

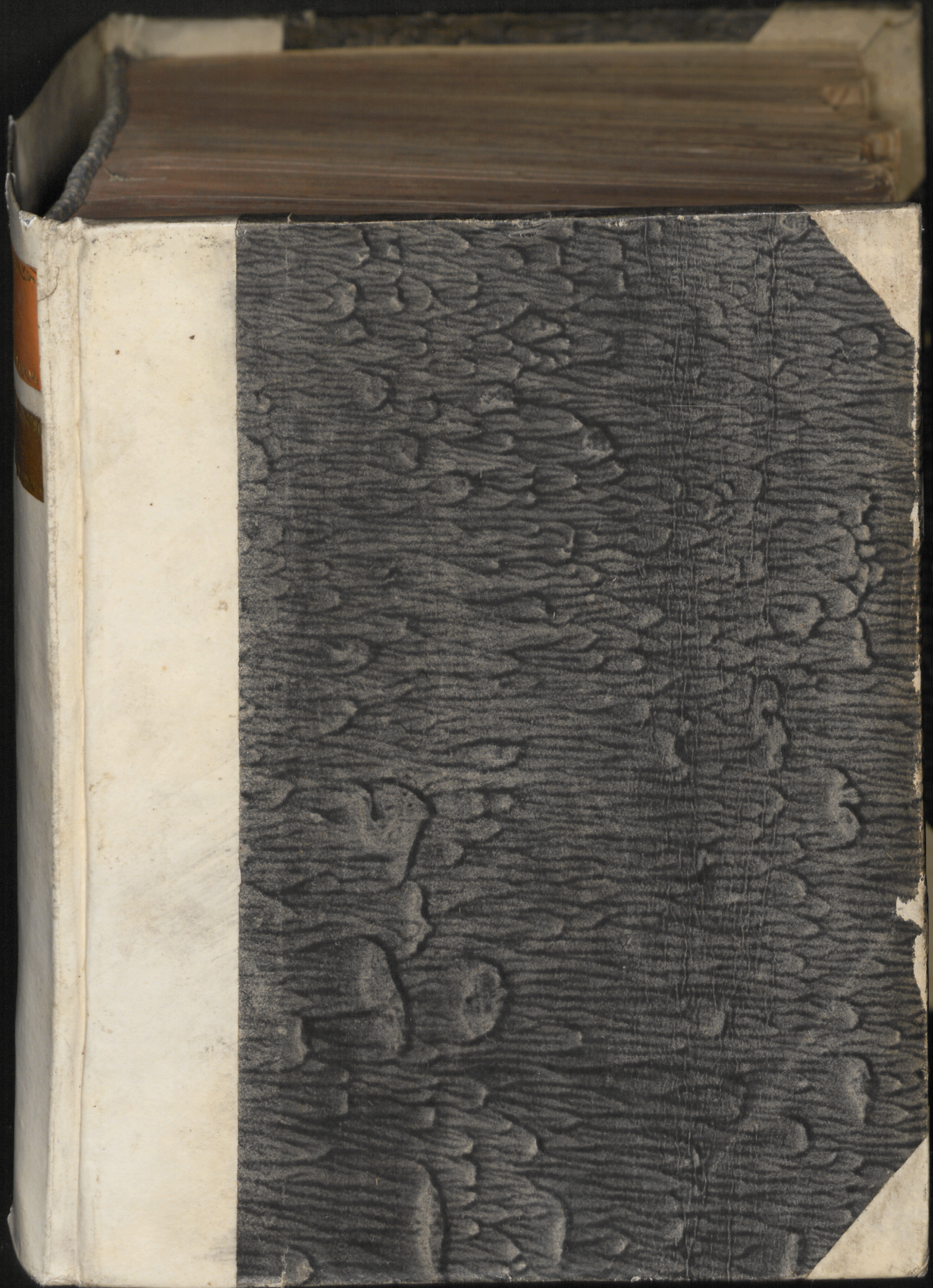
## **Dissertatio Juridica De Genuina Ratione Arbitrii Judicis Circa Testimonia Maxime Si Veritas Aliter Haberi Nequit**

Lipsiae: Literis Breitkopffianis, 1727

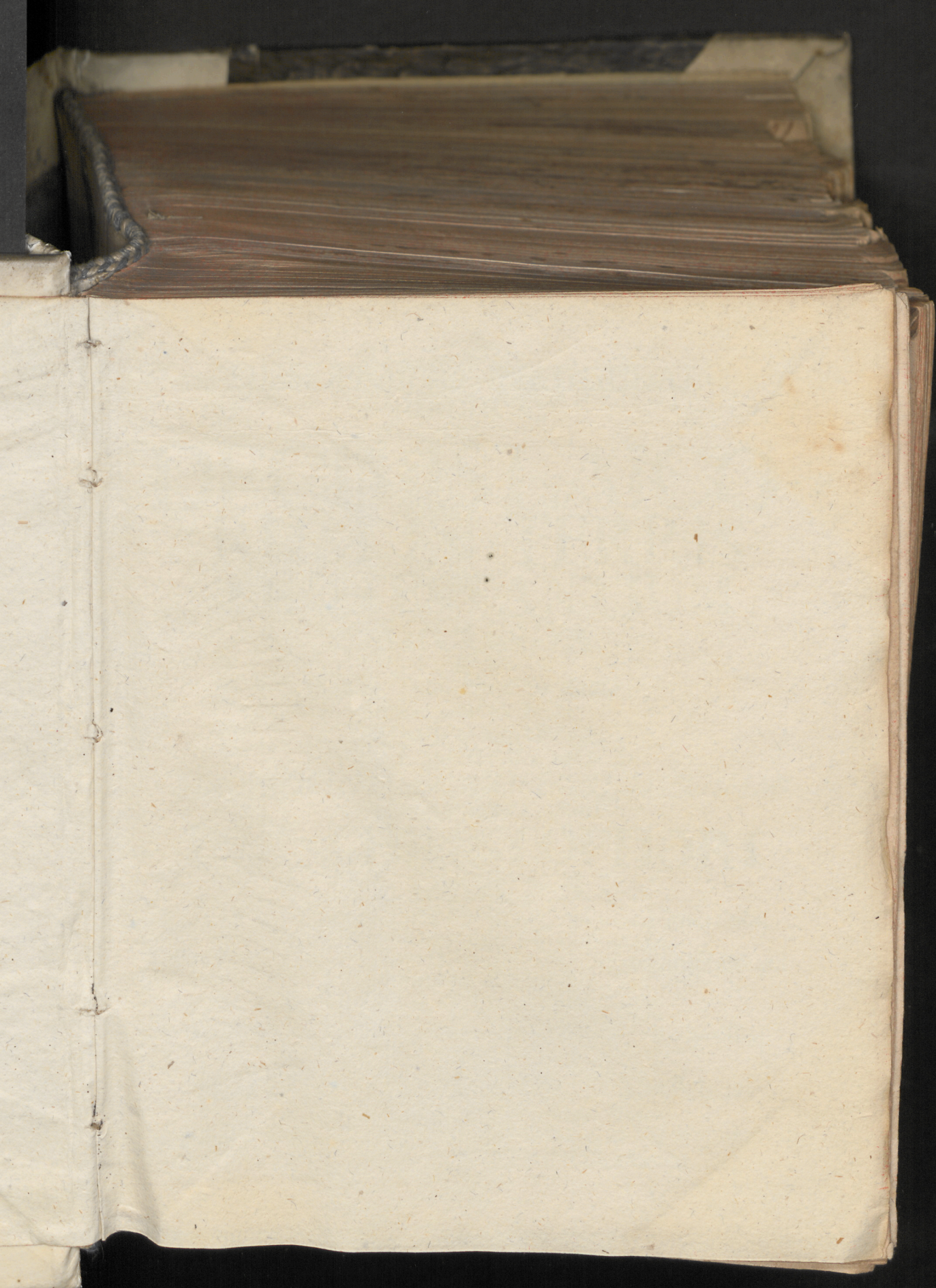
<https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1866391054>

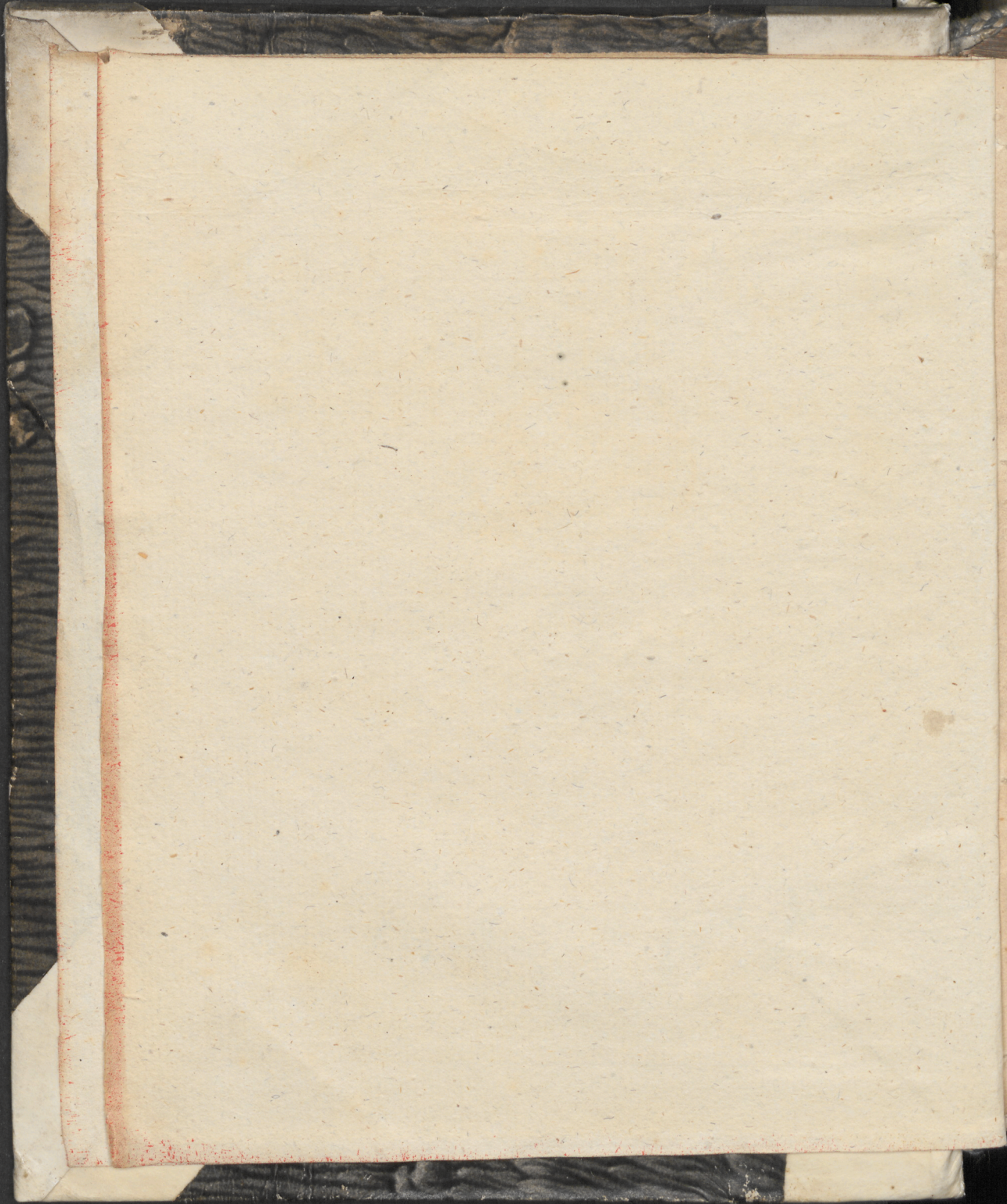
Druck Freier  Zugang





V. K - 2 (46.)





Q. D. B. V.  
DISSERTATIO JURIDICA

DE

GENUINA RATIONE  
ARBITRII JUDICIS  
CIRCA TESTIMONIA

MAXIME SI VERITAS ALITER HABERINEQUIT,  
QUAM

CONSENSU MAGNIFICI ICTORUM  
ORDINIS

PRÆSIDE

D. JOHANNE GOTTLIEB  
REICHELIO,

SUPREM. CUR. PROVINC. ET CONSIST.  
ADVOCAT.

D. I. FEBRUARII MDCCXXVII.  
PUBLICÆ DISQUISITIONI SUBMITTIT

AUTOR RESPONDENS

CHRISTIAN. FRIDERIC. FIEBIGER,  
LOEBAV. LUSAT.

---

LIPSIÆ,  
LITERIS BREITKOPFFIANIS.

PATRIÆ CIVITATIS  
LOEBAVIENSIS  
PATRIBUS CONSCRIPTIS  
VIRIS  
PRÆNOBILISSIMIS, AMPLISSIMIS CONSUL-  
TISSIMIS DOMINIS  
DOMINIS  
CONSULIBUS  
PRÆTORI  
SCABINIS  
CÆTERISQUE  
ORDINIS SENATORII MEMBRIS  
DOMINIS PATRONIS ET FAUTORIBUS  
OBSERVANTIÆ ET OBSEQVII CULTU  
PER ÆTATEM PROSEQVENDIS  
HANCCE DISSERTATIONEM  
IN OBSTRICTISSIMI ANIMI TESTIMONIUM  
OFFERT ET CONSECRAT  
TANTORUM NOMINUM  
CULTOR OBSERVANTISSIMUS  
CHRISTIAN. FRIDERIC. FIEBIGER.



§. I.

**S**

æpe ac multum hoc cum animo reputavimus, quænam causa sint, cur in primis doctrina de testibus tot tantisque scateat difficultatibus, & plurimæ dissensiones atque opiniones inconstantes in eadem deprehendantur. Qui vel leviter in foro versatus Dd. varias sententias ad ipsa rerum argumenta retulit, in testium admissione & virtute testimonii certum quid definire, multum negotii sibi datum sentiet, & animadvertimus, quod Advocati conscientiz rei inconsiderati, & levis animi hominis, causam sapius committere, quam probationem causæ testibus instruere, & ita ad minimum actori viam ad suppletorium parare maluerint. Experti enim sunt, facile evenire, ut, testibus productis non admissis, vel non coactis, & denegato ad juramenti delationem reditu, ex hoc probationis defectu adversa pars absolvatur.

§. II.

Operæ pretium erit, hujus rei causas indagare, quarum una in generalium de testibus recipiendis vel cogen-

A

dis

dis regularum constitutione, ex causis judicatis singularibus transumpta, deprehenditur. Dictorum veritatem magna observationum, decisionum & quaestionum volumina satis testantur. Nosse debuissent boni viri, argumentis & indiciis, quæ cujusque causæ propria sunt, motum judicantis in primis confirmari, adeo ut pro causæ conditione alia, alii testes admittantur, & inviti cogantur. Et hæ sunt illæ *rationabiles causæ*, & *legitima adminicula*, de quibus c. 12. & c. 27. X. de testib. loquuntur, & quæ c. 37. X. eod. plenius recensentur. *Testes ad veritatem juvandam adhiberi oportet*, verba sunt l. 5. C. de testib. Nec præter rem INNOCENTIUS III. c. 32. X. de test. *ex testimoniis motum animi sui, inquit, convenit judicem informare. At ex argumentis & testimoniis, quæ rei aptiora esse comperit judex circumspectus atque discretus, motus animi sui confirmari; & si præsumptionem violentam fama consentiens subministret, ac alia legitima adminicula suffragentur, etiam testimonio de auditu standum esse* significanter dicitur c. 27. X. de testib. Hinc in aliis causis testes de auditu admissos, in aliis a testimonio dicendo prohibitos, non miramur, & ita quilibet videt, ex solis rebus judicatis regulas generales, de quibus dicimus, non nisi vagas & fallaces constitui, quæ postea ipsam doctrinam de testibus inconstantem & incertam suo vitio reddunt.

## §. III.

Quum igitur pro circumstantiarum varietate, argumentorum aliorum convenientia & ipsius negotii natura judicem animum suum dirigere conveniat: Consequens est, non unam eandemque testium receptionis, coactionis & fidei dijudicandæ normam judici præscribi posse, nec legum

legum romanarum vel pontificiarum conditores judicantibus ejusmodi regulas universales & perpetuas præscriptas voluisse, recte præsumitur. Longe aliter sentiunt Dd. qui hujusmodi cautelas de fide testium examinanda, in legibus judici suppeditatas, regulas generales judicant, quasi ista constituent principia unica, & veritates apodicticas, in testium receptione vel coactione ac in fide testimonii dicti judici indubitanter sequendas: ita fit, ut omnia incerta reddantur, ut hisce principiis innixa doctrina sibi non constet, crebriores dissensus ubique occurrant. Et hanc alteram causam mali, confusionis & incertitudinis, de quibus loquimur, haud inique nec temere habemus.

## §. IV.

Ne vero plus, quam par est, nobis sumfisse videamur, provocamus ad Rescriptum HADRIANI quod CALISTRATUS Jctus l. 3. §. 2. ff. de testib. refert, in hæc verba: *Quæ argumenta, ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest, sicut non semper, ita sæpe, sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur, alias numerus testium, alias dignitas & auctoritas alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem, hoc ergo solum tibi rescribere possum summam: non utiq; ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* Et præterea notari meretur l. 21. §. 3. ff. de testib. *si testes omnes ejusdem honestatis & existimationis sint, & negotii qualitas ac judicis motus cum his concurrat, sequenda sunt omnia testimonia.* Si vero

ex his quidam eorum aliud dixerint, licet impari numero, credendum est, sed quod naturæ negotii convenit, & quod inimicitie aut gratiæ suspicione caret, confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis & testimoniis, quæ rei aptiora & vero proximiora esse compererit. Nec leve pondus addit l. 3. §. 6. in fin. ff. h. t. ibi: Non dubitandum est, quin testes evocandi sunt, quos necessarios in ipsa cognitione deprehenderit, qui iudicat. Quæ omnia satis nobis confirmare videntur, quod certa & perpetua regula de testimoniis & reliquis probationibus iudicis officium constringi nequeat.

## §. V.

Quod si cujusdam animo ita nondum satisfactum fuerit, vera deprehendet, si porro contulerit l. 3. §. 5. ff. de testib. cum l. 21. §. 2. ff. eod. Altera enim lege expressis verbis a testimonio arcetur, qui ad bestias, ut depugnaret, se locavit, quales erant harenarii, homines vilissimi: Altera idem harenarius & similis persona (scilicet vilissima) si ea rei conditio est, ad testimonium admittitur. Itidem l. 21. §. 1. ff. h. t. expresse cautum, ut si res exigat, non tantum privati, sed etiam magistratus, si in presenti sint, testimonium dicant. Ut adeo Prætor testimonium dare debeat in iudicio adulterii causa. Quæ omnia non procederent, si iudicis religio certis & perpetuis regulis alligata, & ei non integrum esset, testes regulis istis non expresse comprehensos proprio motu a dicendo testimonio repellere, id quod tamen l. 13. ff. de testib. edocemur, in qua calumniæ damnatos, quibus nulla lege testimonium interdictum esse perhibetur, in publicis iudiciis a testi-

testimonio dicendo repellere, ad officium judicis pertinere dicitur, *ne quod legibus omissum est, religione judicantium omitteretur.*

## §. VI.

Hæ fere sunt causæ, quæ insignem illam dissonantiam rerum judicatarum & incertitudinem doctrinæ de testibus produxisse nobis quidem, salvo aliorum judicio, videntur. Modus cuilibet, varios de testibus tractatus evolventi, primo statim intuitu in oculos incurret, ubi facile vagas istas regulas de testibus clericis, infantibus, impuberibus, minoribus & senibus, ascendentibus, descendentibus, collateralibus & affinibus, conjugibus, domesticis, tutoribus, curatoribus, advocatis, procuratoribus, de testibus in propria causa, ex universitate, de subjectis, de auditu & credulitate, de vilibus & infamibus personis cum similibus animadvertet conceptas, quibus testes invitos cogendos vel non cogendos, prorsus inhabiles vel minus habiles certo definire sibi sumunt, & quando testes pro certis personis, vel contra certas personas, vel tantummodo in certis causis ad testimonium non admittantur, vel admissi quoad personas & dicta refutantur. His igitur regulis omnem doctrinam de testibus tanquam in indice contineri, sibi persvadent, & infinitas fere limitationes, ampliationes & exceptiones subjiciendo, vix amplius exceptiones a regulis dignoscunt, vel istas ipsa regula sæpius ampliores sentiunt, ita ut limitationibus & exceptionibus alias sublimitationes & exceptiones addere, ipsi ex vaga regularum incertitudine cogantur, & doctrina de testibus in circulo regularum, ampliationum, limitationum & exceptionum adeo circumagatur, ut lector exitum vagæ incertitudinis invenire nequeat.

## §. VII.

In hunc labyrinthum sententiarum volentes & inviti deducuntur, ubi pro regulis universalibus habent incauti admonitiones & cautelas, in legibus judici passim præscriptas, quibus ejusdem officium instruitur, ut, suppeditatis arbitrii sui fundamentis, testes suspectos vel plane non admittendos majori cum fiducia apud sese constituat, & quantam fidem ejusmodi testibus rei & argumentorum qualitas contribuat, penitus examinet. Tantum enim abest, ut legitimis istis cautionibus judici uniformiter & universaliter de teste alias non cogendo vel non admittendo, spretis circumstantiis contrariis, statuendi necessitas imponatur: ut potius id leges iisdem intendant, ut, si multum concedamus, effrenis judicis motus aliquanto coërceatur, ne arbitrium in vagam licentiam degeneret, & litigantes judicem de eo, quod caute observare debet, majori cum fiducia admonere, & virtutem & vim testimonii aliqua ex parte præscire & judicare valeant.

## §. VIII.

Harum limitationum alias generalissimas, ut ad quamvis regulam limitationem in promptu haberent, alias speciales certis speciebus testimoniorum sibi efformarunt, quibus denique specialissimas subinde adjecerunt. Primum locum in prima classe jure meritoque sibi vindicat nostra, de qua dicendum nobis est, limitatio generalissima: Si veritas aliter haberi nequit. Hanc ubique mox sic, mox aliter intellectam & applicatam deprehendimus, nec facile contra testem excipit adversarius, ubi hoc præsidio difficillimæ probationis se munire non adnitatur, quo ipso tamen mirum quantum sæpius fallunt, & falluntur.

Cum

Cum igitur mihi, priusquam in forum procederem, specimen aliquod academicum edendum esset, & de frequentissimo Practicorum abusu, & diversissimo intellectu hujus dicerii, si veritas aliter haberi non potest, subinde in collegiis suis Dominus Praeses dixisset, & qua ratione, hanc usitatissimam limitationem Doctorum excutiendo, fundamenta arbitrii judicis, circa testes admittendos vel cogendos caute adhibendi, quasi in exemplo tradi possent, simul ostendisset: Hoc mihi dictum existimavi, & eo lubentius hanc materiam examinandam suscepi, quo magis se mihi commendaret, cum nec nimis practicam, nec plane theoreticam animadverterem. Si liberius & confidentius dixerem, quam par est, ita excitasse & commovisse acutiora aliorum ingenia, mihi satis erit, ut de fundamentis arbitrii judicis circa testimonia magis solliciti Juri majorem lucem veritati indagandæ, & meliorem certitudinem Jurisprudentiæ nostræ adferre collaborarent. Eam vero legem dicendorum nobis diximus, ut in fundamenta, quæ Dd. de testimonio, si veritas aliter haberi non potest, invenisse sibi videntur, sedulo inquiramus, eorundem varias de hac re opiniones conferamus, & tandem rei aptiora & cum majori certitudine concludendi conjuncta principia indagare omni studio adnitamur. Faxit Deus feliciter!

## §. IX.

Constitutum nobis est, ante omnia, in fundamenta Dd. inquirere, quibus regulam hanc universalem dicti testimonii, si veritas aliter haberi non possit, maxime inniti, existimant. Hoc nomine in primis ad l. 7. ff. de testibus provocant. Verba legis alleg. ita habent: *Servi responso tunc credendum, cum alia probatio ad eruendam veritatem*

*veritatem non est.* At vero quis non videt, hac lege non agi de testimonio, sed de responso tormentis extorto. Id quod satis evincunt l. 7. ff. de probat. ibi: *servi questioni credendum est* j. l. 15. ff. d. quæstion. Quæstio & testimonium, de quo loquimur, aperte contra distinguuntur l. 20. ff. de quæstion. ibi; *quæstione illicite habita unius testimonio non esse credendum.* Tortura facit personam testis integram, quæ alioquin integra non erat, longe aliter de testimonio dicendum JUL. CLARUS Pract. Crim. quæstion. XXV. FABER. in Cod. Libr. IX. Tit. XXI. def. XXIII. SEBAST. GVAZZINUS de defension. reor. def. XIX. cap. X. n. 16. CARPZOVIVS Prax. Crim. quæstion. CXIX. n. 50. Idem fere dicendum de l. 8. §. 6. C. de repud. quam in prima fundamenta sua adsumunt, ibi: *servis etiam seu ancillis puberibus, si crimen adulterii vel majestatis ingeritur, tam viri quam mulieris ad examinandam causam repudii, quo veritas aut facilius eruatur, aut liquidius detegatur, si tamen alia documenta defecerint, quæstionibus subdendis.* Qui hanc legem penitus examinaverit, videbit, eam esse singularem, de adulterii & majestatis crimine ex singulari causa disponere, quod, si alia documenta defecerint, servi quæstionibus subdendi sint. Præterea plane aliud est: *si veritas aliter haberi non potest, & longe aliud indicant verba legis: quo veritas aut facilius eruatur, aut liquidius detegatur.* Quis igitur in hac lege quæsierit testimonium, si veritas aliter haberi non potest, nisi a plane diversis & a singulari ad universale, a quæstionibus ad testimonium argumentari velit, quod tanto minus procedit, cum certum sit servorum nullam juris communionem, nec testimonii dictionem

nem

nem fuisse, eoque plane intestabiles habitos esse, quorum testimonia nec recipiebantur, nec ipsis dicebantur l. 26. ff. de testam. arg. l. 32. ff. d. R. J. l. 209. ff. eod. l. 59. ff. d. condict. & demonstrat. Nov. 90. c. 6. Nec minus de quaestione habenda de servis, si aliter veritas inveniri non possit, agit l. 9. pr. ff. de quaestione. adeoque frustra a Dd. ex hac lege argumentum ducitur, quod per ea, quæ modo diximus, satis, ut opinamur, refutatum est.

## §. X.

Nec ex decretis Pontificum cap. 5. & cap. fin. X. de testib. cogend. si dicendum, quod res est, eam regulam generalem evincere nobis videntur. Uterque textus loquitur de causis criminalibus, in quibus facilius quis ad testimonium admittitur, quam in pecuniariis quod JUSTUS REUBERUS Tract. de testibus P. III. n. 10. II. eleganter deduxit. In altero nimirum cap. 5. X. d. testib. cogend. clericus enormem injuriam realem, a laicis sibi illatam vindicare contendit, & tamen aliter veritas elici non potuit, quam per laicos adstantes & videntes, qui de causa clerici, & in causa criminali testificari recusarunt, quasi utroque casu laici non admitterentur, & hæc fere ratio dubitandi esse videtur. Verum enim vero, cum laicis testimonium non aliter, quam si contra, clericum testimonium dicere præsumserint, jure canonico prohibitum sit c. 3. & cap. 10. X. de testib. cogend. cap. 14. X. de testib. & attestat. UNGEPAUER Libr. II. Tit. XX. n. 24. BOEHMER Jur. Eccles. Libr. II. Tit. XX. §. 16. Non mirum est, & satis manifesta ratio decidendi prostat, quod Pontifex hoc cap. 5. non pati voluerit, in odium clericorum detorqueri, quod in ipsorum favorem introductum est. Tan-

tum igitur abest, ut exinde regula generalis de testimonio si veritas aliter haberi nequit, deducenda sit: ut porius ex hoc cap. plane exorbitante magis de ratione status clericalis quam alia solida pateat, quod Pontifex ad eliciendam veritatem injuriæ clerico illatæ in ipsius favorem laicos testes admittat, quibus tamen in causâ criminali contra ipsum, exceptis criminibus hæreseos & simoniæ, testimonium dicere prohibet.

## §. XI.

Idem patebit ex cap. fin. X de testib. cogend. in quo, ut conjuratio contra Archiepiscopum detegatur, socii criminis, juramentis ad hæc celanda adstricti, ab Archiepiscopo producendi, ad testimonium dicendum cogi jubentur, ne pro defectu testium pereat Archiepiscopi justitia. Præter ea enim, quæ jam dicta, & huc repetenda sunt, probe considerandum est, quod fere nihil amplius hoc cap. fin. disponatur, quam quomodo juramentum, iniquitatis vinculum solvendum sit. De cætero ipse Archiepiscopus socios criminis ad testimonium admitti petierat, adeoque non dubitandum erat, eosdem in causâ ipsius Archiepiscopi, eaque criminali admittere. Nec alii admittendi erant, quam quos Archiepiscopus ad testimonium duxerit producendos, quod autem in idoneos testes produxerit, non verisimile est, & ex cap. 18. X. de test. & attestat. addiscimus, ejusmodi testes juramento adstrictos non nisi idoneos in testimonium recipiendos esse. Hinc non apparet ratio argumentandi, ex qua, his ita præstructis, principium aliquod universale constituendum sit, ex quo testes minus idonei contra eum, qui fidem eorundem suspectam graviter urget, a judice ubique recipiendi sint, ex ea sola ratione, ne pro defectu testium pereat justitia, quæ ratio  
si uni-

si universaliter vera esset, & defectus testium solus id efficeret, frustra testes habiles & inhabiles legibus distinguerentur, & fere omnis legum sollicita cura, & intentio legislatorum turpiter eluderetur.

## §. XII.

Properamus ad excutiendas varias Dd. interpretationes testimonii si veritas aliter haberi nequit. Quidam latissime accipiunt verba: Si veritas aliter haberi non potest, & ex alio probationis defectu ad hoc testimonium subsidiarium tanquam ad sacram anchoram confugiendum esse, ideoque illud in cap. 2. X. de testib. cogend. *necessarium testimonium* dici, sibi firmiter persvadent, & quod mirum est, ita sentientes adeo ad tempus socium CARPZOVIVM nostrum habuerunt, qui P. I. C. XVI. def. 60. n. 6. sententiam hanc communem, a qua in iudicio non recedendum esset, expresse dixit, eaque, *pergit*, generaliter vera est, siue alii testes intervenire potuerint siue non, modo non intervenerint, nec eorundem depositio haberi queat. Idem fere asserit Libr. III. Resp. 92. quo ipso significantius & generalius de hac re dici non potuit. Eandem opinionem, dum scriberet Commentarium ad Pandectas, BRUNNEMANNUS fovit ad l. fin. ff. d. testib. n. 2. Quis vero non statim videt, omnem doctrinam de inhabilibus & privilegiatis testibus uno quasi ictu destrui, omnem legum de his adeo sollicitam & provide caventium vim ac potestatem turpiter everti. Cui accedit, quod cordati iudicis religio & auctoritas repellendi suspectos, & indulgendi privilegiatis testibus, impune eludatur, si generaliter, veritatem aliter haberi non posse, dicendum foret, quotiescunque alii testes actui probando non intervenerint, etsi intervenire potuissent.

## §. XIII.

Quæ cum adeo clara & manifesta sint, CARPZOVIUM & BRUNNEMANNUM non diu latere potuerunt: hinc factum, ut uterque a modo dicta opinione non ita multo post recesserint, & quidem ille P. I. C. XVI. def. 73. n. 5. ita habet: Tum demum veritas non aliter haberi posse dicitur, si negotium de cujus probatione agitur sit difficilis probationis de sui natura, hoc est tale, quod vel ratione loci vel temporis verisimiliter alii testes habitu intervenire non potuerint. Hic vero, BRUNNEMANNUS, in Commentar. ad Codic. quem profectiori ætate & magis confirmato iudicio, quam ad Pandect. scripsit, ad l. 19. C. de testib. n. 3. & in Process. cap. XX. num. 22. fere per omnia verba CARPZOVIO adstipulatur. Enim vero, licet ita acceptum testimonium, si veritas aliter haberi nequit, veritati multum proximius deprehendamus, inviti tamen huic interpretationi assentimur, & quæ contra sentiendi rationes nos adduxerunt, rectiori aliorum iudicio cum modestia relinquimus. Subobscura ac nimis angusta, si vera fateamur, explicatio huiusmodi testimonii subsidiarii videtur, & non apparet, quænam sit natura negotii, circa quod verisimiliter alii testes habitu intervenire non poterunt, nec aliter quam per exempla, actus occulti, anti-qui &c. a plerisque illustratur. Cum igitur sic non satis constet, quot & quæ qualitates naturam huiusmodi negotii indicare & verisimilitudinem operari valeant: Consequens est, ut iudex cum certa fiducia affirmare nequeat, negotium, quod probandum est, ita esse ex sui natura comparatum, ut alii testes habiles & non privilegiati intervenire non potuerint, adeoque testes privilegiati indistincte cogendi, & quod magis est, inidonei admittendi sint.

fint. Certe ex sola circumstantia loci & temporis, cujus meminit cit. loc. CARPZOVIUS, & FARINACIUS de testib. Libr. II. Tit. VI. Quæst. LXII. n. 55. cum certitudine concludi nequit, quod alii testes habiles eo loco, & tum temporis non adfuerint, nec adesse potuerint.

## §. XIV.

Neque remedium huic obscuritati & incertitudini inde afferri arbitramur, si cum STRYCKIO in U.M. Pand. Libr. XXII. Tit. V. §. II. & BOEHMERO in Jure Ecclesiastico Libr. II. Tit. XXI. §. 6. distinguamus, an veritas *per se*, an *per accidens* haberi nequeat. Obscurum enim per æque obscurum explicatur, & definientes casum, quando veritas per se haberi non possit, iterum ad naturam & qualitatem negotii recurrunt. Quinimo insufficientiam hujus principii ipsa distinctio satis prodit: Si enim ex sola negotii qualitate & natura testes inhabiles ubique admitterentur, & privilegiati cogerentur, sequeretur, quod si non per se, ex accidenti nunquam procederet. Posterius vero falsum est, cum dentur negotia, ubi per se & ex negotii qualitate testes inhabiles & non privilegiati adesse potuissent, ex accidenti tamen veritas aliter quam per testes inhabiles & excusatos, qui forte adfuerunt, in præsentia haberi nequit: Ergo falsum quoque est prius, quod soli naturæ & qualitati negotii tributum est. Illud vero facile & sæpius evenire poterit, si de contractu, ex libera voluntate & deliberato consilio contrahentium inito, instrumentum sit confectum, sed casu fortuito, vel culpa, vel malitia alius cujusdam perierit, aut adversarius, ex pluribus indiciis de perjurio suspectus, illud jurato diffidentum sibi sumserit, quod alter prævidere & præsumtionem contrariam habere non potuit: Certe nulli dubitamus,

quin testes minus habiles & excusati, ut ita tutius suppletorio juramento res decidatur, admittendi vel cogendi sint, licet veritas tantum ex accidenti, aliter haberi non possit, id quod inferius magis probatum dabitur.

## §. XV.

Alii, qui ab effectu de hac re judicium efformarunt, animadvertentes insignem contrarietatem in judicando, tam apertas dissonantias hujus testimonii subsidiarii, in ipsis rerum argumentis modo admissi, modo denegati, conciliandi animum abjecerunt. Inde factum est, ut rem omnem arbitrio & religioni judicis committere maluerint, id quod in primis plena manu persecutus est Jctus Helmstadiensis AUGUSTINUS LEISERUS qui specim. CCLXXXIII. Medit. ad Pand. p. 1161. seq. arbitrium judicis unicum doctrinae de testibus fundamentum constituit, & ex pugna & dissonantia variorum responsorum & rerum de hac re judicatarum hoc ostendere annisus, eod. specim. Medit. XII. p. 1175. ineptum dixit assertum, quo testem inhabilem admittendum vulgo crederent, si veritas aliter haberi nequit. Probare studet alleg. loc. Medit. XXVII. p. 1198. dari casus, quando veritas aliter haberi nequit, quibus personae a testimonio ferendo immunes testimonium modo dicere cogantur, modo a testimonii dictione liberentur, adeoque rem unice ab arbitrio Judicis pendere arbitratur. Idem fere sentire videtur VOETIUS ad Pand. de testib. §. 12. & GROENWEGEN ad l. 24. ff. de testib. SIMON van LEEUWEN Censur. forens. part. II. Libr. II. Cap. VII. n. 5, 6, 16 & 17. Scilicet moribus nostris fere obtinere, ut omnes omnino testes producti audiantur, salva adversario, contra quem producti, reprobandi licentia. Cui sententiae accessit TITIUS noster in

in

in jure suo Privato Romano-Germanico Libr. II. cap. XIII. §. 14. & observat. Lauterb. observat. 729. hac tamen limitatione, quæ per se patet, addita, ut judex tunc testes productos repelleret, si evidens aliqua causa, ut tenera ætas, defectus rationis, aliaque impedimenta naturalia obstarent.

## §. XVI.

Vidimus duo quasi extrema doctrinæ de testimonio, si veritas aliter haberi nequit, neutrum nobis satis videtur probatum, nec regulam universalem, quam sibi fingunt, varietas circumstantiarum & diversitas aliorum rei argumentorum admittit, quippe quæ certis adeo finibus circumscribi nequit, nec cunctæ res, quod alterum extremum est, arbitrio judicis soli committendæ sunt. Parum enim aut, si quod sentimus, dicendum est, nihil dictum arbitramur, si quid illimitato arbitrio judicis relinquitur, nec tamen congrua & genuina fundamenta arbitrii hujusmodi moderandi simul suppeditantur. Ita enim fit, ut facile in vagam licentiam motus judicis degeneret, id quod in civitate omni, data opera, evitandum est, cum facile judex vel judicando decipi, vel arbitrio & potestate sua, sibi concessa, abuti, nec ex solidis principiis, quibus tunc destituitur, contranitens advocatus ad officium suum Judicem revocare, & potestatis indefinitæ invidiam & inde clienti metuendum damnum evitare potest. Certo autem certius est, judicis perperam interposito arbitrio, plus noceri, quam rabula justitiam causæ ad fallendum compositis suis artibus, quæ facile a judice circumspecto deteguntur, alterare & invertere valet.

## J. XVII.

Graviter plane & optime utriusque malo occurrit Ordin. Process. Saxon. Recogn. quæ ad Tit. XXII. §. 2. causas repellendi



risimilitudo obtineatur ad testium qualitatem & ad ipsorum deposita, respicere oportet, quibus potius lux veritatis adsistit, ex quibus motum animi sui convenit judicem informare, verba sunt c. 32. X. de test. j. c. 27. X. eod. maximam partem excrupta ex l. 21. §. 3. ff. de test. ibi: *Credendum est ei, & quod naturæ negotii convenit, & quod inimicitie, aut gratiæ suspicione caret, confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis & testimoniis, quæ rei aptiora, & vero proximiora esse compere-rit, non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, & testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.*

## §. XIX.

Arbitrium judicis significanter dicitur *motus animi sui*, quia ex sententia animi sui ipsum *estimare* oportet, quid aut credat, aut parum probatum sibi opinatur ex l. 3. §. 1. in fin. ff. de testib. Tò *estimare, opinari* satis indicat arbitrium judicis probabile, ita *estimare* expresse dicitur de arbitrio judican-  
tis l. 45. §. 10. ff. de jurib. fisc. & satis apte arbitrium judicis motus animi his legibus vocatur. Certe judex argumen-  
tis & indiciis rei aptioribus & vero proximioribus move-  
tur, & ex diversis ejusmodi animi motibus tandem in  
unam hypothesin probabilem consentit, ut verba l. 1. §. 3. ff.  
de pact. nostra faciamus. Exinde recte decretum proba-  
bile dici posse, nobis quidem visum est, dum judex, diversis  
indiciis & argumentis diversimode motus, tandem, causa  
satis cognita, ex certa hypothesi verisimiliter decernit, ita l.  
60. C. Th. de appellat. dicitur: *Motu nostro decernimus. Vox  
motus & arbitrii* conjungitur quoque l. 10. C. Th. de legat.  
ibi: *Motus arbitrii proprii.* Nec minus apta denominatio-  
ne arbitrium judicis dicitur *religio judicantis, judiciaria*, ita

C

in

in l. 13. ff. de testib. *quod legibus omissum est, non omitetur religione judicantium: ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere.* & in l. 5. C. de testib. ibi: *fidem religioni judiciariæ debitam.* Notabilis etiam est. l. 6. C. Solutio Matrimon. ibi: *Sciet quatenus religionem judicationis suæ temperare debeat.*

## §. XX.

Quemadmodum igitur judex diversas qualitates personarum tam testium quam litigatorum in fundamenta arbitrii sui adsumere debet: Ita conditionem & circumstantias ipsius negotii, an tale sit, ubi veritas aliter quam per testes productos haberi nequit, simul examinare, ad officium boni judicis omnino pertinet, dummodo hoc unico argumento non contentus alia argumenta & indicia studiose conquirat. Itaque profecto ineptam plane considerationem, an veritas aliter haberi possit, cum LEISERO dicere non audemus. Variis autem modis contingit, ut veritas aliter haberi non posse, dicatur. Aut enim negotium tale est, ut *ex ipsa intentione agentis* in præsentia testium non fiat; aut *ex modo tractandi* vel propter alias concurrentes circumstantias testes advocari non potuerint.

## §. XXI.

Prius obtinet, quando negotium turpitudinem in se continet, quam quilibet occultasse præsumitur, vel si quis nullitatem actus aliamve pœnam metuit, aut judici testimonia & remedia inquirendi in veritatem subtrahere contendit. Huc pertinent clandestina pleraque delicta, in specie delicta carnis, concussiones, corruptiones magistratum, fimo-

simonia, &c. item, si quis de stupro vel adulterio transegerit, si per vim aliquid extorserit, si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit. Posterius in actibus inopinatis, improvisis & repentinis cernitur, quales sponsalia, donatio, & alia quavis promissiones esse possunt, idem in negotiis domesticis, in loco avio & hominum frequentia destituto, vel nocturno tempore facile contingit.

## §. XXII.

Nec minus evenire potest, ut *tempore gesti negotii* voluntarii & deliberati præter alios satis idonei & cogendi testes adfuerint: at *tempore probationis faciendæ* demortui sint, vel aliter non haberi possint, vel contrahentes in scriptis testibus non opus esse duxerint, & jam documenta perdita sint. Porro videndum, dolone adversarii; an culpa utriusque vel alterutrius; an vero casu factum sit, ut jam aliter quam per testes productos minus habiles veritas rei gestæ haberi nequeat. Denique casus probe distinguendi sunt, an testis privilegiatus cogendus, an minus idoneus admittendus, & quænam fides ejusmodi testimonio tribuenda sit. Privilegiatos eosque præcipue idoneos facilius compellat iudex, quam ut minus idoneos ad testimonium admittat: In admittendis ejusmodi testibus pronior sit iudex, quam ut eosdem statim a limine iudicii repellat: In examinanda vero fide testimonii dicti, sedulo collatis omnibus circumstantiis, quas conditio negotii, testium & litigatorum prodit, majori severitate utatur.

## §. XXIII.

Qui hæc, circumspectis rebus omnibus, consideraverit, facile deprehendet, non ex una quadam circumstantia,

nec ex sola natura & conditione ipsius negotii, sed ex plurimum circumstantiarum & argumentorum convenientia, quæ probabilitatem interna quadam virtute producit, & ex imputatione culpæ dijudicandos esse casus, ubi veritas aliter haberi nequit. In quo iudex cordatus absque omni hæsitatione, & cum ea, quæ in probabilibus veritatibus obtineri potest, certitudine, in hunc fere modum procedere debet, ut ante omnia, si de teste minus idoneo admittendo quæratur, in statum, quem dicunt, controversiæ & litis præsentem inquirat: ex eodem facta discrepantia, prout actor & reus proponunt, cum circumstantiis suis utrinque probe conferat: cujusnam intentio verisimilioribus circumstantiis & argumentis nitatur, & ita præ altera magis se commendat, disquirat: hac ratione non solum sæpe numero verisimiliter deprehendit, cui potius lux veritatis adfistit, arg. l. 21. §. 3. ff. de testib. & c. 3. X. de testib. sed & interdum per urgentes præsumptiones & indicia rei maxime apta ad semiplenam probationem pervenit. MEVIUS P. VII. D. 375. & P. III. D. 302. Cur hæc sollicitè iudici ipsa rerum argumenta adeo indaganda sint, graviter plane exponit QUINTILIANUS Instit. Orator. Libr. V. cap. VII. sub finem: Sæpe, *inquit*, inter testes & argumenta quæsitum, inde scientiam in testibus & religionem, ingenia esse in argumentis dicitur: hinc testem gratia, metu, pecunia, ira, odio, amicitia ambitu fieri, argumenta ex natura duci: *in his iudicem sibi, in illis alii credere.* Idem sentire videtur ARCADIUS in l. 21. §. 3. ff. de testib.

## §. XXIV.

Præter ea, quæ pro arbitrio iudicis circa testes sublevando

vando jam dicta sunt, simul ipsam conditionem litigatorum praeponderare plurimum juvabit. Vix aliter iudici constat, in quem litigantium magis odio, gratia vel spe lucri testis feratur, quam si conditionem litigantium & testimonium probe conferat, & cum non prius investigare opus sit, an veritas aliter haberi queat, quam si testis inhabilis producat, de hoc ita demum iudicium rite fertur. Id quod QUINTILIANUS Instit. Orat. Libr. V. cap. VII. indigitare videtur: Aliquando, *inquit*, utrinque sunt testes, & quaestio sequitur ex ipsis utrimelioris viri; ex causis utri magis credibilia dixerint; *ex litigatoribus utri gratia magis valuerint*. Tum demum, scilicet cognita litigatorum conditione, *testium fides diligenter examinanda est*, ideoque *in persona testium imprimis exploranda erit conditio cuiusque, utrum quis decurio, an plebejus sit; & an honeste inculpate vitae: an vero notatus quis & reprehensibilis, an locuples, vel egens sit ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit, pro quo testimonium dat*. Nam si careat suspitione testimonium, vel propter personam, a qua fertur, quod honesta sit, vel propter causam, quod neque lucri neque gratiae neque inimicitiae causa sit, admittendus est. Verba sunt CALISTRATI Jcti in l. 3. pr. ff. de testib. De testibus natura impeditis hoc loco nobis sermo non est. Quod si igitur iudex circumspexit haec omnia recte trutinaverit, hac ratione non temere statuit, cuinam testium productorum major vel minor fides habenda, qui scire & qui melius scire potest, an veritas per alios magis idoneos, quam qui producti sunt, obtineri queat.

## §. XXV.

Si urgentes contrariæ suspiciones, quæ ex legum præscriptis cautelis & admonitionibus judici diligenter examinandæ sunt, testes productos adeo suspectos reddunt, ut verisimile sit, eos pejeraturos, vel complices delicti fuisse, ex officio eosdem statim a limine iudicii repellat, & si ab adversa parte non recusati sint, vel veritas aliter haberi nequeat. Ad hanc considerationem expedit, interdum ejusmodi testes, quod ajunt, summariter, jurejurando non accedente, semel iterumque examinasse, quo eorum dicta invicem & cum reliquis argumentis & indiciis, de quibus iudici ex natura negotii & aliunde jam constat, propius conferri; & hoc pacto, ubi a natura negotii aliena, nec verisimilia dicta deprehenduntur, de arcendo teste ab hoc testimonio certius statui queat. Si dubia deprehenditur testis fides, & de perjurio non satis verisimiliter argui possit; vel si causæ suspicionum, ab adversa parte allegatæ, non statim probentur, arg. cap. 7. X. de testib. tutius agit, qui testem admittendo, veritati negotii indagandæ consulit. Ut vero iudicis motus, qui argumentis aliis jam informatus est, in teste, de quo hætenus dubium est, an pejeraturus sit, ad testimonium dicendum admittendo, facilius confirmetur, hæc nostra consideratio, quod veritas aliter haberi nequeat, multum omnino confert.

## §. XXVI.

Non autem præter rem supra §. 22. distinximus, dolo-  
ne adversarii; an culpa alterutrius vel utriusque; an vero  
casu fortuito veritas aliter non obtineri queat. Etenim

hi

hi gradus distincti magis vel minus judicis motum pro admittendo testimonio confirmant. Plane si quis testes idoneos, in negotio adhibitos, vel documenta adversæ parti dolose subtraxerit; nulli dubitamus, quin judex testes alios excusatos cogat, & alios ægre admittendos recipiat: ne dolo adversarii justitia causæ pereat, vel conditione jurandi, ad quam sibi deferendam adversarium volentem nolentem invitat, de perjurio satis suspectus, abutatur. Maxime cum judex animadvertit, quod adversarium ex remedio quodam provocatorio ad agendum cogat, ut in defectu probationis hoc plane inopportuno tempore, quod consulto consilio prædestinavit, de justa sua causa periclitetur arg. cap. 45. X. d. testib. Idem fere de culpa, in primis lata, adversarii dicendum est.

## §. XXVII.

Quod ad culpam ab ipso producente commissam pertinet, parum sibi constant Dd. & in primis FARINACIUS Libr. II. Tit. V. Quæst. LV. n. 64. Quæst. LXII. n. 30. n. 66. & n. 72. dubium lectorem relinquit. Nobis quidem distinguendum videtur, num producens in actu, cui testes habiles intervenire non potuerunt, culpam commiserit, an vero ea fuerit negotii conditio, ut testes habiles advocare non impeditus sit. Illo casu plane frustraneum est, in culpam producentis testes inquirere, ubi ipsa negotii qualitas omnem culpæ imputationem facile excludit. Hoc vero casu rationem culpæ producentis non habendam esse existimant, qui de teste admittendo vel cogendo ex sola natura negotii judicant, & ex accidenti, vel aliis justis causis testes minus habiles nunquam admittunt, nec excusa-

tos

ros cogunt, licet veritas jam aliter haberi nequeat. Proinde ipsa adeo principia petendo, aut culpæ considerationem plane negligunt, aut varie & dubitanter propriis principiis sæpe contrarium de re iudicium ferunt.

§. XXVIII.

Longe aliter sentientes inviti a communi opinione abducimur. Caput disceptationis in eo est, an in negotiis præmeditatis & voluntariis, quibus testes habiles & non excusati ex ipsa natura interesse potuissent, alii testes forte præsentés admittendi sint, si aliter jam veritas negotii haberi nequit, nec producens in culpa fuit, quod alios testes non adhibuerit. Affirmativam propugnantes Dd. allegat, sed negativam adstruit FARINACIUS de testib. Libr. II. Tit. V. quæst. LXII. n. 66. At vero uniformiter & universaliter hanc quæstionem affirmari, vel negari, ipsa ratio arbitrii iudicis, prout eam probatam dedimus, vel sola satis prohibet. Aliter dicendum, si forte testes producantur, quorum fides argumentis aliis & indiciis, de quibus iudici jam constat, aut augetur, aut graviter diminuitur; Porro si per testes productos verisimilius & tutius, quam per iuramentum alterutrius ligantium, veritas habetur, & contra; Deinceps si iudex ex violentis præsumtionibus & argumentis rei aptioribus & vero proximioribus jam proxime ad semiplenam probationem, adeoque ad suppletorium vel purgatorium pervenit; vel testium productorum ea fides est, ut inde, quod deficit semiplenæ probationi, suppleatur; Denique, si par est actoris & rei conditio, dignitas, existimatio & honestas, prout major vel minor

nor fides testibus productis habenda est, & cum aliis argumentis dicta testium conveniunt, vel contra pugnant, hoc testimonio subsidiario magis vel minus opus est, ut judicis motus in deferendo reo vel actori juramento purgatorio vel suppletorio confirmetur.

## §. XXIX.

Quæ cum ita sint, satis manifestum est, propositam quæstionem universaliter neque affirmandam, neque negandam esse. Quod si vero judex verisimiliter motum animi sui ex ejusmodi testimonio subsidiario aut informare, aut aliis argumentis jam informatum confirmare, & ita quavis ratione probabilem indagacionem veritatis adjuvare potest: Nihil impedit, quo minus in casu propositæ quæstionis testes minus idonei & privilegiati admittantur, maxime si apparet, nullam culpam producenti imputandam esse, quod alios testes non advocaverit. Et hæc ita ipsa ratio juris nostri exigere videtur. Quod si dubius sit obligationis modus, in quem alter alterum sibi obligatum voluit, & animum sibi alterum obligandi verbis satis claris & aptis non expressit, vel alter, se legem, pacto satis aperte adjectam, per incuriam minus intellexisse, vel jurato affirmare voluerit, culpa alterutri propria imputanda, & interpretatio modi obligationis contra eum facienda est, qui legem pacto non satis aperte dixit, vel satis aperte dictam non recte intellexit; & sic non modo graviter pugnant *l. 21. l. 33. ff. de contrah. emt. vendit. & l. 172. ff. de R. J. cum l. 34. pr. ff. de contrah. emt. vendit. l. 13. ff. qui potior in pign. l. 38. §. 18. l. 99. l. 110. in fin. ff. de*

D

Verb.

Verb. Oblig. & l. 26. ff. de Reb. dub. demum conciliari possunt: Verum etiam in eundem fere modum in probatione dubia & difficili ejus, quod inter paciscentes, vel aliter gestum est, culpæ ratio habenda est, ut, si quis culpa in primis lata sua de testibus habilibus & non excusatis in præmeditato negotio sibi prospicere neglexerit, ad præsidium difficillimæ probationis, quod veritas aliter haberi nequeat, frustra confugiat. Ita recte culpæ suæ damnum sentit, & ex defectu probationis juramenti delatione uti, adeoque conscientia adversarii levis forte hominis, cujus conditionem cum ipso contrahens nosse debuit, totius causæ decisionem committi, non indignabitur. Sin autem casu fortuito, quem non prævidere, vel vi majori, quam non avertere potuit, factum est, ut, qui tempore contractus, vel negotii gesti de probatione per instrumenta, vel testes idoneos & cogendos satis sibi prospexit, in præsentem quidem alios quam minus habiles & privilegiatos producere non potuerit: Certe non pari jure cum culposo illo probationis suæ desertore, de quo modo diximus, uti potest, sed si judex, aliis argumentis & legitimis adminiculis adjutus, testibus productis, qui non omni suspitione carent, aliquam fidem verisimiliter habendam esse, deprehendit, optime veritati & justitiæ causæ consulit, si hujusmodi testium admissorum testimonia cum aliis argumentis potius conferat, quam testibus iisdem non admissis, magis dubium jus litigantibus tribuat.

## §. XXX.

Rationem arbitrii judicis, de qua diximus, paulo penitius

nitius consideranti, porro facile patebit, frustra a Dd. in-  
quiri, cui incumbat onus probandi, quod veritas aliter  
haberi nequeat. Vid. ALBERICUS de MALETIS in  
Tract. de Testib. cap. VI. n. 25. & JOAN. CROTUS in  
Tract. de Testib. Part. V. n. 6. utpote qui modo producenti,  
modo adversario, modo ipsi testi onus probandi injun-  
gunt. Enim vero ea est natura probabilitatis, ut demon-  
strative probari nequeat, quod verisimiliter factum, vel  
non factum esse dicitur. Verisimilitudinem colligit ju-  
dex ex circumstantiis pluribus, quæ insunt ipsi rei, quæ  
proponitur, & sine quibus judex arbitrium suum inter-  
ponere nequit. Reliqua ex principiis, quæ tradita sunt,  
sua sponte fluunt, & facile casus plures addi potuissent,  
si latius nos diffundere, jam volupe esset. In his ita vo-  
lentes acquiescimus, & primas has lineas longius  
deducere alii occasione reservamus.



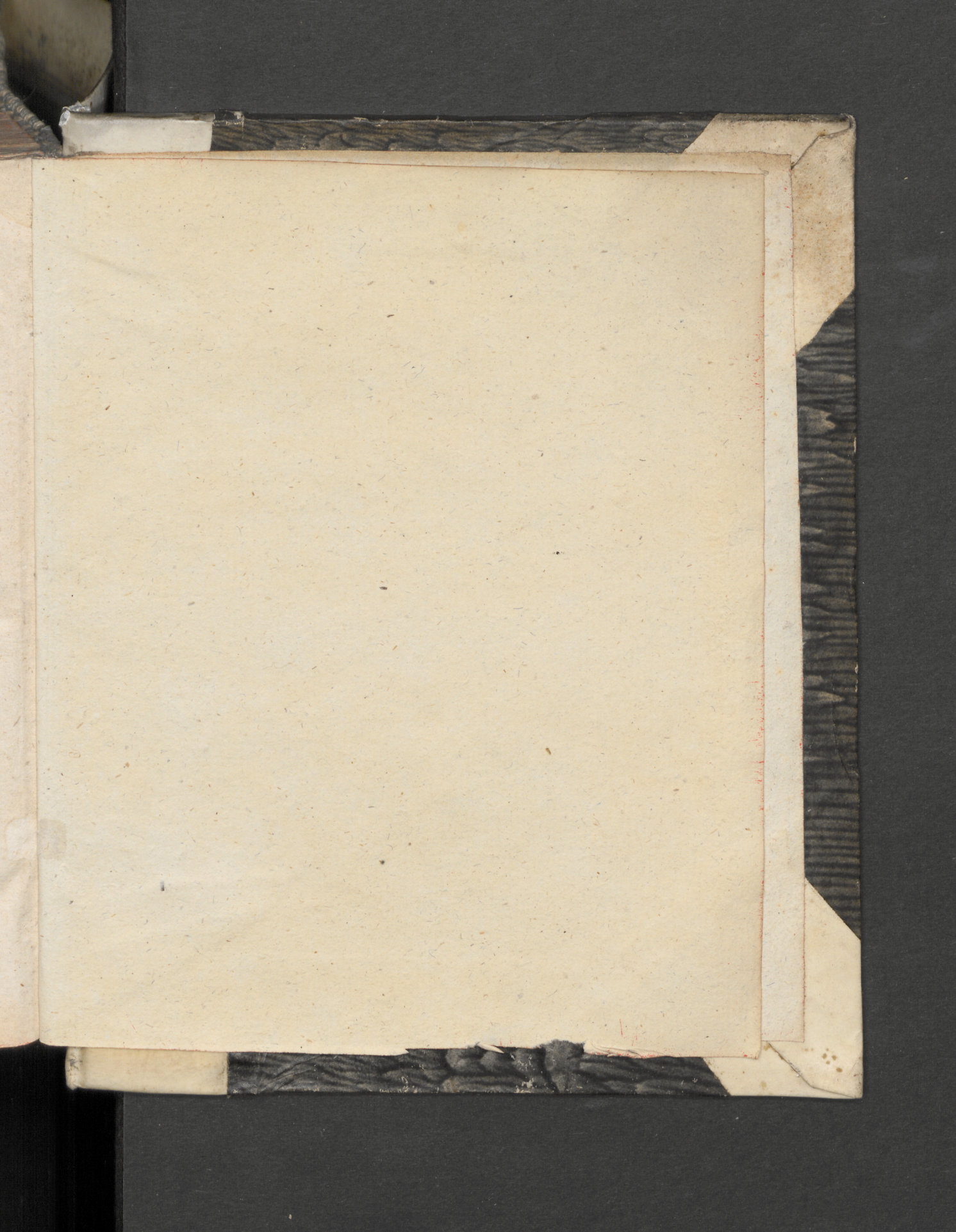
NOBI-

NOBILISSIMO ATQVE DOCTISSIMO

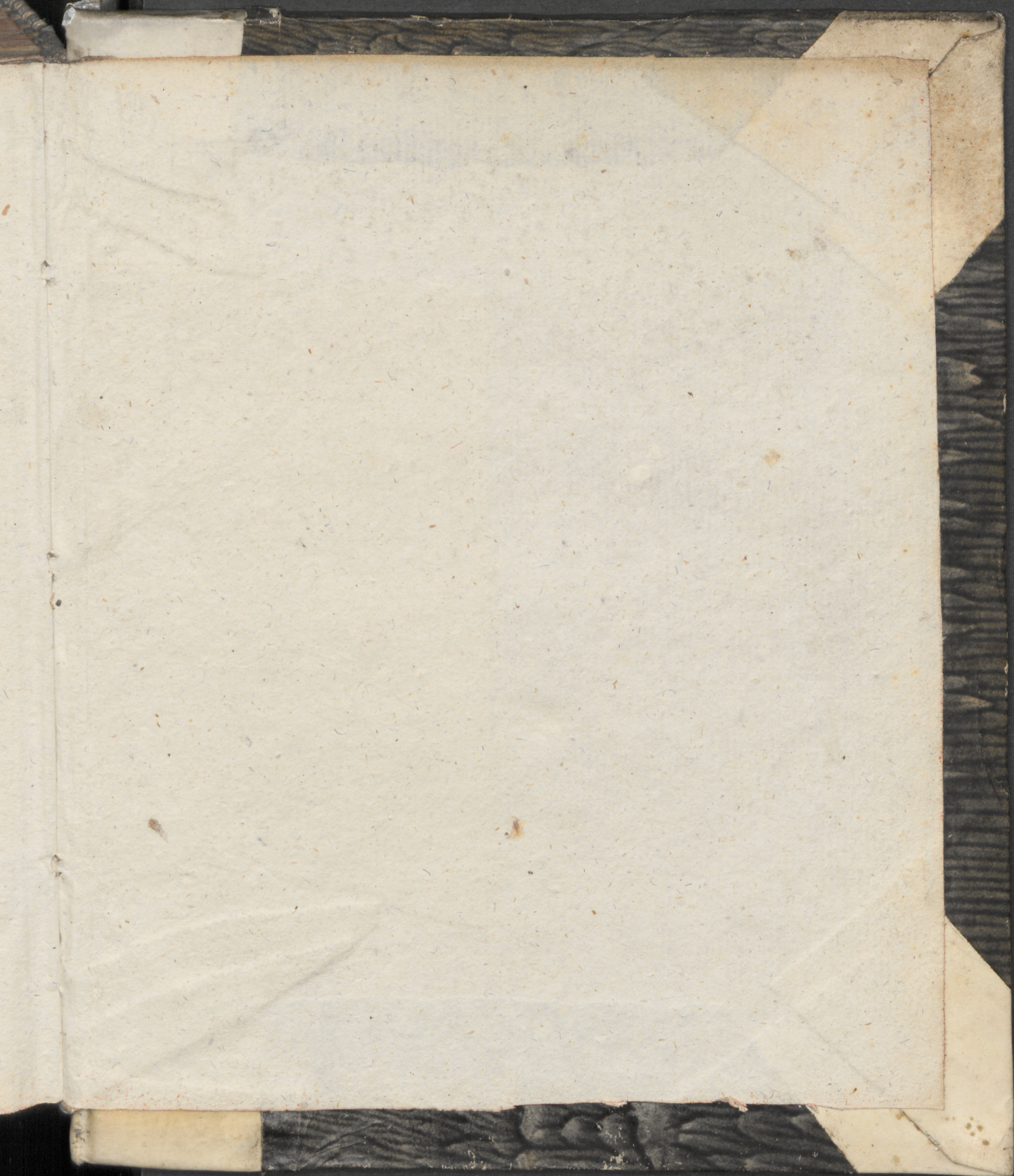
DNO. RESPONDENTI

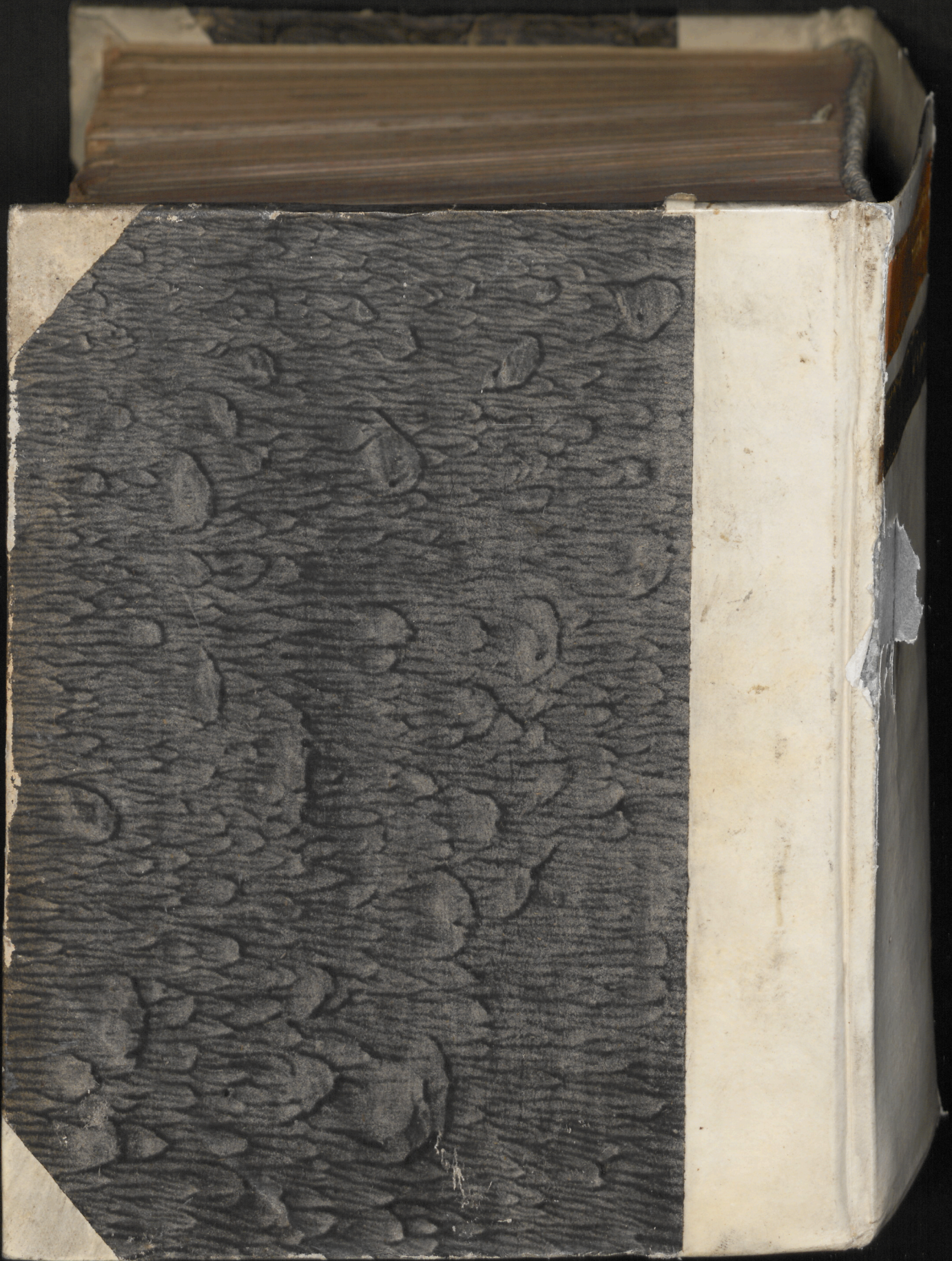
D. JOH. GOTTLIEB REICHEL.

**Q**ui ex Academia Jenensi ad nostram delatus per annum integrum iisdem mecum ædibus ac convictu, ut & collegiis meis uti voluisti, TUO quasi jure testimonium publicum exigeres, & ego doctrinæ TUÆ atque ingenii vim etiam in tractandis causis forensibus sæpe expertus, optimus TIBI testis quasi domesticus existerem, si veritas aliter haberi non posset. Ubi vero publicum hoc, quod proponis, eruditionis specimen id satis luculenter testatur: non est, ut aliud, nisi sincerum votum addam. Ita feliciter ad TUOS TIBI mibique dilectissimos redeas, & in foro ambigua causarum fata, quod meditaris, cum successu felici ita evolvas, ut aliquando triturae forensis pertæsus, munus publicum, quod virtuti & doctrinæ TUÆ respondet, absque malevolorum invidia nanciscaris. Dab. Lipsiæ  
d. 31. Januar. 1727.









nitenti consideranti, porro facile patebit, frustra a Dd. in-  
qui incumbat onus probandi, quod veritas aliter  
pateat. Vid. ALBERICUS de MALETIS in  
lib. cap. VI. n. 25. & JOAN. CROTUS in  
lib. Part. V. n. 6. utpote qui modo producenti,  
modo ipsi testi onus probandi injun-  
gitur. Quia est natura probabilitatis, ut demon-  
strativum patet, quod verisimiliter factum, vel  
non factum. Verisimilitudinem colligit ju-  
dex ex circumstantiis, quæ insunt ipsi rei, quæ  
proponitur, quæ judex arbitrium suum inter-  
ponere nequit. Quæ principii, quæ tradita sunt,  
sua sponte fluunt, quæ plures addi potuissent,  
si latius nos diffusum foret. In his ita vo-  
lentes acquiescimus. has lineas longius  
deducere aliter servamus.

