





Pr. 22. num. 27.

18

DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA

DE

**PROBATIONE MELIORE
LITIGANTIBVS CAUTE
RESERVANDA**

QVAM

DIVINIS AVSPICIIS
IVSSV ET AVCTORITATE
MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS
IN CELEBERRIMA ACADEMIA ALTORFINA

PRO LICENTIA

SVM MOS IN VTROQVE IVRE HONORES
AC DOCTORIS PRIVILEGIA
RITE CONSEQUENDI

PVBLICAE SOLEMNIQVE DISQV ISSIONI

D. XXV NOVEMBRIS A. MDCCCXIII

SVBIIICIT

GODOFREDVS CHRISTOPHORVS

OESTERLINVS

NORIMBERGENSIS.



ALTORFII

EX OFFICINA IOHANNIS ADAMI HESSELI.



13
986

1754.12



DEPARTMENT OF MATHEMATICS

PROBATIONER MELORE

THE UNIVERSITY OF

LEIPZIG

MAGISTER A. D. O. R. D. I. N. I. S.

PROBATIONER

IN THE FACULTY OF

PHILOSOPHY

AND THE

UNIVERSITY OF LEIPZIG

ON THE

PROBATIONER

IN THE

UNIVERSITY OF LEIPZIG



INCLVTAE
REIPVBLICAE NORIMBERGENSIS
SENATVI SPLENDIDISSIMO
ILLVSTRIBVS GENEROSISSIMISQVE DOMINIS
D O M I N I S
D V V M V I R I S
T R I V M V I R I S
S E P T E M V I R I S
C O N S V L I B V S
S E N A T O R I B V S
P A T R I B V S P A T R I A E O P T I M I S
D O M I N I S A C M A E C E N A T I B V S
B E N I G N I S S I M I S

DEI TER O. M.
IN GVBERNANDA REPVBICA PRAESIDIVM
FIRMVM
PERPETVAM VITAE AD SEROS NEPOTES PRODVCENDAE
IVCVNDITATEM
FORTVNATISSIMOS CONSILIORVM SVCCESSVS
AVITAE GLORIAE INCREMENTA
ET FAVSTA QVAEVIS
PIE PRECATVS
HOC QVALECVNQVE DEMISSI ANIMI MONIMENTVM
SACRVM ESSE VVLT
TANTORVM NOMINVM
CVLTOR OBSEQVENTISSIMVS
GODOFREDVS CHRISTOPHORVS OESTERLINVS
NORIMBERGENSIS.



DE
PROBATIONE MELIORE
LITIGANTIBVS CAUTE RESERVANDA.



I.

Si probatio caput, fundamentum, pondus et ^{Probatio} anima causarum recte dicitur: non mirum ^{negotium} est, legum commentarios de probationis ^{arduum,} favore uerba iactare amplissima. Sicuti uero fauor nimius plerumque cum aliorum detrimento coniunctus est; ita commentitiam aequitatem ac perniciosam saepius dominari intelligimus, ubi de arduo rationum liris explanandarum argumento agitur. Negotium tot tantisque difficultatibus irretitum, atque tam uariis infidiis expositum, cum maximam sibi deposcit prudentiam et solertiam, tum insignem sanctitatem, quibus si destitutus fuerit iudex praesidiis,

- - - nulli sua forma manebit,
obstabitque aliis aliud - - -
pugnabunt - - -

mollia cum duris, sine pondere habentia pondus;
nemo uel iustitiae clypeo tutus erit, nec lites, nisi ad feram posteritatem prorogatae, extinguentur. Iam non fert animus,

A 3

omnes

omnes probationis in iudicio expediendae noxas enarrare, sed in quaestionibus nonnullis de probatione meliore, iudicia ualde deformante, tractandis nonnihil operae collocabimus.

II.

desinitur,

Probationis uariae definitiones traduntur, nos probationem hic appellamus *actum*, quo *rationes*, ex quibus facti *ueritas cognoscatur*, legitimo modo iudici exponuntur. Probatio minus solennis in iure demonstratio uocari solet; proinde, quae de probatione generatim praecipuntur, ea ad demonstrationem quoque pertinent. *Probatio melior* requirit rationes, iam allatis, luculentiores, et firmiores.

III.

Theses directrices.

Ex his efficitur, ut 1) probatio iudici fiat, non partibus; quare 2) iudicem probationem prudentia et auctoritate sua moderari decet. 3) Litigantibus ad inania et aliena delabentibus thema probandum definit iudex, nec 4) antequam causam satis perspectam exploratamque habeat, sententiam feret.

IV.

Probationis melioris referuatio

Multarum Germaniae prouinciarum usu docemur frequentissimo, partes sponte sua, iudice terminum probatorium aperte non praefigente, probationem suscipere. Causa late disceptata sententia tandem plane dirimitur. Huiusmodi probationem nonnulli dicunt *irregularem*, nec dubitant, quia iudex actori, probatione expresse non praeepta male defungenti, probationem meliorem, lite iam composita, indulgere possit. Hinc formula nota: *Dasß Beklagter von der angestellten Klage zu erbinden; es könnte und wvölte dann Kläger anderergestalt und besser, als geschehen, erweisen, so wväre er damit billig zu hören, siue so genösse er dessen billig.* Opinione istam fere communem suo insigniter fulcit suffragio Cel. SAM. STRYCK. in diss. de probatione probationis meliore c. IV. n. 4. „Videndum ergo specialius, inquit, quando,

„do, formula ista : *es könnte und wolte dann Kläger besser, als
 „geschehen, bevrweisen etc.* recte adhibeatur a iudice? et per
 „compendium dico, hoc non aliter admitti posse, quam si
 „hactenus terminus probatorius auctori nondum praescriptus,
 „sed ipse iudicis decreverim in probando praeuenerit.„ At no-
 bis haec doctrina, ne controuersis campus amplissimus ape-
 riat, caute proponenda, immo cohibenda uidetur.

V.

Fac, actorem iam in libello suo fundamentum actionis planum facere instituisse. Iudex libellum cum probationis apparatu exhibet reo, reus litem contestatur, additque exceptiones. Nunc iudicis esset, non solum interloquendo terminum probatorium indicere, uerum etiam, quid probandum sit, distincte praescribere. Sed iudex officio suo sibi rite fungi uidetur, si auctori rei exceptiones tradat, diemque ad replicandum statuatur. Actor ea, quae negauit aduersarius, omni studio roborare conatur, atque adeo omnem uim probationis effundit, causaque multum iactata postulat sententiam definitiuam. Reus negare, elidere, refutare pergit, et identidem urget sententiam. Sententia denique *absoluit* reum; auctori tamen *probationem*, si quam afferre possit, ac uelut, reseruat *melioerem*. Si de ratione huius appendicis scisciteris, responderetur: *auctori* terminum probatorium nondum signatum fuisse. Sed ratio ista mihi, quod pace cuiuscunque dixerim, ieiunior uidetur. Post litem contestationem auctori terminus datus fuit, ut petitionem suam (si aduersario cre- das) temerariam replicando tueretur. Nonne huiusmodi decretum iudicis eandem uim, quam sententia interlocutoria de probatione suscipienda habet, ubi ordo et stilus iudiciorum solennem sententiam interlocutoriam non requirit? Num ullum legislatorem tam ineptum existimabimus, qui de tam arduo probationis argumento id, quod rationi et naturae rei consentaneum est, cauere noluerit? Quum iudici

improbatur ex uariis rationibus.

Differitur
 1) de litem
 contestatione et replicatione a iudice
 praeepta,

dici probationem prudenter dirigere conueniat (§ III), formulam sibi familiarem, reo actioni respondere recusante, pronunciat: *Dafs Beklagter, Einwendens ungehindert, auf die erhobene Klage sich einzulassen etc. schuldig.* Additur aliquando: *Dieweil er nun dieses bereits auf den Fall gethan, und der Klage nicht allenthalben geständig: So ist Kläger den Grund der Klage, und so viel ihm daran verneint, in Monats Frist, Beklagters Gegenbeweis und andere rechtliche Nothdurft in ebenmäßiger Frist vorbehältlich, wvie recht, zu erweisen schuldig.* Sic actor id ipsum, quod lris inceptae natura exigit, facere iubetur, et quod reo, respondere iusso, ultro factururus fuisset. Sed mutemus casum. Reus respondere non dubitat. Certe dum iudex actorem *replicare* h, e. litem persequi iubet, probandi necessitatem ipsi non potuit non imponere. Ecquis nesciat, iam lris contestatione quasi contractum induci, quo uterque litigantium ad *instantiam* et solutionem iudicati adstringitur? hinc facile intelligit actor, sibi, uel tacente iudice, probandi onus subeundum esse, ut lris contestationis fructus percipiat.

VI.

11) de temporibus probationi statutis.

Tempora *replicationi*, qua omnes probationis nerui explicari solent, non actor, sed iudex statuit, eaque omni, qua fieri potest, cura obseruari iubet; ac terminus iste, inquis, non est peremptorius, qualis est probatorius. Quid inde? Nonne terminus etiam probatorius ob legitimas rationes prorogari, immo si lapsus fuerit, legis indulgentia reuocari potest? Vix dicere audeo, quam incredibili facilitate hodie in foris probationis spatia dilatentur, ita, ut nihil fere discriminis, inter terminum istum peremptorium ac reliquos dies a iudice dictos, intercedat. Quid si argumentum inuertatur: si spatio probatorio, cuius prorogatio difficilium concedi dicitur, frustra currente, melior probatio (ut uulgo tradunt) afferri nequit: cur eam illis afferre liceret, qui multas ple-

plerumque consecuti *dilationes* ultro probationem susceperunt.

VII.

Actor, ni fallor, amens foret, nisi, iudice uiam parante, *optimis* probandi subsidiis uteretur. Quid ergo est, quod iudex ipsi, causa cognita et definita, *meliora* reseruet, quae sane si habuisset, non reticuisset. Noua sunt, regeris, quae antea nesciuerat. Si se nesciuisse iurciurando confirmet, non tam *meliozem*, quam *nouam* probationem post lapsam quoque termini probatorii (ex hypothesi) adornare poterit; haec igitur exceptio ad rem praesentem non pertinet. Oblitus est *melioris*, instas. At non debebat obliuisci. Iudicium enim paratus et instructus ut aseat actor, necesse est. Si quid inde damni sentiat, id sua culpa sentit. Probationis fauor tantus non est, ut poenam negligentiae tollat; et fauorem istum facile superat fauor litium recidendarum. CARPZOV. P. I. c. 16. d. 11.

VIII.

Causae conclusionis vires late describunt practici Conclusionem esse, aiunt, terminum *exclusiuum* omnium probationum, c. 9. x. de fide instrum. c. 5. x. de causa possess. et propriet. ideoque partibus os claudere, quippe quae omnibus probationibus renunciaffe censentur. Quae post conclusionem producuntur, pro non productis habentur. Nam conclusione facta dicitur liquere de causa. conf ROLAND. a VALLE Vol. IV. conf. 52. MASCARD. de probat. Vol. 1. qu. 17. Ex his sic ratiocinamur: Si post causam, consentientibus partibus, conclusam neutri earum probationem ampliozem proferre licet: qua iuris specie post sententiam definitiuam probationem retracabunt aut emendabunt? Num alter litigantium de iure suo diuturna lite ac molesta obtento *clausulae* istius *reseruatoriae*, infausto fidere natae, auctoritate deturbari poterit? Non diffitemur, iudici interdum conclusionem tollere fas

B

esse; sed prouidebit etiam iudex, ne quid temere aut par-
 rium studio decernat; deinde aliud est *conclusionem*, aliud
sententiam definitiuam rite publicatam, *melioris probationis re-*
seruatione, eneruare. Ill. LEYSER spec. medir. 259. n. 3 a NO-
 bis non adeo dissentit, iudici peracta probatione, et elapso
 termino probatorio, nouam probationem exigendi faculta-
 tem tribuens. Conclusionem enim causae a iudice, si expe-
 diat, rescindi posse liquet; sed nos non disputamus de pro-
 batione *perfectiore* litigantibus, *re integra*, *imponenda*; *in-*
uitatio iudicis ad probationem, *lite sopita*, *instaurandam*
 displicet.

VIII.

V) de of-
 ficii iudicis
 limitibus.

Nemo rerum forensium narus hic iudicis officium
 omiſſa supplendi obtendet. Iudex iure suo reiicit libellos
 ineptos, examinat probationum pondera, easque ad scopum
 dirigit. Probatione nondum perfecta, litem non decidit;
 peractis omnibus sententiam cum actis congruentem ferre
 tenetur; ius autem reo legitime partum, ob spem firmiteris
 probationis, auferre nequit. Ill. BOEHMER. in diss. de iudice
 procedente ex officio in processu ciuili erudite ostendit,
 quousque porrigatur iudicis officium et c. IV. §. 10. mo-
 met, iudicem illa, quae iuris communis sunt et iura partium
 mere concernunt, non supplere. Si iudex latiore proba-
 tionem in causa uel fisci uel politias commoda spectante
 exigit; id in dubitationem non uocatur; nunc disquirimus
 de causa mere ciuili, sententia definitiua composita, sed ob
 clausulam reo molestam, retractanda. Qua ratione cum
 tam uaga sententia, nouaque discordiae semina spargente iu-
 dicis integritas connecti possit, non intelligo. Nec satis est
 iudicare. ait CIC. L. I. de fin. quid faciendum, non faciendum
 sit: sed stare etiam oportet in eo, quod sit iudicatum. In
 immensum trahi non decet finita litigia; quae enim dabitur
 discordantibus pax, si nec legitimis sententiis acquiescitur?
 CASSIOD. L. I. ep. 5.

X. Sed

X.

Sed ne iudicis fidem immerito in offensionem adducere, praxinque proterve insimulare uideamur, paullo accuratius erit dispiciendum, quemadmodum cum legibus praesertim Germanicis rerum usus concordet. Assumamus thesin legum doctorum: Vbicunque litigantes non, nisi iubente iudice ac terminum praefigente, probationem adgre-
 di possunt, ibi iudex probationem meliorem in sententia referuare nequit. Atqui in quibusdam Germaniae prouinciis litigantes non, nisi iussi, probationem adire possunt. Ergo in quibusdam Germaniae prouinciis iudex in sententia probationem meliorem referuare nequit. Iure a nobis postulatur, ut propositionis minoris ueritatem firmemus, quae terras potissimum Saxonicas attingit. Respiciamus PROV. SAX. L. II. art. 18. *Man soll auch nicht finden zu Recht, wie ein Mann ein gut oder die gewehr eins guts gezeugen soll, ihm sey dann allererst die beweisung zu wolsühren mit urtel und recht erteilt; quae* MARTIN. in proc. tit. XX §. I n. 306 ita reddit: „ probationi nemo se subiicere debet, nisi per sententiam interlocutoriam uel decretum iudicis ea iniuncta fuerit. add. SCHAVEMVRG. in princip. prax. iurid. iudicial. l. I. sect. I membr. 3 c. I §. I. In ORD. IVD. DVC. SAXO. GOTH. P. I c. 10. §. 25 cautum:. *Wenn gleich der Kläger alsobald und ante litem contestatam neben der Klage briefliche urkunden eingebracht, soll doch darauf nicht definitiue erkant oder gesprochen wwerden, es habe denn zuvor beklagter, den Krieg rechtens befestiget, und Kläger solche documenta in uim probationis nicht mit blossen wvorten und mit beziehung auf die neben dem Klage libell übergebene documenta, sondern realiter und wvürklich samt den Articulu intra terminum Saxonicum reproducire.* „ Nec planius quicquam esse potest sanctione ORD. IVD. CAMER. PRVSS. P. III tit. XXI §. I: *Zu Führung des beweisfes soll niemand zugelassen werden, ehe derselbe ihm per sententiam auf-*
Probatio-
nis melio-
ris referu-
atio cessat, si
terminus
probatori-
us datu
fuerit ;

erlegt worden; reo tamen statim in limine iusiurandum deferri potest et §. 10 documenta, quibus actio nititur, libello licet adiungere; sed §. 13 omnis spes melioris probationis euertitur. Es soll niemahn, wann jemand den ihm auferlegten beweiß durch documenta oder zeugen zu führen übernommen, auf einen bessern beweiß erkannt werden; weil der beweißführer, wann er einen bessern beweiß in händen hat, solchen gleich anfangs mit hätte anführen sollen.

XI.

Cessat etiam, litigantibus probationem ultro suscipientibus.

Ast in multo pluribus Germaniae terris litigantes iudicis iussum haud expectant, sed ultro probationem suscipiunt. Cur enim onus, inquit Ill. LEYSER spec. 258. n.1., quod sibi impositum iri praevident, praecoccupare, ac sponte subire, et sic consensum litis facere non liceat? Repetit haec uerba Ill. KNORR. in diss. de recto dilationum usu §. 18. additque: „ex qua anticipationem etiam hoc commodum ad eos redundat, ut, si in probando deficient, nouas afferre probationes non prohibeantur, meliorque probatio iis permittatur, quod autem fieri nequit, cum iudex probationem imposuit, diemque, intra quem peragenda probatio, praefinitit.“ (Ita ex practicoꝝ oraculis, quae nobis dubia uidentur.) conf. Ill. ESTORIS *Anfangs-Gründe des gemeinan und Reichs-Process.* tit. XXVIII §. 281 seq. Nos hanc neccimus argumentationem: Si 1) actori probationem ultro iudicio offerre licet, iudicem uero 2) probationem summo studio semper dirigere, causamque 3) penitus perspectam habere ac sententiam denique 4) certam, planam et actis consentaneam ferre oportet: probatio melior in sententia definitiua nunquam poterit reseruari. Atqui uerum est prius, ergo et posterius. Propositio antecedens uberius ut declaretur, necesse est. Actori potestatem probationem ultro suscipiendi tribuit REC. IMP. a. 1654. §. 35: „*Benebers bleibe einem jeden Kläger unuerwehrt, sondern hiemit vergönnet,*

„ net und zugelassen, auch in seine Willkühr gestellt, ob er
 „ die probatoria um sein selbst willen zu Beschleunigung der Sa-
 „ chen gleich bey Ausziehung der Processen, oder auch in dem er-
 „ sten Termin, vornemlich wann sie in brieflichen Urkunden be-
 „ stünden, mit production und Einführung der Klage einbringen,
 „ oder sich sonst in andere Wege zum Bewveisthum gefast ma-
 „ chen, oder solches alles dahin, bis der Beklagte mit seiner Ver-
 „ antwortung einkommen, auf den zweyten Termin verschie-
 „ ben wolle &c., Nimis diuagaret, si omnia, quae constitu-
 „ tionem hanc imperii imitantur, statuta enumerarem. Speci-
 „ minis causa euolui potest ORDO CANC. CALENBERG. tit. IX §. 3
 „ Dafs zuzorderst der Kläger bey Einführung seiner Klage (welche
 „ sovvool in prima, als appellationis instantia nicht articuls, son-
 „ dern summarischer und nach der Sachen Beschaffenheit puncts
 „ weise eingerichtet werden soll) sich solle erklären, auf was
 „ Masse er dieselbe entweder durch briefliche Urkunden, oder
 „ durch Zeugen oder Eydes delation zu behaupten und auszu-
 „ führen gedenke, und da er sich auf Documenta beruffet, diesel-
 „ ben zum wenigsten copenlich bey seiner ersten Schrift beyzule-
 „ gen schuldig seyn solle &c., Sic quod alias uoluntatis est, in
 „ necessitatem abire potest. Similiter in corpore constitur.
 regio - Holsat. t. II p. 719 fancitur: „ Damit auch die Be-
 „ klage ohne Noth in Process und Rechtfertigungen nicht mögen
 „ gestürzt, sondern alle Gezänke sovviel möglich verhütet wer-
 „ den: so wvollen und gebieten wvir, dafs ehe und bevor Beklag-
 „ ter ad negatiuam litis contestationem und zur Verbürgung ge-
 „ drungen wvird, der Kläger demselben seine Documenta, wvor-
 „ auf er seine Action begründet, herausgebe, damit der Beklag-
 „ te, ob er litem zu contestiren oder Klägern ohne Process zu befrie-
 „ digen, sich daraus informiren möge., Constitutionum hu-
 „ ius generis quam plurimarum consensus ius commune (si mo-
 „ res Saxonicos excipias) stabiliuisse uidetur. Quod ad reli-
 „ quas propositionis antecedentis partes, nimirum ad iudicis

officium cum in probatione moderanda, tum in sententia ferenda explendum attinet, ad iura Germanorum domestica et subsidiaria haud temere prouocamus. Rem insigniter illustrat ORDO IVDIC. CAMER. PRVSS. P. III tit. XXI §. 4 sq.

„ Es soll aber niemand mit überflüssigen, noch vveniger aber mit
 „ einem unmöglichen Bewveifs beschwveret, noch dasjenige, vvel-
 „ ches, vvan es gleich erwviesen vvirde, dannoch nicht rele-
 „ viren vwürde, zur Probation veranlasset vverden. Wann ab-
 „ so jemand von seinem Gezenthail dergleichen Bewveifs fordern
 „ vwürde, soll der Richter nicht darauf reflectiren, sondern
 „ Acta ohne Bewveifs vor beschloffen annehmen, und erkennen,
 „ vvas rechtens ist. Wann aber der Bewveifs erheblich ist, muß
 „ der Richter ad probandum specificè dem Bescheid einrucken
 „ und solches klar und deutlich exprimiren., Tit. XXXV cau-
 „ tum legitur, ne conclusioni noua immisceantur. Si qua depre-
 „ hendat iudex, ea non solum praetereat, uerum etiam par-
 „ tes, earumque aduocati multa afficiantur. Conclusioni
 „ noua documenta adiuncturus iusiurandum, manu sua signa-
 „ tum, simul proferat, eoque se antea documentorum illo-
 „ rum noticiam non habuisse confirmet. Post caussam con-
 „ clusam acta nullam prorsus accessionem recipiunt. Thema
 „ probandum distincte et articulatum ut partibus praescribatur,
 „ quam multae constitutiones iudiciorum German. monent.
 „ Ita ORDO IVDIC. INFER. ELECTOR. PALAT. tit. XV §. 3: Und hat
 „ ein jeder Richter insgemein dahin zu sehen, daß die Parthejen
 „ sich nicht selbstn mit Fürnehmung der Bewveisung über unfur-
 „ tränglich, unbeschließend oder unerhebliche Dinge beschwverern.
 „ Praeterea iura docent communia, iudicem ex officio libel-
 „ los ineptos, exceptiones frivolas, probationes inutiles et
 „ peruerfas reiicere debere. (§. VIII) conf. BOEHMER in diff. de
 „ iudice procedente ex officio in proc. ciu. c. 3. MASCARD. de
 „ probat. concl. 1183. Si iura denique sententiam certam, sim-
 „ plicem, actisque congruentem postulant, qui fieri potest,
 „ ut

ut iudex, actis iusta probatione non instructis, litem rite definiat? Sicut concinna sententia non sine singulari artificio concipitur: ita sententia factis et legibus contraria, praecox, hiulca, uariisque clausulis ineptis et inutilibus onerata semper iudicis accusabit imperitiam atque inertiam, interdum et malam fidem. Clausulis ineptis probationis melioris reservationem ob eas, quas exposui, rationes adnumerare non dubito, nec distinguo, fueritne dies probationi statutus, an litigantes officium suum ultero obierint.

XII.

Explicatis principiis sanioribus, ex quibus quaestio nostra diiudicetur, ostendere tentabimus, qua ratione cum hac theoria praxis hodierna consentiat. Omnes fere in **CELSTRYCKII** auctoritate conquiescunt, cuius sententiam §. IV memorauimus. Nunc casus singulatim euoluemus, quibus magnum istud **IC**torum fidus probationem meliorem reseruari posse existimauit, si nimirum terminus probatorius actori nondum praescriptus fuit. „Si actor, inquit **STRYCK** c. „IV n. 5 sq. mox libello suo adiiciat documenta, quibus intentionem suam sufficienter probari posse existimet, sed illa „tamen ad fidem omnibus causae momentis faciendam et sic „ad condemnandum reum non sufficient, recte pronunciare „poterit iudex: *Dass Beklagter von angestellter Klage zu absolviren, es könnte denn Kläger binnen Sächsischer Frist den „Grund seiner Klage, besser als geschehen, erweisen, darmit „würde er billig gehört.* Hoc casu opponi nequit actori, „quod probationem a se proprio motu insufficienter peractam iam amplius emendare et in meliorem statum deducere nequeat, cum terminus ipsi praefinitus nondum „fuerit, quo probationem absolueri debeat. „Tanti uiri manes quantumuis uenerer: hanc tamen doctrinam cum legibus concordare negare cogor. Si iudex actionis momenta pariter ac exceptiones probe expendit (quod offi-

Excution-
tur formu-
lae quae-
dam a Cel-
STRYCKIO

cii rationes requirunt) et deinde factis ad leges diligenter exactis, cognouit, actionem firmo carere fundamento; *reus recte absoluitur*. Sed cui usui appendix reseruatoria? Nonne reo detrimentum iniuste inferitur? Nonne iudex declarat, non iudicatum, sed lusum fuisse? Nonne nouam exspectare uideretur uindemiam? Rem aliter, probatione legitima deficiente, dirimi non potuisse, ais. Respondeo: aut actor probationem suam, infirmam licet ac inutilem, ad finem perduxit et perfecit, aut non perfecit. Si prius, melior cessat probatio (§. VII et VIII); sin posterius, cur sententia pronuncietur *absolutoria*? Iudicis est, providere, ne probationis negotium frustra geratur. Iudici enim probatur, non aduersario (§. III); iudex igitur nulla dignus excusatione, qui actorem haerere, aut tricas parare, aut moras neccere animaduertens non definit, quid, quale, quantum, quando, quamdiu probandum sit; hinc formula *reseruatoria* documento est, iudicem officium suum neglexisse. Aliam speciem recenset STRYCK. c. l. n. 18 et 19: „cum praefectus alicuius principis a subditis exigeret certas „operas, diu non frequentatas et rusticos has recusantes iudicio conueniret et pro fundanda intentione sua librum quendam mutilum, utut antiquum, quem uenditabat *vor ein altes Amts-Buch*, produceret, hic uero requisitis debitis destitueretur, subditi absolutionem ab actione petebant, ubi sequenti modo pronunciatum: *Dass Beklagte von den neuerlich gesuchten Diensten zu absolviren; es könnte denn Kläger anderer Gestalt und besser binnen gewöhnlicher Frist seine intention beweisen, darmit wäre er annoch zu hören.* Argumentatur ex eo, quod definitiue pronunciatum fuit, partes aut iudicem causam conclusam uoluisse. Praefecto non fuit obscurum, documenta ante conclusionem causae esse afferenda, et attulisset certe, si praeter uetustum librum alia in promptu habuisset (§. VII), praesertim cum

exce-

exceptionum robur fortiore probatione reprimendum esse, posse cognoscere. De reliquis STRYCKIANIS causarum figuris idem fere sentimus, dum ne sententiae *interlocutoriae*, probationis *directrices*, cum *definitivis* commisceantur. Ad rhombum prorsus non quadrant, quae c. l. §. 34 sq. de iur. iurando suppletorio proferuntur.

XIII.

Nonnulli meliorem probationem reservari quidem interdum solere norunt; sed conditionem huius reservationis nesciunt, aut negligunt; hinc error gignit errorem. Cels. FERD. CHRISTOPH. HARPPRECHT. Vol. IV resp. 79, n. 75, commemorat controuersiam, quae ita decidebatur, ut testamentum quoddam *omnimodo* confirmaretur, clausula tamen sententiae adnexa: *bis ein oder der andere Theil, so sich durch solche Urtheil beschwert, finden möchte, ein anders förmlich ausführen würde.* O! inusitatum iudicis indulgentiam. Siccine audacissimos quosque ad sententiae vires infringendas alliciemus? Sed fata sententiae illius scire aues. Nemo intra decendium appellationem (quae forte mens erat iudicis) interponebat; sed XXXVI. annorum spatio exacto litigator quidam, clausulae *reservatoriae* fidem nixus, de re iudicata conqueri coepit, nec tempore, quod non designatum fuisset, se exclusum putauit. Recte repellabant hominem importunum Icti Tubingenses, ac rem iudicatam tuebantur. Ad officium iudicis, aiunt, illud imprimis pertinet, ut omnes litium occasiones et fomenta praecidat, eademque pro uirili restringat, non laxet, et praecipue non permittat, ut finis unius sit principium alterius, quod uel dupondii constat ex l. 21 *si cert. per. l. 13 §. 3 uers. aequissimum de usufr. c. fin. X. de dolo.* LUCAS DE PENNA ad l. *luisibus n. 5 uers. et generaliter C. de agricol. et censit.* FVLVIVS PACIAN. *conf. 2. n. 54* etc. neque illa reservatio probationis talem adeo abnormem atque exorbitantem

et ab aliis allatae.

C iuris



iuris effectum, ut quodocunque grauato lubuerit cum suis, quas habet, uel habere se praetendit, probationibus, audiri debeat, producere potest. arg. eorum, quae de probationis reservatione generaliter ex CARPZOVII Proc. iud. tit. II art. 5 n. 8 sq. et in resp. ELECTORAL. l. 3 resp. 50 n. 7 aduertit ROESNER de referuat. iur. compet. c. 10 n. 47. In Cel. AVG. HOFFMANNI consil. 29 tom. I hanc offendimus sententiam: *Wird die Sache ex officio für beschloffen angenommen, und allem Vorbringen nach zu recht erkannt, daß Beklagte ihre intention ratione praetensi testamenti rechtlicher Gebühr nach nicht erwiesen, mithin der punctus successions in so lange in suspensio zu lassen, bis Klägere zur Erbschaft quæst. besser, als noch geschehen, als nächste Anverwandten sich legitimiren haben, das Interesse fisci hierbey reservirend.* Acta docebant, actori iam antea per sententiam interlocutoriam diem melioris probationis afferendae causa dictum fuisse. Nemo itaque intelligit, cur iterum melior probatio referueretur. Valde paradoxon uidebatur HOFFMANNO ICto multa laude conspicuo, iudicem causam ex officio pro conclusa habuisse; actori tamen non meliorem tantum probationem, nullo termino adiecto, reservasse; uerum etiam successionis argumentum, quod caput litis erat, suspensum uoluisse, cum tamen, causa conclusa, probatio expedita censeatur, atque adeo sententia uel absolutoria uel condemnatoria ferenda sit; conclusio enim in effectu nihil aliud, quam renunciatio omnibus facta probationibus et defensionibus producendis, MYNSING. cent. 3 obs. 17 n. 6 et est terminus disceptationis, ut secundum acta et probata sententia definitiua ferri possit ac debeat. H. HARTMANN. t. V obs. I n. 7. PFEIL conf. 44 n. 4. ELYM. Proc. Cam. t. 74 n. 17, hinc accipitur causa pro conclusa, quando omnis ad probandum, deducendumque concessus terminus est elapsus, c. pastoralis X de caus. propriet. et poss. MAGENHORST. ad ordin. Camer. P. III tit. 23 n. 2 MEVIUS P. V d. 239 n. 3, uel nihil

nihil probandum restat, ASIN. in prax. iudic. §. 23 c. 2 pr. et iudicium, in quo est conclusum, quantum ad disceptationem causae, habetur pro finito. H. HARTMANN t. 17 obs. 2 n. 4. MEVIVS cons. 8 n. 2. Quapropter et iudex conclusionem a partibus intempestive impetratam potest rescindere. GAIL. L. I obs. 197 n. 5. SONNEMANN. ad leg. notat. p. 162, 163. LAVTERBACH disp. ad W. L. R. p. I n. 80 p. m. 25. Haec omnia HOFFMANNVS, cum iis, quae §. VIII disseruimus, plane congruentia.

XIII.

Sed scrupulum, qui nonnullos forsan punget, eximamus. Practici quidem praecipiunt, ut sententia *absolute*, non *conditionate* concipiatur; quamplurimae tamen quotidie promulgantur sententiae *conditionales*, quarum numero etiam habenda uidetur causae definitio cum appendice *melioris reseruatae probationis*. Conditiones *implicitas* excludi non posse, manifestum est; quia multa themata controuersa sine conditione intelligi nequeunt. Neque istas condiciones reiiicimus, quas iudex statim iubet impleri, ueluti si iusiurandum suppletorium postulet, aut, ut exemplum authentico confirmetur. Formula consueta: *Würde Kläger, dass ihme Beklagter die eingeklagte Summe noch schuldig, vermittelst Eydes erhalten, und also in supplementum, wie ihme zu thun obliegt, schwören: so ist Beklagter die eingeklagte Post zu bezahlen schuldig, rectius forsan cum hac commutaretur: Dass Kläger anvröderist, dass ihme Beklagter die eingeklagte Summe noch schuldig, vermittelst Eydes zu erhalten, und also in supplementum zu schwören gehalten; sodann ist Beklagter etc.* sic et in aliis formulis conditionis adiectio euitari potest. Subtiliter condiciones sententiis addi solitas inter se discernunt doctores, nec de pronuntiandi ratione: *reum condemnandum esse, si actor probauerit*, inter omnes conuenit. conf. VANT. de nullitate sentent. ex defectu proc. n. 107. HARTMANN. PISTOR. obs. I 19. Sed nobis

Quando
sententia
conditio-
nalis

C 2

pla-

placent, quae b. BRVNNEMANN. in tr. de proc. ciu. c. 27 n. 36 sq. hac de re disserit. Improbatur autem appendicem: *si probauerit* uel ex hac unica ratione, quod sententia haec non foret definitiua, qualis esse debebat; nam post probationem factam, quia in arbitrio iudicis consistit, an aliquid probatum sit, uel non, noua requiritur sententia et ordo iudiciorum inuertetur. Deinde si actor probauerit intentionem, reus uero probationes exceptionis in promptu non habeat, quo casu talem sententiam admittit HARTMANN. PISTOR. c. I n. 27, hoc resultat exinde, actorem etiam ad probationem, immo etiam ad probationem replicae admittendum esse, et en! ergo habes nouum processum post sententiam definitiuam, quod absurdum. Sed quid si appareat, pergit BRVNNEMANN D. 43, alterutram partem suam intentionem nondum plene, immo ne quidem semiplene probasse, quaeritur: *an probatio ulterior ipse iniungi, an uero sententia definitiua ferri possit?* Et quidem, si utraque pars definitiuae sententiae se submiserit, non putarem, ulteriorem probationem requirendam esse, cum sententia definitiua ferenda sit, et in causa sit conclusum, quamuis non negem, ob fauorem causae aliamque causam urgentem iudicem ex officio conclusionem rescindere et ulteriorem probationem requirere posse, de quo GAIL. L. 1 obs. 107 CAM. BORELL. t. II dec. tit. 26 passim; idque forte uult COLON. IVD. ORD. tit. *Von Eröffnung des Urtheils etc.* § fin. *Dem darum ist der richterliche Proceß erfunden, daß ein jeder seine Nothdurft vor dem Beschluß, oder in der Appellation Sachen furbringen soll, damit die Irrungen einmal endlich mit recht entschieden uwerden, und nicht also ewiglich auf solche Fürbehältnus ansehe und hangen bleibe.*

XV.

admitti
possit.

Nec nos turbabunt ista litium genera, quae permulta capita siue articulos complectuntur. Moris uero est, ut nonnulla sententia definitiua componantur, aliis ampliori probationi

bationi relictis; id, quod in causis liquidationum frequentissime contingit, quae una ac mera sententia definitiua rarius deciduntur. Quod si igitur ex practicis exemplum referuatæ probationis idoneum scire cupias: appellant plerumque sententias locationis creditorum, in quibus sua quidem cuique sedes assignatur; sed aliquando cum admonitione: *Wenn er seine Forderung besser, als geschehen, liquidirt, bescheinigt, oder erwiesen haben wird.* Sed quis non animaduertat, ratione huiusmodi creditorum nondum definitiue iudicatum fuisse? Cur iudex non expectet, donec probatio ex omni parte perficiatur, docet CARPZ. P. I c. 28 d. 4. Saepe accidit, atque, ut creditores etiam sub comminatione praecclusionis citati iusta ex causa comparere, et iura sua demonstrare prohibeantur, ubi, procul dubio, iudex neutiquam peccabit, nouum praefigens terminum; at tamen si reliquis comparentibus, et definitiuam petentibus, annuere uelit, pronunciare utique poterit super prioritate, saluo tamen iure absentium l. ult. ff. de pact. Ita nimirum, ut hoc allegatum uel saltem coniecturatum, ceu iam sufficienter demonstratum, praesupponat, imposita simul probatione creditoribus. Quod decretum, etsi conditionale sit, iure tamen subsistit etc. Conditionem hanc in processibus liquidationum frequentissimam esse, ad maturandum processum, testis etiam est BRVNEMANN. ad l. I §. 5 ff. quando appell. add. RICHTER. de iure et privilegio credit. c. I n. 43. Summopere expedit, ne unius cunctatio uel insufficiens deductio alios retardet, si omisum sit, sine quo non possit ad definitiuam sententiam perueniri, ut iudex non nouum praefigat terminum, qui sua testatis credita nocumento foret, sed de caeterorum iure nihilominus pronunciet etc. Ita MEY. ad Ius Lubec. L. III tit. I art. XI n. 22 et latius P. VI d. 337. Quando inter creditorum iura liquida contradicentis ius ambiguum, aut

De proba-
 tionibus
 et de
 iudicibus
 in
 causa
 de
 iudicibus
 in
 causa
 de
 iudicibus
 in
 causa

obscurum est, nec tam cito potest deduci, si caeteri creditores, cautione praestita, aut sepositis quibusdam bonis, efficient, ut in euentum litis prospectem sit, pergitur exclusa lite altioris indaginis ad sententiam super aliorum liquidatione atque prioritate.

XVI.

De probatione meliore secundae instantiae reseruata,

Monstrauimus, ni fallor, abunde, iudicem in sententia definitiua meliorem probationem reseruare non posse, etiamsi partes probationem sponse sua susceperint. Nam si terminus probatorius praescriptus quidem, sed a litigante neglectus fuit, ex communi doctorum opinione melior probatio non admittitur. (§. IV) At nihil est desperandum. Cessante indulgentia iudicis, legis beneficia offeruntur. Quod iudex inferior denegabat, id in altera instantia facile impetrabis. Notissimus est canon prouocantium: *nondum deducta deducam, nondum probata probabo*, quem niti aiunt l. 4 C. de tempor. et repar. „per hanc „diuinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus, tam appellatori, quam „aduersae parti nouis etiam assertionibus utendi, uel exceptionibus, quae non ad nouum capitulum pertinent, sed „ex illis oriuntur, et illis coniunctae sunt, quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae. Mens legis erat, ut, quae iam in prima instantia proposita fuerint, in secunda *latius explicare, et roborare liceret*. Verum hac liberalitate ualde abutuntur prouocantes rixis dediti. 1) De die probationi dicto parum solliciti sunt, quia damnum appellationis beneficio reparari posse norunt. Multi interpretes dictam leg. 4 C. de tempor. et repar. ad ea, quae per ignorantiam praetermissa fuerunt, recte restringere uidentur; sed uulgo respuitur ista restrictio. CARPZ. P. I c. 21 d. 9. Imperatorem distinguere negat, utrum scienter siue dolose, an uero ignoranter quis praetermiserit aliquid etc. quo et facit text. in c.

EXCE-

exceptionem X de excepte. ubi dicitur, malitiam in differendo commissam non praecludere alicui uiam proponendi, sed hanc solam poenam mereri, ut quis expensas refundere teneatur. Veluti etiam malitiose in prima instantia praetermissa in appellationis causa proponi posse, docet post FELIN. *in c. ad audientiam* 31 X *de rescript. n.* 14 aliosque, quos allegat HARTM. PISTOR. P. IV qu. 23 n. 45 sq. ubi id latius persequitur. Sic, ut opinor, rixandi libidini uia iudices inferiores semper eludendi monstratur; sic dolus contra ius et fas omnibus patrocinator. Sic et 2) alter litigantium primae instantiae beneficio defraudatur. Probationes suas aliquis studio potest negligere, easdem apud iudicem superiorem uberiore cum fructu expositurus. Praeterea 3) appellatio dicitur remedium, quo iudicis inferioris sententia, uaria grauamina alterutri litigantium inferens, emendatur. Num grauamen inferre potuit iudex inferior, si probationes quasdam nunquam audiuit? Appellans in altera instantia nouas profert probationes, quas dudum habuerat. Quam inepte! Res igitur pertinebit ad iudicem inferiorem, qui uero probationes consulto suppressas non admittet; si qua sine dubio nouiter reperta fuerint documenta, concedet restitutionem in integrum. Leges Imperii R. G. publicae iuris quidem communis beneficium non sustulerunt, sed prospexerunt tamen aliquo modo, ne practitorum technis et litigantium calumnia omnis iudiciorum ordo turbaretur. In REC. IMP. a. 1654 §. 73 cautum; *Wir lassen es ebenmäßig bey dem Ausschlag des Deputation-Abschieds de a. 1600 §. es leyce in dem etc. und daselbst angezogener Ordnung P. III tit. 33 §.* Im Fall aber etc. *nochmalen bevvenden, also das in dieser Instanz nicht allein nach Ausweis gemein beschriebener Rechten, was in priori instantia nicht vorkommen, oder deducirt worden, de nouo zu deduciren, und zu bevvweisen, sondern auch was in voriger Instanz allbereits vorbracht, ferner* und

und besser zu beweisen verstatet werden solle, jedoch mit dieser Mafs und Bescheidenheit, daß der Appellant bey Einführung der Proceßs, davon hieoben Erwöhnung geschehen, sich zum Eyd erbiehen, und denselben dergestalt zu leisten vor allen Dingen schuldig seyn solle, daß er seines angegebene neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dormalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber dauor halte, daß solches alles zu Erhaltung seines Rechtens dienlich und nothwendig seye. *Gleiche Meinung hat es mit dem Appellaten, wann derselbe in zweyter Instanz was neues vorbringen wolte §. 74. wofern auch die ein oder andere Parthey in deme, was in priori Instantia allbereits einkommen, ueritatem et circumstantias facti besser erläutern, und ein mehrers anführen oder beweisen wolte, solle es ihnen gleichfalls unuerwehrt seyn.*

XVII.

Quae sint
noua?

Sed cauendum est, ne melioris probationis specie noua causa ad iudicem superiorem deferatur, qui de rebus aliis non potest cognoscere, quam quae per appellationem ad eum fuerint deuolutae. Certe, nisi firmas rerum notiones euertere studeamus, ita restringamus clausulam: *noua deducendi*, ut extra controuersiam priorem, principaliter consideratam, noua deducere non liceat; nam de nouis rebus, de quibus in sententia appellans non est grauatus, actionem instituire in appellationis instantia prohibitum est. conf. IOH. WOLFG. TEXTOR. in prax. iud. P. I c. 12 n. 73 HARTM. PISTOR. l. IV qu. 23 ill. ESTOR. in Anfangs Gründen des gemeinen und Reichs-Proceßs, tit. 140. §. 1092. ZZ. Doch ist hierbey zu merken, daß, wann der Appellant weiter keine Beschwerde hätte, als daß er neuen Beweis führen wolte, er nicht appelliren kan, sondern der restitution sich bedienen muß. Hätte er aber noch mehrere Beschwerden, so läuft der neue Beweis mit unter. jedoch muß

*er den im iüngsten R. A. §. 73 vorgeschriebenen Eid deshalb
leisten.* Huius iurisiurandi formulae originem scrutatur ill.
LYDOLF. P. III obs. for. 297. p. 500 grauiterque monet, ut
quilibet conscientiae suae rationem habeat, et, si nihil noui,
quod in actis prioribus deductum uel probatum non fue-
rit, deducendum sit, omiſſis ambagibus in appellationis in-
stantia concludat simpliciter ad acta priora, quod omnino ad
maturationem iustitiae facere posset et utiliore uia, quam si per
tot terminorum legalium, dilationumque collectarum moras,
nouorum scriptorum farragines, ex quibus aduocati com-
modum aucupantur suum, conclusio est expectanda, iudi-
cibus etiam tanto maior caediosiorque labor exantlandus.

XVIII.

Leges principia quaedam aenea posuere, in caussarum
disceptatione numquam deferenda. Adnumeramus illis axio-
ma: ne post elapsum terminum probatorium uel publica-
tas attestations nouae probationes proferantur. Optimus
quisque regulis hisce inhaerebit, litiumque dissoluendarum
accelerationem omnibus uotis expetet. Sed quantum exhor-
rui, cum Themidos anſtites haud postremae classis positiones
utilissimas exceptionibus quamplurimis debilitare animaduer-
ti. Publicatis attestationibus nouas probationes producere non
licere, affirmant prope omnes, sed regulae subiungit BARTHOL.
SOCIN. exceptiones, siue, quas uocat, fallentias LII, FARINAC. LXVII,
et IOHAN. CAMPEGIVS LXX. Quid, quaeso, fiet de regula? In iure
Sax. elect. c. XXI P. I. sancitum legimus: *quod usitatum huc usque
in ditionibus nostris fuit, ut ultra probationes in prima instantia
deductas super iisdem uel etiam directo contrariis articulis alii
testes non admitterentur, id cum iuri tam Saxonico, quam commu-
ni conueniat, deinceps quoque in iudicando et respondendo uolu-
mus, ut obseruetur.* Legem hanc optimam MATTH. BERLICH.
P. I concl. 40 exceptionibus xxxix onerat, quamquam is in-
ter iuris Saxon. interpretum antesignanos referendus sit.
Ab instituto nostro haud alienum erit, si regulam ab impu-
D gna.

Examina-
tur casus
permulti,
qui nouam
probatio-
nem admit-
tere dicun-
tur.

gnatione tam uiolenta defendamus. I) Probationibus prioribus editis, nouae admittuntur, si instrumenta nouiter reperia fuerint. Annon instrumenta iam ante producenti cognita fuerint, incertum est; quapropter ab eo iusiurandum postulatur. (§. xvi.) conf. quae §. xi ex ORD. IVD. PRVSS. recensuimus; addimus ex c. l. §. 6: *Wann aber iemand dergleichen neue documenta in der letzten Instanz befügen vvolte, sollen dieselbe nicht allein sofort zuruck gegeben, und der Producent damit ad separatam verwiesen, sondern auch dieser über dem nebst dem Aduocato mit 10 Rthlr. bestrafft vverden.* Deinde noli probationem absolutam commiscere cum re iudicata. Sub specie nouorum instrumentorum postea reparatorum res iudicatas restaurari, exemplo graue est, ait Imp. GORDIAN. l. 4 c. de re iud. Non ignoro, multos, quod haec lex denegat, id ope restitutionis in integrum consequi studere. Sed quae fides erit sententiarum, ubi semper aliquid noui comminisci licet? Nuper reperia sunt documenta, concedo; at reperisses sine dubio ante litem motam, si indagasses; indagare autem debueras. Nouum est, quod profers; largior; sed nihil habet momenti ad causam ipsam. Maneat igitur rei iudicatae honos. Si quis plane nouo agendi fundamento nitatur, nouum ipsi iudicium patebit. II) Si testes non fuissent rite examinati, ueluti omisso iureiurando. Quum huiusmodi error ante conclusionem causae facile apprehendatur, iusto tempore emendari potest. Si iudex, partium querelis posthabitis, sententiam pronunciat: nihil egisse censetur; sin partes taceant, nauos omnes arguere noluisse putantur, atque adeo postea noua moliri nequeunt. Ceterum iudicem imperitum hac in re ueritati inuestigandae multum nocere posse, non diffiteor: perspectis enim testimoniis, testes noui simul produci uix poterunt, quia semper subornatio metuenda. Acrüter disputatur, an probatione in priore instantia peracta in secunda super articulis iisdem uel contrariis nouum testium uel eorundem uel aliorum examen peti

peti possit? negat CARPZ. P. I C. 21 d. 2 et 3, aliis multis recte suffragantibus. Praxi camerali admitti nouas et contrarias probationes per testes etiam eisdem testatur assessor LAV-TERBACH. in colleg. pract. l. XLIX tit. 7 §. 6. Sed ill. LVDOLF. in comment. system. de iure camer. p. 252 hanc sententiam cum grano salis accipiendam esse putat, non exclusa iudicis cognitione, ne detur campus laxior ligandi et iudicata eludendi. Quid enim si examen testium solenniter, legitime et amplissime fuerit peractum, ut ei cum ratione nihil opponi queat, uel quoad personas iudicis et testium, uel quoad interrogatoria et modum examinis? Sane ad protelandam litem nimium uideretur respicere et periculosa esse noui examinis eorundem testium uel aliorum ad contrarios articulos petiitio, ut in eo iuris Saxonici dispositio omnino laudanda sit. Ad finiendas enim lites, non ad trahendas, iudicia sunt constituta. III) *Si consensus partium interueniat.* Quamquam haec exceptio nullo monitore indigeat, partiumque pactionem de modo lites tractandi firmam esse censeat *l. fin. C. de temp. et repar. appell.* iudicis tamen prudentiam et auctoritatem uel in conuentionali processu requiro. conf. HENR. HILDEBRAND. diss. de processu conuentionali membr. II. IV.) *Si iudex odio uel ira festinanter testium dicta patefecisset, ut aliorum probationes impediret.* Dolum et culpam iudicis iam remouebat casus II. V) *Si causa fuerit criminalis, propter defensionem innocentiae.* Quemadmodum hodie iudices ex officio in crimina inquirere, nec terminos sibi boni publici causa ponere solent: ita nec causa conclusa ratione delinquentis dici potest, quippe cui defensionem suam iterare licet. Tantis enim defensionis fauor est, ut a regulis iuris saepius recedatur. Quid? quod post sententiam publicatam defensio afferri potest. CARPZ. pr. crim. qu. 33 n. 10. seq. Quum multae defensiones temere suscipiantur; iudicis arbitrium non plane excludi poterit. VI) *si instantia uarietur, c. c. si fiat transitus de causa civili ad criminalem.*

Hic casus declarandus ex priore. De noua probatione instantiae uouae diximus §. xvi et xvii. Si noua surgat actio, quis dubitet, eam noua muniri posse probatione? VII) *Si testes obscure deposuerint, possunt iterum ex officio iudicis, non uero ad instantiam partis, etiam post publicatas attestaciones recipi et ad declaranda sua dicta examinari.* Iudici probatur, non partibus, (§. II.) pertinet igitur ad officium iudicis suppletorium, probationem omnem rite instrui. Sed quid haec ad nouam probationem? Satius erit, ut iudex in examine primo nihil praetermittat, quod ad causam dilucidandam ualeat. VIII) *Si tertius sui commodi causa interueniat.* Verum id tam crude non est proponendum. Discernamus interuentionem *accessoriam a principali*; in illa interueniens litem in eo statu, in quo eam inuenit, assumere debet; eaque propter post publicatas attestaciones, ubi ipsi principali ulterius probare non licet, ulterius probationes facere nequit, siue sciuerit, siue ignorauerit, causam in iudicio agitari. In principali interuentione iterum distinguendum, sciueritne tertius interueniens, litem moueri, an ignorauerit. Si prius, litem in statu, quo eam reperit, suscipere tenetur, quia, quae hactenus acta sunt, comprobasse uidetur; sin posterius, re ipsa nouam actionem instituit, et litis huc usque uentilatae ratio non habetur. conf. HENR. HAHN. diss. de interuent. §. 32 et 33. IX.) *Si causa haeresim spectet aut ueneficium.* Hic casus iam continetur casu V. In Germania de haereseos crimine aliter, quam uetusti iuris canonici commentarii praecipunt, statuendum esse, pax religiosa docet. Magiam quoque ab anilibus narratiunculis caute internoscet iudex. X.) *Si consuetudo uel statutum nouas probationes permittat.* Ita quaestio poneretur Domiciana. Vix tam absurdum hodie in Germania statutum reperiri puto, quod infinitam probandi licentiam indulgeat. Assessores Camerae imp. P. I. tit. 19. ord. Cam. respicere uidentur statuta et consuetudines *rationi et honestati consentaneas (redliche ehrbare Gewohnheiten)* ordinum imperii

rii. Sed huiusmodi non est consuetudo, qua lites ualde turbantur ac protrahuntur. XI) *Si probari possit, testes muneribus corruptos, falsum dixisse testimonium, aut ob alias rationes fuisse inhabiles.* Testes inidonei aut plane repelluntur, aut, saluis exceptionibus, admittuntur; exceptiones uero ante causae conclusionem probari necesse est; ergo hac in re non fallit regula. Quibus conditionibus noua in appellationis instantia proferri possint, indicauimus §. XVI et XVII. Testem falsum testimonium dixisse, ex eo non semper liquet, quod munus accepit. XII) *Si articuli dependent ab antiquis.* (uid. §. XVII et cas. II.) XIII) *Si causa sit matrimonialis;* hanc enim iura singulari fauore, ob diuersas quidem rationes, prosequuntur. Nos matrimonium causarum publicarum numero censemus, in quibus amplior est iudicum facultas. (§. VIII) Hinc et causa matrimonialis saepius cum criminali comparatur. XIV) *Si in compromisso dictum esset, quod procedi possit aliis solemnitatibus non obstantibus.* Hic casus iam continetur tertio. XV) *Si per euidenciam facti et ocularem inspectionem contrarium probari possit.* Sententia euidenciae facti contraria nulla habetur. Num uero factum sit euidens, iis monstrare conuenit, quorum causa agitur. Quod si igitur inspectione oculari opus sit, ea, durante lite, uel a partibus petenda, uel a iudice ex officio instituenda erit. ORD. IVD. CAM. PRUSS. P. III tit. 27 §. 2. cauet: *Es muss also derienige, welcher des Augenscheins zu Behauptung seiner intention nöthig hat, binnen 8. Tagen nach beschriebener litis contestation darum Ansuchung thun, nachhero aber kan er nicht weiter damit gehöret werden. §. 3: Wann aber in processu causae sich findet, das die Sache ohne dergleichen Besichtigung nicht erörtert werden kan, und daher der Richter selbst nöthig findet zu seiner information dieselbe zu veranlassen, so kan ex officio ein Commissarius dazu ernennet werden.* XVI) *Si minor petat restitutionem in integrum.* Cedit res iudicata huic remedio, quid ni probatio? XVII) *Si iudex ex officio alios testes recipiat.* XVIII) *Si re-*
stium

stium enuuciata rem nondum satis planam faciant. Vtrumque casum iam complectitur casus II et VII. XIX) Si iudex testes a parte nominatos (non producos) ex officio uelit examinare. Haec aut idem, quod casus modo dicti, innuunt, aut legem eludunt, atque adeo exceptioni VII repugnant. Proinde et GAIL. L. I de pac. publ. c. 18 n. 9 partibus petentibus, post publicationem testimoniorum, repetitionem locum habere negat. XX) Si noui testes producantur ad confirmandam priorem probationem. Quid est confirmare? si quis infirmis argumentis noua, eaque robustiora adminicula subministrare uellet, is certe iam peracta probatione, non esset audiendus. Obscuriora ut declarentur, interdum permittitur. Ita recte distinguit HARTM. PISTOR. obs. 183 n. 7. XXI) Si princeps per rescriptum id concedat. Rescriptum principis ius partibus legitime quaesitum auferre nequit. uid. cas. X. Nec limites suos transgredi potest iudex, etiam si ex officio decernat. XXII) Si testes iam ad aeternam rei memoriam examinati iterum euocentur. Pertinet ad except. XX. XXIII) Si lis est inter alias personas. Ergo alia est actio. Quis dubitet? XXIV) Si de maiore summa disquiratur. conf. cas. XX. XXV) Si ex aequo et bono agatur, ueluti in causis mercatorum. Ratio nimis lata, facile in odium alterius partis detorqueri potest. XXVI) Si testes in iudicio summario examinati iterum producantur in ordinario. conf. cas. VI et XX. XXVII) Si quis intra terminum probare nolens fuerit a iudice iniuste repulsus. conf. cas. II et IV. XXVIII) Si publicatio attestationum uel conclusio causae tacite uel expresse per iudicem est reuocata. Re scilicet integra. Quomodo ea, quae ad aliorum notitiam iam permanarunt, reuocari possint, non intelligo, nisi iudex examen testium irritum esse declaret. XXIX) Si articuli notorium respiciant, licet contineant antiquam causam. Notorium non est notorium, si prolixae probationis indiget. XXX) Si aduersarius praesens non contradicit. conf. cas. III. XXXI) Si consilia tantum iurisperitorum producantur. Con-
silia

filia nihil quidem probant, sed iudicem tamen interdum possunt pervertere. Quare in ORD. IVD. CAM. PRVSS. P. III. tit. 35. §. 3. neque ante, neque post conclusionem causae responsa actis inferere licet. XXXIII) *Si probatio fiat per confessionem partis.* Ergo lis plane cessat. XXXIV) *Si sententia non transeat in rem iudicatam.* Sententia aut nulla est, (uid. cas. II, IV et XXVII) aut appellationis remedio uis illius perimitur (§. XVI et XVII) XXXV) *Si quis sponte sua probationem susceperit.* Hanc ipsam opinionem in dissertatione nostra destruere conati sumus. XXXVI) *Si ecclesia ad nouam probationem admitti cupiat.* Ecclesia enim utitur priuilegiis minorum. uid. cas. XVI. XXXVII) *Si coram commissariis principum negotium geratur.* Commissarius haud secus ac alii iudices ordinem iudicii sequi tenentur, ubi praesertim causae decidendae constituti sunt. XXXVIII) *Si damnum probandum sit.* Damnum intelligo et expensas ex lite temeraria natas, quas alterutri litigantium farciri iubet iudex, praecua liquidatione. Haec igitur quaestio ante sententiam latam moueri non poterat. Vide, quae de sententia conditionali §. XIII disserrimus. XXXIX) *Si articuli iam exhibiti declarandi sint.* uid. cas. XX.

XVIII.

Nem mihi succenseas, Lector optime, rogo, si minutias haec nimis operose persecutus fuerim. Haec disquisitio speciminis instar esto, quanta uis principis certissimis utilissimisque inferri possit. Quid iuat regulam edere, si neruos illius sexcentae incidunt exceptiones? quae si accuratius expenduntur, uel errores manifestos tradunt, uel, diuersa quidem phrasi, saepius repetuntur, uel cum laruis pugnant, uel barbaram aequitatem commendant. Fauor probationis ita mentibus nostris obuersetur, ne leges generis humani primarias; *neminem laede, suum cuique tribue,* offendere, neue ordinis iudiciorum scopum principem, ut lites rite, *sine partium studio ac breuiter* expediantur, obliuioni tradere uideamur. Probationis negotium multo fructuosius peragi, multoque citius ad exitum perducitur, si iudices non (ut moris est), *causa demum conclusa,* dispicerent, quid *probatum* fuerit, sed si statim in limine et in omni parte iudicii definirent, quid *probandum* sit, nec causam, nisi satis instructam dirimerent. Quum uero huius rei cura magistratus et legislatores attingat: plura monere superfedeo.

FINIS

PRAE-

PRAENOBILISSIMO ATQVE DOCTISSIMO

DOM. CANDIDATO

s. p. d.

I O. HEVMANNVS. D.

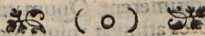


andem aliquando iluxit dies iste candidus, qui Tibi stabilis fortunae signum ostendit. Iamdiu in iuris disciplina et optimarum artium studiis ad fructus communes referendis elaboras; sed mores sacculi huius sanctissimos inculcare saepius comperisti, uirtutem sibi met ipsam esse mercedem pulcherrimam nullisq; indigere bonis externis. Nunc Themis interuenit; Themis, quae Dei summi praesidio sum cuique tribuit; Tibi, ORNATISSIME CANDIDATE, ad excimios, quos cultoribus suis parat, honores adiungit pandit. Iure igitur Tuo capis praemia profus insignia, postquam pericula omnia fortiter sustinisti ordinisque nostri expectationem longe superasti. De tam praeclaris non temporum, sed uirtutis, muneribus optimus quisque Tibi gratulatur; ego uero Tibi gratulor etiam de moribus Tuis tranquillis, integris, consonantibus, quibus me, dum hospitio meo uereris, ualde delectasti. Ecquam praedicabo teftudinem Tuam dulcissimam, qua aures mentesque omnium mirifice permulces? Sic tota uita Tua harmonica est, perinde, ac si e Pythagorae aut Platonis schola prodiiſſes. Sed in alium philosophum incidisti; singulari nimirum Dei beneficio uitricum nactus es uirum maxime reuerendum et eruditissimum Dom. IOHANNEM MATERVM, rei diuinae ministrorum, templo primario Laurentiano adscriptorum, seniore, sacerdotem religiosissimum omniaque laude florentissimum. Truculentio uitrici nomini non omnem maculam abstergere contendam, ne meam ipsius causam dicere uidear; sed tecum facile consenties, Te ne genitorem quidem uitrico Tuo meliorem uotis fingere potuisse. Quanta patrem hunc benignum facilemque colas obseruantia, quam pio obsequio, quam grata mente eum prosequaris, non ignora; at recipias, quaeso, ne in huiusmodi officiorum societatem. Vix enim uerbis exprimere possum, quanta uoluptate perfruatúr animus, quotiescumque temporis illius memoriam recolo (recolo autem saepissime,) quo MATERO, omni doctrinae genere culto, praeceptore usus sum. Ille ipse mihi non artes tantum mathematicas abstrusiores, uerum etiam philosophiae sanioris, studiis meis qualibuscumque lucem etiam nunc affundentis largissimam, inuicia, summa fide ac mirabili perspicuitate tradidit.

Haec mihi semper erunt imis infixae medullis,
Perpetuusque animae debitor huius ero.

Age igitur, AMICE SPANISSIME, nuncupa mecum pro Patris, pro Praeceptoris exoptatissimi, salute uota ardentissima. Quid enim huius salute carius esse potest, ex qua in Matrem Tuam optimam, probatissimae uirtutis exemplum, solatia certissima, in Te comoda infinita, in me laetitia perennis redundabit. Age, labora, annitere, ut mox amplissimis et Tibi et Patriae fructuosius honoribus auctus Parentibus Tuis pie colendis, et bonis omnibus gaudia referas cumulatissima.

Vale. Scr. d. xxiii Nouemb. 1615ccliiii.



ULB Halle

3

003 905 624



80







Farbkarte #13

B.I.G.

Prä. 22. num. 27.

18

13

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE *1754, 2*
**PROBATIONE MELIORE
LITIGANTIBVS CAUTE
RESERVANDA**

QVAM
DIVINIS AVSPICIIS
IVSSV ET AVCTORITATE
MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS
IN CELEBERRIMA ACADEMIA ALTORFINA

P 486

PRO LICENTIA
SVM MOS IN VTROQVE IVRE HONORES
AC DOCTORIS PRIVILEGIA
RITE CONSEQVENDI
PVBLICAE SOLEMNIQVE DISQVISIONI
D. XXV NOVEMBRIS A. c1o1occliiii

SVBIIICIT
GODOFREDVS CHRISTOPHORVS
OESTERLINVS
NORIMBERGENSIS.



ALTORFII

EX OFFICINA IOHANNIS ADAMI HESSELII.

