





4, 156
DISSERTATIO INAVGVRALIS IVRIDICA 2186
DE
ERRORIBVS PRAGMATICORVM CIR- 7/
CA PROBATIONEM IN PERPE-
TVAM REI MEMORIAM. 1773, 4

QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
SVB PRAESIDIO
VIRI ILLVSTRIS ET CONSVLTISSIMI
CAROLI FRIDERICI WINCKLERI

I. V. D.
CONSIL. IVSTITIAE ET IVRIS ANTECESSORIS

PŒO
OBTINENDIS SVMMIS IN VTROQVE IVRE
HONORIEVS

DIE XXVIII AVG. MDCCLXXIII.

PVBlice DEFENDET

AVCTOR
IOANNES FRIDERICVS LANGHOFF.
HAMBVRGENSIS.

KILIAE HOLSATORVM,
LITTERIS MICH. FRIEDER. BARTSCHII,
ACAD. TYPOGR.

DISSEMINATION OF THE
DE
PROBATION OF THE
CA ERUBESCENTIA IN FERRE
TAMARCEL MEMORIA

ANNO DOMINI MDCCLXXII
SIBI FRATRIDIO
VIRI ILLUSTRI ET CONSULTISSIMO
CAROLI FREDERICI NINCKEN
CUM REVERENTIA ET RESPECTU

DE
AT ET DE
KAMMER FREDERICVS LANGHORN

IN
MDCCLXXII





DE
ERRORIBVS PRAGMATICORVM CIRCA PROBA-
TIONEM IN PERPETVAM REI MEMORIAM.

§. I.

INSTITVTI RATIO.

Speciminis auspicalis loco *de probatione in perpetuam rei me-*
moriam agere operae pretium mihi ideo visum fuit,
quod multi sunt iique communes fere doctorum erro-
res in hacce materia, quos primi commentatores iuris
pontificii, verba legis non rationem spectantes, commiserunt,
& ad feram suam posteritatem propagauerunt. Vnde adeo effe-
ctum, vt error in plures ordinationes prouinciales irrepserit,
prout aut erat communis error, aut certe auctor legis modo hac
modo illa opinione ducebatur. Ne tamen cramben, vt aiunt,
bis coquam (*), non tractabo omne hoc, quaquā patet, argu-
mentum,

mentum, sed selectiores modo aliquot controuersias mihi summam.

(*) Ex instituto egerunt de probatione in perpetuam rei memoriam hi potissimum: SIMON CPH. VRSINVS *diss. de exam. test. ad perpet. rei memor.* (resp. Andr. Steuerwalt) Francof. ad Viadr. 1684. GE. ENGELBRECHT *diss. de exam. test. ad p. r. m.* (resp. Io. Ein. Weise) Helmst. 1679. & Io. WERLHOF *de examine testium extraordinario* (resp. Lud. Diet. Hugo) Helmst. 1705. recusa ibidem 1725.

§. II.

ERROR IN DISTINCTIONE ACTORIS ET REI.

Omniū grauiſſimus error committitur *in distinctione inter actorem & reum adhibita*, in qua fauor reorum nimius triumphat. Quando nempe quaeritur, quis uti possit examine in perpetuam memoriam, distinguendum est, inquit, inter personam actoris & rei. In *actoris* arbitrio positum est, quando actionem velit instituire, ideoque non est admittendus ad beneficium extraordinarium sine fontica causa. Causae autem fonticae erunt, senectus testis, aut morbus, iter in terras longe remotas, iter periculosum, quamuis citius redire possit testis, tempus belli aut morbi contagiosi. Nisi itaque causa talis probetur ab actore, preces eius pro examine extra ordinem instituendo reiciuntur. Instituat potius actionem, ut ordinario modo fiant testimonia. E contrario *reus* audiatur, quocunque tempore ante litem non contestatam tale examen rogauerit. In eius potestate non est, quando excipere velit, quia exceptiones pendent ex eo, quando ab actore conueniatur. Partes eius sunt quoque fauorabiliores, quam partes actoris. Media itaque illi haud praeccludenda, quibus se aduersus actionem imminentem praeparet. Ita vero *indifferenter & absque sufficienti causa ante litem motam hoc examen*

men petere potest; quo facto non inquirat iudex, vtrum senes, aegroti & abfuturi sint testes, an vero sint sani & praesentes. Porro regulae vtrique suas faciunt exceptiones. Actor probet causam fonticam, nisi iam introduxerit actionem. Quando enim reus exceptionibus suis oppositis moras nectit, vt actor non citius ad ordinariam probationis viam possit descendere, gaudeat favore rei, & concedatur ipsi examen extraordinarium. Reus admittatur sine causa fontica; nisi lis contra eum iam sit mota. Quod si enim actor iam introduxerit actionem, cessat, aiunt, ratio, quae fauebat ei antequam erat conuentus. Locus est ordinario examini, ergo ad extraordinarium non confugiendum. Quod si itaque mota iam lite voluerit testes extra ordinem producere, probet necesse est aequae ac actor causam fonticam, quae urgeat. Ita sentiunt omnes, quotquot sunt, scriptores processuales & alii pragmatici v. c. IOANNES WERLHOEIVS (a) RVTGERVS RVLANDVS (b) SIMON CHRISTOPHORVS VRSINVS (c) GEORGIVS ENGELBRECHT (d) IVSTVS HENNINGIVS BOEHMERVS (e) IOANNES FRIDERICVS SEYFFART (f) ESAIAS PVEENDORFFIVS (g) IACOBVS FRIDERICVS LVDOVICI (h) CAROLVS GOTTLIEB KNORRE (i) & reliqui.

- | | |
|---|--|
| (a) dissert. c. 1. §. 4 sqq. | (f) teutscher Reichsprocess c. 19. |
| (b) <i>de commissariis</i> P. 2. L. I. c. 3. | §. 3. 4. |
| (c) dissert. c. 1. c. 2. n. 26. 27. 34. | (g) <i>introducet. in process. ciuil. Brunsvico-Lunenburgicum.</i> P. 3. c. 7. |
| c. 3. n. 1. | §. 5. 6. |
| (d) dissert. c. 1. c. 2. §. II sqq. c. 4. | (h) <i>Civilprocess</i> c. 21. §. 2. 3. |
| §. 4. | (i) <i>Anleitung zum gerichtlichen Process</i> cap. 15. §. 2. 3. |
| (e) <i>in iure eccl. profess.</i> L. 2. Tit. 6. | |
| §. 7. | |

§. III.

ADEM ERROR IN ORDINATIONIBVS PROCESSVALIBVS
COMMISSVS.

Communis ille error facillime insinuauit se in ordinationes prouinciales. Sic in *constitutione Cancellariae Calenbergensis* Tit. 20. §. 16. „So viel das examen testium ad perpetuam rei memoriam anlanget, wird solches zwar DEM BEKLAGTEN auch ante litiis contestationem, nicht weniger demjenigen der sich einer Klage zu besorgen, indistincte zugelassen; DEM ACTORI aber anderer Gestalt nicht, als wenn er wichtige Ursachen anzuführen und bedürffenden, Falls zu beschwören hat, als da die Zeugen mit sorglicher Krankheit, oder mit hohem Alter beladen, oder auch sie an eiven andern entlegenen Ort ferne wegzureisen im Begriff, oder man sonst in gefährlichen Sterbensläuffen wäre.“ Eandem distinctionem sequuta *Ordinatio summi Tribunalis Cellensis* P. II. Tit. 8. §. 38. *ordinatio curiae prouincialis Guelpherbytanae* Tit. 53. §. Wann aber &c. *ordinatio cancellariae Cellensis* Tit. 20. §. 16. & *ordinatio curiae prouincialis Launenburgensis* Tit. 34.

§. IV.

RATIONES ERRORIS.

Si scaturiginem erroris scruteris, haec duo momenta obueniunt: *primum* nimis reorum fauor, *alterum*, quod pontifex in c. 5. X. *vt lite non contestata* &c., vbi fonticarum caularum fit mentio, actorem tantum nominauit, in c. 41. X. *de testib.* autem, vbi de probatione in perpetuam memoriam ex parte rei sermo est, fonticarum caularum nulla fit mentio.

§. V.

PRIMA RATIO REPROBATVR.

At quod primum *ad fauorem rei* adtinet, is certe nimius est in ore Istorum. Non congruit iuri naturae, neque Romano & Canonico iuri. Iudicem enim, vt GADENDAMI (*) *qui illu- stre olim huius academiae fuit decus*, verba mea faciam, decet veritatem facti cum argumentis iuris vtriusque aequo animo diligenter inuestigare, atque, his demum omnibus probe expensis, sententiam pronuntiare legibus & aequitati congruam. Ita, ratione duce, iudicem eiusque officium animo concipimus, ita leges ciuiles eius imaginem, scilicet qui esse debebat, exhibent. *At nihil obesse magis potest integritati & aequitati, quam fauor aut odium partium, intempestiue concepta.* Non adfingamus igitur legibus Romanis aliena, quae earum auctores non cogitarunt, quae sine dubio ipsi reprehenderent, si id hodie liceret. Verum, obiicis forsitan, argumentum hoc, quod viri defuncti, olim praeceptoris tui forsitan, verbis nobis exprobas, tangit non nisi iudicium iudicis in decidendo ad partes neque actoris, neque rei vergentis, sed sibi plane constantis; certe applicari haec nequeunt quaestioni nostrae, vbi de rei fauore in examine extraordinario, seu de fauore extra litigium nobis sermo est. At omnis fauor, si quis reis habendus sit, in legibus debet niti. Alias impius erit fauor siue in iudicio, siue extra illud citra leges fictus in odium actoris, iustissimam forte causam habentis, aduersus quam fauore illegali & iniuriosa misericordia confusus reus cuniculos nefandos agere nititur. Omnino nulla autem adest legum hac in re auctoritas. Praeterea impium quid in ipso eo, quod actori media ad probandam actionem forti iuri superstructam, coercere, reo autem remedia ad illu-

illudendum actori facilliora volunt reddere. Accedit denique, quod quisque, praeter ordinem actum iudiciale suscepturus causam fonticam, cur iudicem intempestive adeat, nec potius expectare velit, dum ad ordinem idem queat agere, probare debeat.

(*) in diss. de reo non absolucendo, etiamsi actor probatione defecerit. §. 3.

§. VI.

REFUTATIO SECUNDAE RATIONIS.

Deinde quod ex iuris canonici textibus, ad quorum verba oecacati aduersarii adligant rationem, colligitur argumentum, spurium est. Causae fonticae enumerantur quidem solummodo in c. 5. X. de lite non contestata &c. vbi de actoris iure, examen extra ordinem petendi, potissimum agitur, & nulla earum commemoratur in c. 41. X. de testibus, vbi de reo agitur. Inde tamen falso argumentantur Doctores reum non esse obligatum ad causam sui examinis probandam. Tenor legum earum, in quibus nostra refutandi ratio ponitur, is est:

C. 5. X. vt lite non contestata etc.

Quoniam 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 ciuilitur est agendum, ne veritas occultetur et probationis copia fortuitis casibus, subtrahatur, senes & valetudinarii & alii testes, de quibus ex aliqua rationabili causa timetur, etiam lite non conte-

contestata, sunt procul dubio admittendi, seu pars conuenta sit contumax, seu sit absens absque malitia, ut conueniri non possit &c.

C. 41. X. de testibus etc. Innocent. III. iudici Sabinensi.

Significauit nobis presbyter Sancti Nicolai Sabinensis 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 interire, prouideri sibi super hoc idem presbyter postulauit. Quocirca mandamus, quatenus testes idoneos, quos ipse super hoc duxerit producidos, examines diligenter, & eorum dicta in publica redigi facias monumenta, denuntiando fundatoribus ante dictis vel eorum hereditibus, ut receptioni testium, si velint, intersint, & super denuntiatione sic facta confici facias publicum instrumentum.

Quid quaeso clarius esse poterit, quam in vtroque capitulo eandem esse causam examinis extraordinarii in necessitate positam. Admittitur examen testium ante litem contestatam in capitulo priori: ne veritas occultetur, & probationis copia fortuitis casibus subtrahatur, & in capitulo altero: ne processu temporis probationis copia valeat interire. Hinc conclusio luce meridiana clarior: Quando verendum, ne probationis copia deficiat, nemo, siue actoris, siue rei personam gerat, debet arceri a probatione in perpetuam rei memoriam. Quisnam vero est talis casus, ubi copia probationis deficere potest? Hofce indigitat capitulum prius. Non pernumerat eos, sed eorum modo exempla adducit: testes senes, valetudinarii, absentia testium diuturna. Quibus additur clausula generalis: & alii testes, de quibus ex aliqua ratio-

rationabili causa timetur. Cui, proh dii! ingenium adeo cras-
sum & pingue, qui non intelligat, vtrumque capitulum eodem
niti fundamento. Igitur omnia discrimen, quod inter actoris
& rei personam faciunt Doctores spurium est atque commentitium.
Factum est casu fortuito, vt in priori capitulo, quo
pontifex agit de actoris iure in examen ante litem contestatam,
ipsi oblata sit causa, in qua actor, & vt in posteriori, quo agi-
tur de rei precibus, *Innocentio III.* obuenerit causa, in qua reus
petebat. In genere autem eadem causa impulit pontificem, vt
reo annueret, quam quae commouit, vt actori permisit. Ita
autem sanae rationi, quae etiam si eiusmodi lex positua num-
quam lata fuisset, comprobatur examen in perpetuam rei memo-
riam, omnia sunt conformia. Exulat, si rationem consulis, illa
ineptitudo, quod reum sine vlla dubitatione audire debeat iu-
dex, quotiescunque velit fieri examen, quamuis periculum pro-
bationis amittendae nullum adsit & testes sint secundae valetudi-
nis, iuuenes, nec abituri. Sanae rationis dictamen adprobat
ius pontificium. Quam temeraria sit & inconclusa conclusio ad-
uersariorum, quod non debeat reus probare causam idoneam,
quia causae idoneae tantum in capitulo actoris deprehendantur,
etiam inde patet, quod omnes in eo consentiant, ad examen in
perpetuam memoriam adcitandam esse partem aduersam, vt vi-
deat produci & iurare testes, & vt interrogatoria, si quae ha-
beat, dare possit; modo non sit in mora periculum. Huius
autem citationis siue denunciationis non in priori actoris, sed in
posteriori rei capitulo sit mentio. Quod si itaque nefas esset
verba legum transgredi & rationem, ipsis legibus expresse
insertam, spectare; necesse quoque est, vt vicissim concedant
aduersarii, ad citationem partis aduersae non esse necessariam in
examine quod actor petit, sed desiderari tantum in eo, quod
reus

reus fieri vult, quia in capitulo rei, non item in actoris capitulo eam obseruari debere iusserit pontifex. Absint itaque odiosa nomina: actoris capitulum & capitulum rei. Vtriusque legis eadem est ratio. Vtriusque litigantis examen causam fonticam habere debet.

§. VII.

NOSTRA PROPOSITVR OPINIO.

Aduersariorum argumentationibus profligatis, nostram sententiam exponemus. In eo quidem discrimen intercedere inter reum & actorem non inficiamur, quod in actoris potestate sit, probationem, actione in iudicium deducta, ordinario modo peragere; idem autem in rei potestate, qui quando actor sit acturus nescit, non aequae. In caeteris autem vtriusque litigantis eadem conditio est. Is qui supplicat iudici pro examine testium ante litem contestatam, extra ordinem iudicis officium implorat, vt contra regulam, *vt lite non contestata non procedatur ad testium receptionem*, testes produci permittat. Causam itaque iustam supplicae afferat necesse est. Quamobrem primum regula stabiliatur: *Quicumque, siue actor siue reus, examen ad perpetuam rei memoriam fieri cupit, causam precum suarum fonticam probeat.* Deinde distinguendum inter actorem & reum. *Quod 1) ad actorem atinet is 1) examinis causam fonticam & praeterea 2) probeat causam, cur ipsi agere nondum liceat.* Iam vero aut docet iudicem, creditum suum esse ad diem vel ad conditionem adstrictum, & obligationis diem cessisse quidem, non tamen venisse; aut modo dicit, se segniores huc vsque fuisse & actionem, quamuis eius dies iam venerit, nondum instituisse, quia crediderit, tempus non adeo vrgere, vt aliquando de probationis mediis desperaturus sit. Si prius, admittendus actor ad

probationem extraordinariam ex omnibus iis causis, quae c. 5. X. *vt lite non contestata* &c. produntur. Sin posterius, non audiatur, nisi periculum sit in mora. Quando enim non adeo in mora sit periculum v. c. si testis sit quinquagenarius quidem, non tamen grauiter aegrotans, instituat potius actionem & ordinario probationis modo vtatur. Si vero sit in mora periculum v. c. si testis in remotas terras abiturus sit, grauiter decumbat, pestis in loco grassetur vel vrbi obsidio intentetur, tunc sane audiendus est & testium extraordinaria productio admittenda, ne ille probationis medio priuetur. Quod II) attinet ad reum, huic I) iniungi nequit probatio, cur nondum exceperit & rem ad ordinariam probationem deduxerit, quia penes eum non fuit, vt citius conueniretur. At nihilominus 2) causam ipsius examinis fonticam probare debet. Quo facto admittitur sine vilo discrimine, vtrum periculum sit in mora, an minus. Non probata autem eiusmodi causa idonea v. c. si testis non senex, non valentudinaris sit, reiciuntur eius preces, quia nullum adest neque remotius, neque proximius periculum, ne probationis media deficiant.

§. VIII.

VLTERIVS DECLARATVR.

Diximus §. praeced., quid actori & quid reo probandum incumbat, vt fiat testium praeter ordinem productorum examinatio. Intelligas vero haec non nisi de eo casu, quando ante litem contestatam examen illud deponitur. Quid vero si post actionem institutam alterutra pars pronocat ad examen extraordinarium; an tunc idem, quod diximus, inter actoris & rei personam statuendum discrimen? Minime. Lite enim iam pendente res in eo est statu, vt mox deferri possit ad ordinariam probationem.

bationem. Actoris & rei conditio post litem contestatam plane eadem est. Nihilominus etiam durante lite periculum probationis defecturae euenire poterit, antequam partes ad ordinariam probationem descendere queunt. Si tale quid acciderit, fiat examen extraordinarium nullo respectu habito, vtrum actor, an reus petat; modo is qui petit, probauerit, periculum esse in mora.

§. IX.

CONSTITVTIO NOVIOR SAXONICA REIECIT
DOCTORVM ERROREM.

Quae quum ita se habeant, si rem ad sanam rationem & ad pontificis mentem perpendas, iisdem ex rationibus factum forsitan, vt ELECTOR SAXONIAE *in constitutione iudiciaria nouiore* (*) prorsus reiecerit Doctorum errorem communem, ita statuendo: „Die probationem ad perpetuam rei memoriam wollen wir in Zukunft, wie dem Beklagten, also auch dem „Klaeger ohne Unterschied nachgelassen haben.“

(*) Ord. proc. rec. Tit. 27.

§. X.

VLTERIOR ERROR ENGELBRECHTII ET ALIORVM.

Caeterum obseruetur, in errore isto ipsos consentientes non plane consentire inter se. Quamuis in eo conueniant, quod reus, quandocunq; ipsi libuerit, prouocare possit ad examen extraordinarium, actor e contrario non aliter, quam si fonticam causam probet; sunt tamen, qui ab illis singulari opinione sua recedunt quoad actorem, quem prouocare posse perinde ac reum tunc existimant, quando debitorem habeat sibi sub con-

ditione vel in diem obligatum, ita nimirum ut admitti hunc debeat ad examen, siue testes sint valetudinarii vel abituri, necne. Patrocinantur huic sententiae imprimis GEORGIUS ENGELBRECHT (a) RVTGERVS RVLANDVS (b) & IYSTVS HENNINGIYS BOEHMERVS (c). Ast eadem ratio quae prohibet reum, quo minus possit extra ordinem producere testes iuuenes, non valetudinariorum & in genere testes in quibus non est praesens vel remotius amittendi probationem periculum, prohibet etiam actorem, qui agere quidem nondum potest, quum nondum venerit solutionis dies, non autem sine fontica causa debet extra ordinem iudicis officium sollicitare.

(a) dissert. cit. c. 2. §. 18.

(c) *Ius eccl. protest.* L. 2. Tit. 6.

(b) *de commissariis* P. 2. L. 1. c. 3. §. 7.
n. 13. lit. f.

§. XI.

NVM ACTOR POSSIT PROVOCARE AD EXAMEN EXTRAORDINARIUM EO SVB PRAETEXTV, QVIA REVS PROVOCaverit AD ILLVD.

Quia pro opinione nostra nemo, nisi fonticam habeat causam, provocare potest ad examen extraordinarium & actor imprimis, qui agere potuit & nondum egit, numquam admittitur, nisi sit periculum in mora; facile decidenda est quaestio ulterior: *num actor provocare possit ad examen extraordinarium eo sub praetextu, quod reus ad illud provocaverit?* Actorem audiri non debere ENGELBRECHTVS putat (a) & similiter RVLANDVS (b). Licet enim, aiunt, reus examen ad perpetuam rei memoriam impetret, eo ipso tamen reus non fit actor, quia iudicium hoc modo non inchoatur, nec vice versa actor reus constituitur, sed nihilominus actor manet, adeoque non aliter quam ex sufficienti causa

causa

causa hoc examen impetrabit; ac praeterea reo permittitur, quia non est in eius potestate agere, actori vero denegatur, cum agere possit, & sic remedium ordinarium, cui ipsi copia datur, efficit, vt extraordinario remedio locus non detur. FARINACIVS vero cum glossatoribus (c) semper licere existimat actori prouocare, quando reus prouocat extra ordinem. Et ita quidem, hi aiunt, actori licentia esse debet, vt, quando reus produxit suos testes, ipse quoque alios testes super iisdem vel directo contrariis articulis producere possit. At enim etiam hi magnopere mihi errare videntur. Reo prouocante, vt ipsi indulgeatur beneficium iuris extraordinarium actor quoque recte petit examen, si intuitu suorum quoque testium existit periculum de probatione futura. Distinguas igitur, aut I) prouocat actor ad eorundem testium examen, quos reus produxit; certe audiri debet, si reus ideo produxerit eos, quia praesens adest periculum; Sin autem produxerit ob periculum remotius adhuc, actor non auditur; aut II) prouocat ad alios testes, quam quibus reus vtitur; non admittitur actor, nisi in his suis quoque testibus sit in mora periculum, v. c. si ipsius quoque testis morbo periculoso laboret; quae si ita esse deprehendat iudex, admittit eum non eam ob causam, quod reus admissus est, sed quod ipse actor in suo teste quoque veretur, ne probatio deficiat.

(a) diff. cit. c. 2. §. 19.

(b) c. l. nr. 13. lit. g.

(c) de testibus quaest. LXXVI.

nr. 67.

§. XII.

QVID, SI ACTOR DICAT, SE EXTEMPLIO ACTIONEM
VELLE IN IUDICIUM DEDUCERE?

IN CODICE FRIDERICIANO P. III. Tit. 28. §. 81. statuitur: "Auf den Fall da der Beklagte den Beweis ad perpetuam rei me-

„moriam

„*moram führen wollte, Klaeger aber seine Klage sogleich anzustellen sich erböte, muss solch Gezeugniß nicht verstattet, sondern die Sache selbst sofort geböret, und dem Befinden nach darin rechtlich verordnet werden.*”

Quae eadem fere habet in hunc modum *ordinatio processus Magdeburgica* c. 32. §. 5. „*Würde aber derjenige, wider welchen das Zeugniß zu ewigen Gedächtniß aufzunehmen gesucht wird, sich sofort zu Uebernehmung des Processus und der Litis contestation auf einkommende Klage verstehen, soll er damit geböret und die Aufnehmung dergleichen Zeugnißes nicht gestattet werden.*” Etiam hae dispositiones ducunt originem ex Doctorum erroribus. *Reus non admittitur*, aiunt, *ad examen extraordinarium, si offerat actor, se in contineri agere velle.* Excipiunt tamen casum, si casus alleget reus, testes esse senes, valeduntarios vel diu abfuturos, quo facto actori aequiparetur. Ita sentiunt RVLANDVS (a) FARINACIVS (b) VMMIVS (c) aliique complures. En erroneam conclusionem ex principio erroneo. Actor causas probare debet; reus autem non onerandus ea probatione; quod si vero hic eandem probationem velit suscipere, aequiparatur actori. Reprehendit illos LVDOVICI (d), quia actor promissi fidem fallere & rei spem de actione brevi instituenda frustrare possit. Huic medelam affert KNORRIVS (e), & suadet reo, vt, actore actionem instituere cessante, adeat iudicem & terminum peremptorium actori praescribi curet. VRSINVS (f) vero reicit plane illam sententiam, nisi actor sufficienter cauerit, se intra certum tempus actionem instituturum esse. Nobis econtrario ex principiis supra positis prono alueo fluere videtur, quod distingui debeat, vtrum sit periculum in mora, an minus. Sin prius, nullum promissum actoris

actoris de actione instituenda, nulla cautio super hoc promisso praestita, demorari potest examen in perpetuam rei memoriam. Sin posterius ad examen non progreditur iudex, quia spes adest, fore, vt ordinario modo testimonia recipiantur, nec reus in periculo amittendae interim probationis versatur. Vidit hoc BARTHOLOVS CAEPOLLA (g), nefandus alias ac spurcissimus homo, qui eandem cautelam reo commendat contra examen extraordinarium ab actore intentatum, vt scilicet dicat, se paratum esse ad iudicium & litis contestationem; addit tamen his, vtilem esse cautelam, nisi testes velint discedere, antequam litem possit contestari reus, vel dubitetur de morte ipsorum.

- | | |
|--|---|
| (a) de commissariis P. 2. Lib. I. c. 3. n. II. | (c) gerichtlicher Proceß. cap. 15. §. 4. not. (b) |
| (b) de testibus qu. LXXXVI, nr. 74. | (f) diss. cit. c. 2. nr. 29. |
| (c) in process. disp. 16. n. 46. | (g) in libello cautelarum caut. 104. |
| (d) Civilproceß. cap. 21. §. 4. | |

§. XIII.

QVID, SI SVPER FAMA TESTES EXAMINANDI?

Singularis est opinio BERLICHII (a) & CARPZOVII (b), cui calculum adiiicit GEORGIVS ENGELBRECHT (c). "Examen ad perpetuam rei memoriam permitti non potest, inquit, si testes super fama sunt examinandi, quoniam vulgus, in quo fama consistit, non perit, sed potius ex temporis successu augetur & renouatur." At meminerint hi, famam quidem raro perire, sed ex diuturnitate temporis augeri quoque citra veritatem rei gestae ac depruari. Fama enim

C

Mobili-

Mobilitate viget, viresque acquirit eundo;
Parua metu primo, mox sese attollit in auras,
Ingrediturque solo & caput inter nubila condit.
Tam ficti prauique tenax, quam nuntia veri.

(a) P. I. concl. 46. n. 71.

(c) *diff. cit.*, c. 3. §. II.

(b) *in process.* Tit. 13. art. 7. nr. 53.

§. XIV.

EXAMEN EXTRAORDINARIUM AD PROBANDAM REI
EXCEPTIONEM, QVAE IN ACTIONEM
CONVERTI POTEST.

Decantata est quaestio, *num reus exceptionem probaturus, quam etiam per modum actionis in iudicium potest deducere, admitti debeat ad probationem in perpetuam rei memoriam?* Reiciendam censent rei supplicam pro examine impetrando FARINACIUS (a) & GAILIUS (b), & cogunt eum, vt potius per modum actionis ius persequatur & ita modo ordinario probationem fieri curet. Contrj WERLHOFFIUS (c) GEORGIUS ENGELBRECHT (d) BOEHMERUS (e) LVDOVICI (f) ZIEGLERUS (g) KNORRIVS (h) aliique recentiores plures contrariam amplectuntur sententiam, quia nemo inuitus, vt exceptionem in actionem transmutet, adigi potest. In horum castra transire nos quidem non dubitaremus, si modo non adiicerent, reum, qui in eiusmodi exceptionis probationem confici curauit rotulum in perpetuam rei memoriam, eo vti quidem posse ad excipiendum, non autem ad agendum. Quae adiectio adeo probata in *ordinatione curiae provincialis Brunsvicensis* Tit. L. vbi ita: *"Es dienet aber die Kunds-*

„Kundschaft des Antworters oder Beklagten, die er in diesem Fall für-
nimmt, ihm allein darzu, das er sich damit wider den Kläger,
wann er ihm beklagen würde, beschützen möge, und sonst nicht
weiter, & sic non valet ad agendum, sed solum ad repellendum.“

Quum tamen grauissimum probationis extraordinariae momen-
tum in eo sit, ne probationis copia desit aliquando, iniquior vi-
detur haec restrictio maxime in eo casu, vbi reus periculo praesentis
periturae probationis motus rotulum confici fategit. Sane
praesens illud periculum debet efficere, vt rotulo in posterum
non solum ad excipiendum, sed etiam ad agendum vti possit.
Confectus quidem est pro reo; confectio tamen ipsi, etiam si
tunc actoris nomen professus esset, denegari non potuisset.

- | | |
|---|------------------------------------|
| (a) de testibus qu. LXXVI. nr. 79. | (f) Civilprocess. Cap. 21. §. 5. |
| (b) L. l. obf. 92. nr. 10. | (g) ad ord. process. Sax. Tit. 27. |
| (c) diss. cit. §. 9. | §. 1. |
| (d) diss. cit. c. 2. §. 14. 15. | (h) gerichtlicher Process. Cap. |
| (e) in iure eccl. protest. L. 2. Tit. 15. §. 5. | |
6. §. 8.

§. XV.

IUDEX COMPETENS ET CITATIO PARTIS ADVERSAE.

Multi quoque sunt Doctores in eo, vtrum competens iudex
pro testibus examinandis aduendus sit, an vero quilibet iudex,
& vel notarius rogari queat; nec non in eo, num debeat
pars aduersa ad videndum produci & iurare testes & ad dandum,
si velit, interrogatoria, citari. In his quoque quaestionibus
omnis res eo redire videtur, num periculum sit in mora. Si

hoc enim, etiam incompetens iudex & notarius sufficit; & probat rotulus, etiam si pars aduersa citata non sit (a). Et in hunc modum intelligendae ordinationes processuales, imprimis *ordinatio iudicii provincialis Holsatica* P. 3. Tit. XVIII. §. 2. *Statuta Hamburgensa* P. I. Tit. XXXI. art. I. *Ordinatio iudicii provincialis Mecklenburgensis* P. II. Tit. XXV. pr. *Ordinatio curiae provincialis Brunsvicensis* Tit. L. art. 2. quae expresse, ut aduersa pars ad interrogatoria danda citetur, requirunt. Quid vero, si urgente periculo citatio haec omissa est, num valet rotulus perinde ac si facta fuisset? Affirmat id GEORGIUS ENGELBRECHT (b). Verum ad essentialia examinis testium pertinent interrogatoria producti. Iudex ex officio quidem, aiunt, supplet partes producti absentis. At etiam si suppleat ea, quae aut sana ratio aut obscuritas in articulis & in depositione testium subministrat, ea tamen quae facti sunt subministrare nequit, in quibus omnis, ut veritas eliciatur, ratio ponenda, quia producens articulos ita formare, infringere & contorquere solet, ut testis salua conscientia eos affirmare possit. Quamobrem rotulus confectus parte aduersa non citata minus plene tantum probat; & aduersariorum sententia tunc demum recta est, si citata pars voluntarie absuit, non autem si absuit incia & plane non citata.

(a) WERLHOFIUS c. l. §. 26. 27. *rei memoriam, appellatione interposita*
 ENGELBRECHT c. l. c. 2. §. 5. 8. *sua, competente Sect. 1. §. 10. Sect. 2.*
 MATTHIAS BEN. HERING *de iud. §. 18.*
dice ad examen testium in perpetuam (b) *diff. cit. loco.*

§. XVI.

ACTORIS ROTULVS VALET INTRA ANNUM.

Denique de valore, quem habeat actoris rotulus in perpetuam

tuum memoriam confectus, disputant Doctores. Pontifex in c. 5. X. *vt lite non contestata* &c. actori annum, intra quem agat, determinauit his verbis:

„Sed si actor non conuenerit aduersarium intra annum, ex quo conueniri poterit, vel saltem receptionem huiusmodi testium non denuntiauerit illi; attestaciones sic receptae non valeant, ne forte hoc procuret in fraudem, vt processu temporis exceptiones legitimae ad repellendum testes vel aliae locum habere non possint.“

Inde certum quidem est, rei rotulum semper vim suam retinere, actoris autem aliquando post annum expirare. At mirum in modum dissentiunt Icti super sensu capituli. GAILIUS (a) asserit, legem intelligendam de examine testium ad quod reus non fuit citatus. Citata autem parte aduersa si confectus fuerit rotulus, perpetuo illum valere putat. GEORGIUS ENGELBRECHT (b) VMMIVS (c) aliique in verbis: *vel saltem non denuntiauerit*, denuntiationem solemnem quaerunt & autumant inde, actorem peracto examine, debere denuntiare reo, confectum esse rotulum, eamque denuntiationem saltem extraiudicalem esse de summa necessitate, siue citatus olim fuerit reus, nec ne. Equidem cum VRSINO (d) & BOEHMERO (e) vtramque sententiam coniungendam censeo. Nimirum aut citatus fuit reus, aut eo absente & ignorante confectus est rotulus. Si prius denunciatio post examen facienda maxime super sua foret; si posterius, denuntiare debet actor reo, testes extra ordinem esse productos. De solemni denuntiatione nullum vestigium in capitulo deprehenditur. Imo addit pontifex causam

sam denuntiationis, *ne in fraudem fiat examen & exceptiones reo ad repellendum testes processu temporis pereant.* Ex mente pontificis itaque sufficit, reum scire, testes esse contra se productos, ut de exceptionibus suis conseruandis sollicitus esse possit. Vtrum vero hanc scientiam ex citatione facta, an ex denuntiatione post examen peractum habeat, nihil interest. Quod si in hoc dissensu Doctorum spectes ordinationes processuales, plurimae sunt, quae simpliciter statuunt annum, quo peracto rotuli efficacia pereat, v. c. *Ordinat. cur. prouinc. Brunswic. Tit. L. §. doch ist etc.* *Ord. iud. prouincialis Mecklenb. P. 2. Tit. 25. §. ult.* *Ord. process. Magdeb. c. 32. §. 6.* *Ord. summi Trib. Wismar. P. 2. Tit. 27. §. 4.* *Ord. cur. prou. Cell. P. 2. Tit. 21. §. 4.* *Ord. cano. Calenb. Tit. 20. §. 17.* *Stat. Hamb. P. 1. Tit. 31. art. 3.*, aliae autem praefiniunt annum, si reus non fuit citatus. (f)

(a) *L. 1. obs. 94. nr. 5.*

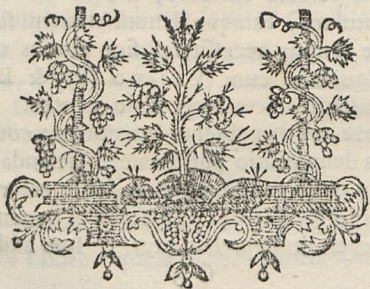
(b) *diss. cit. c. 4. §. 12.*

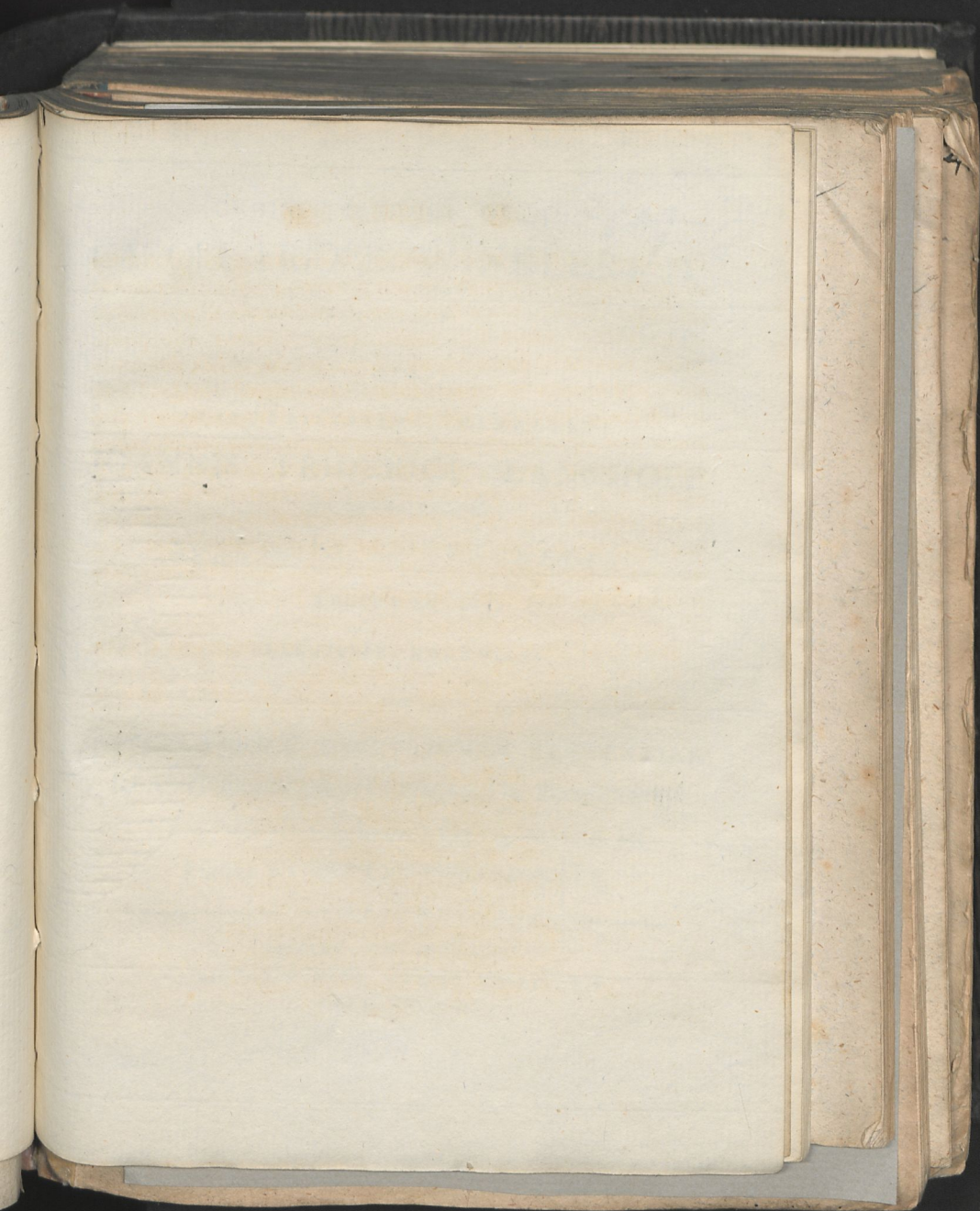
(c) *ad process. disput. 16. nr. 48.*

(d) *diss. cit. c. 5. nr. 1 sqq.*

(e) *in iure eccl. protest. L. 2. Tit. 6. §. 15.*

(f) Cf. *Knorre gerichtl. Process c. 15. §. 9.*





Kiel, Diss., 1777-1800



f
5b.





DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA ²¹⁸⁶
DE
ERRORIBVS PRAGMATICORVM CIR-
CA PROBATIONEM IN PERPE-
TVAM REI MEMORIAM. ^{1773,4}

QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
SVB PRAESIDIO
VIRI ILLVSTRIS ET CONSVLTISSIMI
CAROLI FRIDERICI WINCKLERI

I. V. D.
CONSIL. IVSTITIAE ET IVRIS ANTECESSORIS

PRO
OBTINENDIS SVMMIS IN VTROQVE IVRE
HONORIEVVS

DIE XXVIII AVG. MDCCLXXIII.

PVBlice DEFENDET

AVCTOR
IOANNES FRIDERICVS LANGHOFF.
HAMBVRGENSIS.

KILIAE HOLSATORVM,
LITTERIS MICH. FRIEDER. BARTSCHII,
ACAD. TYPOGR.