

15.

1785

19

OBSERVATIONES SELECTAE
DE
INITIO
TERMINI PROBATORII

P 474

QVAS
CONSENTIENTE
ILLVSTRI IVRECONSVLTORVM ORDINE
PRAESIDE
D. IO. CHRISTOPH. KOCH
PATRE SVO VENERANDO
PRO
GRADV DOCTORIS
ET
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
CAPESSENDIS

D. IV IANVARIJ MDCCCLXXXV
P V B L I C O E X A M I N I
S V B M I T T I T
HENRICVS GVILIELMVS KOCH

GIESSAE
spud IO. IACOB. BRAVN, Acad. Typogr.

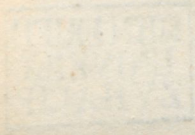


ONSTITUTIONS DIRECTAE
DE
I N T I O
TERRMINI PROBATIONIS

OMNIBUS
CONSTITUTIONE
MAGISTRI HONORABILITATUM ORDINE
KRAEUSE
B. IO. CHRISTOPH. KOCH
PATER SVO AMERLANDO

GRADU DOCTORIS
SVMIS IN VTRIQVE IURE HONORIBUS
CANTONIBUS
DE W. LAZARUS CANTONIBUS
P. B. S. C. O. A. M. I. N. I.

HENRICVS GVLIELMVS KOCH
G I D E R T
SVM. IO. HONOR. HONOR. SVO





DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA
DE
INITIO TERMINI PROBATORII

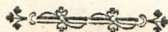
§. I.

Quid sit probatio?

Probare Iureconsultis in genere dicitur is, qui iudici de veritate rei dubiae legitime fidem facit. Eaque probatio diuiditur in probationem ordinariam s. solemnem s. in specie dictam, (Beweis) & probationem summariam s. minus solemnem s. demonstrationem, (Bescheinigung). Illa iterum in probationem offensiuam s. in stricto significato, oppositam nimirum reprobationi, (Beweis) & probationem defensiuam s. reprobationem (Gegenbeweis) abit; quae posterior duplici modo fieri potest, vel di-

A 2

re-



recto contrarium eius, quod alter probare voluit, deducendo, vel per consequentiam, mediante exceptione aut replica, aduersarii probationem destruendo. Simili modo demonstratio diuiditur in demonstrationem in stricto significato, (Bescheinigung) & redemonstrationem s. contrademonstrationem. (Gegenbescheinigung) 1).

- 1) Plenius haec exposita sunt in FRANCISCI SIEGLERI *diff. de delatione iuramenti litis decisorii* Giesae 1773 sub praesidio VENERANDI PARENTIS MEI habita c. 3. §. 19.

§. II.

Terminus probatorius.

Terminus & dilatio, si in genere sumuntur, a pragmaticis Ictis promiscue vsurpantur, & denotant tempus rei peragenda praefinitum. Si certus & fixus dies, in quo praecise peragendus est actus, praefixus est, terminus in specie, vocatur; si vero integrum spatium, intra quod actum suscipere licet, datum est, dilatio in specie (Frist) appellatur. Non solum dilatio, sed & terminus in specie, iterum diuiditur in priorem & ulteriorem, quarum haec prorogatio s. dilatio, scil. ulterior, audit, ita vt haec vocabula in legibus promiscue accipiantur; quamuis non desint inter Ictos, qui distinguunt: vtrum prior terminus aut dilatio elapsus sit, an non? & in illo casu prorogationem, in hoc vero dilationem, scil. ulteriorem, concessam esse rectius dici autumant 1). Nos hoc loco sub termino intelligimus spatium temporis rei agenda praec-

praefixum, aut, vt alii dicunt, *diem intra quem*. *Terminorum* s. *dilationum*, si *finem* s. *obiectum* respicimus, *variae* in *processu* occurrunt *species*, 2) inter quas praecipuum certe locum occupat *terminus probatorius*, (*die Beweisfrist*) qui est *spatium temporis*, *intra quod probatio fieri debet*. Quod tamen non *consummative*, vt probatio absoluetur, sed *inchoatiue*, vt offeratur, intelligendum est 3).

- 1) CAR. GOTTL. KNORR in *diff. de recto dilationum usu* §. 3. seq.
- 2) quarum recensum dedit IOH. BRVNNEMANNVS in *proc. ciuil.* c. 6. n. 2.
- 3) IOH. BALTHAS. de WERNHER T. I. P. 4. obf. 241.

§. III.

Terminus probatorius vel legalis, vel iudicialis, vel conuenionalis est.

Terminus probatorius, respectu *causae determinantis*, in *legalem*, *iudicalem* & *conuenionalem* dispefcitur. *Legalis* (*Ordnungsfrist*) non solum tum ad est, si *lex expressa*, sed & si *obseruantia* s. *consuetudo* fori cuiusdam eum *praecise* definit; vt tamen iudex *prorogationem* iusto tempore & ex iusta causa petitam deinde dare possit. *Iudicialis* vero tunc habetur, si *determinatio* eius in quolibet casu a iudicis arbitrio pendet; siue nunc illa *mero* iudicis arbitrio, aequo tamen, & ex *causae* qualitate instruendo, pendeat; siue a *lege plura spatia* enumerentur, ex



quibus iudex in obuio quodam casu, *vnum* eligat & praefiniat; siue lex praescribat tempus quoddam eum tantummodo in finem, vt terminus probatorius a iudice praefigendus illud spatium *excedere* non debeat, salvo tamen iudicis arbitrio, quodlibet aliud *brevius* spatium praescribendi. Veritas a me dictorum ex §. 4. patebit. Quid terminus probatorius *conventionalis* sit? ex ipso nomine liquet.

IV.

Virum terminus probatorius secundum ius commune sit legalis an iudicialis?

Quaestio: *vtum ius*, quo in *Germania* vtimur, *commune* praescribat terminum *probatorium legalem*? non omni vacat dubio. Hoc quidem certum est, quod *ius canonicum* vnice in casu, vbi opposita *exceptio spoli* probanda venit, terminum 15. dierum praescripserit 1), & quod in R. I. N. §. 50. & 54. terminus *probatorius* iudicis arbitrio simpliciter permissus sit. Secundum communem quoque Ictorum opinionem in libris *IUSTINIANI* nihil de termino *probatorio legali* proditum est, quum *Impp. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS* in constitutione illa notissima 2), non de ipso termino probatorio, sed de *prorogatione* eius & *dilatione*, scil. *ulteriori*, loquantur 3). Solus *LEYSERVS*, 4) quantum scio, *contrariam* fouet sententiam, quod nimirum in cit. I. I. C. de *dilat.* terminus probatorius omnino praescriptus sit.



fit. Sed LEYSERVS non satis perpendit, quod reapse a communi ICTorum schola non dissentiat. Nam explicatio l. cit. *Leyseriana*: Voluerunt profecto Imp. in dicta l. i. praecidere longas probationum moras, & probaturo necessitatem argumenta sua confestim proferendi imponere, iudicis autem arbitrium sic constringere, ut is etiam dilationem petenti ultra tres, sex vel nouem menses a die, quo probatio primum imposita fuit, computandos indulgere non posset — communem fultit sententiam. Tota enim dispositio eo redit, ut tempus integrum, primum nempe terminus cum pro-rogatione s. dilatione vltiori trium, aut sex, aut nouem, mensium spatium excedere non debeat. Non itaque Imp. in cit. l. i. terminum probatorium, praesertim primum eius spatium, praecise praescripserunt, sed iudicis arbitrio omnino permissum fuit, breuius tempus praefigere. Terminus ergo probatorius ad normam cit. l. i. a iudice praefigendus, non fuit *legalis*, sed *iudicialis* (§. 3.). Sed quidquid demum sit, ipse adeo LEYSERVS fatetur, cit. l. i. moribus *Germaniae* numquam fuisse receptam.

Quod ad iura *provincialia* attinet, in aliquibus terminus probatorius *praecise* est definitus, ideoque adest *legalis*; in aliis terminus probatorius simpliciter iudicis arbitrio est permissus; in aliis plura spatia praescripta sunt, ex quibus iudex in obvio casu vnum eligit, quod praefigat 5).

1) c. i.



- 1) c. i. de restit. spoliat. in 6.
- 2) l. i. C. de dilat. — Quoniam plerumque euenit, ut iudex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur; spatium instructionis exhibendae postularum dari conuenit. Quod hac ratione arbitramur esse moderandum, ut, si ex ea prouincia, ubi his agitur, vel persona, vel instrumenta poscantur; non amplius, quam tres menses, indulgeantur. Si uero ex continentibus prouinciis, sex menses custodiri, iustitiae est. In transmarina autem dilatione nouem menses computari oportebit. Quod ita constitutum iudicantes sentire debent, ut hac ratione non sibi concessum intelligant dandae dilationis arbitrium, sed eandem dilationem, si rerum urgentissima ratio flagitauerit, & necessitas desideratae instructionis exegerit, non facile amplius, quam semel, nec ulla trahendi arte sciant esse tribuendam.
- 3) KNORR in *cit. diff.* §. 17.
- 4) LEYSER in *Medit. ad P. spec.* 258. m. 2.
- 5) In *Ordinat. process. Hasso-Darmstad.* de anno 1724. ita dispositum est, in P. II. tit. 5. §. 1. — Da aber eine Sach in puncto suscipiendae probationis zweifelhaft, oder auch sonst so beschaffen wäre, daß ein oder dem andern Theil der Beweis per interlocutoriam auferleget werden müste, so soll derselbe nicht allein sobald immer möglich abgefaßt und publiciret, sondern auch wann nach Beschaffenheit der Sachen und deren Umständen die Probation nicht in continenti geschehen könnte, zu deren Verhinderung zugleich ein Termin, nach Befinden von 14. Tagen, 4. 6. oder endlich auch, in außerordentlichen Fällen, wann die Partheyen und Zeugen, nach Beschaffenheit Unserer Fürstl.



Fürstl. Landen, weit abgelegen, oder die Führung des Be-
weises von besonderer Weitläufigkeit und Schwärzigkeit
wäre, von 8. Wochen, welcher jedesmal sub praedictio
zu verstehen ist, mit angezehret, nach dessen Verlauff aber
der Weg dazu praeccludiret, folglichen die Sach vor bez-
schlossen angenommen, und darinnen, was Recht ist, er-
fandt werden; es wäre denn, daß Unsere Fürstliche Re-
gierungen auf gebührendes Nachsuchen und aus sonders
bewegend und triffsig jedoch beschienenen Ursachen, den
gegebenen Termin prorogiren, oder auch, wenn er bereits
ungelauffen, eine Parthey, ad allegationem & probatio-
nem ohnverwerflicher Causalium, dagegen in integrum re-
stituiren würden, als worunter Wir denselben nach Bez-
schaffenheit der Umstände, doch also, daß der Proceß
nicht etwa blos pro arbitrio und ohne Noth verzögert
werde, freye Macht überlassen.

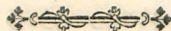
§. VI.

*Vtrum terminus probatorius, si eius initium & cursum nihil
remoratur, a die, quo sententia, probationem imponens, in
rem iudicatam transit, an a die publicationis
computetur?*

Antequam ad varios casus speciales, in quibus
de initio termini probatorii aliquando dubitatur, acce-
dam, generalis illa quaestio decidenda est: vtrum ter-
minus probatorius, si eius initium & cursum nihil
remoratur, a die, quo sententia probationem impo-
nens in rem iudicatam transit, an a die publicationis
computetur? Lis, quia in iure communi expresse haud
decisa est, in vtramque disputatur partem. Icti ve-
ro ad vnum fere omnes pro die rei iudicatae pugniant,

B

ad



ad analogiam iuris prouocantes. BRUNNEMANNVS 1) tamen, quem sequitur STRYKIVS 2), iure communi terminum probatorium a die sententiae initium sumere statuit; sed sine vlla probatione: imo ipse BRUNNEMANNVS sibi constans non est, cum in n. 15. in eo casu, si per appellationem suspensa sit sententia interlocutoria, ab eo demum tempore terminum probatorium currere dicat, quo in rem iudicatam transit sententia. Si igitur nec lex provincialis, 3) nec usus fori, 4) coram quo litigatur, aliud disponit, etiam in foris extra Saxoniam, vbi ius commune viget, terminum probatorium a die rei iudicatae computandum esse, cum LEYSERO, 5) ESTORE, 6) CLAPROTHIO, 7) vt innumeros reliquos taceam, arbitror.

1) c. l. c. 18. n. 14.

2) in *Vf. mod.* lib. 22. tit. 3. §. 8.

3) Dari leges provinciales, quae terminum probatorium a die publicationis computandum esse praecipiant, res est notissima. vid. Joh. Andr. Zoffmann in der teutschen Reichspraxi T. I. §. 450. Not. f.

4) Secundum obseruantiam *ill. Regim. Giessensis* computatio fit a die publicationis.

5) cit. *Spec.* m. 4.

6) in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses Th. I. §. 264.

7) in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. §. 215.



§. VI.

*Vtrum terminus probatorius de momento ad momentum,
an a die ad diem computetur?*

Alia, priori quodammodo affinis, quaestio generalis exurgit: vtrum terminus probatorius de momento ad momentum, an a die ad diem computetur? Prius affirmare haud dubitarunt SCHAVMBURGIVS, 1) & HELLFELDIVS, 2) eam ob rationem, quia terminus probatorius fit peremptorius, ideoque fatalis. Posterius vero defendunt BOENIGKE, 3) ESTOR, 4) & HOFFMANNVS 5). Et diffiteri nequeo, me in horum sententiam magis inclinare, cum non omnis terminus peremptorius natura sua fatalis in stricto significatu & iuris intellectu talis sit, ad quem computatio de momento ad momentum adplicari possit, quippe quae tantum in fatalibus iuris s. proprie sic dictis e. g. in decendio interponendae appellationi praefixo, locum habet.

1) in princip. prax. lib. I. S. I. m. 3. §. 8.

2) in Iurispr. for. §. 1155.

3) in Pract. practicata p. 62.

4) c. 1. §. 264.

5) c. 1. §. 450.

§. VII.

Quid iuris sit eo in casu, si quis nullo plane die addito, aut die relative tantum per verba: binnen Ordnungsfrist, expresse, probare iussus est.

Rarius quidem fit, vt iudex alicui probationem

B 2

in-



niungat, *nihilque plane* de die, intra quem probatio offerenda fit, pronunciet. Interim si eiusmodi casus obueniret, haec distinctio adhibenda esset: vt si in illo foro T. P. *legalis* obtineat, is a iudice praefinitus intelligatur; quod si autem talis deficiat, probatio *semper* admittatur, nec temporis lapsu praecludatur 1). Saepius vero contingit, vt a Facultatibus iuridicis & Scabinatibus, sententiam ferentibus, probatio iniungatur *binnen Ordnungsfrist*, aut *binnen gewöhnlicher* aut *gehbriger Frist*. Si in illo iudicio, coram quo lis pendet, T. P. *legalis* existit, res sine vlla dubitatione est. Si vero talis ibi non obtinet, idem, quod antea dictum est, & hic statuendum esse puto, vt nimirum probatio *semper* adhuc salua fit. Si tamen probare iussus in *utroque* casu, siue *nullus plane dies* additus, siue per verba tantum *relatiua* sit expressus, probatione tamdiu supersederit, vt tempus, in I. I. C. de *dilat.* praescriptum, elapsum sit, & lis in foro, vbi ius *commune* viget, pendeat, in dubium reuocatur, vtrumne probatio deserta haberi possit? De eiusmodi casu PATER MEVS ante aliquot annos consultus, ita respondit:

Dem Caio ist durch ein G. Facultäts- Urtheil der Beweis seiner Klage *binnen Ordnungsfrist* auferlegt worden. Bey der Cansley zu S., wo überdieß das ius com-

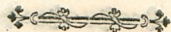
1) ZIEGLER in *Introd. ad Proc.* c. 10. §. 3. LEYSER cit. *Spec.* m. 3. RIVINVS tit. 20. enunc. I. SCHAVMBURG c. I. §. 7. PVFENDORF in *Obs. iur. vniu.* T. III. Obs. 95.



commune gilt, weiß man aber von einem termino probatorio *legali* nichts, sondern er ist daselbst allemal *arbitrarius* und *iudicialis*. Wie die Urthel publicirt war, so saß Caius 8. Monat stille. Wie er aber jezo hörte, daß der Beklagte Seius einkommen und den Beweis für **besert** und erloschen zu erklären bitten wollte, so kam er schleunig ein und bat um Ansetzung einer Beweisfrist. Die Canzley willfahrte und gab eine Frist von 6. Wochen. Seius appellirte an das Hofgericht zu A., verlor aber, und will deshalb nunmehr nach **Wexlar** appelliren, derselbe wünscht aber vorher über diesen Fall meine rechtliche Gedanken zu hören.

Nun stehet zwar Seius in den Gedanken, daß obgleich bey der Canzley zu S. weder durch ein Landesgesetz, noch durch den Gerichtsbrauch, ein terminus probatorius *legalis* eingeführt sey, doch dormalen die Verordnung der l. 1. C. de *dilat.* eintreten müsse, mithin, da er und Caius, auch die Zeugen, wodurch Caius den Beweis führen wolle, an dem nemlichen Orte wohnten, die höchste Frist, welche Caius zum Beweise erlangen können, 3. Monat gewesen wäre, folglich da er nach der Publication der Sentenz so gar 8. Monate lang stille gesessen, der Beweis für erloschen erklärt werden müsse.

Aber dagegen ist in Erwägung zu ziehen, daß
1) nach dem iure communi der terminus probatorius *arbitrarius* ist, wie alle Dd. einmüthig behaupten; und
B 3 obgleich



obgleich in L, 1. Cod. de dilat. nach Verschiedenheit der Fälle gewisse Monate gesetzt sind, über welche der Richter in Bestimmung der Beweisfrist nicht schreiten soll; so ist und bleibt doch dem ungeachtet der terminus probatorius nach dem iure romano arbitrarius, obgleich das arbitrium iudicis in Absicht der Länge der Beweisfrist eingeschränkt ist. Ueberdieß ist dieses Gesetz in unsern Gerichten nicht recipirt, wenigstens ist nach der Kammer S. O. und dem R. I. N. alles dem arbitrio iudicis überlassen, und ist daher secundum ius german. commune der terminus probatorius mere arbitrarius.

2) Weil in vielen teutschen Provinzen durch Landesgesetze die Beweisfrist genau bestimmt worden, die Juristen-Facultäten aber solches oft nicht wissen, und eine Urtheil, quae terminum probatorium lege statutum mutat, null und nichtig ist;

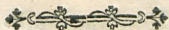
LEYSER Spec. 258. m. 9.

so ist es bei den Facultäten in solchen zweifelhaften Fällen üblich, daß man in der Urtheil die Worte: binnen Ordnungsfrist, oder andre ähnliche, braucht.

Ludovici im Civilproceß §. 15. §. 10.

Knorr im Proceß c. 9. §. 5. not. a.

3) Wenn eine solche Urtheil in ein Land gehet, wo der terminus probatorius nicht legalis, sondern noch arbitrarius ist, so haben die Worte: binnen Ordnungsfrist



frist gar keinen Effect, sondern es ist eben so anzusehen, als wenn die Urthel so lautete: N. N. soll beweisen. In einem solchen Lande, worin der terminus probatorius noch arbitrarius ist, und in der Urthel der einen Parthey der Beweis auferlegt, aber zugleich die Beweisfrist nicht besonders und genau ausgedruckt, sondern entweder schlechthin, oder mit dem in einem solchen Lande nichts bedeutenden Zusätze: binnen Ordnungsfrist, der Beweis auferlegt worden, fängt keine Beweisfrist eher an zu laufen, bis eine solche durch ein nachheriges Decret vom Richter bestimmt und angefest wird. Ja es ist in einem solchen Fall gar nicht möglich, daß eine Beweisfrist eher zu laufen anfangen kann, weil eher solche vom Richter bestimmt worden, sie noch gar nicht vorhanden gewesen ist.

4) In einem solchen Falle kann zwar die Parthey, welcher der Beweis aufgelegt worden, um die Bestimmung der Beweisfrist den Richter bitten, sie ist aber dazu keinesweges verbunden, sondern sie kan stille sitzen und ruhig abwarten, bis ihr der Richter entweder ex officio, oder auf Verlangen des Gegentheils eine Beweisfrist präfigirt. Und billig sollte ein Richter, wenn er eine solche Urthel mit den Acten zurück erhält, gleich bey der Publication ex officio eine Beweisfrist bestimmen. Falls aber auch die beweisführende Parthey wie dermalen, jedoch sehr spät, geschehen, den Richter um Bestimmung einer Beweisfrist bitten sollte, so ist sie doch hierunter
an



an keine gewisse Zeit gebunden, sondern dergleichen Versuch findet noch immer statt, und der Beweis bleibt immer in saluo, so lange nicht der Richter eine Beweisfrist gesetzt hat, und solche abgelaufen ist. Ich glaube daher, daß Seius bishero verwegen litigirt und die Sache zur Ungebühr aufgehalten habe, derselbe auch nicht die mindeste rechtliche Hofnung sich machen dürfe, daß die Appellation zu Weßlar werde angenommen werden. Gießen den 28. März 1780.

§. VIII.

De initio termini probatorii

I) *Si sententia est obscura s. dubia.*

Quibus in vniuersum disputatis, nunc ad ipsos casus speciales venio. Si sententia, quatenus *ullo modo ipsam probationem iniunctam, siue directe, siue indirecte*, concernit, *dubia & obscura est, expediti iuris est, quod T. P., antequam declaratio secuta sit, currere nequeat.* Hac vero facta, T. P. initium sumit ab illo die, quo sententia *declaratoria in rem iudicatam* transit, nisi in illo foro, vbi lis pendet, ad *diem publicationis* respiciatur. I) (§. V.) Suppono hoc loco, cursum T. P. post sententiam *deklaratoriam* nulla alia ex causa impediti; quod si contingeret, res ex qualitate illius causae impediens (e.g. *appellationis, aut quia sententia probationem tantum euentualiter iniungit*) diiudicanda foret.

I) LVDOVICI in *diff. de iure declarationis* c. 3. §. 7.

§. IX.

§. IX.

II. Si sententia non est pura, sed euentualis s. conditionata.

Fit saepius, vt in illa sententia, quae probationem imponit, simul aliud quid, ante omnia expediendum, iniungatur, qualem sententiam, respectu probationis impositae, euentualem s. conditionatam vocare solent. Et si quidem alter quid expedire, alter probare iussus fuit, nec ego dubito, quin huic terminus probatorius non currat, ante, quam ille, quod debebat, fecit, seu, vt aiunt, sententia sit purificata. In eo vero casu, si vnus idemque & probare & expedire quid iubetur, non solum vsus iudiciorum varius est, sed & Icti valde inter se dissentiunt. Diffiteri tamen nequeo, me eam ire in sententiam, quod in hoc casu T. P. secundum regulam in §. 5. stabilitam initium sumat, vel a die rei iudicatae, vel in aliquibus foris a die publicationis; cum rationi iuris vix conueniat, moram & negligentiam ab ipso probaturo in explendis prioribus sententiae capitibus admittam ipsi prodesse. Accedit, quod, si cum eo conuenias, obsequium suum diutissime differre & probationem in infinitum extrahere possit 1).

1) conf. LEYSER c. Spec. m. 7. GRIBNER c. l. p. 137. Ludovici im Civilprocess c. 15. §. 8. SCHAMBERG c. 1. p. 139. Knorr c. l. c. 9. §. 8. Seyfart im Reiches process c. 12. §. 14.



§. X.

III. *Si partes sententiam in ipso publicationis actu adprobant.*

Quod si partes ipsae, aut earum procuratores ad id speciali mandato instructi, sententiam, probationem imponentem, in ipso publicationis actu adprobant, tum statim a die publicationis T. P. currere incipit 1). Quae observatio utilitate sua haud caret, quia, ut supra §. 5. dictum est, T. P. secundum regulam a die rei iudicatae initium sumit, si a quibusdam prouinciis & foris, ubi a die publicationis T. P. computatur, discesseris.

1) BERLICH P. I. concl. 38. n. 34. STRYK in V. M. c. l. §. 8. Ludovici c. l. §. 7.

§. XI.

Si contra sententiam remedium suspensuum interpositum est, monita generalia.

Quod initium T. P. per remedium iuris suspensuum, contra sententiam interpositum, suspendatur, expedita quidem res est; at iustis tamen definienda terminis.

Requiritur enim I. ut is, qui remedium interposuit, facultate tale remedium interponendi gaudeat, nec actum manifesto nullum suscipiat, e. g. si tertius, cuius plane non interest, sine mandato appellaret 1). Opus est II. ut remedium interponatur intra currens adhuc decendum. Nam illo praeterlapso, nulliter interpositum remedium cursum T. P. haud suspendit

dit 2); nisi contra lapsum fatalis restitutio in integrum impetrata sit. Desideratur III. vt remedium interponatur contra tale sententiae caput, quod probationem, vel directe 3) vel indirecte, concernit; e.g. si appellat aduersarius, cui editio documentorum ad probationem necessariorum iniuncta est. Quodsi contra alia tantum sententiae capita, ad probationem nullo modo pertinentia, remedium interpositum fuerit, terminus probatorius ideo non suspenditur 4). Ceterum IV. perinde est, vtrum ipse probare iustus, an aduersarius remedio iuris vsus fuerit 5),

1) RIVINVS tit. 20. enunc. 12.

2) Ludovici c. 1. §. 5. HOMMEL in *Rhapsod.* obs. 46. n. 11. dissentit RIVINVS tit. 20. enunc. 11.

3) CLAPROTH c. 1. Nach dem Beyurtheile fallen öfters Rechtsmittel 1) über die Unerheblichkeit des Beweises überhaupt; 2) über die Unerheblichkeit des vorgeschriebenen Beweissatzes und 3) über die Schuldigkeit zu beweisen vor. Diese hemmen den Lauf des Beweisstermins.

4) GRIBNER c. 1. HOMMEL c. 1. n. 7. CLAPROTH. c. 1.

5) BERGER in E. D. F. p. 649. HOMMEL c. 1. n. 6.

§. XII.

De initio termini probatorii

IV. Si remedium interpositum reiicitur.

Si contra sententiam remedium suspensuum tantum interpositum est, idque a iudice reiicitur, T. P. demum incipit post decendum a die publicati aut insi-



nuati decreti reiectorii 1); nisi in illo foro ad ipsum diem publicationis s. insinuationis respiciatur (§. 5.).

Si vero sententia per *appellationem* suspensa est, eaque a *iudice ad quem* non recipiatur, sed *reiiiciatur* & processus *appellationis* denegentur, currit fatale probationis vel *post decendum* a die *publicati* aut in vim *publicati*, vt loquimur, *insinuati* decreti *reiectionis* s. *denegatorii*, vel *post decendum* a die *publicati* aut *insinuati* rescripti i. e. ex eo tempore, quo quis reiectionem *appellationis* non priuatim, sed per iudicem *primae instantiae* legaliter resciscit 2). In illis tamen foris, vbi a die *publicationis* T. P. currit, (§. 5.) nec in his casibus demum *post decendum*, sed *statim* a die *publicationis* aut *insinuationis* incipit. Perinde vero est, vtrum *remedium* ideo, quia plane *inadmissibile* est, an ea ex causa, quia *grauamina* nullo plane *fundamento* nituntur, *reiiiciatur*. Ex his principiis iudicauit *ill. Ordo Ictorum Giessens.* mense Martio anni 1784. in causa *momentosa* C. v. Z. G. v. F. contra v. D., nec *ingratum* fore *Lectoribus* spero, si illius *causae* *statum* & *rationes* *decidendi* ex *relatione*, beneuole mecum *communicata*, breuiter *propofuero*.

Nach dem Ableben des J. W. U. v. D. mit welchem der U. v. D. Mannstamm ausgestorben, haben

1) Ludovici c. l. §. 5. HOMMEL c. l. n. 3.

2) BERGER in O. I. l. 4. tit. 24. §. 15. n. 3. GRIENER c. l. LEYSER cit. Spec. m. 6. WERNHER T. II. P. 6. obf. 293. HOMMEL c. l. n. 2.

desselben Töchter das Lehn zu N. in Besitz genommen, und solches für Weiberlehn ausgegeben. Weil aber der Durchlauchtigste Lehnherr solches für Mannlehn gehalten, und den C. v. Z. G. v. F. damit belehnt hat, so hat letzterer gegen die Besitzer auf die Herausgabe des Lehns geklagt. Am 15. April 1780. wurde den Befl. ihre Exception, daß das Lehn Weiberlehn sey, binnen 4. Wochen zu beweisen auferlegt. Hievon appellirten dieselben an den Kaiserl. Reichshofrath, und weil Kläger den Beweis für desert zu erklären bat, so veranlaßte dieß die am 22. Dec. 1781. bey dem Lehngericht publicirte Sentenz, worinn erkannt wurde:

Daß bis die bey dem K. K. H. angebrachte Appellation aus dem Wege geraunt worden, dem weitern rechtlichen Verfahren in dieser Sache billig Anstand zu geben.

Kläger producirte hiernächst am 23. Febr. 1782. ein K. K. Conclusum vom 30. Nov. 1781, mittelst dessen die Appellationsproceß abgeschlagen worden, mit Bitte den in sententia vom 15. April 1780. auferlegten Beweis nunmehr für desert zu erklären. Es wurde darauf per sententiam G. vom 5. Oct. 1782. erkannt:

Daß da Befl. den in dem rechtskräftigen Urtheil vom 15. April 1780. auferlegten Beweis der vorgeschützten Einrede so wenig binnen der anberaumten Zeit, als nach deren Ablauf angetreten, dieselben an solchem Beweis sich versäumt, u. d.



Die Befl. haben davon an das Herzogl. Appellationsgericht appellirt, und es ist jeko darüber die Frage: Ob die Appellationsproceſſe zu erkennen oder abzuschlagen ſeyen?

Ob nun wohl der Appellantiſchen Beſchwerde im Wege zu ſtehen ſcheint, daß der Beweiſetermin von dem Augenblick zu laufen angefangen, als der gegebene Anſtand durch das R. H. K. Concluſum vom 30. Nov. 1781. völlig gehoben worden, alſo der Beweiſetermin von dem Augenblick zu laufen angefangen, wo ſothan es R. H. K. Concluſum in ſeine Rechtskraft getreten, welches bereits am 10. Dec. 1781. geſchehen, anerwogen ſich daran nicht zweifeln laſſe, daß Appellanten durch ihren Agenten von ſolchem R. H. K. concluſo zeitig Nachricht erhalten, falls aber ſolches auch nicht wäre, es doch den Appellanten ſelbſt zur Laſt falle, daß ſie ſich nicht um die Sache erkundigt hätten, da der iudex a quo keine Verbindlichkeit gehabt, ihnen von dem, was vom Oberrichter beſchloſſen worden, Nachricht zu geben, und ſie an den nunmehrigen Lauf des Beweiſetermins zu erinnern, da in ſolchen Fällen der Beweiſeführer nicht warten dürfe, biß die Acten an den Unterrichter remittirt worden, ſondern wenn ſuper appellatione rechtskräftig erkannt iſt, intra terminum probatorium ſeinen Beweis bey dem iudice Imae inſtantiae übergeben müſſe, wenn auch gleich die Acten noch nicht remittirt wären.

D. a. u. d. der präfigirte Beweiſetermin für noch zur Zeit wirklich verfloſſen, bewaudten Umſtänden nach,
nicht

nicht zu achten, anerwogen durch die rechtskräftige Sentenz vom 22. Dec. 1781. dem weitem Verfahren in der Sache Anstand gegeben worden, dieser Anstand aber durch obgedachtes R. H. K. conclusum ad eum effectum, daß Appellanten den Beweis sogleich anzutreten schuldig gewesen wären, nicht gehoben worden, in näherem Betracht zwar das R. H. K. Conclusum von dem Herzogl. Agenten an den Durchlauchtigsten Herzog eingesandt, und bereits am 15. Dec. 1781. zu Z. angelangt ist, bey dem allen aber von dem Rescript, dessen in sothanem R. H. K. Concluso Erwähnung geschiehet, wenn es heißt:

Notificetur iudici a quo per Rescriptum pro complemento iustitiae

ex actis nicht constiret, daß solches wirklich eingegangen, vielmehr ebengedachtes R. H. K. Conclusum nur von dem Appellaten abschriftlich zu diesen Acten gebracht ist, dahero dann die Appellation keineswegs als völlig aus dem Wege geräumt und der dem rechtlichen Verfahren gegebene Anstand für gehoben nicht erachtet werden mag, indem nach eingelangtem sothanem Rescript es erst darauf angekommen wäre, daß das Lehngericht pro complemento iustitiae den Appellanten davon legale Nachricht gegeben und sie zur Antretung des Beweises intra terminum praefixum angewiesen hätte, wie solches auch in ähnlichen Fällen an vielen andern Orten üblich, und der Sache um so mehr angemessen ist, als die sonst der Regel



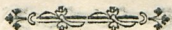
gel nach eintretende Verbindlichkeit des Beweisführers sich, wenn die Appellation abgeschlagen worden, ohne weitere Erinnerung zum Beweis anzuschicken, voraussetzt, daß das Erkenntniß darüber ordentlich publicirt oder insinuiert worden sey. *rc.*

His motus rationibus ita pronunciant: daß die wider das am 5. Oct. 1782. eröffnete, A. A. Imae inst. n. 42. befindliche, Urthel eingerichte Beschwerde so schlechterdings für unerheblich nicht zu achten, derowegen die Appellationsprocesse zu eröffnen, und ergethet demnächst ferner was Recht ist.

§. XIII.

V. *Si remedium desertum esse pronunciat.*

Si quis remedium contra sententiam rite interpositum deinde deseruit, T. P. in foris Saxonice post decidendum a die publicatae sententiae super desertione latae currit, 1) & quidem sine distinctione; vtrum ipse probaturus, an aduersarius, remedium interpositum deseruerit. Sed secundum ius commune distinguendum esse arbitror, num ipse probaturus remedium a se interpositum prosequi deserit, aut aduersarius. Si posterius, Ictis Saxonice adstipulor; nisi in illo foro, vbi lis agitur, ad diem publicationis respiciatur (§. V.). Si vero prius, secundum ius commune verius est, quod hoc in casu dispositioni l. 5. §. 4. C. de tempor. & reparat. appellat. locus omnino sit dandus, — iu-
bemus eundem appellatorem, nisi obseruauerit iudicium, &



Et causam usque ad finem peregerit, sed Et si per eum steterit, quo minus omnia liti certamina impleantur, appellatione defraudari, Et sententiam contra eum latam in suo robore durare, Et ad effectum perducere, tanquam si ab initio minime fuerit provocatum. Igitur hoc in casu vel a die, quo sententia antea lata in rem iudicatam transit, vel a die, quo publicata est, (§. V.) T. P. currit, adeo, ut si interim terminus probatorius elapsus sit, probaturus postea audiri non debeat 2). Quamvis enim tempus annale prosequendae s. finiendae appellationi in cit. l. praescriptum, in foris nostris receptum non sit: ipsa tamen, quae circa eiusmodi fatalia in prosecutione remedii observanda, constituta sunt principia, hodie adhuc auctoritatis multum habere, verius esse censeo.

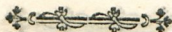
1) Ludovici c. 1. §. 5. HOMMEL c. 1. n. 5.

2) ESBACH ad CARPZ. P. I. C. 16. def. 9. RICHTER Decis. 110. n. 8. STRYK c. 1. §. 8. qui tamen distinctionem, a me iure meritoque factam, omiserunt, de solo illo casu cogitantes, si ipse probaturus interposuit remedium, quod postea deseruit.

§. XIV.

VI. Si remedia interposito renunciatur.

Si renunciatio 1) remedii interpositi occurrit,
D tunc



tunc vel *ipse probaturus* remedio usus est, vel *adversarius*. Si prius, T. P. a die *renunciationis* currit. Si posterius, demum a tempore *notificationis* remedio ab adversario interposito renunciatum esse, fatale probationis currere incipit 2). Quamvis enim videri posset, fatale probationis in *utroque* renunciationis casu, praesertim in *priore*, statim ab elapso post publicationem decedio currere, quia remedium, cui postea renunciatum est, pro non interposito in effectu haberi debeat 3). Sed enim vero intelligendum, huiusmodi renunciationem non *retro* operari & sententiae vim rei iudicatae conciliare, sed demum *ab eo tempore*, quo remedium suspensum *per renunciationem* remotum est 4). Illud sane negari nequit, *renunciantis & deserentis* hoc respectu diuersam plane esse conditionem.

- 1) Vel *expressa*, vel *tacita*. Ab hac *ficta* s. *praesumpta*, quae proprio nomine *desertio* vocatur, differt. conf. G. L. BOEHMER in *diss. de appellationis interpositae renunciatione*; in *Elect. iur. ciuil.* T. I. p. 423.
- 2) HORN in *Respons.* Cl. II. resp. 64. GRIBNER c. l. *Ludo* vici c. l. §. 6. HOMMEL c. l. n. 8. & 9.
- 3) BOEHMER c. l. p. 429.
- 4) WERNHER T. II. P. 7. obf. 212.



§. XV.

VII. Si sententia confirmatur.

Si denique remedio contra sententiam interposito locus quidem datus est, attamen sententia prior deinde confirmatur, pro diuersa iudiciorum praxi, in §. V. allegata, fatale probationis vel post decendum a die publicatae sententiae confirmatoriae, vel ab ipso publicationis die currere incipit, licet acta ad iudicem prioris instantiae nondum remissa sint 1). Quae tamen regula exceptionem patitur, quando sine actis probatio confici nullo modo potest, vt nempe tum non statim ex die rei iudicatae aut publicationis, sed demum ex die remissionis actorum probaturo significatae fatale probationis initium capiat. Quamuis ob dissentum Ictorum prudentius agat probaturus, si iudicem, cui probatio exhibenda est, adeat, ac dilationem petat. Et si nec hoc admittere quis velit, illud tamen temperamentum aequitati conuenit, vt is, qui inuincibili huiusmodi obstaculo in probatione impeditus fuit, ex capite impossibilitatis moralis & clausula praetoris generali in integrum restituatur, siquidem ipsi nulla culpa, quod remissio actorum facta non sit, imputari possit 2).

1) GRIBNER c. 1. MENKE in Proc. tit. 20. §. 5. Ludovici c. 1. §. 3. Seyfart c. 1. HOMMEL c. 1. n. 1. BARTH diff. 885.

2) LEYSER Spec. 656. m. 2 - 6.

§. XVI.

Initium termini demonstrationis.

Omnia, quae hactenus a nobis dicta sunt, de termino quoque demonstrationis, si iudex, aut forsan lex provincialis, talem praefixerit, valere, non est, quod dubitemus 1).

1) LEYSER Spec. 33. m. 5. SCHAUMBVRG c. 1. §. 7.



Errata

P. 9 lin. 17. pro: VI, lege: V.

p. 4. lin. 24. pro: elapsus sit, lege: adhuc curvat,

p. 15. lin. 14 post: eber adde: als

The-



Theses Anti - Hellfeldianae

largior disputandi materia



I.

HELLFELDIUS in *Iurispr. for.* §. 122. dicit: *M*edium hominum genus inter *liberos & servos* (homines proprios) sunt *rustici*, qui sunt *homines*, quoad *personam liberi*, *est quoad fundos*, quos colunt, vel *inhabitant*, *servilis conditionis*. — Verum dantur & *rustici*, qui neque in *personali*, neque in *reali servitute constituti sunt*, quos *freye Bauern* s. *Freyassen*, appellare solent.

II.

Donata filiofamilias a *Principe* in §. 136. not. b. ad *peculium quasi castrense*, in §. 910. autem ad *peculium aduentitium irregulare* s. *extraordinarium* referuntur. *Posterius omnino falsum*, & prius non semper verum est.

III.

In *definitione adoptionis* in §. 148. verba: *qui natura talis non est*, delenda sunt.

D 3

IV.



IV.

Auum nepotibus ex filio emancipato, nunc mortuo, natis pupillariter substituere posse, cum I. H. BOEHMERO affirmatur in §. 162. not. t. Sed contrarium euicit GRVPENIVS & PVFENDORFIVS.

V.

Verum haud est, (in §. 223.) quod *edictalis citatio semper sit quodammodo ignominiosa.*

VI.

Citatio monitoria (in §. 225.) non exinde nomen habet, quia citato solum iniungat, ut ea, quae circa actum a iudice, vel aduersario expediendum *monere* velit, proponat. Sed ideo vocatur *monitoria*, quia citatum non *arctat*, ut *sub poena contumaciae* veniat, sed illum tantum *monet*, ut veniat, si actui cuidam peragendo interesse *velit*.

VII.

Possessionem rerum mobilium, quamvis pretiosarum, a cautione non liberare, in §. 248. not. d. asferitur. Quod tamen tunc fallit, si res mobiles, e.g. taberna libraria, non facile amoveri possunt. Conf. quoque §. 173, in fine.

VIII.

VIII.

Male docetur in §. 318. ob *priuatiuum* damnum tunc demum actionem competere, si illud ex praecedente damno *positiuo* ortum sit.

IX.

Definitio *fideiussionis*, in §. 342., quod fit *conuentio*, qua quis se obligat ad *satisfaciendum*, si debitor *principalis* suae *haud* *satisfecerit* *obligationi*, ex qua concluditur, quod *fideiuissor* semper obligetur *in subsidiu*, adaequata non est.

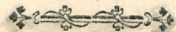
X.

Iuramenti delatio in §. 800. ad *ordinarium terminu* probatorium adstringitur. At *praxis communis* extra *Saxoniam* reclamation, & l. 12. C. de *rebus credit.* & *iureiur.* ita interpretatur, vt *iuramenti delationi*, termino probatorio etiam elapso, adhuc locus sit.

XI.

Actionem de in rem verso aliquando esse *realem*, cum LEYSERO in §. 918. statuitur. Sed *perperam*. Semper enim est *actio personalis*.

XII.



XII.

Confuse & peruerse rem proposuit HELLFELDIO in §. 1712. — In donatione *omnium* bonorum cum *reſeruatione facultatis* de *certa parte* disponendi facta, ſi donans nihil diſpoſuerit, *reſeruatam partem* non donatarius, ſed *heres donatoris ab inteſtato* accipit, niſi forſan donationis formula ita ſit concepta, vt ſatis conſtet, velle donatorem, vt omnia donatio maneat, ſi non diſpoſuerit donans. — Melius & dilucidius hanc rem accuratiores, ipſique ab HELLFELDIO allegati CRAMERVS & PVENDORFIUS, ita proponunt, vt inter partem *exceptam & reſeruatam* diſtinguant. *Illa*, diſpoſitione alia non ſubſe-
cuta, cedit *heredibus ab inteſtato*, quia pars *excepta* donatione non comprehenditur. *Haec* vero manet donatario, nihilque ab vniuerſis bonis decerpitur. Nihil reſert, vtrum id, quod *reſeruatam* vel *exceptum* eſt, pars bonorum *quota* ſit, an *pars quanta*, res nempe *ſingularis*, aut *vniuerſitas rerum hominis*, e. g. *bibliotheca &c.* aut *quantitas*.



Gießen, Diss., 1781-92

ULB Halle 3
005 360 757



V D 18







1785

19
/

OBSERVATIONES SELECTAE
DE

INITIO RMINI PROBATORII

QVAS
CONSENTIENTE
STRI IVRECONSULTORVM ORDINE
PRAESIDE

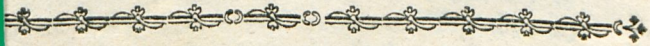
O. CHRISTOPH. KOCH
PATRE SVO VENERANDO

PRO
GRADV DOCTORIS

ET
SIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
CAPESSENDIS

D. 14 IANVARIJ C1785
P V B L I C O E X A M I N I
S V B M I T T I T

HENRICVS GVILIELMVS KOCH



G I E S S A E

apud IO. IACOB. BRAVN, Acad. Typogr.

