







*Ms. 1795 vac.*

DE

*1794, 3*

PROBATIONE  
AD PERPETVAM REI MEMORIAM  
SPECIMEN

*18*

*241*

QVOD

ILLVSTRI IVRECONSVLTORVM ORDINI

IN ACADEMIA HELMSTADIENSI

PRO SVMMIS IN IVRE HONORIBVS OBTINENDIS

EXHIBVIT

CHRISTIANVS HENRICVS GOTTLIEB KOECHY

SCHLIESTADIO-BRVNSVICENSIS

PHILOS. DOCTOR ET LL. ART. MAG.

HELMSTADII

LITTERIS C. G. FLECKEISEN, TYPOGR. ACADEM.

C1D12CCLXXXIII.

PROBATIONE  
AD PERSPECTIVAM REI MEMORIAM  
IN STEPHEN

ILLUSTRI ILLUSTRISSIMO  
IN ACADEMIA  
PRO SVMMIS IN IVRE HONORIBVS OBTINENDIS

CHRISTIANVS HENRICVS GOTTLIEB KOECH  
SCHLESIACO-BRANCOVENSIS  
PHILOS. DOCTOR ET P. A. M. MAG.

HELMSTADT  
MDCCLXXXIII





---

DE  
PROBATIONE AD PERPETVAM REI MEMORIAM  
SPECIMEN.

---

**D**octrina probationum quemadmodum omnino ab insigni, quam in componendis ac decidendis litibus praestat, vtilitate summam commendationem habet et prae aliis maximopere eminent, propterea quod in iudiciis paria omnino sunt, aliquid non esse, et non adparere, plurimaeque actiones inanes sunt earumque vis ac potestas penitus euanescit, nisi certa et indubitata probationis fide apud competentem iudicem de iisdem constet: a) ita et praecipue illa probationum species, quae fit ad perpetuam rei memoriam, in primis per examen testium extraordinarium, digna nobis videtur, cui sigillatim illustrando operam nostram qualemcunque adhibeamus. Quantumvis enim illis huiusce remedii materia plures, eosque haud vulgares interpretes nacta sit, qui aut vniuersam eam pertractarent, aut de singulis eiusdem partibus exponerent, e quibus Io. WERLHOFFIUM, b) Io. PHIL. STREITIVM, c) CAR. ADOLPH. LIMMERVM, d) CAR.

a) *L. 4. D. de Fide instrument. L. 30. D. de Testam. tut.*

b) WERLHOFFIUS *Diff. de examine testium extraordinario*, Helmstadt. 1705. 4.

c) STREITIVS *Diff. de probatione, quatenus per examen testium in perpetuam rei memoriam fieri potest*, Erford. 1722. 4.

d) LIMMERVS *Diff. de rotulo reprobatorio ad perpetuam memoriam condito, aitori in defectu aliorum probandi mediis edendo*, Goetting. 1767. 4.



CAR. FRID. ELSAESSERVM, e) IVST. HENN. BOEHMERVM f) nominasse sufficiat, nihilo tamen fecias in summis difficultatibus, quibus passim laborat hic iuris nostri locus et quae interpretes circumfilitunt, nobis quoque spicilegium aliquod relictum fuisse, animaduertent hi, qui magis ex limpidiore artis nostrae fontibus haurire, quam alienarum opinionum commentis seruire obsequium praestare adfueverunt. Quum vero neque temporis neque ipsius libelli nostri ratio patiatur, vt in eodem omnia omnino momenta huiusce doctrinae absolui, eiusdemque nodi omnes dissolui possint, sed potius breuitatis studiosissimi nonnisi tenui penicillo eandem adumbrare queamus, omnis disputatio nostra ita instituetur, vt primum naturam et indolem probationis ad perpetuam rei memoriam constituamus, simulque origines illius, et quo iure introducta sit, inuestigemus; deinde causas, in quibus locum habeat extraordinaria illa probandi ratio, delineemus; tum de his, quibus probatione ad perpetuam rei memoriam vt liceat, agamus; denique vim et efficaciam eiusdem oculis subiiciamus. Quibus conatibus nostris, vt lectores docti atque humani, ingenio forsitan, eruditione et auctoritate nobis longe superiores, faueant, vel saltem benigne de iisdem sentire haud grauentur, impense iam rogamus.

## CAPVT I.

## §. I.

*Regula est, probationem demum post L. C. sustinendam esse.*

In facti dubii probatione, quam generatim haud incongrue dixeris actum, quo de veritate facti alicui fit fides, maximum litis momentum

e) ELSAESSERVS Diff. exhibens selecta capita processualia de probationibus et reprobationibus, Erlangae 1782. 4.

f) BOEHMERVS Ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. tit. 6. p. 1065. sqq. ed. nouiss.



mentum versari, quoniam, monente Paulo, s) omnia, quae probari vel ostendi nequeunt, pro non gestis neque existentibus reputantur, modo diximus. Hinc non mirum, si litigantium vnusquisque omnes intendat neruos ad vndiquaque conquirenda, quaecumque ad causae suae adstructionem conducere intelligit. Nec vero quouis tempore probationem in iudiciis fieri posse, sed potius intra certum temporis spatium, a lege vel iudice certas variis in causis dilationes indulgente definitum eandem et suscipiendam et finiendam esse, ne eos quidem fugit, qui vel aliqualem cum foro contraxerunt consuetudinem. Considerari enim tempus illud posse (vt loqui solent), tamquam terminum tum a quo tum ad quem, inter omnes constat. Et de termino quidem probationis ad quem, quum ad rem nostram non faciat, dicere nihil attinet. De termino autem probandi a quo ante omnia ex legum praeceptis hic tenendum est, causae principalis probationem in regula nonnisi post litis contestationem, quae basin et fundamentum iudicii accepti constituit, fieri posse. h) Cuius quidem regulae, in processu ordinario, vbi ordo iudicarius praecise attendi debet, obseruandae ratio in eo posita esse videtur, quod ante litem contestatam praematura ac saepissime superflua sit probatio, quoniam non constat nec vilo modo constare potest, vtrum reus id, de quo controuersia est, confessurus, an negaturus sit, ac negata tantummodo, minime autem ea, quae in confesso sunt, probatione indigeant. Quae omnino adeo vera sunt, vt CARPZOVIVS i) et MYSINGERVVS k) nihil per instrumentorum productionem, litis contestationem antecedentem, agi contendant, nisi post litem contestatam de nouo repetita fuerit. Accedit huc, quod ex iudicio contracto constitutoque demum

oriatur

g) mem. L. 30. D. de Testam. tut.

h) cap. 1. 2. et 5. X. vt lite non contest.

i) CARPZOVIVS definitiones forens. Part. I. constit. 17. defn. 9.

k) MYSINGERVVS singulararr. obseruatt. Iurisp. Cam. centur. V. obs. 53.



oriatur facultas; testes ex lege ad testimonium ferendum cogendi, quae in testium examinationibus praeparatoriis penitus exsulat. Pendet enim haud dubie ante litem contestatam a mero eorum arbitrio, vtrum iuxta conceptas positiones respondere velint, nec ne; ita vt id in contemptum magistratus, ad quem vocati accesserunt, ne factum quidem intelligatur. <sup>1)</sup>

## §. II.

*Exceptionem facit probatio ad perpetuam rei memoriam, cuius descriptio exhibetur.*

Verum enim vero a regula iam proposita recedit examen testium extraordinarium, in quo definiendo omnes fere consentiunt, vt illud dicant esse testium receptionem et examen, ante litem aut motam aut contestatam institutum, si iustus metus subsit, ne forte testium depositio pereat insimulque veritas occultetur. Sedes doctrinae praecipue est in duobus iuris canonici locis, in quorum vno Innocentius III. Quoniam, inquit, frequenter in dubium reuocatur a multis, an lite non contestata testes recipi valeant, auctoritate praesentium duximus declarandum, regulariter verum esse, quod lite non contestata non est ad receptionem testium procedendum, nisi forte de morte testium timeatur, vel absentia diuturna: in quibus casibus, cum civiliter est agendum (ne veritas occultetur, et probationis copia fortuitis casibus subtrahatur) senes, et valetudinarii, et alii testes (de quibus ex aliqua rationabili causa timeatur) etiam lite non contestata sunt procul dubio admittendi, seu pars conuenta sit contumax, seu sit absens absque malitia, vt conueniri non possit. Sed si actor non conuenierit aduersarium intra annum, ex quo conueniri poterit, vel saltem receptionem huiusmodi testium non denunciauerit illi, attestaciones sic receptae non valeant, ne forte hoc procuret in fraudem, vt processu temporis  
exce-

1) HVBERSVS Praelett. iur. ciuil. ad tit. D. de Test. §. 34. Tom. III. p. 1156. ed. noniss.



exceptiones legitimae ad repellendum testes, vel aliud locum habere non possunt; m) altero idem ait: Significauit nobis presbyter sancti N. Sabinen. Dioecesis, quod fundatores eiusdem ecclesiae liberam eam esse volentes, fundationis tempore se in ea nihil iuris retinere dixerunt. Vnde timens, ne processu temporis probationis copia valeat deperire, prouideri super hoc idem presbyter postulauit. Quocirca mandamus, quatenus testes idoneos, quos ipse super hoc duxerit producendos, examines diligenter, et eorum dicta in publica redigi facias monumenta: denunciando fundatoribus ante dictis vel eorum heredibus, vt receptioni testium, si velint, intersint: et super denunciatione sic facta confici facias publicum instrumentum; n) Locum igitur vniuersum habet haec probatio anomala siue irregularis, quoties metus instat, ne veritas occultetur et processu temporis probationis copia fortuitis casibus subtrahatur. Et quamquam Innocentius III. in locis allegatis nonnisi de probatione testibus facienda loquitur, indeque GAILIUS o) colligere posse sibi videtur, vniuersam hanc doctrinam vniuersam ad testes spectare, rectius tamen ob rationis paritatem eiusdem fines coarctati ad probationem, per instrumenta faciendam, quin adeo per ocularem inspectionem instruendam proferuntur. p) Eiusmodi enim metus, vt non ius tandem deficiat quidem, sed probatio, etsi plerumque tantum in testibus, nonnumquam tamen in instrumentis quoque instat. Propter testes quidem probatio haec anomala siue irregularis locum habet, quoties testes diu absfuturi sunt siue bello, siue peregrinatione in plures annos continuanda, aut aegrotantes et valetudinarii, aut senio confecti existunt:

m) *Cap. 5. X. vt lite non contestata testes non recipiantur.*

n) *Cap. 41. X. de Testibus.*

o) GAILIUS *Lib. I. Obseruu. cameral. obs. 94.*

p) BERGÉRVUS *Elect. disceptatt. forens. Tit. XXVII. obs. 1. not. 1.*  
BOEHMERVS *Iur. eccles. Proest. l. l. §. 9. p. 1070. Illustr. OELTZE*  
*Anleit. zur gerichtl. Praxis, §. 177. p. 264. De praxi camerae con-*  
*traria testatur GAILIUS l. l.*



fistant: ubi ante litis contestationem solemnem non solum audiri testimonium depositionem, sed et in perpetuam rei memoriam adseruari obfignatam suoque tempore vna cum reliquis probationibus publicari posse, extra omnem dubitationis aleam positum est. Ipsae causae examinis testium extraordinarii, quae ex natura rei profluunt, legibus Germaniae provincialibus passim sunt vel omnes enumeratae, vel nonnullae tantum curatius expresse. 1) Et merito tum quoque, ubi verem-

- 9) In *Ordinat. supremi prouocat. iudic. Cell. II. VII. sect. 1. §. 38.* metus amittendae testimonium depositionis hae sunt causae definitae: 1) tödtliche Krankheit, 2) schwache Leibesbeschaffenheit, 3) mehr denn 50jähriges Alter, 4) wenn jemand in den Krieg gehen, 5) zur See reisen, 6) an einen gefährlichen Ort sich begeben wollte, 7) wenn die Pest oder andere ansteckende Krankheiten im Schwange gehen, oder der Krieg wüthet, 8) der Zeuge der Flucht halber verdächtig, 9) in andern ähnlichen Fällen. In *Ord. cur. prouinc. Guelpherb. tit. LIII.* hae exstant: 1) wan es sich begübe, das die Zeugen mit sorglicher Krankheit, oder 2) mit hohem Alter beladen, item 3) wan sie an einen andern entlegenen Ort zu ziehen, oder 4) sonst ferne zu reisen wegfertig, oder 5) in wahren sterbenden Lüften wären, also das zu besorgen, man müchte derer nicht allezeit mächtig seyn können. Porro *O. P. R. Magdeb. c. 32.* „wenn die Zeugen wollten in Krieg, oder andere fernere entlegene Oerter Dienstes, Kaufmannschaft oder anderer Sachen, halben verreisen, und ihre Wiederkunft nicht zu vermuthen.“ conf. *MENOCHIVS de art. ind. quaestionum. Lib. II. cas. 61. n. 11.* item mem. *O. P. R. Magdeb. s. 31. §. 2.* „mit sorglichen bescheinigten „Krankheiten beladen,“ nec minus *ibid.* „wenn die Zeugen abgelebt „und ihr Alter über 50 Jahr gebracht.“ Idem et in *cam. Imp. obseruatur, quemadmodum videre est apud GALLIVM l. 1. obs. 92. n. 7.* *Alibi aetas arbitrio iudicis relinquitur, cf. O. C. Hannou. tit. 20. §. 16.* „mit hohem Alter beladen, welches zu unsers Präsidenten und unserer Rätthe Ermäßigung gestellet bleibet.“ — Admodum memorabilis



verendum est, ne quid momenti postea testium memoria elabatur, locus eiusmodi examini concedi potest; id quod arg. *L. 3. §. 5. D. de ed. Carb. deduci solet*, r) et legibus provincialibus passim confirmatur. s) Caeterum senectus testium quae habenda sit in ista probatione, quamuis iure communi haud definitum sit, sed iudicis arbitrio relictum, quinquagesimum tamen aetatis annum sufficere, plerique existimant. t) Instrumentis autem probatio in perpetuam rei memoriam peragitur, quotiescunque periculum est, ne, si omittatur, actor necessaria iuris sui edocendi praesidia amittat. Quod contingit, cum is, qui instrumentum probationi inferuens possidet, longum periculum iter ad exteros ingressurus, instrumentum secum auferre vult, et maxime incertum est, an et quando reuersurus sit. Fieri enim potest, vt, priusquam ad probationem, vbi instrumenti et editio et recognitio facienda, deueniatur, lis eiusdem absentia maximis diffi-

culta-

bilis est sanctio, in titulo XXVII. legis iudiciariae Saxonicae vetustioris obuia, reum indistincte ad testium examen extraordinarium admittens: „*sie (testes) seynd alt, jung, krank oder gesund, wann ihme (reo) nur „eine erhebliche Exception, damit er sich von der künftig besorgten „Klage entbrechen müge, zusetzet*“ etc. Eadem facultatem lex iudiciaria Saxonica repetitae praelectionis ad tit. laud. haud obscure actori quoque concedit.

- r) CLAPROTHIVS *Einl. in den ordentl. bürgerl. Process, T. I. §. 299.*  
 s) Veluti *Ord. Cell. mem. oder wenn zu besorgen ist, das ihm (dem Zeugen) die Händel aus dem Gedächtnis fallen möchten; et Ord. cur. prou. Guelf. l. mem. Es hat solches auch statt, wenn man vermuthet, das dy Gezeugen ire Gedechtnis ehe dan der Kläger klagen könnte, ablügen möchten.*  
 t) GALLIVS *lib. I. obs. 92. n. 7. ENGAV Decis. P. I. dec. 38. m. 5. In O. P. R. Magd. mem. id lege fuit sancitum. Idemque in prouinc. Duc. Brunsv. Guelf. obseruantia firmatum, testatur DEDEKINDYS Einl. 2. Process der herzogl. Br. Wolf. Gerichte, §. 130. not. b.*

B



cultatibus exponatur, aut litigans omni probatione profus excidat. v) Neque minus iis in causis, quae, quum res litigiosa in sensus incurrat, aut factum quoddam dubium vestigia sui visibilia reliquerit, non nisi oculorum ope erui possunt, inspectio, ut vocant, ocularis futurae probationis causa impetrari posse existimamus, quoties metuendum est, ne forte, rerum facie subito mutata, eius, quod visu eruendum est, conspiciendi copia deficiat.

## §. III.

*Probatio ad perp. memor. ex iure pontificio demum inualuit.*

Sed quo de usu examinis testium extraordinarii certius constet, iam in originem et natales eiusdem paucis inquirere summoque digito quaestionem, inter Iurisconsultos passim agitatam, tangere liceat, doctrina illa vtrum ex civili an alio ex iure repetenda sit. Et quamquam non desunt, qui istius originem ex iure civili derivare studeant, \*) palmam tamen iis praeripere nobis videtur sententia eorum, qui iuris pontificii auctoritatem comiter venerati opinionem e diametro contrariam fouent. v) Priorem quidem sententiam ipse Innocentius III. z) confirmare videtur, dicens: "Nos igitur attendentes, quod iure sit civili statutum, ut quando periculum testium formidatur, ne veritas occultetur, et probandi copia fortuitis casibus subtrahatur, etiam lite non contestata, testes valetudinarii et alii, de quibus ex alia rationabili causa timetur, ad testimonium admittantur." Sed quum reapse

v) BERGERVS *Elect. disceptat. forens. tit. XVIII. obs. 1.* Idem in Saxonia *Elect. O. P. R. ad tit. 28.* diferte constitutum est.

x) STRYKIVS *Vf. mod. Pandect. ad tit. de Test. §. 21.* GONZALEZ TELLEZ *ad cap. fin. Ut lite non contest. n. 5.*

y) BOEHMERVS *l. l. §. 4.* DANZ *Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes, Th. II. Hauptst. 1. §. 452. p. 597 sq.*

z) *cap. 4. de Confirm. viil.*



nuspian locorum huius examinis extraordinarii ratio habeatur in iure civili, tantum abest, vt in eodem ex memorata Innocentii III. sanctione hanc irregularem probationem vindicatam esse arbitremur, vt potius eiusdem originem ex glossatorum obseruationibus primario repetendam, et ex iisdem in ius pontificium iure implantationis translatam esse, statuamus. Neque enim, quod GONZALEZ TELLEZ <sup>aa)</sup> affirmat, pontificem ad *L. 40. D. ad leg. Aquil.* respexisse, attentione dignum est, quum ex laudata lege sat luculenter adpareat, testes minime ante litis contestationem receptos fuisse, sed lite ex lege Aquilia mota, ex qua condemnatio quoque facta est. Ibi enim Paulus ait: *In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui (testes) possunt non esse eo tempore, quo conditio existit, et si summam re exposita ad suspicionem iudicem adducam, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, quum debiti conditio existierit, quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.* Species ibi proponitur de chirographo deleto, in quo sub conditione alicui pecunia debita fuerit, quod etiam testibus probare possit. Quum enim conditio post diuturnum demum tempus existere queat, fieri omnino posse, vt testes eo tempore non amplius existant, Ictus dicit. Quare a creditore summam iudici rem exponendam, id est ex lege Aquilia agendum arbitratur; siquidem condemnari euentualiter possit, si debitum per testes probatum fuerit; sed condemnationis exactio differatur, quum debiti conditio existierit, qua deficiente condemnatio ex *L. Aquilia* nullas vires habitura sit, quum ex euentu adpareat, nullum illi damnum per cancellationem chirographi datum fuisse. Multo minus ex *Auth. Sed et si quis C. de testib.* quidquam praesidii habet ista opinio. Verba haec sunt: *Sed et si quis ab aliquo aliquid patitur contra leges, aut aliter laesus, aut damnum patiens, et testes apud iudicem producere voluerit, et eorum testimonia publicare: aduersarius moneatur*

B 2

aa) l. l.



a iudice, et sic eo praesente iudex attestaciones recipiat. Quod si venire noluerit, etiam de eo absente attestaciones recipiat: et perinde valebunt, ac si eo praesente receptae fuissent: nec opponere poterit, quod ex vna parte datae sunt. Nullum sane vestigium in hoc loco deprehenditur, testes ante litem contestatam recipi posse, sed illud tantum affirmatur, testimonium productionem etiam non praesente aduersario valide peragi. Nec denique *L. 32. D. de furt.* recte hac transfertur. Ait Paulus: Quidam tabularum duntaxat aestimationem factam a furti actione existimant: qua si iudici, apud quem furti agatur, possit probari, quantum debitum fuerit, possit etiam apud eum iudicem eadem probare, apud quem pecuniam petat: si vero in furti iudicio probare non potest, ne illud quidem posse ostendi, quanti eius interfit: sed potest post furtum factum tabulas nactus esse actor, ut ex eo probet, quanti sua interfuerit, si tabulas nactus non esset. §. I. *De lege Aquilia* maior quaestio est, quemadmodum possit probari, quanti eius interfit? nam si potest alias probare, non patitur damnum. Quid ergo, si forte pecuniam sub conditione credidit, et interim testimonia, quorum probationem habeat, qui possunt mori pendente conditione? aut puta me petiisse creditum, et quia testes aut signatores, qui rem communissent, praesentes non haberem, victum rem amisisse: nunc vero, quum furti agam, eorum memoria et praesentia ad fidem creditae pecuniae uti possum. Vnde quidem adparet, tabulis subtractis, per testes probari posse, actione furti mota, quanti actoris interfit, maxime si testes mori possunt pendente conditione: aut eosdem ad perpetuam rei memoriam posse ante litem motam aut contestatam examinari, inde haud profluit. Quae quum ita sint, errarunt profecto glossatores, in primis Martinus et Bulgarus, qui examen testimonium extraordinarium e iure civili demonstrare cuperent, quibus licet iam Azo, teste SOCIINO, bb) contradixerit, Innocentius III. tamen, auctoritate illorum commotus, eandem opinionem repetiit, ex his, quae adhuc commemorauimus, merito reiiciendam. §. IV.

bb) SOCIIVS ad c. ult. X. ut lite non contestato.



§. IV. *De iure imperii et provincialium recepta.*

Quae autem probationis ratio ad perpetuam rei memoriam iure pontificio introducta est, eandem in Germania obtinere, cum omnino ex receptione iuris peregrini profluit, tum ex confirmatione legum imperii, quibus singularum provinciarum sanctiones accesserunt, satis intelligitur. In iudicio quidem Camerae imperialis iam a. 1585. explorati iuris fuit, Commissiones ad probationem futurae memoriae causa, in primis instituendo testium examine, decerni posse. cc) Postea dubitatum fuit, an tantummodo ante litem contestationem vtrum ante litem institutam, an tantummodo ante litem contestationem liceat

cc) *Vist. mem. Iud. Praef. et Ass. de 3. Jun. 1585. §. 13. exstat in Corp. Iur. Cameral. (Fr. 1724. f.) num. 299. p. 421. "Demnach die tägliche Erfahrung bezeuget, das von wegen der grossen Menge und überhäufften Sachen die gerichtliche Proceß ganz verzüglich gemacht, die Partheyen und Procuratorn zu ihren hochnütlichen fürhabenden Beweissthumen, sonderlich zu Abhörnung der Zeugen fast langsam kommen, ja etliche viel Jahr daran verhindert werden, dahero erfolgt, das immittelst die alte erlebte und schwache Zeugen mit Tode abgehen, und darnach diejenige Parthey, so eine gerechte Sach hat, durch Absterben ihrer Zeugen der Sachen verlustig werden mus, derohalben wollen die Herren Commissarien und Visitatorn hiemit verordnet haben, das die Procuratorn, da ihre Principalen alte oder schwache Zeugen, deren Absterben zu besorgen, fürzustellen hätten, derentwegen um Commission ad futuram rei memoriam auf benannte, unverdächtige und sonst qualificirte zu Commissarien, neben Eingebung ihrer Probatorial - Articul, auch Nahmen, Alterthum, Schwachheit, und andre Requisites, in solchen und andern in Rechten sonders versehenen Fällen, pendente lite suppliciren, und solche Supplicationes nach der Audienz coram Deputatis fürbringen mügen, darauff auch ihnen, da praesens periculum in mora, die gebetene Commissiones zum förderlichsten bekannt werden sollen."*



liceat examinare. De lite nondum coepta dubium nonnullis ex eo fortasse subortum est, quod tum in memoratis iuris pontificii locis, tum in ipsa Visit. Mem. de litis contestatione sermo sit. Sed quum species litis haud coeptae nusquam sit exclusa, in eaque probationis ob moram amittendae idem prorsus sit periculum, in vtraque specie testes examinandos esse, communi suffragio placuit. <sup>dd</sup>). Plane comprobata est illa probationis ratio per Recessum deput. imp. a. 1600. §. 132. *Es sollen auch Commissiones ad perpetuam rei memoriam, lite instituta et pendente, non obstante, das man hernach ordinaria via zur Beweifung gelangea möge, zugelassen, und dem arbitrio iudicis, was hierinn nach befundener Gestalt und Gelegenheit der Sachen zu erkennen, heimgestellet seyn;* quamvis hoc loco tantum species litis pendens sit expressa. Idem repetitum est in Concept. Ord. Cam. <sup>ee</sup>) Et quamquam Rec. imp. nouiss. a. 1654. rem silentio praetermisit, in consiliis tamen de emendanda lege iudiciaria camerae imp. passim curatius de ista re agitur, <sup>ff</sup>) quae quum ad interiorum illustris iudicii constitutionem per-

<sup>dd</sup>) *Dub. Cameral. a. 1593. Dub. 108. exstat ibid. num. 242. p. 513.*  
 "Ob Commissio ad perp. rei mem. gebetten oder erkannt werden möge, Lite iam instituta et pendente, das man also ordinaria via zur Beweifung kommen mag, ist von etlichen in Zweifel gezogen, aber quasi communibus dahin geschlossen, das solches wohl zugelassen werden möge, dieweil nit weniger disfalls in mora gefahr sey, als Lite nondum coepta, sondern dieweil ante Litem contestatam nit mag ordinaria via zur Probation geschritten werden, und zuvor priusquam eo deveniatur, etwann viel Jahr verlaufen, zudem auch mit denen Exceptionibus contra Commissarios nit Zeit verspielt würde, durante interim periculo, derowegen es arbitrio iudicis gelassen wird, vt ex aserti periculi qualitate aestimet, an decernendum quid sit, nec ne.

<sup>ee</sup>) *Concept. Ord. Cam. P. III. Tit. XX. §. 14.*

<sup>ff</sup>) *Concept. nou. §. 15-24. Plura habet ill. DE SELCHOW Concepte der Reichskammergerichtsordnung auf Befehl der jüngsten Visitation antworten, T. III. (Goett. 1782.) h. c. not. 12. µµ.*



pertineant, hic omittimus. Prouincialium autem legum exempla supra dedimus, pluraque PUFENDORFIVS §§) collegit, ad quem remittere hic liceat.

## CAPVT II.

## §. I.

*Causae, in quibus obtinet probatio ad p. r. m. generatim indicantur.*

Enumeratis iis, quae circa naturam, indolem ac originem examinis testium extraordinarii potissimum obseruanda veniunt, sequitur, vt etiam, in quibusnam causis remedium nostrum obtineat, breuissime disquiramus. Et quidem in genere admittendum esse testimonium hoc irregulare, quoties periculum in mora aliusue iustus et rationabilis motus instat, ne alioquin veritas occultetur infimulque probationis copia fortuitis casibus subtrahatur, supra iam argumentis admodum perspicuis euicimus, quae omnino huiusce propositionis, ex ipsa examinis testium extraordinarii notione, ab initio definita, prono alueo fluentis vltcrius hoc loco probandae otium gratissimum nobis faciunt. Sed quod ad ipsas causas attinet, in quibus locum habet probatio ad perpetuam rei memoriam, iam id, de quo non factis conuenit inter doctores, vtrum videlicet, praeter ciuiles, ad criminales quoque causas, commode applicari queat, paulo curatius sub examen vocare animus est.

## §. II.

*Speciatim de causis criminalibus agitur.*

Ante omnia tenendum est, ius pontificium, cuius vestigijs in hac doctrina stricte insistere debemus, nullam facere causarum criminalium mentionem. Imo, examen hoc in causis criminalibus recte exsu-

§§) Es, PUFENDORFIVS, *Introd. in process. ciuil.* P. III. C. VII. §. 3.



exulare videtur ex sententia Innocentii III. a) istud admittendum tantummodo esse dicentis, *quam civiliter est agendum*, siue causa sit *allo-dialis* siue *feudalis*. Vnde id communiter ad causas civiles restringunt, praesertim quum idem illud exceptionem a regula, ante litis contestationem testes non esse recipiendos, constituat, ideoque extensionem interpretationem haud admittat, ac praeterea in criminalibus liquidissima requiratur probatio, neque poenarum executiones fauorabiles esse soleant. b) Nihilo tamen minus, reiecto argumento, ex *cap. 5. X. Ut lite non contest.* desumpto, contrariam sententiam veriorum esse putamus, in causis quoque criminalibus huic testimonio locum omnino dari, non solum ex parte rei, eiusdemque siue accusati, siue inquisiti, sed et ex parte accusatoris non minus, quam iudicis. Probationem in perpetuam rei memoriam eum in finem introductam esse, ne veritas occultetur probandique remedia depereant, plus simpliciter vice supra diximus. Quum vero in causis criminalibus aequae ac in civilibus magnopere intersit, ne probationis copia amittatur, quin adeo causae criminales haud dubie ob grauitatem suam et publicam utilitatem maiori adhuc cura et diligentia tractari debeant, quam civiles, sequitur, remedium nostrum limitibus iusto arctioribus circumscribi, si illud ad causas criminales applicari non posse adfirmetur. Cuius adferri uti alios habemus consentientes, c) qui tunc saltem probationem illam admittere volunt, ubi aut inquisitio generalis ei superstruenda sit, aut ea accusato prodesse debeat, ita in primis I. H. BOEHMERVS, d) ut res ad certam normam redigatur, examini

a) mem. cap. 5. X. ut lite non contest.

b) GAILIUS l. l. obs. 92. n. 15. RYLANDVS Tr. de commissarij, Part. II. Lib. I. c. 22. n. 4. HAHNVS Observat. ad Wesenb. tit. de Test. n. 5.

c) Veluti WERLHOFFIVM l. l. §. 17. SAM. FR. DE BOEHMER ad Carpzovii prax. rer. crim. qu. 114. obs. 1.

d) BOEHMERVS Iur. eccles. Protestant. L. 2. Tit. 6. §. 10.



mini testium extraordinario in causis criminalibus locum concedit, 1) quoties de crimine non tantum criminaliter, sed quoque ciuilitate, veluti in actione iniuriarum ad palinodiam et poenam corpori applicandam agatur; 2) si iudex procedat per viam inquisitionis; 3) si accusatus pro seruanda sua defensione eo vti velit. Quod reliquum est, testes, qui delicti commissi habent scientiam, si ob imminens mortem aliamque causam amitti possit illorum depositio, saltem summarie nullaque iurisiurandi religione adstrictos haud raro examinari, foris vsus rerumque experientia edocet. e)

## CAPVT III.

## §. I.

*De his, quibus probatione ad p. r. m. vti licet.*

Si ad formam et modum examinis testium extraordinarii respicimus, obseruandum, causae cognitionem omnino praecedere debere. Inde iudex causae competens quoad hoc examen adendus eique articuli offerendi sunt, vt ad danda interrogatoria cum aduersario illos communicet, nisi forte causae sint summariae, in quibus non seruato iuris ordine proceditur, periculumque in mora praesentissimum sit, ita vt ad iudicem competentem commode iri nequeant, vbi etiam a iudice incompetente vel notario examen recte peragitur. a) Plurimum vero in testimonio ad perpetuam rei memoriam dicendis refert, vtrum ea ab actore, an vero a reo suscipiantur. In actoris persona regulariter statutum est, non nisi ob certas causas eundem ante litis contestationem ad hanc probationem peruenire posse, propterea quod simpliciter a mero eiusdem arbitrio pendet, an et quando actionem

contra

e) Vid. ill. de Quistorp *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, T. II. §. 699.

a) WERLHOFFIUS l. l. §. 28. MEYIUS *Deciss. Part. VIII. dec. 28.*



contra aduersarium mouere atque causam ad ordinariam probationem perducere velit. Secus est in reo, quippe qui, nisi ab actore contentus sit, neque excipere, neque elusivam probationem suscipere potest. Vnde reum facilius ad hoc remedium admittendum esse, quam actorem, plane intelligitur. <sup>b)</sup>

## §. II.

## Speciatim a) de actore.

Quod igitur ad actoris personam attinet, verissimum esse putamus, non aliter illi probationem ad perpetuam rei memoriam concedendam esse, quam quum 1) agere statim non valet. Huc pertinet, si v. c. quaestio status, impuberi mouenda, in pubertatis tempus necessario differenda sit; vel si illi in diem forte aut sub conditione debeatur. Recte BOEHMERVS <sup>c)</sup> obseruat, hoc casu actoris

b) Curatus haec in Saxonia Elect. per Ord. proc. tit. 27. §. 1. expressa fuerunt: Dem Kläger wird solches andergestalt nicht nachgesehen, es sey dann, das er dessen erhebliche und rechtmüssige Ursachen habe etc. — Ein Beklagter aber mag ohne Unterschied Gezeugen zum ewigen Gedächtnis führen, sie seyend alt, jung, krank oder gesund, wann ihm nur eine erhebliche Exception, damit er sich von der künftigen besorgten Klage entbrechen möge, zustehet; jedoch das er solches fürnehme, ehe und zuvorn die Klage wider ihn rechtlich erhoben. Wann aber dieselbe allbereit gerichtlich einbracht, wird dem Beklagten so wenig als dem Kläger solch Zeugnis weiter vergünnet; es sey dann, das er hierzu die bewegenden Ursachen habe, aus welchen es, wie vorbemeldet, auch dem Kläger nachgelassen ist. Sed Ord. pr. recogn. ad h. t. discrimine, quod inter actorem et reum obtinuit, sublato, vtrumque ad probationem in perpetuam rei memoriam promiscue admitti vult. Ait: Die probationem ad p. r. m. wollen Wir in Zukunft, wie dem Beklagten, also auch dem Kläger, ohne Unterschied nachlassen.

c) l. l. §. 7. p. 1069.



ris et rei parem adesse rationem, quum actori, vt statim actionem instituat et litem ad probationem ordinariam perducatur, integrum non sit, indeque actorem aeque ac reum, nullo testium qualitatis respectu habito, ad hoc examen admittendum esse. Nonnunquam et profus nullum ius agendi competit, nisi prius testes examinati sint. Si quis enim v. c. bonorum possessionem petere velit, necesse est, vt prius fideiue condito fieri aliter nequeat, nisi per testium examinationem, ideo testes examinandi sunt, eorumque depositiones publicandae. Hic nihil est, quod actori reuera imputari possit, ideoque is ad probationem indistincte admitti debet. Deinde 2) referimus huc quoque, si actor per aduersarii protelationes diu impeditur, quo minus probationem suscipere possit; idque vel inde contingere potest, siquidem a reo multae variaequae opponuntur exceptiones, quae litis contestationem impediunt. Sed tamen requiritur, vt metus instet, ne intra moras a reo factas depositio testium amittatur et veritas occultetur, proindeque hic ea in primis consideranda veniunt, quae supra de testium qualitate proposuimus.

## §. III.

Deinde b) de reo.

Longe aliter in reo res sese habet, quippe cui in hac probationis materia plenius consultum est in *cap. 41. X. de Test.* ita vt quouis tempore ante litis contestationem suscipere possit probationem ad perpetuam rei memoriam, non habita ratione testium, vtrum senes ac valetudinarii existant, an secus. Rationem, cur reo leges facilius succurrendam esse volunt, satis idoneam esse putamus, quoniam minime in eiusdem potestate est, quando conueniatur. Actor itaque ne actionem suam eo vsque remoretur ac differat, donec probandi copia reo penitus adempta fuerit, ideo iura ipsi hocce remedium indulgent, vt is interim testes ad testimonium ferendum produci curet.



Neque cessat haec ratio in reo, qui exceptionem suam per modum actionis in iudicium deducere potest, ideoque tam actoris, quam rei partes sustinet, quemadmodum regulariter in rebus incorporalibus accidit, pro quibus etiam possessoribus actio confessoria competit. Nam, licet Innocentius III. <sup>d)</sup> reo hoc casu examen testium extraordinarium haud concedendum esse censuerit, quoniam tamen etiam aduersario integrum est, vt agere possit, ipse sibi imputare debet, cur, facta sibi a reo denunciatione de testibus examinandis, non statim actionem suam instituerit, atque hoc modo istud testium examen impedierit. Et quidem haec, lite nondum mota. Simulac enim lis mota fuerit, reus, siquidem ad examen testium extraordinarium admitti cupiat, causas idoneas, intuitu actoris in *cap. 5. X. Vt lite non contest.* definitas, adferre tenetur.

## CAPVT IIII.

## §. I.

*De vi probationis ad p. r. m. generatim.*

Restat, vt quae sint remedii nostri effectus, demonstremus; qua in re, stylo iam ad finem properante, paucis defungemur. Quemadmodum in hac probationis irregularis specie omnia obseruanda sunt, quaecumque alias in examine testium ordinario requiri solent, ita et istius vim ac virtutem iuxta regulas, in probatione ordinaria obtinentes, diiudicari debere, in controuersiam vocari nequit. Sic v. c. pariter atque in examine testium ordinario aduersarius citandus est ad videndum iurare testes, et formanda, si voluerit, interrogatoria, si forte exceperis, 1) quando maximum periculum in mora est, <sup>a)</sup> 2) si citandi copia commode haberi non potest; <sup>b)</sup> 3) si testes exami-  
nandi

d) *ad cap. 5. X. vt lite non contest.*

a) GAILLVS l. l. *obs.* 95. n. 4.

b) BOEHMERVS l. l. §. 13. 13. p. 1073.



nandi sunt contra potentio- rem, cuius potentiam actor magnopere timet. c) Hinc, quum vtrumque examen, tam ordinarium quam extraordinarium, aequalem probandi vim producat, recte BOEHMERVS d) et WERLHOFIVS e) censent, ne testium quidem repetitionem necessariam esse, siquidem faciendae probationis tempore adhuc supersint, propterea quod semel legitime examinati sunt; id quod in omni testium examine extraordinario generatim obtinet, quantumvis testes adhuc supersint, modo, non citato aduersario, examen factum haud sit.

## §. II.

*In specie intuitu actoris et rei.*

Enimvero haud leuis differentia inter vtrumque examen intuitu durationis intercedit, quod extraordinarium scilicet non aequè perpetuo valeat, atque ordinarium. Discrimen scilicet inter actorem et reum statuendum est. Ad reum quod attinet, indubitati et expediti iuris est, in perpetuum valere examen extraordinarium. f) Secus est in actore, quippe qui, nisi ob imminens periculum omnes sollemnitates, a legibus praescriptae, obseruatae fuerint, intra annum vel reo examen denunciare, vel actionem instituire tenetur. g) Cuius

c) MEVIUS l. l. dec. 471.

d) BOEHMERVS l. l. §. 15. p. 1074.

e) WERLHOFIVS l. l. §. 54.

f) cap. 41. X. de Test.

g) cap. 5. X. vt lite non contest. Item habent leges iudiciariae singularum prouinciarum, velut Ord. trib. appell. Cell. l. c. §. 58. Ord. cur. prou. Cell. §. 2. so soll ihm (dem Beklagten), wenn er sich Zuspruchs von jemand besorget, der Nachricht sich zu versichern, ohne Unterscheid und einige fernere Anzeige erlaubet seyn. Item Ord. cur. prou. Guelph. l. c. Sedoch ist bey Verhörung der Gezeugen ad p. r. m. diser Unter-



ius inter actorem et reum diuersitatis ratio in eo procul dubio latet, quod agendi arbitrium in rei potestate situm non est.

## §. III.

*De reprobatione ad p. r. m. exponitur.*

Quod reliquum est, testes extra ordinem et probationis et reprobationis futurae caussa examinari posse, dubio caret. De eo autem quaeritur, num actor editionem rotuli reprobatorialis ad perpetuam memoriam conditi deficientibus aliis probandi remediis, a reo iure suo exigat. Id quod adfirmare licet, si rotulo illi naturam instrumenti communis, quod vocant, tribuamus. Quae quidem vis inde haud immerito ei conceditur, non solum, quod sine caussa publica rite informari nequit, siquidem publica auctoritate fieri factusque publico in loco adseruari debet, verum etiam quod iudex, coram

*Unterschied zu merken, wan derjeniger, so dy Zeugen also verhören läffet, dy klagende Partey ist, und er sich solcher Kundschaft innerhalb Jahresfrist nicht gebrauchet, oder dy Verhör dem Gegenteyl nicht denunciiret und zu wissen tuut, so verleschet dy Kundschaft und wird unkräftig, und fühet das ermelte Saar von der Zeit an zu lauffen, darinnen der Antwoarter süglich mit Recht sürgenommen werden mag. Wann aber ein Antwoarter dy Kundschaft dergestalt hat aufheben lassen, so verleschet solche Kundschaft nicht in Jahresfrist, besondern bleibt für und für in ihren Kräften, das es nämlich in des Klägers freier Macht und Willkür stehet, seiner Gelegenheit nach und wen er will seinen Wider Teyl oder Antwoarter beklagen, der Antwoarter aber hat solche Macht und Willkür nicht, und mus des Klägers erwarten, wan und zu welcher Zeit er von ym besprochen und angeklagt werde. Es dienet aber dise Kundschaft des Antwoarters oder Beklagten, dy er in diesem Falle fürnimt, ime nur darzu, das er sich damit wider den Kläger, wan er ine beklagen würde, beschützen möge, und sonst nicht weiter, et sic non valet ad agendum, sed solum ad repetendum.*



ram quo reprobatio fit, aduersarium, nempe actorem futurum citare debet, non quidem vt rotulo conficiendo examiniq; interfir, sed vt interrogatoria tradat, testes praeterea produci et iureiurando obfringi, vel instrumenta authentica exhiberi, exhibitaq; transfumi videat, <sup>h)</sup> nec minus quod actor, aduersus quem commissio, vt aiunt, ad perpetuam memoriam impetratur, potestas adiungendi Commissarios competit. <sup>i)</sup> Inter dubia cameralia a. 1595. quaerebatur, an rotulus in perpetuam memoriam confectus ad simplicem impetrantis petitionem a iudicio camerali restituendus sit? <sup>k)</sup> Adfirmarunt nonnulli, quasi rotulus, tanquam instrumentum narrantis proprium, deponenti sit reddendus: alii negarunt, quod dicta testium vtrique litiganti communia sint. Praeualuit posterior sententia: *Dafs der Producent, welcher um Herausgebung eines solchen rotuli anhalte, dafs der Gegentheil damit zufrieden sey, beyzubringen angehalten werden solle;* <sup>l)</sup> eamque legem postea in Concepto Ord. Cam. <sup>m)</sup> renouarunt.

- h) GAILIVS *lib. I. obs. 49.* MEVIUS *l. c. m. r.*  
 i) Ex professo rem exposuit LIMMERVS *diff. mem.*  
 k) Cf. *Corp. Iur. Cam. l. c. num. X.*  
 l) *Rec. dep. imp. a. 1600. §. 28.*  
 m) *Concept. Ord. Cam. P. III. tit. XX. §. 23.*















Helmsstädt, Diss., 1786-95

ULB Halle

004 327 586



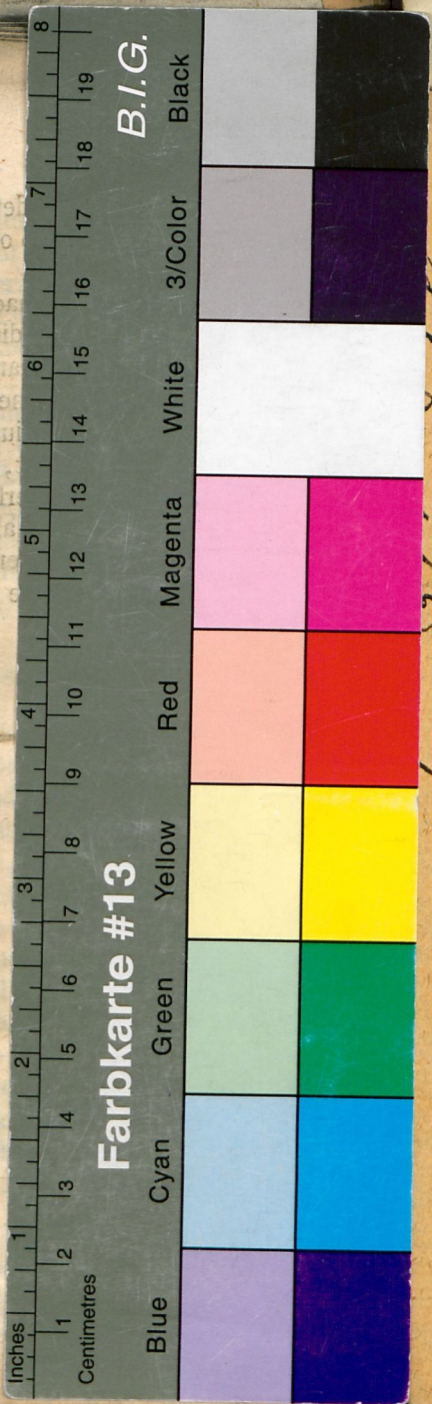
3

Sb.









Ms. 1795 vac.

DE

1794, 3

PROBATIONE  
AD PERPETVAM REI MEMORIAM  
SPECIMEN

18

241

QVOD

ILLVSTRI IVRECONSVLTORVM ORDINI  
IN ACADEMIA HELMSTADIENSI  
PRO SVMMIS IN IVRE HONORIBVS OBTINENDIS

EXHIBVIT

CHRISTIANVS HENRICVS GOTTLIEB KOECHY  
SCHLIESTADIO-BRVNSVICENSIS  
PHILOS. DOCTOR ET LL. ART. MAG.

HELMSTADII

LITTERIS C. G. FLECKEISEN, TYPOGR. ACADEM.  
C1D1DCCLXXXIII.