juris multos superasse videris,  
Dum justæ Themidos transcendere discupis arces,  
Hinc tibi jamdudum sunt præmia larga parata,  
Ac adsunt præsto, qui laudis munere maçant  
Hosce tuos ausus, est immortale, quod optant  
Qui modocunque tuæ spectant tentamina mentis,  
Quæ, ceu vulcani percoctum ardoribus aurum  
Nobilius semper rutilo splendore corruscat,  
Sic Eadem studiis Jurisque labore nitescit,  
Et magis in meritis flammans exardet honores,  
Quos quoque victricis nunc confert gratia larga  
Altrææ, spondens majoris præmia famæ  
Dum præfens cunctis tua Dissertatio docta,  
Exponens mentem præfracti testis iniquam,  
Differit, adfirmat, nec non testatur abunde,  
Quod minime vanis studiis hæc otia ducas,  
Quod minimeque rudi sacra tractes Jura Minervâ,  
Sed legum ad solidam solers penetraveris artem,  
Et quicquid ratio dicat, quod Jure receptant  
Telluris gentes, quæ doctis docta probantur,  
Rimatus fueris condignus Laude perenni.

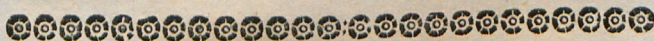
Hinc



Hinc ergo studiis meritos tibi grator honores  
 Et bona quæ tandem, quæ prospera debeo fata  
 Exoptare tibi, sincero hoc percipe voto.  
 Vivas tranquillus, vivas in Numine lætus  
 Mens etenim felix est, ac bona cuncta tenebit,  
 Jugiter in solo quæ Numine sola quiescit.

*Hicce Nobilissimo atque Præclarissimo Candi-  
 dato, Conterraneo & amico suo certissi-  
 mo, eoque nomine plurimum suscipien-  
 do, pro Licentia Doctoralium Honorum  
 egregio specimine certaturo gratulabun-  
 dus applaudere voluit, ut debuit,*

**H. BENDLEBEN,**  
 Bremâ - Saxo.



**T**Estis, qui renuit firmare rogata citatus,  
 Judicis an cogi voce jubente queat?  
 WILLETI eximio quæsitâ volumine soluis,  
 Dissectis spinis, sollicitisque nodis:  
 Scilicet exiguum de TE sperare petabat  
 Assiduisque labos, ingeniumque sagax.  
 Atque ut magna solent quæcumque labore parari  
 Et nulli in buccas assa columba volat;  
 Hoc specimen, TE TE quoque præmia magna manere  
 Hos qui Te norunt, non dubitare sinit.

Hicce applaudere voluit  
**G. HARMES,**

Brem.



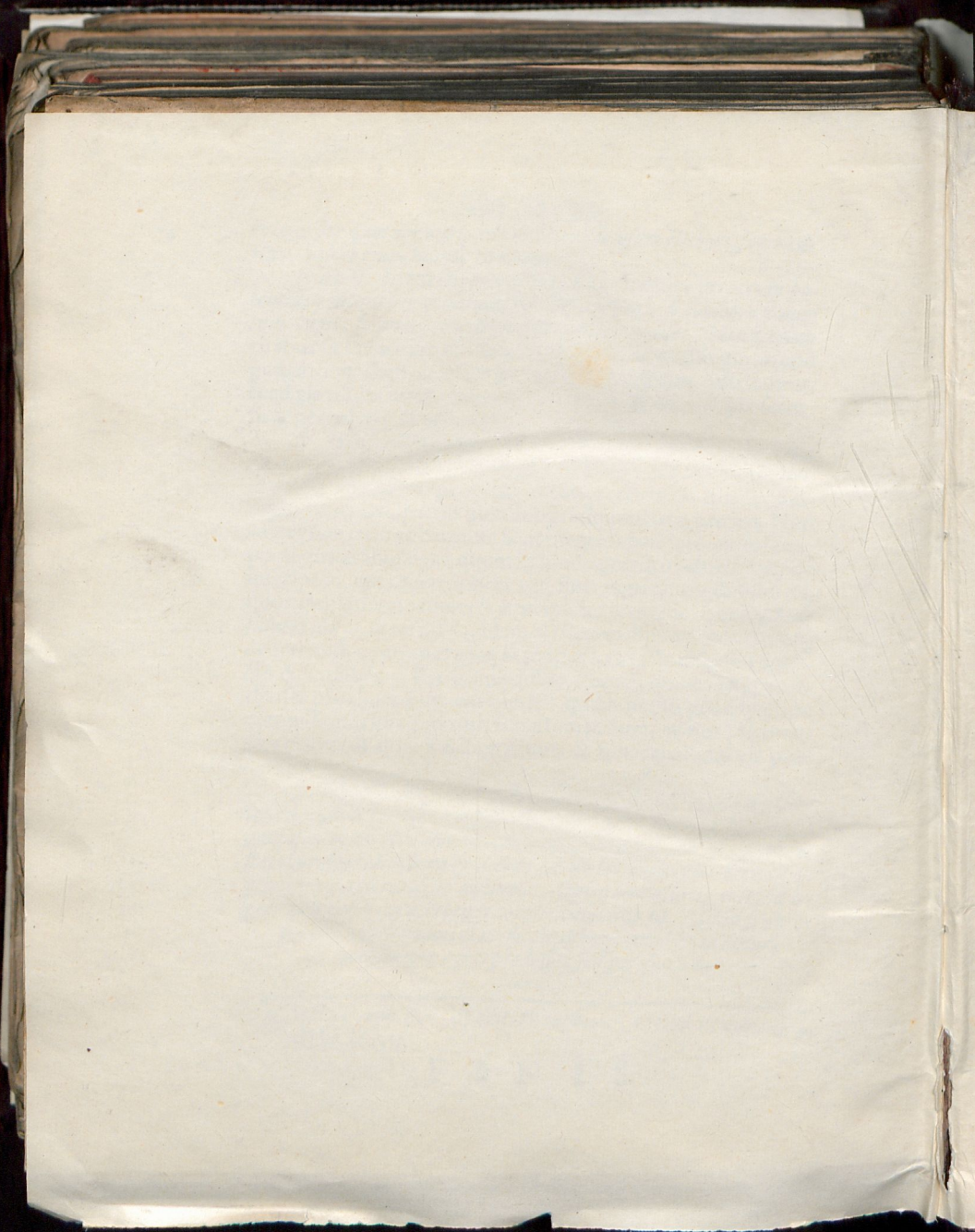














Halle, Diss., 1777 f./ss.

ULB Halle

3

002 186 926



sb











DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA  
DE  
**TESTE CONTU-  
MACE,**

Quam  
*Diuino auxiliante Numine*  
RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO,  
*SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,*  
**DOMINO CAROLO,**  
PRINCIPE BORUSSIAE, MARCHIONE BRANDEN-  
BURGICO, RELIQUA,  
IN REGIA FRIDERICIANA,

SUB MODERAMINE  
**DN. JACOB. FRID. LUDOVICI, Jct.**  
POTENTISS. REGI BORUSSIAE A CONSIL. AUL.  
ET PROFESS. PUBL. ORDINAR.

*Fautoris, Praeceptoris & Promotoris sui aetatem deuenerandi,  
colendi,*

**PRO LICENTIA,**

Summos in utroque Jure rite capessendi honores,

*d. Novembr. A. MDCCXVII.*

horis ante & pomeridianis

publicæ eruditorum velitationi submittit

AUTOR

**SAMUEL WILLETT,**

BREMA-SAXO.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,  
Typis CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typ.