





1
16
17
18
19
20
21
22
23
24



1724.

- 16² ^{an. 6} Guntlingius, Nicolaus Hieronymus: De usu practico actionum
bonae fidei et stricti juris. 2 Saep. 1724 & 1756
- 17² ^{an. 6} Guntlingius, Nicolaus Hieronymus: De universitate delin-
quente ejusque poenis 3 Saep. 1724, 1730 & 1738
18. Hoffmannus, Fridericus: De incontinentia carnis cu partu
difficili
19. Hoffmannus, Fridericus: De proxi et qd praesens medicae
20. Hoffmannus, Fridericus: De circulatione vesicae.
21. Hubersel, Van. Freder: De cordi practico: quod quorsum
juris in alterum etc. iniquitate et non-usa tam antiquo,
quam hodieus dixerit et lectiones suas hybernas ... indi-
cat.
22. Hubersel, Van. Freder: De praescriptione immemorabili
sane rationi et juri civiti contrariaute.
- 23² ^{an. 6} Knovius, Cor. Guiliel: De dote filiae locupletis.
24. Langius, Francus Frachimus: Disputatio inchoptico-mechanica,
de necessario et contingenti a libere, notiones,
et judicationes spinosissimi aliorumque errorum neces-

sariis, exiideus.

- 25^a, 6^o Ludwig, Joannes Petrus: ... Differentias juris
Romani et Germanici in epifite exale in pagis
... respondet. 3. Aufl. 1724 & 1739
26. Ludwig, Joann. Ptk.: De matrimonio principum per
procuratores.
27. Schlittius, Jo. Guartes: Vothesaurus in fundo vendita
ante traditionem reperto.
28. Schmidt, Joann. Ruden: De probanda acceptione spolie
per delationem juramenti.
29. Lubenhein, Moyses: De cauto et incauto sedativorum
usu.
- 30^a Wolfius, Jacobus Gabriel: De feudorum imperii ori-
gine atque indole sub primis Francorum regibus.
- 30^b Wolfius, Jacobus Gabriel: De feudorum imperii ori-
gine. Acc. 1745.



[Faint, illegible handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]



2 1724

SIMONIS PETRI GASSERI 136

ICTI

POTENTISSIMO BORUSSIAE REGI A CONSILIIS INTIMIS
ITEM BELLIC. ET DOMANIAL. IVRIVM ET RERV M OECONOMICO-
CAMERALIVM PROFESSORIS ORDINARII, SCABINATVS IN
DVCATV MAGDEBVRGICO ADSESSORIS

DISSERTATIO IVRIDICA 141

DE

INVTILITATE
POSITIONVM

CVM

IVRAMENTO DANDORVM

ET

RESPONDENDORVM.



HALAE MAGDEBVRGICAE

RECUSA IMPENSIS IOANNIS ERIDERICI GRVNERTI

M D C C L V I I.

(7)





CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

Omnia ab origine repetenda, quantum vitium sit, nihil antiquitatis abrogare velle §. 1.

Vnde tanta cautio opus in eruendo iure Germanico, quia post Carolingos omnia Romanis mixta lit. a. vsus positionum antiquissimus ex Tancredo Glossatore & Iur. Canon. §. 2.

Positiones a positura seu thesi lit. b. Glossatorum opera legatis in medio evo, & Tancredi officium lit. c. illustratio textus iuris Canon. lit. d. occasio positionum ex doctrina peruersa de litis contestatione §. 3.

Caius formula & effectus de iure Roman. lit. e. conclusiones tamen male retentae lit. f. iuncto supplemento per positiones lit. g. Glossatorum peruersa tradita de litis contestatione §. 4.

Vnde profuunt lit. h. Pontifex distinguendo inter positiones & litis contestationem nihil agit §. 5. & lit. i.

Ex interrogationibus in iure male deducuntur positiones §. 6.

Quia iure Digestorum iam cessabant interrogationes lit. k. exceptiones, Praetor quoque dabat, instructa interrogationibus actione dict. §. 6. & lit. l.

Diuersus effectus interrogationum ex iure Digestorum & antiquo §. 7.

Exemplum de hereditatis petitione, & quid sit pro possessore possidere lit. m. Glossatores omnia confundebant lit. n. Felicitas processus Romani lit. o. Differentia positionum & interrogationum in iure §. 8.

Diuersa praxis & applicatio lit. p. Exemplum de quadrupede quadam interrogationes lit. q. Differentia positionum & articulorum lit. s. Processus articulatus positionibus ansam dedit, non enim libellus articulatus tantummodo erat, sed & reliquae partes processus,

- cessus, unde articuli replicatorii §. 9.
- Vnde etiam iuramentum calumnie articulatam lit. t. Potissimum ob diuersas & plures actiones in eodem libello lit. u. & hodie ob damnatum morem admittendi tot producta extraiudicialia, einzele memorialia, supplicata lit. w. Effectus iuramenti calumnie vt plurimum frustraneus §. 10.
- Quid de eleuatione digitorum sentiendum, & de origine illius ex medio aeo lit. x. Vfus articulo- rum L.L. Imperii abrogatus, ob iniunctam accuratiorem litis contestationem dist. §. 10. & lit. y.
- Exceptis tamen probatorialibus §. 11.
- Cum ipsis tamen probatorialibus §. 11. Cum ipsis abrogata lit. z. vsu tamen nihilominus seruata, quod examinatur, & primo quidem MICHALORII error de diuersitate iuramenti ponentis & respondentis §. 12.
- Quanam fuerit MICHALORII lit. a. in quo consistat confusio illius lit. b. formula iuramenti dandor. & respond. & cur papa ex merito clericos §. 13.
- Ratio status Pontificis qua interpretis legum lit. c. de voce calumnia in medio aeo, & diuersitate calumniatorum §. 14.
- Quare iuramentum dandorum lit. d. calumnia pro pena calumnie, ad fundandam diuersitatem iurisdictionum in medio aeo lit. e. & f. quomodo differant calumniatores in specie ita dicti, & temerarii litigatores lit. g. & h. an ponens & ponatus seu respondens per procuratorem iurare possit §. 15. & lit. i.
- Arbitrium iudicis quoad istos procuratores §. 16. & lit. k. l. m.
- Dispositio iuris Magdeburg. & Pomeran. §. 17. & lit. n.
- Dubia aliorum resutata §. 18.
- De iuramento credulitatis §. 19. & lit. o.
- Quod temperatur per credulitatem propriam, & que illa sit tam de iure communi, quam Magdeburg. & Pomeran. §. 20. 21. & lit. p. q. r.
- Positiones igitur iusta litis contestatione colluntur & absorbentur §. 22.
- Quod extenditur ad alias partes processus, si iudex hunc intelligat lit. s. neque ad ipsam probationem positiones aliquid adferre possunt lit. t. neque in ipsa definitione positionum sibi constant ICEI §. 23.
- Nec possunt non positiones protelare processum §. 24.
- Quod forte voluit Papa §. 25.
- Ergo per omnes partes processus demonstratur positionum inutilitas

litas lit. u. Papa vero clero & fratribus sportulanibus sanct lit. w. quomodo diuturnitati processus obuiam eundum lit. x. & y. STRYKII putatiua utilitas positionum examinatur & refutatur, addito præiudicio Facultatis Iuridicæ in casu subtilissimarum positionum §. 26. 27. & lit. a.
 Ex quo simul deducitur, etiam doctissimos aduocatos positionibus nihilagere lit. b. de figuris processus ord. & lit. cont. iurata §. 28. & lit. c. d.

An fatalia processus moralitatem quandam habeant & de peruersa applicatione Edicti peremptorijs lit. e. Ratio litis contestationis iurata, ex admissibilitate probationis post iuramentum necessarium, & iuratum discessionem lit. f. alia ratio pro iuramentis malitiæ lit. g. de inutilitate positionum in processu summano, matrimoniali & ecclesiastico §. 29. 30. 31. & lit. h.
 It. in processu criminali §. 32. & lit. i.
 Conclusio dissertationis §. 33.

§. I.

Vulgari ac tritæ methodicorum regulæ, omnia ab origine repetenda atque deducenda esse, vt impræsentiarum morem geramus, materiæ, quam leui depingere penicillo nobis propositum est, qualitas postulare videtur. Vitium etenim hominum commune est, vt ea, quæ vetustissimis antiquorum moribus introducta ac constituta sunt, absque periculo piaculi committendi non abrogari posse iudicent (a); immo illos e contrario de eximia illorum viti-

A 3

litate

(a) Vnde tanta cautione opus est iis, qui ius Germanicum de-
 nuo inuestigare student, post Carolingos enim Romana perpetuo sunt mixta Germanicis, quare de adoptionibus mentio fit in *formulis MARCVLPHI* & passim, quæ tamen meri iuris Romani sunt, idem dicendum de testamentis, Germani enim, quid post mortem fieri debeat, solliciti non erant,

litate & præstantia potius persuasos esse experientia teste, in propatulo est, nullo plane habito respectu ad statum illorum temporum, quibus illa suos debent natales. Id quod mediocriter tantum attendenti, ex subsequenti originis positionum disquisitione ad oculum patebit.

§. II.

Vsum Positionum (b) antiquissimum esse, nemo infi-

erant, neque adeo ipsi Romani, nam testamenta olim pertinebant ad actus inter vivos, sicuti ipsa mancipatio nihil erat, nisi actus tradendi solennis coram quinque deputatis populi Romani, saltem ut appareret an qualibet res mancipi de ciue Romano in æque ciuem transferretur; alia, quæ ad ius Germanicum antiquum referuntur, Gothica vtplurimum sunt & populis septentrionalibus debentur, quo referenda pronocatio post sententiam ad duella, quæ plane pertinebat ad actus iudiciales, sicuti ex Kobæo & Mscripto Catalanico demonstrat DV FRESNE in *Glossar. voce duellum* unde *speculum Saxon.* Ein izlich überwunden Mann zu Kampf wettet dem Richter, und giebet dem Buß, der mit ihm gefochten hat, vid. *dissert. de Beneficio non deduct. deduct. §. 12.* ex quo apparet, vel valde mixtos esse mores Germanicos, vel ita ex mutatione status & natura negotii obsoletos, ut vix æque ad nos quadrent atque Arabici, taceo Wildfangiarum & servitutibus profluentem, Hagestolliatum ex antiqua pœna orbitatis, alia, quæ in se nihil moralitatis habent.

(b) Positiones a positura derivari vero simile viderur, ante hanc vocem enim isto sensu apud probatos autores inveniri vix crediderim, positura vero idem denotat, quod græcis thesis, & sicuti comma, colon, vel punctum sua norantur figura, ita positura notatur per signum ¶. estque paragra-pho contraria, quia fines a principiis separat, illa principia notat. Olim omnes istæ figuræ incognitæ, quod præca monumenta, lapides, tabulæ commonstrant, & ita extant

inficias ibit, qui vel vnicum vetustissimi Glossatoris Tancredi sub Innocentio III. & Honorio eiusdem numeri pontificibus anno 1198. florentis (c) testimonium adductum videt, vid. PETRI SALVNI AQVILII *Præfatio ad Tancred. tract. de Ordine Iudiciario* & MASTRICHT in *Histor. Iur. Ecclesiast. n. 352.* Ipse etiam Pontifex in *Clement. sepe contingit de verb. signif.* (d) illas

tant nobiles pandectæ Florentinæ, an vero ævo Hadriani debeantur, vel non, ex DIOMEDE GRAMMATICO deducit MATTH. MARTINIUS in *elegant. lex. philolog. voce positura.*

- (c) Ex quo simul constat, glossatorum traditis origine debere positiones, illi enim iam initio Seculo duodecimi pro natura iudiciorum istius ævi & ius canonicum tradebant & illustrabant æque ac ius civile, prout ex SIGONIO & VERSPERGENS. tradit CONRING. *de Orig. iur. German. §. 21.* miscebantque doctrinam de interrogationibus Romanis cum suis positionibus, quid igitur mirum quod Tancredus sub finem istius seculi idem committeret facinus. Optimum interea perhibere poterat de hac parte processus iudicium, eum iuxta tradita VON MASTRICHT fuerit Archidiaconus Bononiensis, hi vero non tantum custodiam thesauri habebant, illiusque dispensationem PAVLIN. *lib. 4. de Mirac. S. Marini* sed & iurisdictionem, quæ in specie vocabatur *audientia Archidiaconi RADVLPH DE DICETO in Imagin. Histor. p. 581.* PABBÉ FLEVRY *Institution an droit ecclesiast. tom. I. cap. 19.* vnde ISIDOR. IVNIOR: *sollicitudo parociarum, & ordinatio, & iurgia ad eius pertinent curam.*
- (d) Sermo ibi est de commissionibus, & celeriori in istis causarum expeditione, ad quam etiam positiones & articulos multum adferre existimat pontifex, quoniam enim iuxta Tancredum ipse quoque iudex partes examinabat super positionibus, iudicem a se deputatum eatenus excludere solebat

illas vsu longæuo introductas fuisse testatur hifce verbis:
*Quia positiones ad faciliorem expeditionem litium propter
 partium confessiones & articulos, & ad clariorem proba-
 tionem VSVS LONGÆVVS in causis admisit:*
*Nos vsum huiusmodi obseruari volentes &c. Vid. plu-
 ribus B. Dnus STRYK. in Vj. Mod. ff. sub tit. de In-
 terrog. in iure faciend.*

§. III.

Hifce prælibatis, iam videamus, quid ad positio-
 nes introducendas ansam dederit. Doctrinam de litis
 contestatione (e), in iure canonico & a Glossatoribus
 adeo

lebat Papa, monstravit vero deinceps ipsa praxis, positio-
 nes & articulos præter probatoriales, plus incommodi fe-
 cum ferre quam commodi.

- (e) Qua ratione litis contestatio apud ipsos Romanos facta fue-
 rit, non adeo constat, ex verbis *Testes esse* illam deducit
 FESTVS, vnde contractum illius, vt constiterit, hanc actio-
 nem institutam & reum hoc vel illo modo contradixisse, de-
 ducunt NOOD *de Iurid. p. 147.* & HVBER *in Prælect. ad ff.*
p. 182. Sed pleniorum fuisse hunc contractum ex ipsa ana-
 logia iuris antiqui & tot conclusionibus exinde descendenti-
 bus apparet, totus enim processus vno eodemque actu co-
 ram prætoribus instruebatur, tam quoad interrogationes in
 iure, ad eruendam iustam formulam actionis, quam quoad
 responsum rei in causa principali seu litis contestatione
 nem in specie, petitionemque exceptionum & ipsam cita-
 tionem, ante hunc contractum quippe nemo citari poterat,
 seu in ius vocari, non quod cuique domus sua tutissimum
 presidium, nam hoc & hodie verum est, sed quod quilibet
 paterfamilias idem fere iuris habebat in domo sua, quod
 prætor in ciuitate, potissimum etiam nemo vocari poterat,
 ob iura asyli, sacra priuata, deos penates & lares, quare
 familia non hericerebatur in plures patresfamilias absque
 ponti-

adeo confuse propositam, vteius indoles ne mente quidem concipi possit (f), primariam causam fuisse, nostra quidem sententia extra omnem dubitationis aleam videtur positum. Probationem huius asserti desumimus ex c. 54. de elect. & c. vii. X. de Litis contestatione: vbi illa per petitionem in iure propositam & responsionem definitur. Ex hoc itaque satis adparet qualem rei contradictionem non attento discrimine inter causas ipsas, dummodo ad petitionem responderetur, iure Canonico pro litis contestatione fuisse reputatam, ex qua non potuit non amplalitium ac altercationum leges oriri (g), vt iam taceamus, iudicem hac ratione non potuisse statum controuersie cognoscere.

§. IV.

pontificibus, deinceps vero post litis contestationem citatio fiebat ex contractu, vel per edictum vel voce præconis, quia domum inuadere non audebat.

- (f) Ipsi nos in iudiciis nostris infinitas conclusiones retinemus ex dictis principis Romanis profluentes, quid igitur mirum de Glossatoribus prima vice ius Romanum repetituris, antiquitatum vero & historie in media litterarum barbarie ignaris, propria tamen autoritate pollentibus, ita vt ad delirium fere tum temporis pertinuerit contradicere reuerendissimæ Glossæ.
- (g) Vnde etiam ad supplendam litis contestationem extra Saxoniam, vbi de illa plane solliciti non sunt, positionem adhuc hodie adhibentur, cum olim saltem suppeditarent genuinum statum controuersie, quia plures actiones cumulare licebat, deinceps vero ad dirigendum iuramentum calumniæ vel malitiæ, subleuandamque probationem pertinerent, distinguunt igitur citati textus iur. canon. inter positiones & litis contestationem, quia responsiones nondum factæ erant ad ipsam petitionem scil. libelli, vtrumque tamen simul confundunt.

§. IV.

Accedit diffensus veterum Glossographorum, quorum nonnulli, vt Dnus AZO, vas & lucerna illa iuris, aliique putabant, litis contestationem solummodo valere, quando ea intentione facta, vt in causa procedatur, neque reum siue confitendo, siue negando, siue excipiendo factum proponat, sibi præiudicare, dummodo intendat litem contestari *arg. c. cum causa X. de Appell.* Alii contrariam fouentes opinionem statuiebant, quod non attenta rei intentione (h) lis pro contestata haberi, ac contra eum ad definitiuam sententiam procedi debeat *arg. c. prout. decret. de dolo & contumacia vid. TANCREDVS c. l. tit. 3. de litis contestatione.*

§. V.

Huic itaque malo Pontifex mederi quidem non poterat per confirmationem positionum *c. 6. X. de Iuram. calumn. & c. statuimus 2. de Confess. in 6to* distinguendo tamen nihil agebat, interea positiones deinceps, præsupposita generali illa litis contestatione, & variis ac contradicentibus Doctorum opinionibus, aliqualem præ-

(h) Prior opinio fluebat ex principiis legum ciuiliū, quarum acerrimus propugnator erat AZO, absque tamen sufficienti diuersi status diiudicatione, sicuti legistæ nonnulli & critici nudis verbis inhererent, posterior vero sententia statui istius æui magis erat accommodata & quidem recte: quid enim opus intentione, vulgo in Gemüth und Meinung, quando de re ipsa constat, reliqua suppleat probatio, sicuti enim extra Saxoniam plurimæ confusiones exinde oriuntur quod allotria tractando omnimoda litis contestatio negligatur, ita in Saxonia pluribus inrerlocutoriis de sola formalitate illius superfedere possent.

præstitisse vsum (i) non diffitemur. Vnde non mirandum autumamus, quod ex ignorantia sequioris ævi crassissima in positionibus se lapidem Lydium inuenisse crediderint. Introductas autem illas fuisse ad instar Interrogationum Romanarum, ad veritatem eruendam, & processus breuitatem multum conducentium, auctor est TANGRED. *c. l. tit. 3. de Interrog. in iure faciend.* Verum quam multum a se inuicem discrepent, paucis commonstrabimus.

§. VI.

Ex interrogati responsione ad quæstionem a iudice vel ab auctore in iure propositam iure Romano ante tempora Iustiniani dabatur actio, qua ille, nulla habita ratione, num verum confessus, vel mentitus fuerit, quasi ex contractu obligatus valide pulsari poterat *L. ii. §. 9. ff. de Interrog. in iure faciend.* Hæ interrogationes iure Romano antiquo ideo necessariæ fuerunt, quia auctor actionem certa formula conceptam intendere debebat (k); singulæ enim actionum intentiones propriis
B 2
fuis

(i) Hypothetice nempe & secundum quid, non vero simpliciter & ex necessitate.

(k) Inde, cum iure digestorum iam longe alius esset procedendi in iudiciis modus, Icri, ex quibus Digestorum leges desumptæ, non adeo rite interrogationum materiam tradebant, sed suo tempore istas in defuetudinem abiisse ingenue fatebantur, verba CALLISTRATI satis clara sunt in *l. i. §. 2. d. interrogat.* vbi ita: *Interrogatoriis autem actionibus hodie non vtimur, quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere; ideoque minus frequentantur, & in defuetudinem abierunt, sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quæ ab aduersa parte expressa fuerint apud iudices, vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quæ in causis vertuntur.*

fuis formulis erant incluse, a quibus ne latum quidem vnguem discedere licebat SVET. CLAVD. c. 14. SENECA de Clement. l. ii. c. 3. & epist. 48. Immo non solum actionum, sed etiam exceptionum formulas a Pratore concessas fuisse comprobatur BRISSONIVS de Formul. & solemnibus P. R. Verbis L. 5. p. m. 402. elegans illud ex CICERONE in LVCVLLIO allegans testimonium: *Tribunum aliquem adeant, a me istam exceptionem nunquam impetrabunt.* Ex ipso etiam corpore iuris multa testimonia idem adduxit vid. L. si quis ff. de Condit. Instit (1).

§. VII.

Hæc proinde ex illis interrogationibus iure digestorum actor sentiebat commoda, vt ab onere probationis liberaretur L. 2. & 3. ff. de Interrog. in iure faciend. fecus atque olim, vbi potior intentio, ne plus petendo damnum sentiret L. 1. princ. L. 4. §. 1. ff. eodem & ne iudicium elusorium redderetur, atque ita ob eandem rem, alia impetrata formula, iterum experiri cogere: si enim v. g. actor hereditatis petitionem contra reum, qui rem non tanquam heres, sed alio titulo vel

- (1) Potissimum vero certus numerus vel nomen exceptionum non erat, sicuti deinceps ex traditis glossatorum practici antiquarum formularum ignari exceptiones dilatorias & peremptorias certo nominarunt, vt nunc qui de exceptionibus commentantur, apparatus quasi certum promercalem exponant, quo pertinet ZANGERS & infiniti alii, olim enim ex natura negotii propositi exceptiones desumebantur, addita communiter formula SI NON: veluti *si non mihi mandatum sit, vt a debitoribus peterem.* l. PAPINIANVS in ff. d. publician. *Si non auctor meus ex voluntate tua vendidit.* l. qui pendentem ff. d. action. empt. *Si non curator satis dederit* l. si debitor ff. de pignor. BRISSON. cit. l.

vel lucratio vel oneroso possidebat, instituisset, actio fuisset frustranea. Finis enim, quem illa actio intendit, aduersus rei ius non erat directus, quia ille pro herede vel pro possessore se nunquam gesserat (m). Alia itaque opus erat formula. Ex his, quæ huc vsque protulimus, liquet, Interrogationes illas non parum contulisse ad breuitatem processuum Romanorum (n). Postquam enim actori de actione instituenda constabat, causa statim perorabatur, quod vel breuiter fiebat, & causæ coniectio dicebatur GELL. L. V.

B 3

c. 10.

(m) Ergo primaria interrogatio erat quoad hereditatis petitionem an reus titulo singulari possideret an vniuersali, hoc est an ipse heres esse velit Civilis vel Prætorius, vno verbo an pro herede vel pro possessore possideat, sicuti clarissimis verbis ab VLPIANO id explicatur in l. 2. ff. de interrogat. ibi: *Edictum de interrogationibus ideo prætor proposuit, quia fiebat difficile esse ei qui heredem bonorumque possessorem conuenit, probare aliquem esse heredem, bonorumque possessorem, vix igitur accurate statuitur, cum qui pro possessore possidet prædonem esse, cuius tamen sententiæ ipse VLPIANVS autor est in l. n. §. 1. ff. de hered. petit. immemor prioris l. 2. diuersæque tempestatis, ignarus quoque formulæ interdictionum, sicuti ignorantiam prodit in pr. huius l. n. successit THEOPHILVS optimus iuris Iustinianei qua talis interpres, pessimus iuris Romani qua Romani, Constantinopolitana Romanis vbique miscens, vtraque confundens, hic pro possessore possidentem tanquam furem & raptorem deseripit §. 3. Inß. hunc omnes absque ratione secuti.*

(n) Imo Iure digestorum puoque vtilitas quædam certa erat, cum probationis loco interrogations vnice adhiberentur, reusque respondere teneretur, Glossatores vero cum iure Canonico omnia iura antiqua miscentes in quauis parte processus interrogations seu positiones suas admittebant, vnde tanta & tam inenitabilis confusio.

c. 10. vel pluribus & artificiosis verbis, quales sunt orationes CICERONIS pro *Quintio*, & pro *Roscio Comedo*. Denique testium examen, & tabularum aliorumque instrumentorum productio sequebatur. Quibus finitis, ante solem occasum (o) ad sententiam dicendam veniebatur, nisi iudex causam non intellexisset, tunc enim iurabat, sibi non liquere GELLIVS *Lib. 14. c. 2.* vel causam ampliabat, hoc est, differebat: quod tamen in publicis iudiciis magis vsitatum fuisse videtur vid. G. H. NIEVPOORT *Succincta Explicat. rituum qui olim ap. Romanos obtinuerunt sect. 3.*

§. VIII.

Sed iam redeundum est ad scopum. Positiones & Interrogationes non solum forma (p), vti aliqui asserere videntur, sed etiam essentia differre, multi iamiam probare. Verum cum aliorum tractatus excerpere a nostro proposito alienum sit, primariarum tantum hic mentionem iniiciemus, lectorem plures desiderantem ad FRANCISCI CVRTII, IACOBI DE ARENA, ODOFREDI, & BLASII MICHALORII qui tredecim numero recensuit,

- (o) O quam fortunata praxis, Salve processus laudabilis! pudeat tempora nostra, vbi processus summaris & ita dictus summarissimus plusquam anni demum, quandoque triennii & maiori spatio absoluitur; quo tandem reducetur, iustitia nostra? ad excitas sine dubio, sed de abbreviandis processibus, regulisque haecenus fallacibus alia vice.
- (p) Versa plane est vices Romana & praxis sequioris aevi, olim fere omnia constabant certis formulis praeter interrogationes, quae discursu praeliminari fiebant, vt de formulis libelli, exceptionum, & litis contestationis deinceps perscere potuerit, at positiones formula quadam vocis *Wahr*, includebantur, cum de cetero processus in se & sua natura formularis non esset, sed saltem in accidentalibus.

fuit, tractatus de Positionibus euoluendos remissuris. Primariæ differentiæ, quæ inter Positiones & Interrogationes Romanas intercedunt, ex iis, quæ §. præcedenti differuimus (q), sponte sua fluere videntur. Nam 1) Interrogationes Romanæ adhibebantur ante litis exordium, *dict. l. 1. de inter.* hoc est, circa præparatoria iudicii, seu circa articulum aliquem emergentem ante litis contestationem. Positiones vero tam ante quam post litis contestationem, & in termino probatorio circa causæ merita fieri solent (r) 2) ille, qui ponit, tenetur iurare, se credere positiones esse veras, non vero ille qui interrogat: ratio differentiæ est, quia ponens facetur, non autem interrogans (s). 3) Interrogationes regulariter fiebant ab actore agere volente, positiones vero tam ab actore, quam reo afferri possunt *C. vn. de Litis contestatione.* Commoda itaque ex Interrogationibus Romanis resultantia, & in §. præcedenti recensita ratione positionum euanescunt.

§. IX.

- (q) Vbi exemplum de hereditatis petitione, aliud proponitur in *l. 7. ff. de interrogat, an quadrupes, quæ pauperiem fecit, eius sit*, puto etiam an quadrupes pauperiem fecerit, nam si damnum datum sit, quod de quadrupede prædicari non poterat, actio *L. Aquiliæ* competiisset.
- (r) Quo casu conueniunt quodammodo cum iure digestorum, vbi alias interrogationes in se iam cessabant, per *l. 1. de interr.*
- (s) Hanc etiam differentiam in praxi communiter formant inter positiones & articulos seu capitula alia, quorum vox generalior & articulos ipsos quoque includit, *MICHALOR de posit. cap. 4.* quamuis, si articulos probatoriales demas, & hæc differentia cesset, enimuero, quod omnes fere processus partes, articulatim quondam directæ, ansam positionibus dedit, potissimum libellus, *GAIL. l. 1. obs. 79. n. 3.*

§. IX.

Verum aliquis obiiceret, quod Positiones primum ad minimum emolumentum, vt nimirum actor ab onere probationis liberaretur, secum ferant, cum iuramenta dandorum & respondendorum ad veram positionem & responſionem eliciendam multum conferre videantur. Sed concedimus equidem veteres frequentem iuramentorum malitiæ ac calumniæ vſum hunc in finem introduxiſſe, verum num veritas illorum vſu facilius detegi poſſit, altioris indaginis quæſtio eſt (t). Aſt ſi in priſtina tempora paululum recurramus, haud difficile erit hac de re ferre ſententiam. Primo quidem notatu dignum iudicamus, iuramenti malitiæ & calumniæ ſpecialibus articulos, qui olim in iudiciis frequenter adhibebantur, vt plurimum fuiſſe confirmatos, ſi
circa

- (t) Quo enim plura in iudiciis iuramenta calumniæ, eo plura periuria, quare etiam in Saxonia abrogata ſunt *Ord. proc. Sax. tit. 33. pr.* ſed iuramentum malitiæ ſeu calumniæ ſpecialiale vtile tamen erit? veluti ſi quis neget ſe tenere documenta, nec dolo ſe poſſidere deſiſſe aſſerat, nam & hoc iuramentum ad nullam aliam ſpeciem quam calumniæ, neutiquam vero purgatorium referri poſſe firmiter ſtatui-
mus, vid. B. LVDOVICI *in doctrin. ſſ. ad tit. de iureiur. §. 43.* & ita quidem eſt, nec ſaniores quique negabunt inſinuum vſum in ſe præbere iuramentum malitiæ, ad quid vero poſitiones, & tot confuſi articuli? niſi ad rem in ſe claram reddendam obſcuriorem, & vt aliquid ſit, quod diſputetur incidenter, cum tamen ad tot damnatas quæſtiones incidentiæ reſecandas, vtilitatem ſuam commonſtrare & exhibere debeat hoc iusiurandum de malitia, ſane in quacunque parte proceſſus obtinere illud & ex officio a iudice poſtulari poſſe vno ore clamitant ICti *ad c. 2. §. f. de iur. cal. in 6.* nemo vero iudex obſeruat.

circa vnum vel alterum illorum aliquid dubii oriretur. Non solum vero libello articulado utebantur olim, verum replicæ, duplicæ, triplicæ per modum positionum vel articulorum proponi, & iuramento, necessitate exigente, confirmari solebant. Ne vero hoc frustra afferuisse videar, testimonium ordinationis Cameralis omni exceptione maius in medium proferam. Verba eius, quæ inuenire est *part. 3. c. 29.* sunt sequentis tenoris: *Wo aber der Kläger solche Peremptorial-Articuli nit vermeint, sondern dagegen replicatorios articulos (u) in vorigen Termin übergeben hätte, soll der Antwor- ter auf dieselbige zu antworten auf diesen Termin schul- dig*

- (u) Quis crederet glossatores, omnis articulati processus infelices inuentores, absque vlla ratione, in tantas tricas esse prolapsos, cum iudicium præprimis practicum ipsis non defuerit; causa itaque mali quærenda est in eo simul, quod plures actiones eodem libello includere de iure communi liceat, vnde adhuc hodie in relationibus cameralibus circa primam quæstionem, quænam actio instituta sit, octo & plures actiones examinari videmus, inde articulus libellus; vt distincte de qualibet actione appareat, inde articuli replicatorii, vt status controuersia clarior reddatur, inde hodiernum in istis prouinciis vbi positiones adhuc in vsu, potissimum ad istas resliri solet, quando in confusissimo processu, quid in controuersia potissimum sit, amplius non constat. Recte igitur Saxones ad tres actiones libellum restrinxerunt, dummodo vero extra Saxoniam plures actiones, vbi quandoque ne tres quidem adsunt, iusta litis contestatione, reliquoque tractandi modo rite includerentur, facile positionibus quæ ex infinitis vt plurimum productis extraiudicialibus, præter terminum formantur, supersedere possent.

dig seyn: und so dieselbige Replication durch den Ant-
 worter verneint, dem Replicanten Beweisung dersel-
 ben zugelassen, und mit solcher Beweisung obgemel-
 ter massen gehalten werden. Wo aber solcher des Klä-
 gers *replicatorios articulos* nit verneint, sondern der
 Antworter dagegen *duplicas* übergeben, alsdem soll
 auf solch Duplicken der Kläger alsbald in derselben,
 oder hernach in der sechsten Audiens (w), in extraordi-
 nariis, & in ordinariis der zwölften Audiens seine tri-
 plicas

(w) Sicuti processus ipse in quatuor partes sua natura diuidi-
 tur, intuitu nempe eorum, quæ primo in dilatoriis, dein-
 de in peremptoriis, post in remediis suspensiuis & demum in
 ipsa executione tractantur, quæ nota confusissimos processus,
 non ubi quandoque sunt, sed ubi esse debeant, in perlustrandis
 actis ad veram viam reducere potest, ita in istis iudiciis, ubi
 distinctis falem vicibus actus iudiciales expediuntur, com-
 munitur totus processus in 14. 16. & plures terminos dis-
 peficitur, sicuti in terris Cluvenfis, Iuliacensibus & aliis,
 ubi methodum ordinationis Cameralis sequuntur; Atvero
 tot, & tam diuersa producta extra terminum, elingele me-
 morialia, supplicata, vnde actus extraiudiciales, grauami-
 na extraiudicialia reuera deduci debent, omnem turbam
 confusionemue efficiunt, positionesque exinde communi-
 ter formari, praxis extra Saxoniam docet, quare cum in
 pomerania nostra rite incipiant certos terminos præfigere,
 vt in qualibet parte processus status causæ ad acta deduca-
 tur, in eodem ordentlichen Verfahren, Behör, positiones et-
 iam cessare incipiunt, alibi vero rotulus actorum proh do-
 lor sequentem feriem quotidie commonstrat, vt post exce-
 ptiones viginti memorialia admittantur, sequitur replica
 & post triginta memorialia, demum duplica quam quadra-
 ginta comitantur, vt si positiones quandoque non fierent,
 de sententia ne quidem constare posset, quis vero laudaret
 hanc methodum, & quis ita probaret positiones hodiernas?

plicas und Conclusion Schrift fürbringen, auch beyde Theile darauf mündlich zu beschliessen schuldig seyn, und kein Theil weitere Schriften einzulegen Macht haben.

§. X.

Hæc omnia optima quidem intentione, vt nimirum litigantes reuerentia ac metu iuramentorum ad veritatem edicendam commouerentur, introducta fuisse, nulli dubitamus: sed optandum fuisset, vt litigantium conscientia optimæ intentioni respondisset, verum hæc felicitas non videtur sperari posse, quamdiu rabulistic omnia plena sunt iudicia. Hi enim partibus optime norunt inculcare, hæc iuramenta tantum calumniæ, & consequenter non tantæ esse efficaciam: immo proprio exemplo præcedunt, detestabilis sceleris non prius, quam in articulo mortis memores; huiusmodi rabulæ, quantum meminimus mentionem fecit GVDELINVS in *Commentario Iuris Nouissimi*, Ipsum, inquit, in agone mortis constitutum semper exclamasse (x): O execratum

C 2

- (x) Accedebant diuersi conceptus de iuramentis ad simplicitatem non minus ac idololatriam quandoque vergentes, quos cum nequam fundari animaduertent nonnulli, ad aliud extremum deueniebant, vt Numen diuinum plane posthaberent; sane non dissimulo & illam circumstantiam mihi valde suspectam videri, quando eleuatio manus in iuramenti præstatione digitique eleuati ad summam trinitatem applicantur, cum alias præmonitio in se salua sit, longe quoque aliud indigitauit in medio æuo hæc manus eleuatio, nempe solam attentionem populi, cum in publicis campis fierent iudicia Germanorum, vnde iudex quoque ista eademque figura quandoque circa actum solennem eleuabat manus, sicuti Burggrauius seu iudex Hallensis adhuc hodie

cratum iuramentum malitiæ. Experientia itaque maiores nostros optime edocuit, se frequenti iuramentorum vsu speratum finem non fore obtenturos. Immo abusus articulorum, quorum astutia Aduocatorum plures inuenerat, quam legibus permiffæ erant, adeo accrescebat, vt ipsi Imperii Proceres in comitiis Ratisbonensibus consultare deberent, quomodo illi obuiam eundum sit, quibus tandem optimum videbatur consilium, articulorum vsum plane interdicere ac prohibere. Quo inito consilio sub Imperatore Ferdinando IV. illos deprehendimus esse abrogatos in *Recessu Imperii Nouissimo de anno 1674. in medio §. Es solle auch, ibid. Wenn nun der Kläger seiner seiner Seits in termino reproductionis obigen allen ein Gnügen geleistet haben wird, so soll der Citirte und beklagte in primo hoc termino erscheinen, und weil er sich aus der Ladung und beygefügten Libello, auch einverleibtem Gehalt der Action auf die Sache unter wählenden Erscheinungs-Termin genugsam bedenehen, auch seinem Anwald Bericht und Handlung zustellen können, in diesem Termin (y) auf die Klage*

hodie illud obseruat bey Hegung des Heilichen Halsgerichtes, quando nempe initium facit, sine dubio vt attentus sit populus in foro publico, præterea quod hoc fuerit Burggrauii Magdeburgici signum, coniectio ex figura istius manus quæ deprehenditur Saxo incisa in portis castri Rosenburg, sedis quondam Burggrauiorum, quam sibi referuavit Archiepiscopus, cum Burggrauatus & annexi Pincernatus officium in feudum prima vice promitteret domui Saxonice anno 1269 quod diploma plus vna vice in manibus habuimus, vt adeo ridenda sit Dissertatio B. HORNII de Burggrauatu, aliaque hominum priuatorum somnia.

(y) Id est, durante termino, antequam compareat; apponitur enim

Klage mit hinfüriger Verwerf: und Abschneidung des Weges der Peremptoriatien, Cistio, Additional, und anderer wasserley Articuli &c. Hæc itaque qui probe ponderat, positionum inutilitatem etiam quoad hoc emolumentum facile cognoscer, immo manibus quasi palpabit.

C 3

§. XI.

enim & expresse requiritur communicatio libelli, vt citatus sciat, ad quid se præparare, & quid respondere, vno verbo, quomodo litem, an affirmatiue, an negatiue contestari debeat, ac quamnam forte exceptiones ipsi competant, quod enim hæc omnia in primo termino vna vice tractanda sint in ipsa ordinatione Camerali iam dispositum reperitur, supponitur quoque sufficiens spatium termini, & quidem longius, quam iure civili præscriptum, hoc enim viginti saltem dierum (erat *per Nou. 53. c. 3.* reducitur igitur processus hæc dispositione publica ad genuinam suam naturam, vt dolendum satis sit, in praxi hæc vbiq; non obseruari, saltem quia actores contumacia accusationem negligunt, quando reus in omnia alia vagatus litem euentualiter non contestatur, quæ accusatio si fiat, etiam extra Saxoniam pronuncian- dum est. Daß Beschlagter in anderweitigem termino zu erscheinen, und auf die erhobene Klage sich einzulassen, auch weil er solches vorjeko nicht gethan, die Unkosten desselben zu erstatten schuldig. Quo facto infinitæ confusiones evitari possunt, imo benignior est hæc pronuncian- di ratio, quam in ipsa dispositione huius recess. Imperii præscribitur, ibi enim verbis sequentibus ipsa plane præclusio statuitur, si reus prima vice iuncta litis contestatione omnia simul non opponat, ibi: alles auf einmahl bey Strafe der Präclusion einbringen, melius adhuc temperamentum inuenitur in *Ordinat. Dicaster. Pomeran. tit. 46. §. 1.* quod lis pro negatiue contestata habenda sit, ita vt actori aperiatur via probandi.

§. XI.

Verum cum Positiones nihilominus in foris Germaniæ passim excepta Saxonica, receptæ ac adprobatae sint contra dispositionem in *cit. Recessu Imperio in medio dict.* §. his verbis: Nur allein die Probatorialien, da die Partheyen wollen, und wenn es die Nothdurft erfordert, wie auch die Responiones und Antworten auf dieselben ausgenommen & porro in §. seq. Dieweil aber auch die Beschleimigung der Probationen von denen articulis und denen auf dieselben vermittelst des Eydes dandorum und respondendorum beschehene Antworten dependiret, so wird der Gebrauch solcher Articuli und Antworten, doch nicht wie bißhero ohne Unterscheid, sondern allein (z) auf die aus dem Klag-Libello gezogene Probatorial-Articul, daran der Sachen Substantz und Hauptwesen hânget, und zwar ohne Verstattung sonderer Terminen, wie auch mit Abschneidung der Peremtorialien, Elisivo und Additionalien denen Partheyen, so es begehren werden, vorbehalten &c. operæ pretium erit, si iactatum illorum vsum paulo penitius consideremus. Et ne more Andabatarum procedamus, neceffe

(z) Equis non vider, cum ipsis articulis & processu articulado, positiones quoque lege Imperii publica exterminatas, & plane reiectas esse, vnica enim hæc restrictio quoad præparandam probationem parum vel nihil ad rem facit, quippe cum ipsa probatio non excludatur, sed nihilominus necessaria sit, vnde praxis hodierna dispositioni publicæ e diametro se opponit, & in reliquis partibus processus positiones feruat, ad probationem vero subleuandam vel raro vel neutiquam, quia facillime quilibet præuidet, eum qui in ipsa probatione omne suum fundamentum collocat, sine hesitatione iuramentum calumniæ, quale est dandorum & respondendorum, præstiturum esse.

neceſſe eſt, vt in iuramenti dandorum & reſpondendorum vſum inquirentes, initium faciamus.

§. XII.

MICHALORIVS (a) in tract. de Poſitionibus c. 23. exiſtimat, iuramentum ponentis & iuramentum reſpondentis poſitionibus toto cælo differre. Namque iuramentum ponentis credulitatis & calumniæ eſſe concedit, reſpondentis vero iuramentum putat eſſe veritatis & non calumniæ, quod n. 13. hoc modo probare annititur: *Nec dicatur, inquit, reſpondentem, poſitionibus, per verbum credere, reſpondere ſolitum eſſe: nam licet illa reſponſio ſit facta per verbum credere, abſoluta reputatur, & reſponſio veritatis dicitur. Vnde iurans falſum reſpondendo poſitionibus, etiamſi reſponſio fuerit facta per verbum credere, punitur.* Et ad hanc aſſertionem magis ſtabiliendam totam Doctorum ſecum conſentientium turbam allegat. Verum enim vero cum ſententia eius omni fundamento, id eſt, ratione ſit deſtituta, non credimus, aliquem præiudicio autoritatis vacuum ipſi aſſenſum præbiturum. Quis enim ignorat, utroque caſu paritatem rationis adeſſe; nam ſicuti ponens & facta propria, & facta aliena in poſitionibus interdum pro-

(a) Fuit hic quidem non ſolum theoreticus, ſed & practicus, Rotæ quippe Collegialis Vrbinæ iudex ordinarius, atvero ſicuti theoria ipſius ſapientiam gloſſatorum vix egreditur, ita quoque praxis ipſius mere Italica eſt, & vitium doctoribus Germaniæ commune, quod in materiis proceſſualibus exteros ſæpius ſequantur, etiam in cauſis, vbi leges imperii habemus contrarias, videmus quotidie, quam peruerſa ratione in materia poſſeſſorii ſequantur plures & allegent MENOCHIVM, qui tamen nec interdita ipſa percepit, nec praxin illorum.

profert, sic etiam respondens positionibus & ad facta propria & ad aliena necessario respondere tenetur (b). Iam vero quis assereret, ipsum ea, quæ ad facta aliena respondit, iuramento veritatis confirmare debere? Merito itaque concludimus, ponentis & positionibus respondentis iuramentum ratione factorum propriorum veritatis, ratione vero alienorum esse credulitatis. Ex hisce perspicue intelligitur, MICHALORIVM, & ceteros illius sententiæ propugnatores in conclusione, quasi positionibus respondens, siue Ponatus (si barbare loqui liceat) solummodo tanquam periurii reus poena affici possit, quam longissime a veritatis tramite aberrasse. Hæcque de errore MICHALORII, & eius asseclorum monuisse sufficiat, progrediamur itaque ad pleniorum iuramentorum calumniæ disquisitionem.

§. XIII.

Natura illorum vt eo melius cognoscatur, formulas ex STRYKIO hic lubet apponere. Iuramentum dandorum ita concipi solet: Ich N. N. schwere zu GOTT einen körperlichen Eyd, daß die von mir übergebene Positiones, so viel deren meine eigene Geschichte betreffen, wahr seyn, so viel sie aber andere Geschichte betreffen, ich solche wahr zu seyn glaube. So wahr mir GOTT

(b) Equidem dissentiens MICHALORIVS eo saltem respicere videtur, quod in iuramento credulitatis ipsum iuramentum veritatis quodammodo latere videatur, quod in se negari non potest, & fraus est vtplurimum iurantium, quod iuramentum credulitatis tanti non curandum credant, cum tamen grauius peieret, qui nequidem credere se iurat, cuius certam notitiam habet, sed illud saltem notatur, quod differentia eatenus fingi non debeat inter iuramentum dantis & respondentis.

Gott helfe. Formula iuramenti respondendorum est hæc. Ich N. schwere &c. Daß ich auf die von Klägern übergebene Positiones, und zwar auf eine jede besonders die Wahrheit dergestalt, daß so viel derselben meine eigene That betreffen, mit wahr oder nicht wahr, so vielen deren eine fremde That concerniren, mit Glaube wahr, oder nicht wahr, beantworten wolle. So wahr mir Gott helfe. Hic quasi per transennam & obiter saltem notabimus, necessitatem huius iuramenti relaxatam esse clericis, & religiosis ob reuerentiam sacræ professionis *arg. c. 1. § 4. de Iuramento calumm. L. cum clericis C. de Episcop. & Clericis: nec non parentibus & patronis, & ceteris, quibus par honos debetur arg. L. parent. ff. de obsequ. parent. & patron. prestand.* Quomodo vero factum, ut Papa potestatem clericos a dispositione legum civilium eximendi, sibi arrogauerit, neruose edisseruit PATER SIMON *in tract. de l'origine des Reuenues Ecclesiastiques p. 12. Le grand principe, inquiens, de la Cour de Rome consiste en ce, qu'ils sont persuadez, que le Pape est le maitre des loix (c) qu'il appartient*

(c) Imo vero interpretis iuris Gentium & ita pastorum inter principes, esse cupiebat Papa, inde tot vestigia in ipso corpore iuris canonici, quod bella & pacificationes restringere vel ampliare voluerit, atque si nullus ipsi superesset alius prætextus, ipsis regibus respondebar: vestra Excellentia tamen maneret in perpetuo peccato: nec deerant alii prætextus, veluti quod super iuramento ipsius Imperatoris prius debuisset consuli ecclesia Romana. *c. 34. X. de Elect.* Ipse demum famosus Innocentius III. legem dicebat

D

cebat

par tient à lui de faire des Canons pour le gouvernement de l' Eglise, & qu'il est en son pouvoir de changer les anciens, & d'en introduire de nouveaux, selon la necessité de tems, des lieux, & des affaires.

§. XIV.

Iuramenta illa dandorum (d) & respondendorum tantum calumniæ esse, ab iis in dubium non vocabitur, qui ea, quæ §. 13. contra MICHALORIVM, eiusque affectas differuimus, æqua lance perpender. Iuramenta vero calumniæ in odium calumniatorum introducta fuisse testatur L. 2. C. de iureiur. propt. calumn. dand. & DV FRESNE in Glossario sub voce Calumniæ, vbi ex moribus diuersarum gentium idem probat (e).

Hic

cebat apertiozem, quod Papa principes terrarum corrigere debeat.

- (d) Scilicet articulorum, de his enim in *Clementin. sape contingit de Verb. Signif.* in specie dicitur, quod *dentur*, & quod deputatus pontificis terminum præfigere possit *ad dandum*, & quod *post dationem articulorum* diem certam, quodcumque sibi videbitur, valeat assignare, ex quo textu deinceps iuramentum *dandorum* per excellentiam & in specie ita dictum videtur, iuramentum vero *respondendorum* ex ipsa natura negotii fluit, quia qui respondet, æque de calumnia iurare tenetur.
- (e) Etenim vox calumniæ iure Franco & Germanico aliud quid indigitat, nempe actionem in iure, qua quis rem sibi per solennes iuris formulas asserere conatur, aut pro qua litem intendit, ita in *formul. MARCVLPHI lib. 1. form. 22. Nec heredes eorum exinde quamlibet calumniam aut repetitionem ullam penitus habere non debeant*, nihilominus tamen plures

Hic vnum tantum sufficiat adduxisse exemplum. Sic VITALIS episcopus rescripisse fertur: *Et respondeant eis de caloniis*, (est vox Hispan.) *hoc est, de penis pecuniariis vsque ad mediam mortificaturam* (f). Retinuimus eiusmodi dispositionem generalem quamvis calumniatores in specie ita dictos vix habeamus.

D 2

Nulli

plures inueniuntur textus, vbi etiam ordinario sensu vox calumnie fumitur, potissimum vero de ipsa pœna calumnie.

- (f) Forte dimidium pœnæ homicidii, non enim quilibet iudex de omni pœna cognoscere vnquam potuit, ita leges Saxonum adhuc hodie distinguunt exacte, quænam causæ pœnales ad iudicem quoque inferiorem pertineant, vbi potissimum legibus antiquis respiciebatur ad ictum orbem vulgo trockene Schläge, Capitul. CAROLI M. lib. 4. c. 14. LVDOVICI PII post capit. an. 324. c. 2. Pecuniarie enim pœna vsque ad mediam mortificaturam, & fractionem cultelli inclusæ, & similia vel minora ad ipsum Ricum hominem, vel eius curiam, dignoscuntur sine dubio pertinere cit. DV FRESNE voce mortificatura & ictus orbis. Rici vero homines nobiles erant, eminentiores vulgo Barones, quibus subordabantur infanciones, inferioris nempe ordinis nobiles, vtrique enim medietatem saltem habebant caloniæ homicidii, Saxones contra distinguebant inter plenam Weram & dimidiam Weram, ita leges HENRICI I. c. 70. *Si pragnans occidatur, & puer in ea viuat, vterque plena Wera reddatur. Et infra: si infans occidat vel occidatur, siue nomen habeat, siue non habeat, plena Wera coniectetur.* De dimidia Wera vid. ibid. c. 51. & 70. Specul. Saxon. lib. 3. art. 48. §. 1. Wickbild. Magdeburg. art. 17. §. 6. Capit. CAROL. M. pro partibus Saxon. an. 797. edit. a LVC. HOLSTEN. c. 4. ipsa vero iurisdictionis diuisio deinceps admodum variata.

Nulli enim dubitamus, quin omnes, qui diuersitatem illorum & nostrorum iudiciorum cognitam ac perspectam habent, merum calumniatorum vanum hodieum esse credant (g). Quis enim emundioris naris hominum alios adeo stolidos atque inspidos præsumeret, vt calumniandi ac vexandi alterius gratia, incommodo ac onere intolerabilium, quos processus hodiernus exigit, sumptuum semet ipsos sint affecturi? Tanti sane pœnitere non euent, longe vero alia ratio est calumniantium in tardanda lite (h).

§. XV.

(g) Vnde vix vnquam exemplum in praxi adparet de istis calumniatoribus in specie ita dictis, erant enim tales, qui pecuniam acceperant, vt calumnie causa aliis negotium facerent *l. i. ff. de calumniator.* Supponenda enim potissimum est in ius vocatio priuata, quæ oborto collo fieri poterat, & ita ingentem calumniam notabat, si pro pretio istius fieret, qui hunc enormem dolum ipse ne quidem committere audebat, magnum itaque K. inurebatur fronti Calumniatorum, & ipsis opponebatur homo integræ frontis, tantum erat odium istius generis hominum, quod apud nos cessat, non ob deficientem hominum malitiam, sed diuersum statum iudiciorum.

(h) Potissimum reorum, quorum semper est fugere, titulus ff. vero de calumniatoribus, loquitur de actoribus, non equidem negandum, & actores quandoque lites tardare, sed illud communiter fit ex post facto, & ob punctum incidentiæ, vnde quod res est, & quod primario hoc loco disputamus iuramentum calumnie generale omnibus factoribus vtiplurimum inutile est, iuramentum malitiæ vero ad questiones incidentiæ potissimum dirigendum, sane si incommodum sportularum non superesset, plures vexarentur

§. XV.

Ponente vel Ponato absente, iure canonico & praxi permittitur, vt iuramenta dandorum & respondendorum in illorum animam præstent procuratores speciali mandato instructi *c. ult. de iuram. calumn.* B. LVDOVICI in *Process. Ciuili c. 13. §. 15.* STRYK in *Introd. ad Praxim. Forens. c. 12. §. 7.* Hunc morem in alterius animam iurandi iam antiquissimis temporibus inualuisse testis est DV FRESNE *cit. tract. sub voc. iurare in alterius animam* vbi de regibus Francorum refert, ipsos semel personaliter iurasse, quando scilicet inaugurati & coronati fuere: in ceteris vero occasionibus, in quibus solenniter quidpiam subditis polliciti id verbo regio firmasse, nec fœdera ipsa ab ipsismet, sed iis præsentibus a quopiam ex aulæ proceribus ad id delecto in eorum animam fuisse iurata. Equidem hæc consuetudo non omnino videtur improbanda, cum quod quis per alium facit, per se fecisse putandus *L. 1. §. 1. ff. de eo per quem fact. (i).*

D 3

§. XVI.

rentur libris turpissimis, quare tam difficiles sumus in concedendo iure pauperum, quia hi ab incommodo spertularum liberantur.

- (i) Neque enim ad solam formulam iuramenti in animam alterius respiciendum, so wahr ihm Gott helfe, sed ad mandatum præcedens, cui integra formula iuramenti inserenda, & a mandante illud subscribendum, vt adeo facile constet, quis reuera iuret & quis saltem formulam recitet, quamuis commune sit iurantibus & quotidie peierantibus vitium, quod recitationem formulæ, & solennitatem actus
in

§. XVI.

Verum enim vero iudices non indistincte iuramentum in alterius animam admittere debere, ipsa naturalis ratio dicitur. Iudici enim præ ceteris incumbit, ut ad ansam periuriis præscindendam omnem impendat operam (k). Circa quæstionem, quorum procuratores iudex salua conscientia ad iuramentum admittere possit, nobis distinguendum viderur inter bonæ existimationis, & bonorum morum, ac inter malæ famæ, ac deperditorum morum homines. Priori non posteriori casu procuratores ad eiusmodi iuramentum admitti posse autumamus. Hanc vero differentiam si non præbe obseruent iudices, non possunt non periuria committi (l). Si enim posteriori casu procuratores

in iudicio, superstitione magistra, plus vereantur, quam iuramentum ipsum, unde multi se offerunt ad illud, quando vero ad iudicium deuenitur, resiliunt, acsi in foro poli statim non peierassent post oblationem, qui enim dicit se iurare velle, nihil aliud dicit, quam quod Deum testem & vindicem inuocet.

(k) Pertinet præcipue hæc materia ad arbitrarias iudicum quæstiones, de quibus integrum tractatum conscripsit MENCHIUS, variosque casus conglomerauit, cum tamen ad æquitatem & iudicium practicum experientiamque loci & iudicii magis respiciendum sit, quam ad regulas, unde sæpius miramur in collegiis iuridicis, causas constituendæ dotis eiusue determinandæ aliasque æconomicas indistincte & absque iudicio ad nos deuolui.

(l) Honoratiores & in dignitate constitutos communiter quoque per procuratores admittunt, sed quia & hi non semper

res ad iuramentum in clientis animam admittantur, iudicibus præcinditur occasio de periurio euitando illum admonendi cuius tamen vita ac mores ipsis sunt suspecti. Non solum autem de periurio vitando partes serio admonere, sed ipsis etiam inculcare deberent, illa iuramenta non tantum credulitatis & leuiora esse, verum in propriis factis degenerare in iuramenta veritatis: hac enim ratione maiorem illorum rationem partes habent. STRYK *in Introd. ad Prax. Forens.* c. 17. §. 12. Hoc vero iudices experientia teste, proh dolor! negligere solent (m).

§. XVII.

per omni exceptione maiores, arbitrium iudicis eatenus non præcludi putamus, quamuis enim iuramentum, quod in officio publico constituti iam præstiterunt, præfuntionem contra calumniam operetur, quamuis etiam longe grauiora negotia his hominibus fideique illorum commissa, quam hæc leuia litigia, quæ parum quandoque important, quæstio tamen est de iuramento malitia in quacunque parte processus, vbi præfuntiones calumnia adfunt, sine his enim ad hoc iuramentum deueniendum non est, & ita præfuntio fortior aliam excludit, idem de longe absentibus iudicium esto, licet his facilius subueniatur.

- (m) Cautelam alii iudices adhibere solent in euitando periurio, quam suo loco relinquimus, quod nempe mala externa, & casus fatales peierantibus sæpius accidere præmoneant, vnde opilionem quondam protestatum meminimus, ne gregis & ouium fiat mentio, similem fere & curiosam satis Romani quondam adhibere cautelam, vt qui per genium Principis iurasset & peierasset, fustibus castigandus dimitteretur & superdiceretur ei: *περιετῶς μὴ*

§. XVII.

Adlatam in §. præcedenti distinctionem *Ordinat. Proceff. Magdeburg.* non admittit, sed omne iuramentum a partibus ipsis præstandum esse difertis verbis *sanct. c. 29. §. 8.* Es soll aber keiner anstatt eines andern, wenn er gleich ein Specialmandat hätte, zur Eydeseistung vor Gericht zugelassen werden, es geschähe denn mit des Gegentheils guten Willen. Eadem decisio est ordinationis dicasterii Pomeran. (n) *tit. 50.* Quam sententiam etiam OLDEKOP de iureiurando in alterius animam

non dicitur i. e. petulanter ne iurato, L. 17. §. ff. de iureiur. varia enim per genium principis eiusque salutem obtineri poterant, quæ alias seruanda vix erant, ita fideicommissa, totum ius hereditarium prærogatiuasue Quiritium turbantia, per salutem principis rogando obtinebantur, §. 1. *Inst. de Fideicommiss. heredit. l. fin. C. d. Transact.*

(n) Ibi: Wann der Principal in Gericht selbst gegenwärtig ist, und ihm der Eyd persönlich zu thun auferleget, soll er schweren einen Eyd zu Gott dem Allmächtigen, daß er das selbe, so er fürbringt und begehret, sermo enim est de iuramento malitiæ, in singulis partibus processus, cuius quedam pars vel casus specialis hoc loco supponitur, oder in seinem Namen fürgebracht und begehret wird, nicht aus Gefährde oder böser Meinung, noch zur Verlängerung: sondern seines Verstandes und Wissens, allein zur Sachen Noth, durst fürbringe und begehre; wann aber der Principal nicht selbst gegenwärtig ist, und das Gegentheil nicht darin dringet, daß er persönlich den Eyd abstatte, soll sein Anwalt in seiner Parthey und seine eigene Seele obgesetzten Eyd schweren, nemlich, daß er dasjenige, das er fürbringe und

animam, & omnes, qui eius partes sequuntur, fovent. Argumenta, quibus innixi illud contra omnia mundi iura esse opinantur, paucis perlustrabimus. Primo itaque ex ipsis legum fontibus adducunt, iuramentum esse personalissimum, & personam iurantem non egredi, 2) omnia iuramenta hunc in finem esse adinuenta, ut terror litigantium animis incuteretur, qui finis cessaret, iuramento procuratoris in alterius animam admissio. Priori illo argumento etiam MICHAELORIVS *cit. tract.* usus est ad explicandum decretum aliquod ducale de Positionibus ex quo hæc profert verba: *chiedendo, che la sua parte contraria risponda personalmente sotto il simil giuramento, s'ella si trova in quel tempo presente nel luogo del iudicio*: hic itaque maxime urget verbum *personalmente*: sed ultima verba, quibus regula limitatur, satis euincunt, conditores illius decreti contrariam potius amplexos fuisse sententiam.

§. XVIII.

und begehret, nicht aus Gefährde oder böser Meinung, noch zu Verlängerung der Sachen, sondern allein zur Nothdurft thue, und daß er also zu thun von seiner Parthey Unterrichtung und Gewalt empfangen habe. Putarem tamen nec hic cessare arbitrium iudicis, ut ceteris paribus inuita quoque altera parte admittat mandatarium, potissimum si hoc casu specialissimum mandatum exhibeat, cui integrum iuramentum insertum, quale mandatum consentiente parte non equidem requiritur.

§. XVIII.

De fano verbi *personalissimum* sensu agitur ex professo in *Dissertat. de iuramento in rem*. Supra adducta argumenta OLDEKOPPII, & eius assecliarum solide ac erudite pro more suo refutauit *Illustris GVDLINGIVS* in *Gundlingianorum part. III. de Iuramento per procuratorem*, vbi prius argumentum per hanc instantiam concussit, supponens nimirum, neminem emunctioris naris hominum inter $\tau\delta$ pacisci & iurare differentiam intercedere, asserturum fore: quo supposito ex eorum sententia hoc absurdum necessario fuit, interueniente alio pacisci vel contrahere haud esse licitum. Quoad alterum argumentum idem etiam pluribus ostendit, procuratores, non obstante periurii metu, tanquam procuratores proprios, & non tanquam organa, per quæ secundum mentem OLDEKOPPII, & aliorum, vox vnus immediate transeat ad alium, sicuti per canalem transit aqua, iurare posse. Concludimus itaque dicta distinctione inter bonæ, integræ, ac malæ famæ homines; iudicem ponderatis omnibus, quæ rem circumstant, salua conscientia vti posse. Hoc vero facile concedimus, iudicis partium esse, vt impedimenta a partibus allegata probe examinet, & si ea haud magni momenti esse deprehendat, allegantem eo adigat, vt vel summarie eadem demonstrat, vel ratione circumstantiarum sub solennitate requisita de calumnia iuret.

§. XIX.

Paucis hac in occasione in moralitatem omnium iuramentorum credulitatis inquirere lubet. Doctores non-

nonnulli iuramentis credulitatis nullam moralitatem inesse contendunt, hac potissimum suffulti ratione, quod ex iuramentis credulitatis nulla certitudo euinci possit, ad quam tamen eruendam iuramenta sunt adinventata. Sic in supplementum iuraturus regulariter de veritate iurare tenetur *c. fin. X. de iur. iur.*: Ab hac regula tamen excipiuntur nonnulli, vt tutor, quando pupillus ex facto patris defuncti conuenitur, & heredes mercatoris. Hi enim debito per mercatoris libellum semiplene probato, ad iuramentum credulitatis admittuntur. Sed hanc iuris dispositionem absurdam esse arbitrantur 1) quia heredes facta defunctorum plerumque non modo ignorant, sed etiam præsuntio contra ipsos militat, se facile credituros, quod sibi proficuum est. Vrgent porro, absurdum esse, vt heredi hoc casu in propria causa testimonium perhibenti fides habeatur, cum tamen alii testes rei gestæ nescii, sed de credulitate iuraturi reiiciantur. Hanc ob causam BERLICHIVS *P. I. Concil. 35. n. 8.* consultius autumat, vt in supra dictis casibus reo potius purgatorium, quam defuncti heredibus suppletorium deferatur (o).

E 2

§. XX.

- (o) Idem est quod *CARPZOV. Part. 1. Const. 23. def. 8.* monet, arbitrium iudicis in deferendo iuramento suppletorio eo dirigi debere, quo semper ad iurandum admittatur is, siue actor sit siue reus, a quo facilius veritas exquiri possit, si vero neuter certam rei scientiam habeat, nec de veritate iurare queat, procul dubio super credulitate iuramentum deferendum. *MODEST. PIST. part. 3. qu. 126. n. 139.*

REINK.

§. XX.

Verum non obstante celeberrimorum Doctorum auctoritate, contraria nobis magis arridet sententia. Fatemur quidem, iuramenta credulitatis secundum conceptum, quem sibi de illis formant, esse maxime iniqua, ac absurda, verum conceptum illorum iuris analogiæ haud conformem esse, facili negotio demonstrabimus. Brocardicum iuris tritum ac vulgare est: Quicquid continetur sub ratione legis, idem contineri dicendum legis verbis. Iam vero ex personarum qualitate, & conditione, quæ moribus nostris ad iuramenta credulitatis admittuntur, satis patet, mores nostros non simplicem illorum credulitatem, sed propriam (p), hoc est argumenta quædam probabilia, quibus ad asserendum hunc vel illum iusta ac bona causa nisi inducuntur, respexisse. Sic moribus nostris, uti §. præcedenti iam ostendimus, tutor in controuersis pupilli, ac here-

KEINH. ROSA *in addit. ad MOLLER. part. 1. Const. 24. n. 13.*
 COLEK. *Part. 1. decis. 116. n. 5. & seqq.*

(p) Alii cum B. STRYKIO *in Vj. Modern. ad tit. ff. de Iurciar. §. 37.* distinguunt, an defunctus iam paratus fuerit ad præstandum iuramentum, an vero non, priori casu iuramentum heredum de credulitate admittunt, posteriori non æque, sed quilibet statim videt, hoc argumentum nihil ad rem facere, quid enim fides & scientia defuncti contribuet ad fidem & scientiam heredum, de quorum iuramento quæstio est, nisi & hi argumenta scientiæ & credulitatis propriæ præbeant, non ergo contradictionem vel inuentum aliquod inane inuoluit credulitas heredum propria.

heredes mercatoris defuncti ad illa iuramenta admittuntur, quia pro illis praesumtio militat, se aliqualem rei controuersae notitiam habituros. Quod vero interdum eiusmodi personae notitiae illius plane expertes sint, ambabus largimur manibus; sed hoc casu iudex, qui conscientiae & officii rationem habet, illos ad iuramentum credulitatis non admittet, cum cessante legis ratione, cesset etiam illius dispositio. Huic sententiae etiam suffragatur *Ordinar. Process. Magdeburg. c. 29. §. 10.* Und sollen die Erben und Erbena, Erben mit dem iuramento credulitatis, de propria, non defuncti credulitate (q) auf alle Fälle, so wohl in iudiciali als purgatorio, und suppletorio, nicht aber extraordinario veritatis in litem (r)

E 3

zuge-

- (q) Videretur defunctus hic textus ex cit. loco CARPZOVII Part. 1.º Const. 27. def. 8. n. 2. vbi iuramentum credulitatis heredum restringitur ad eos, qui non tantum semiplene probarunt, sed etiam grauiorem veritatis atque honestatis praesumptionem pro se habent. Vnde ob generalitatem textus legis prouincialis, ex iure communi defuncti sententiam Regiminis Magdeburgici nuper confirmauit Scabinatus Hallensis, quod etiam haeres ad iuramentum a patribus delatum de credulitate praestandum adigi nequaquam possit, nec acceptare illud teneatur, si ex actis constet de facto, cuius scientiam aliqualem haeres vel credulitatem propriam habere non possit.
- (r) Nempe sine noua iudicis delatione, alias haec dispositio valde dura videri posset, cum hoc iuramentum supponat dolum & contumaciam rei, cui nequaquam subueniendum, solus enim iudex hoc iuramentum defert, & determi-

zugelassen werden. Idem etiam, ni fallimur, innuere videtur *Constit. Feud. Pomer.* Wann der Mann alsbereit mit Tode abgegangen, und die illatio weder durch dergleichen Instrumentum solenne, noch durch zweyer Zeugen eydliche Assertion nicht dargethan werden kan, muß der Wittwe zur Erfüllung sothanen Beweises, daß die Ehegelder würcklich eingebracht seyn, mit einem körperlichen Eyde in supplementum veritatis erhalten. Ihre Erben aber werden zu dem Iuramento credulitatis nicht anders verstatet, als wenn sich entweder Quittungen, oder die Confession des Mannes (ex qua crudelitatis probabilitatem iudex optime cognoscere potest) oder einen zu Recht unverwerflichen Zeugen vor sich haben. Principio dissentientium ita everso, conclusiones ex illo fluentes sponte sua corruunt. Sed hæc de iuramentis calumniæ & credulitatis dixisse sufficiant.

§. XXII.

Positiones ob generalem nimis, ac absurdam vt eam vocat consummatissimus Ictus GVDELINVS in *Comment. de Iure Nouissimo L. 4. c. 8. litis contestationis formulam*, nego narrata, prout narratur, & petita ita fieri debere, & ob articulatam procedendi

determinat *l. 4. §. 1. ff. d. in lit. iur.* & ita hanc controuersiam erudite pro more suo decedit BACHOV. *ad TREVTLER Vol. 1. disp. 21. th. 12. lit. E. ad verba: iuramentum a defuncto.*

cedendi figuram, introductas fuisse, iam supra in-
nuimus. Verum cum in *Recessu Imperii de anno*
1674. §. 37. clara, perspicua, ac specifica litis contesta-
tio sit præscripta & sancita hisce verbis: *Daß der*
Beklagte auf die Klage, kurz, neruose, und deutlich,
auch unterschiedlich, und klar, ob und worinn das
factum anders, als von Klägern vorgebracht, und
wie es sich eigendtlch verhalte, specificce, und auf je-
den Puncten (s) mit allen seinen Umständen an-
zeigen,

- (s) Ad plures actiones eodem libello contentas potissimum hic respici apparet, vnde specialem litis contestationem eo magis de processu communi necessariam esse constat, quamvis & in vnica actione instituta requiratur, optandum tamen foret, vt in multis locis Germaniæ saltem de aliquali responsione ad libellum, & generali litis contestatione solliciti essent, reseratis tot & tam variis scriptis & productis, aliorum tractantibus, einzeln supplicatis und Memorialten, quæ fons sunt & origo omnis mali, si enim iudex rejiceret illa, vel statim remitteret ad terminum aliquem in dilatoriis æque ac peremptoris præfigendum, infinitæ confusiones & tædia litis euitari possent, at vero multi iudices processus ignari in ea versantur hæresi, quod ad omnia producta extrajudicialia seu extra terminum exhibita responsio danda sit saltem æquitati consentanea, potissimum si iniqui nihil petatur, cum tamen longe alia quæstio sit, an petitum sit æquitari, an processui conforme, iudicis igitur officium est, postquam in dilatoriis, vel peremptoriis præfixit terminum, omnia reliqua eo remittere decernendo: *Es bleibet bey dem angeßetzten termino, in welchem sich finden wird, in wie weit hierauf zu reflectiren, recte igitur disponit ord. proc. Magd. daß wenn ein Termin angeßezet, derselbe nicht wieder außgenommen werden solle.*

zeigen, wie auch was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmahl bey Strafe der Präclusion einbringen &c. mirandum sane, quod in eodem positionum vltus pro faciliori reddenda probatione (t) sit adprobatus, quæ tamen non, nisi libelli repetitionem, ac litis contestationis supplementum, id est, vltiorem status controuersia declarationem formant, salua de cetero & æque necessaria probatione.

§. XXIII.

Quare in re tam clara de definitione positionum non fuimus solliciti, proluxa alias inter Doctores eatenus est controuersia. ODOFREDVS BENEVENT. in tract. de Positionibus in hunc modum illas definiuit: Positio est, quæ loco interrogationis ponitur. Verum hanc definitionem nullius momenti esse satis pellucet ex iis, quæ de diuersitate Interrogationum & Positionum supra differuimus. Neglectis aliis eius-

- (t) At instares forte articulos certos probatoriales adhuc hodie requiri, & ab omni processu ætate inuitabiles fuisse, sed respondemus positiones ab his articulis differre, ratione iuramenti dandorum & respondendorum, quod in reliquis articulis non requiritur, quo supposito vix aliqua ratione cohæret vtilitas positionum in materia probationis, nam si hæc per testes fiat, sufficit hos iurare, si per documenta, ad quid iuramentum calumniae? nam si impertinentia sint ista documenta vel irrelevantia; ipsa cessat & cadit probatio, multo magis iuramentum illud calumniae.

eiusdem fursuris definitionibus, audiamus MICHAELORIVM illas *cit. tract.* hoc modo definientem. Positio est assertio facta in scriptis de re pertinente ad causam, & in iudicio exhibita ad obtinendam adversarii responsonem. Verum quis non videt, hic neque libelli, neque litis contestationis neque alterius partis processus mentionem fieri? cum tamen illa assertio ex contentis libelli sit desumenda. Quæ enim in libello neque expressis verbis continentur, neque per bonam consequentiam elici possunt, de illis positiones haud formari posse, omni prorsus careret dubio.

§. XXIV.

Ex nostra Positionum tractatione nemo non cognoscit, prudentem aduocatam, qui libellum rite format, ac a diuersa parte litis contestationem recte fieri curat, anfractibus ac ambagibus ratione positionum obuientibus superfedere posse. Vsu autem positionum processum maxime protelari, nemo inficiabitur, qui secum æqua lance perpendit, altercationes rabulistarum super generalibus, obfuscis, multiplicibus, irresponsalibus, impertinentibus, seu ad decisionem præsentis causæ non facientibus positionibus ansam præbere posse punctis incidentiæ processum in multos annos protrahentibus. Nec minores sane altercationes ac difficultates resultant ex responsonibus qualificatis, duplicibus, conditionalibus, modificatis, dubiis, incertis, & quæ

F

id

id genus alia monstrosus rabulistarum intellectus excogitavit nomina (u).

§. XXV.

Hunc vero finem vt nimirum eiusmodi alterationibus processus differretur, Pontifices (w) in confirmatione Positionum intendisse, nobis valde vero videtur simile; hocque assertum innumerabili ab ipsis hac mente introductarum solennitatum multitudine comprobare possemus, si propositi ratio illud permitteret. Duo tamen hic adducere exempla non incongruum erit. Sic iure Romano *L. 13. C. de lud. & L. 3. C. vt intra cert. temp.* cautum est, vt
intra

(u) Vt igitur de omnimoda inutilitate positionum vno intuitu constet, inutiles sunt quoad libellum, quia articulus vbique reiicitur, inutiles sunt, quoad litis contestationem, quoniam illa ad libellum specificè dirigenda, ita vt reliqua pertineant ad probationem, quod vero ad hanc nihil conferant iam notatum lit. T. inutiles sunt ad iuramentum calumniæ generale, quia & ipsum inutile, inutiles ad speciale, quia illud præstari potest absque positionibus in quacunque parte processus speciali, id est, super puncto incidentiæ, qui disceptando super positionibus, confusus saltem redditur, inutiles demum sunt hypothesice & secundum quid ad formandum statum controuersie, si iste per infinita producta extrajudicialia turbidus factus, quia hoc fieri non debebat, sed in hoc loco iudices peccant ignorantes, vt dictum in *not. præc. lit. S.*

(w) Forte pro fauore clerici fratrumque sportulantium de quibus in *dissert. de Beneficio non deducto deduc. non probat proban. §. 3. & 13.*

intra triennium (x) processus ordinarius finiatur, sed hoc ab iis immutatum est in *c. pen. X. de Iud.* Porro iure Romano a sententiis definitiuis saltem appellare licebat, iure canonico non tantum ab interlocutoriis mixtis, sed etiam simplicibus appellare licitum

F 2

tum

(x) In criminalibus tempus finiendi processus erat biennium, in fiscalibus sex menses, accesserunt vero diuersa tempora appellationum, quæ sola tantum tempus requirunt per *tot. tit. C. de diuers. temp. appellat.* ita quoque in ducatu Magdeburgico tempus terminandi processus est biennii, sed quam impossibile sit illud observari, separatam indaginem alia vice meretur, frustra enim hætenus fuerunt, quæ Icti conscientia præpollentes, potissimum BRVNNEMANNYS & alii, in medium protulerunt; duo extrema supersunt, aut formulis ligandus iudex, sicuti Romanus, aut laxior potestas ipsi concedenda, ut processum ex officio dirigat, prius putauit GEORG. REYERS in *præfat. ad Brummeriana.* auero iudicia nostra vix ita comparata censeo, ut vsus formularum introduci queat, ad posterius igitur recurrendum, sed tunc æqui pariter ac periti iudices requiruntur, hi enim si processum in dilatoriis statim in primo termino instruerent, sicuti Prætor, non foret necesse post biennium & ultra demum pronunciare, daß die Klage maßen sie anbracht nicht statt hat, quasi vero post biennium demum dentes accepisset iudex, ineptum enim libellum dentibus lacere debet; ita in peremptoriis quoque & aliis partibus processus dirigere illum leui negotio posset, re-æoque officio, nisi hoc mercenarium esset, quod adeo extenditur acsi machina esset iudex vel statuta lignea.

tum (y) est *c. 12. §. 54. X. de Appell.* Paucis vero ad-
huc argumenta, quæ pro asserendo Positionum vsu
communiter adducuntur, perlustrare animus est.
STRYK *in Introd. ad Prax. Forens. c. 17. §. 13.*
putat, vtilitatem positionum in eo consistere, vt
1) actor per confessionem rei intentionem suam proba-
re possit, 2) vt aduersarii conscientia tangatur in an-
tecessum, hoc est, antequam ad articulos probatoria-
les deueniatur.

§. XXVI.

Verum primum quod concernit argumentum
iam supra quidem §. 10. & sequenti ostensum,
hunc finem neque articulis neque positionibus obti-
neri potuisse, aliam tamen hic suppeditabimus ra-
tionem, hic nempe ideo non opus esse positioni-
bus, quia confessio in litis contestatione idem ope-
ratur (z). Positionibus enim maiorem, quam litis
contestatiōni effectum haud tribuendum esse, præ-
iudicio

(y) Vnde etiam super quolibet puncto incidentiæ remedia
suspensiuæ ordinariæ admittuntur, quod miris modis
processum differt, isti enim qui ad protrahendum pro-
cessum varias quæstiones incidentes movent & urgent,
sententiam victricem eatenus non desiderant, saltem
vt leuiter, appellare, vel alia remedia interponere
possint.

(z) Dummodo sæpius litis contestatio affirmatiua speran-
da sit, an vero positionibus possit accelerari, valde du-
bitandum.

iudicio Facultat. Iurid. nobiscum communicato comprobatum dabimus: Auf Klage, Antwort, und ferneres Einbringen in Sachen NN. und Consorten, Kläger an einem, wieder N. Beklagten am andern Theil, so uns derselbe samt denen anbey zurückgehenden Actis zugeschicket, und unsern Rechtspruch Ihm darüber zu ertheilen gebeten, erkennen &c. nach deren Verlesung und Erwegung vor Recht

Daß Beklagter auf die erhobene Klage sich einzulassen nicht schuldig.

Rationes decidendi.

Ob wohl Klägere das fundamentum ihrer Klage darauf gerichtet, daß Beklagter Sie versichert, es würden die Duisburgischen Bürdeschiffer die ihnen anvertraute Fracht besser und geschwinder, als sonst über Nimwegen geschehen, auf Amsterdam überliefern, solcher Gestalt Sie sich nicht so wohl auf die Schiffer selbst, als von welchen Sie keine Kenntniß gehabt, sondern auch vorerwehnte Versicherung verlassen, dergleichen recommendationes aber sonderlich bey Kaufleuten, wenn sie von der angerühmten Person keine anderweitige Nachricht gehabt, validam obligationem zu wege bringen *CARP. P. II. Const. 18. Def. 24.* welches in gegenwärtigen Fall desto mehr zu beobachten sey, da dem Beklagten, daß er von der Zoll-Defraudation derer Bürde-Schiffer Vermuthung gehabt, zugleich mit Schuld gegeben wird, dannhero, daß er die bey denen Holländischen

Zollcomplotirten verschwiegene und confiscirte (a) Wahren zu bezahlen verbunden es das Ansehen gewinnen möchte.

Alldieweil aber die angestellte Klage so bewandt, daß wann dieselbe gleich zugestanden würde, dennoch wieder den Beklagten nichts ausgerichtet werden könnte, anertwogen regulariter niemand pro facto tertii possitiamum illicito haften darf, fürnemlich aber da Beklagter die Duisburgische Bürgeschiffer nicht vor sich, sondern auctoritate publica recommendiret, und dabey nichts anders gethan, als was der Magistrat durch ein öffentliches Patent bekant gemacht, bey welchen Fall derer Factoren und Spedituren Schuldigkeit ist, solches dero Correspondenten zu notificiren, darauf aber, daß hierwieder etwas vorgenommen, oder der richtigen Lieferung an sich eine falsche Recommendation hinzu gefüget, so wenig, als daß Beklagter der Defraudation halber mit denen Schiffern colludiret, geklaget worden,

(a) Rigerosi enim fuerant Baravi in confiscando ferro, quod nauta non erat professus, quamuis enim de iure civili hoc casu res nautae ipsius non domini innocentis in commissum cadant, *l. n. §. 2. ff. de publ. & vectigal. & commiss.* hodie tamen ipsa res communiter auferuntur, & domino regressus aduersus nautam, vel aurigam reseruatur, si vero hic soluendo non sit, dominus in integrum restituitur, *BRVN. ad l. f. ff. dict. tit. n. 10.* durus igitur erat modus procedendi Batauorum, & ita hoc quoque opponere potuisset reus.

den, hingegen niemanden zuzumuthen ist, daß er pro delicto alterius respondere, und wenn gleich Beklagter so wohl als sonst ein jeder von denen gewöhnlichen Verschweigung einiger Wahren und Frachten Vermuthung gehabt, wie er solches in denen Positionibus mit Glaube wahr, gar wohl beantworten mögen (b), dennoch daraus im geringsten keine Obligation zu erzwingen; im übrigen bey diesen Umständen, und da die Positiones nichts anders als effectum litis contestationis, die iuramenta aber weiter nichts, als euicacionem calumniae operiren mögen, auf fernern Beweis, und Gegenbeweis zu erkennen unwonndthen ist, so hat wie in den Urthel geschehen, erkant werden müssen.

§. XXVII.

(b) Cautè satis in casu proposito formatae erant positiones, annon reus in ipsa commendatione nautarum crediderit, hos dolum in profitendo commissuros, saltem vt carens nexus obligandi aduersus reum eliceretur, cum actor facile, præuideret, neminem quidem de dolo alterius teneri, reum tamen iurare non posse, quod erat in positione, quoniam nauta communiter, in profitendo dolosi sunt, recte igitur & cum eadem cautela respondebat reus de hoc facto alieno; glaube wahr, nempe se credidisse perfidiam & malam fidem, puta nautarum communem, nolebar enim conscientiam grauari bonitatis præsumptione, quam nemo vnquam de nautis hoc casu habet, inde tamen non sequebatur, nautas auctoritate publica commendantem ex dolo illorum teneri, videmus igitur etiam doctissimos aduocatos positionibus nihil agere.

§. XXVII.

Alterum quod attinet argumentum, vt nimirum aduersarii conscientia tangatur in antecessum, omnes vno ore confitentur, ac conqueruntur, iuramenta dandorum & respondendorum a litigantibus fusque deque haberi, quia præiudicio occupati credunt, ea iuramenta saltem esse credulitatis, & per consequens periurium committi non posse præcipue de sola calumnia. Ex quò satis patet, hanc positionum vtilitatem optandam potius, quam sperandam esse. Verum enim vero hic quæstio merito moueri potest, an iudex partibus litigantibus alio remedio ad veritatem eruendam magis apto consulere possit? Et respondemus, hoc quidem arbitrio atque prudentiæ cuiuslibet iudicis relinquendum; at cum circa quæstiones arbitrarias aliis quoque animi sensa exprimere liceat, PRAESIDIS doctrina, quam sæpe inculcare solet, inducti, litis contestatione iurata (n) nullum aptius autumamus inueniri posse remedium. Hac enim a reis exacta, non omnia libelli capita secundum prouerbium vulgatum, si fecisti, nega, contra bonam fidem inficias irent, nec tot iuramentis malitiæ ac calumniæ, dandorum & respondendorum, &

(c) Nempe sine positionibus, nec vt integra litis contestatio iuramento corroboretur, sed ea saltem pars, quam nimia facilitate negauit reus generaliter, si enim iuramentum malitiæ in quauis parte processus deferri potest, quod omnes fatentur, quare non etiam hoc loco, vbi malitia reorum communis est, & vt plurimum obuiam venit.

& aliis anfractibus, quibus processus in longam annorum seriem protrahi possunt opus foret (d) Litigia super positionibus generalibus, inutilibus, impertinentibus, & variis inutilium responsionum modis prorsus exularent.

§. XXVIII.

Veteres etiam non latuisse, in hac processus parte, processum maxime protelari posse, iuris historia docemur. Hinc huic malo medelam allaturi positionum usum introduxerunt, prout iam supra monuimus; verum cum præter illorum spem remedium illud contrarium plane produceret effectum, qua ratione sibi consulerent, anxii & dubii hærebant. Retentum itaque illud est usque in hunc diem, ad instar aliarum iuris materiarum, ad processum diuturnitatem, immo æternitatem inquam, multum conferentium. Exemplum esto totus, quantus processus ordinarius, subtilitatibus, formalibus, fatalibus omni mortalitate destitutus (e) quasi congluti-

(d) Potissimum enim remedia quoque suspensiva super positionibus admittuntur, sed de solis arbitrariis questionibus, sicuti solus iudex cognoscit, ita quoad nudum iuramentum malitiæ ista remedia contra sententiam merito reiicienda forent.

(e) Ardua videtur hæc quæstio, an quandam moralitatem habeant fatalia, cum negligi terminus peremptorius eadem soleat incuria atque dilatorius, si vero nullum
G aliud

conglutinatus, sed hac de re vt mentis cogitata pluribus exprimamus, angusti limites, quos nobis proposuimus, non permittunt. Reuertamur itaque ad scopum; paucis ostenso ac perspecto reddito litis contestationis iuratae multiplici vsu, quaestio iam occurrit, num iudices reos ad litis contestationem iuratae adigere possint? Nobis nulla videtur subesse ratio dubitandi (f) cum non solum iis incumbar

aliud factum illicitum supponere queamus, quam incuriam, qua ratione conciliari poterit poena fatalitatis tam grauis & rudis? vt saepe capitalem poenam vel aequae vel superer, putamus enim alia ratione occurri posse tergiversationibus, vel potius, quia tales reuera non habemus, incuriis & negligentiae, nempe si proportionata poena ipsis statuatur, eaque absque vilo remedio suspensiuo executioni mandetur, praeterea peremptoria edicta longe aliam apud Romanos habebant rationem, ad nostra tempora vix applicabilem, semper enim supponebatur tergiversatio citati, qui comparere nolebat, *SCIPIO GENTIL. in orig. voc. peremptorium edictum*, ibi: *quod prohibere disceptationem*, *MEKAGIVS cap. 39. Am. an. Iur. ead. voc. non tamen prohibere sed tollere interpretatur. vid. quoque l. 70. & 71. ff. de iudiciis.*

(f) Eadem enim ratione, qua post iuramentum necessarium, seu a iudice delatum siue suppletorium fuerit, siue purgatorium, admittitur probatio contrarii, *l. 31. ff. de iureiur. etiam per testes STRYK V. Mod. ad dict. tit. §. 40. eodem quoque argumento admitti potest probatio ordinaria post iuramentum quo corroboratur litis contesta-*

bat abbreviare lites, secundum *L. 13. C. de iudic.* sed etiam hæc quæstio inter arbitrarías, de quibus MENCHIVS magna molis tractatum conscripsit, merito sit referenda (g).

§. XXIX.

Positiones in causis civilibus locum habere supra §. 12. ostensum. Quæstio autem moveri solet, an etiam in causis summaríis, matrimonialibus, ac ecclesiasticis sint receptæ? Summarius enim processus, qui etiam extraordinarius adpellatur, videtur esse, in quo, omíssis iuris positiui solennibus processum retardantibus, ea solum adhibentur, quæ sunt

G 2 sunt

contestatio, immo vero contra iuram diffessionem admittitur probatio contrarii in processu executivo *MEY. part. 6 dec. 278.* vbi in fine istam iuram diffessionem pro litis contestatione negatiua venditat, & ita rectissime.

(g) Nec facile in praxi reperimus, quod partes adeo sint leves & temerarii in præstando iuramento calumnia speciali seu malitiæ, potius omnibus modis laborant, ne ad illud adigantur, vnde pro euitando puncto incidentiæ communiter saltem euitatur hoc iuramentum, super hoc enim quum leuiterationes, appellationes & alia remedia indistincte pro more admittantur, facile biennium vel triennium labitur, quod euitari posset, si hæc causa mero arbitrio iudicis relinquereetur, sicuti ipso iure relicta est, sed deploranda facies processus nostri manebit ob sportularum gaudia, quæstiones enim incidentes alunt & iudices, & aduocatos.

sunt processus naturalia vid. GOTHOFREDI FIBIGII *Processus P. II. not. ad membr. 1.* Positiones vero ad solennia processus cursui remoram iniicientia pertinere, supra iam evidentissimis, ut opinamur, rationibus est demonstratum. Verum iure canon. & praxi hodierna illa nihilominus non solum in causis summariis, sed etiam matrimonialibus receptas esse testantur *Clement. saepe de V. S. & c. 1. de iuram. in 6to* quoad causas summarias tantum. *Die Sinter = Pommerische Consistorial = Ordnung c. 10. Märckische Consistorial = Ordnung tit. 15. BRVNNEMANN. in Iure Ecclesiast. lib. III. c. 4. §. 2.* Litis contestationem perspicuam, aptam, ac specificam, Pontifex e contrario in causis ecclesiasticis haud necessariam esse iudicavit *in Clement. saepe de V. S. c. 1. in fine ut lis non contest.* sed quam insulsum ipsius fuerit iudicium, ex supra adductis quilibet sana præditus ratione facili negotio diiudicare poterit.

§. XXX.

Discipiendum itaque erit, ane hic Positiones aliqualem præbeant vilitatem? ad hanc quæstionem BRVNNEMANNVS *c. 1. §. 3.* respondet hoc modo: *sed valde mihi periculosa hæc methodus procedendi per positiones visa est, præsertim in matrimonialibus.* Nam licet iuramentum calumniæ ab utraque parte possit salva conscientia ut plurimum præstari, dum in factò multa sunt dubia, & multo maiora in iure. Sed de positionibus, quæ de factò notabili proprio formantur, aliud dicendum videtur, & alterum omnino peierare necesse est.

est. Nam si sponsus asserat fidem sibi datam de coniugio, puella neget, in hoc facto notabili & proprio necesse est, si uterque præstet iuramentum, actor quidem dandorum, rea vero respondendorum, alterum perjurium committere, quod in calumniæ iuramento non ita certo præsumi potest (h). Huic etiam sententiæ album adiicit calculum STRYCK in Additionibus ad dict. c. In facto, inquiens, de proprio notabili non ignota iuranti veritas esse potest, ut hic dandorum & respondendorum iuramentum in effectu fiat veritatis; non aliud enim hic credere potest, quam quod nouit, & si aliter deposuerit, periurus sine dubio est.

§. XXXI.

Hasque rationes, quæ magni profecto momenti sunt, probe trutinatas fuisse a conditoribus Constitutionis Pomeran. von Verlöbnißen und Ehefachen liquet ex verbis §. 11. quibus positionum usus quoad matrimonialia expresse interdicitur. Verba ita se habent. *Anlangend diejenigen Verlobnen, so beyderseits keine Eltern haben, sui iuris und maiorennes*

G 3

(h) Confunditur quodammodo iuramentum calumniæ generale & speciale, vltimum vero potissimum requiri ostendimus, ita exempli quondam meminimus in matrimonialibus, vbi actor ad consummandum matrimonium litem continuabat, cum tamen alibi sponsalia iam contraxisset, quis igitur dubitaret, quin super hoc facto ad iuramentum maliitiæ absque vllis ambagibus adigi debuerit, ad quid vero iterum positiones?

rennes seyn, soll deren Verlöbniß, wenn selbiges ohne jemandes Beyseyn getroffen, auch vor ein heimliches Verlöbniß, und vor unbindig erkant werden, bis beyde Personen solches durch öffentliche Verlöbniß vor ehrlichen Leuten entweder freywillig wiederholen, und bestätigen, oder für Unserm Consistorio von neuen sich beyderseits dazu bekennen: Solte dabey eine fleischliche Vermischung und Schwängerung vorgegangen seyn, und das Weib vorgeben, daß der Stuprator ihr die Ehe versprochen, so soll sie zwar damit gehöret werden, wenn sie in continenti solche Eheversprechung schriftlich, oder mit zweyen Zeugen oder auch per testem vnicum omni exceptione maiorem oder sonst semiplene cum praestatione iuramenti suppletorii, wenn das Consistorium aus erheblichen Ursachen solches erkennet, beweisen würde, in dessen Entstehung aber soll sie abgewiesen und keinesweges zum Beweis per Positiones & Responsiones, als welche wir in Ehesachen ganz nicht verstaten, noch ferner admittiret wissen wollen, zugelassen ic.

§. XXXII.

Ob eundem periurii metum in criminalibus positiones non admitti constat. In processu Inquisitorio omnino admitti nequeunt, quia ibi libellus, ex quo tamen formari debent, non adest. Articuli autem Inquisitionales maxime interrogatorii sunt sic v. g. non admittuntur articuli multiplices, perplexi &c. sic in causis criminalibus leuioribus, si inquisitus ad illos respon-

respondere pertinaciter recuset, præcipuus litis contestationis effectus ipsis etiam tribuitur, vt nimirum iure communi lis pro negatiue contestata, iure vero Saxonico inquisitus pro conuicto ac confesso haberi possit. Qualis vero procedendi modus in causis ciuilibus, talis etiam debet esse in causis criminalibus leuioribus, quæ cum ciuilibus comparari solent vid. LVDOVICI *in Process. Crimin. c. 3. §. 11.* Quæstio itaque oritur an iudex in causis criminalibus ab inquisito iuramentum respondendorum exigere possit? respondemus, iudices illud ab inquisito exigentes pœna ac reprehensione esse dignos, cum non solum maxima intercedat differentia inter causas ciuiles, ac criminales, in illis enim de damno reparabili, in his vero de irreparabili vitando agitur, & per consequens maior periurii suspicio oritur (1): vtumque etiam iuramentum, & dandorum & respondendorum in odium calumniatorum, (vti supra iam ostensum) introductum, cuius loco in criminalibus successit ipsa inquisitio. Leges vero pœnales, quarum ratio ignoratur, strictissimæ sunt interpretationis, nec arbitrio cuiuslibet iudicis subiectæ.

§. XXXIII.

- (1) Præterea processus inquisitorius ex indiis formatur, ita vt hæc sæpius nihil aliud nisi iuramentum purgatorium operari possint, stultitia igitur esset iudicis præoccupare hoc iusiurandum, & ita turbare limites processus inquisitorii, vnde communiter reprehendunt Icti istos iudices, qui ante responsonem reorum iuramento hos obstringunt, quod veritatem vbique responsuri sunt, IUL. CLAR. *in pract. crim. §. ult. qu. 45. n. 9.* LVDOVICI *tit. l. §. 15.* addita ratione quod hic modus quoad positiones vsitatus, ad processum inquisitorium non quadret.

§. XXXIII.

Ex hisce satis patescit, ex aliquali articulorum inquisitionum, & positionum conuenientia non concludendum esse, ergo iuramentum respondentorum in criminalibus necessarium est. Ostensa itaque, & clavis ac euidentiis rationibus perspecta red-dita Positionum inutilitate, huic exercitio academico colophonem iam imponere lubet. Potuissimus Lector Beneuole, hanc materiam pluribus pertractare, si in amplum controuersiarum circa varias Positionum species a Doctoribus motarum campum exspatiari animus fuisset, verum cum sola cogitatio de eiusmodi altercationibus nobis fastidium creare valeat, ea attigisse merito contenti sumus, quæ propositi ratio efflagitauit, vt nimirum inutilitatem Positionum quasi palpabilem reddentes, simul, qua ratione malo, quod ex illa in omnia reipublicæ membra redundat, medela afferri possit, ostenderemus. Sit itaque hic in nomine eius, qui omnis expers est termini

TERMINVS.



W 11
f
56

ULB Halle 3
002 106 272






2 1724 136

SIMONIS PETRI GASSERI
ICTI
POTENTISSIMO BORVSSIAE REGI A CONSILIIIS INTIMIS
ITEM BELLIC. ET DOMANIAL. IVRIVM ET RERVVM OECONOMICO-
CAMERALIVM PROFESSORIS ORDINARII, SCABINATVS IN
DVCATV MAGDEBVRGICO ADSESSORIS

DISSERTATIO IVRIDICA 141
DE
INVUTILITATE
POSITIONVM
CVM
IVRAMENTO DANDORVM
ET
RESPONDENDORVM.



HALAE MAGDEBVRGICAE
RECUSA IMPENSIS IOANNIS ERIDERICI GRVNERTI
M D C C L V I I.

(7)