















1679.

1. Gubernus, Joh. Mauritius: *Triginta juris per Jussus, §Kvssis, Causas, rationes, loca parallelas, naturalia, et axiomata exposita.*
2. Gubernus, Johann Mauritius: *De probationibus in judicio appellacionis rite instituendis*
3. Gubernus, Johannes Mauritius: *De nobilitate*
4. Matthiae, Victorium W. Thelmer: *De constituto I. R. imperii utriusque juris.*
5. Meier, Johannes Henricus: *De protocollo judiciali.*
6. Reuring, Johannes: *De petitione renovacionis investiturae vulgo von der Lehens, Simung und Lehens-Matkung.*
7. Rivinus, Quintus Septimius: *Maritus heres mobilis secundum jura Saxoniae delineatus*



8. Lode, Johann Hermann, a., Jctus, perantiquae univers.  
statibus Erfordienfis rector ac facultatis juridicae  
ac laudem hodie, ut et collegii Severici decanus: omnia  
hinc academiæ nostrae proceribus, ac civibus  
jurisque tam publici, quam privati cultoribus s. p. d.

1678.

1. Bantz, Albertus Henricus: De stipulatione
2. Bruckner, Georgius Henricus: Disputatio ineq. juridica,  
continens partes duas, priorem, protheoriam juris et  
posteriorum illius specierum, posteriorem, theoriam  
pertinentium
3. Grestelius, Henricus Wilhelmus: De interpellationibus.
4. Lilien, Melchior Ludolphus: De rei vindicatione
5. Lipsius, David: Antipathia singularis sive de  
naturali sed mirabili cibi et potus fastidio, et de  
abstinentia disertata



6. Matthiae, Dieterici Wilhelmi: De honestis necessariis

7. Hendry, Joannes Bonifacius: De officiis juridis

8. Zippel, Henricus: De tessera collybitica vulgo  
a, b, c, d.  
vulgo Wechsel-Briefen.

1679.

1. Knoch, Joh. Rudericus: De actione confessoria et  
negatoria

2. Koenig, Johann Victor: De quiete juridica

3. Krent, Michael Henricus: De utriusque contractuum  
materia

4. Matthiae, Dieterici Wilhelmi: De inducitis moratoriis

5. Matthiae, Dieterici Wilhelmi: De Translatione evan-  
gelica

6. Pylschmidt, Karl Heub: De Advocatis eorumque  
officio in bene constituta republica vulgo  
necessarios



8

10

1

2

3

4

5.





*Pa. 17. num. 32.*

I. N. D. N. J. C.  
DISSERTATIO  
INAUGURALIS JURIDICA  
DE

**PROBATIONIBUS  
IN JUDICIO APPELLA-  
TIONIS RITE INSTITUENDIS**

EX LEGE IV.

*C. de Temporibus & Reparationibus Appellationum,*

QVAM

*DIVINA FAVENTE CLEMENTIA,*

CONSENSU

MAGNIFICI AC NOBILISSIMI ICTORUM ORDINIS  
IN ILLUSTRIS AD GERAM UNIVERSITATE ELECTORALI,  
PRÆSIDE

VIRO

NOBILISSIMO, CONSULTISSIMO ET EXCELLENTISSIMO,

**DN. JOHAN. MAURI-  
TIO GUDENO,**

JETO ET ANTECESSORE GELEBERRIMO, CONSILIARIO  
MOGUNTINO, JUDICII ELECTORALIS ET PRÆFECTU-

RÆ ERFURTENS. ASSESSORE GRAVISSIMO,

PRO

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS  
AC PRIVILEGIIS RITE CONSEQUENDIS,

Publico ac solemni subicitur examini

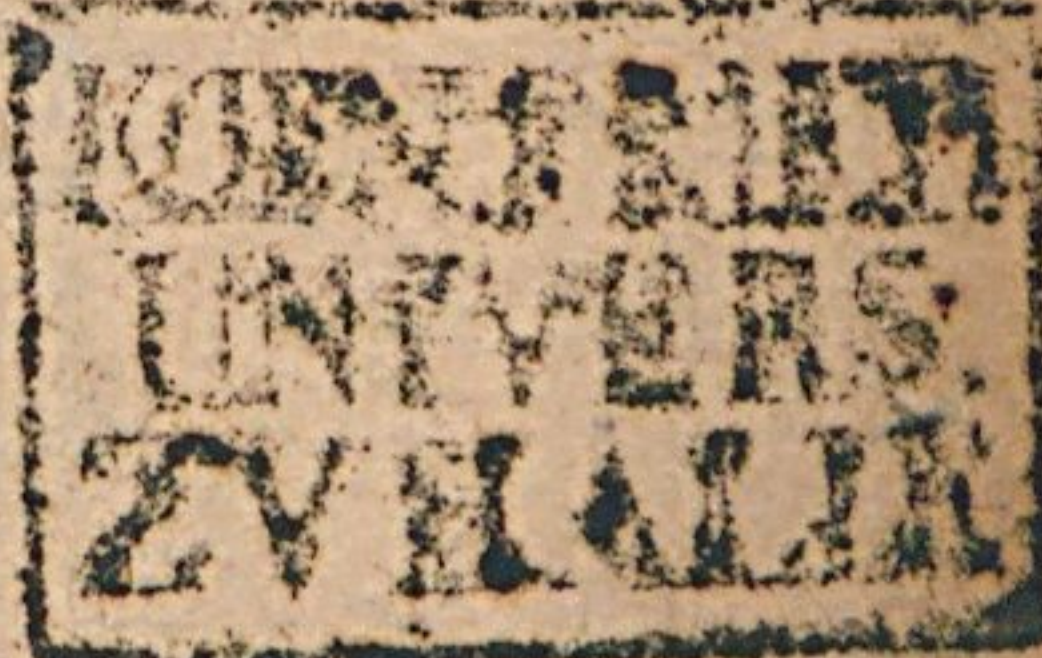
**GERHARDUS EVERS**

HILDESIENSIS,

In Auditorio Coelico,

*Ad diem 11. (21.) Jun. Anno M. DC. LXXVII.*

*Horis ante - & pomeridianis.*



ERFURTI, Typis KIRSCHIANIS.

*33.*

*P. 497.*

*1677, 2*

*2*

*33*





INSTITUTIONS JURIDICAE  
PROBATIONES  
IN IURISCONSULTIS  
HONORABILIS  
C. de personis  
D. de iur. iudic. l. 1.  
D. de iur. iudic. l. 2.  
D. de iur. iudic. l. 3.  
D. de iur. iudic. l. 4.  
D. de iur. iudic. l. 5.  
D. de iur. iudic. l. 6.  
D. de iur. iudic. l. 7.  
D. de iur. iudic. l. 8.  
D. de iur. iudic. l. 9.  
D. de iur. iudic. l. 10.  
D. de iur. iudic. l. 11.  
D. de iur. iudic. l. 12.  
D. de iur. iudic. l. 13.  
D. de iur. iudic. l. 14.  
D. de iur. iudic. l. 15.  
D. de iur. iudic. l. 16.  
D. de iur. iudic. l. 17.  
D. de iur. iudic. l. 18.  
D. de iur. iudic. l. 19.  
D. de iur. iudic. l. 20.  
D. de iur. iudic. l. 21.  
D. de iur. iudic. l. 22.  
D. de iur. iudic. l. 23.  
D. de iur. iudic. l. 24.  
D. de iur. iudic. l. 25.  
D. de iur. iudic. l. 26.  
D. de iur. iudic. l. 27.  
D. de iur. iudic. l. 28.  
D. de iur. iudic. l. 29.  
D. de iur. iudic. l. 30.  
D. de iur. iudic. l. 31.  
D. de iur. iudic. l. 32.  
D. de iur. iudic. l. 33.  
D. de iur. iudic. l. 34.  
D. de iur. iudic. l. 35.  
D. de iur. iudic. l. 36.  
D. de iur. iudic. l. 37.  
D. de iur. iudic. l. 38.  
D. de iur. iudic. l. 39.  
D. de iur. iudic. l. 40.  
D. de iur. iudic. l. 41.  
D. de iur. iudic. l. 42.  
D. de iur. iudic. l. 43.  
D. de iur. iudic. l. 44.  
D. de iur. iudic. l. 45.  
D. de iur. iudic. l. 46.  
D. de iur. iudic. l. 47.  
D. de iur. iudic. l. 48.  
D. de iur. iudic. l. 49.  
D. de iur. iudic. l. 50.  
D. de iur. iudic. l. 51.  
D. de iur. iudic. l. 52.  
D. de iur. iudic. l. 53.  
D. de iur. iudic. l. 54.  
D. de iur. iudic. l. 55.  
D. de iur. iudic. l. 56.  
D. de iur. iudic. l. 57.  
D. de iur. iudic. l. 58.  
D. de iur. iudic. l. 59.  
D. de iur. iudic. l. 60.  
D. de iur. iudic. l. 61.  
D. de iur. iudic. l. 62.  
D. de iur. iudic. l. 63.  
D. de iur. iudic. l. 64.  
D. de iur. iudic. l. 65.  
D. de iur. iudic. l. 66.  
D. de iur. iudic. l. 67.  
D. de iur. iudic. l. 68.  
D. de iur. iudic. l. 69.  
D. de iur. iudic. l. 70.  
D. de iur. iudic. l. 71.  
D. de iur. iudic. l. 72.  
D. de iur. iudic. l. 73.  
D. de iur. iudic. l. 74.  
D. de iur. iudic. l. 75.  
D. de iur. iudic. l. 76.  
D. de iur. iudic. l. 77.  
D. de iur. iudic. l. 78.  
D. de iur. iudic. l. 79.  
D. de iur. iudic. l. 80.  
D. de iur. iudic. l. 81.  
D. de iur. iudic. l. 82.  
D. de iur. iudic. l. 83.  
D. de iur. iudic. l. 84.  
D. de iur. iudic. l. 85.  
D. de iur. iudic. l. 86.  
D. de iur. iudic. l. 87.  
D. de iur. iudic. l. 88.  
D. de iur. iudic. l. 89.  
D. de iur. iudic. l. 90.  
D. de iur. iudic. l. 91.  
D. de iur. iudic. l. 92.  
D. de iur. iudic. l. 93.  
D. de iur. iudic. l. 94.  
D. de iur. iudic. l. 95.  
D. de iur. iudic. l. 96.  
D. de iur. iudic. l. 97.  
D. de iur. iudic. l. 98.  
D. de iur. iudic. l. 99.  
D. de iur. iudic. l. 100.

EX LIBRIS  
BIBLIOTHECAE  
UNIVERSITATIS  
SACHSEN-ANHALT

22







I. N. D. N. J. C.



Quando lex hominibus innata bonum amplexandum, malum contra fugiendum jubet; Et verò beatitudo civilis in hoc unicè consistere videtur, ut bonum, quò nomine venit & utile promoveantur, turpe & damna evitentur, vix legislatione humanâ opus in Republica videbatur: (per legem autem naturalem non modò principia universalia, *τὸ πρῶτον κατὰ φύσιν*, honestè vivere, neminem ledere, suum cuique tribuere, sed & quæ exinde necessariò deducuntur, intelligi volo.) Ast contrarium inde faciliè patet, quia multa, quæ naturâ sunt indifferentia, id est, nec mala per se, nec bona atque adeò nec prohibita, nec præcepta, præcipi, vel prohiberi utilitas Reipubl. flagitat. Post quam præceptionem res istiusmodi non amplius indifferentes, sed necessariae sunt, uti rem semper necessariam continet jus naturale. Quod inter jus naturale & civile discrimen eleganter expressit *Ludovicus Molina tom. 1. de Instit. & Jur. disput. 3. n. 2.* Obligatio, inquit, juris naturalis oritur à natura objecti, & sese diffundit in præceptum: contra, Obligatio juris Civilis oritur à præcepto & sese diffundit in objectum. Nimirum quæ juris naturæ sunt, quædam prohibita sunt, quia mala, non verò mala, quia prohibita: Et quædam præcepta, quia bona sunt, non verò talia, quia præcepta sunt. Quæ verò juris positivi, quædam mala sunt, quia prohibita, & bona, quia præcepta.

Ex quibus apparet, omnes omninò homines computatis Principibus & Terrarum Dominis, subiectos præceptis Divinis: Homines enim hîc quâ tales considerantur. Ast hâc ratione, nulla inter Principes & Plebejos est differentia, cum omnes sint

A

ho-



## De Probationibus

homines. Apparet item legem civilem non esse legem nisi respectivè ad subditos, in ordine verò ad præscribentem esse rem indifferentem. Si enim voluntas legem facit, Princeps autem vult, ut subditi pareant, non ipse præcipiens obligabitur. Deinde realiter differt præscribens ab iis, quibus præscribitur: Nemo autem à seipso realiter potest differre. Lex respicit utilitatem vel Reipubl. vel singulorum, quanquam non diffidendum, & tunc obediendum, si rationem præcepti, id est, utilitatem hanc videamus. Nec minùs tunc, si nulla præcepti sit utilitas, vel quia spe suâ legislator frustratur, vel quia simpliciter Princeps ita voluit. Quo casu lex sensu negante, id est, ideò rationalis dicitur, quia non est irrationalis, quod ad necessitatem parendi sufficere subditis debet. Quod autem *Robertus Maranta* habet jus asinum & sine ratione, item legem duram & injustam servandam esse, quia ita voluit legislator, probare non possumus, sed us durum nimis explodendum ducimus, *vid. dict. Maranta in spec. Aureo part. 3. n. 102. p. m. 163.* Hoc interim non negantes, sapiùs id, quod malum & injustum est, permitti: Item unum idemque à diversis legislatoribus justum & injustum putari, præcipi & prohiberi. Quo casu utrumque jus erit, ratio est, quia uterque vel præcipiendo, vel prohibendo aliquid boni intendit: nec in justitiam peccatur, si quod alius sub ratione & opinione mali prohibuerat, ab alio sub ratione boni præcipiatur, vel permittatur. In Appellationibus, ut alia nunc taceamus, occurrit exemplum. Hæ licet ipsæ per totum Imperium receptæ, si tamen de novis afferendis probationibus quærat, in secundâ instantiâ afferendis non ubique idem jus viget. Jus Canonicum sanè negat, item Saxonicum, *vid. Clement. ult. de Testibus.* item *Constit. Elect. Saxon. 21. p. 1. ibi: Das anderweit Beweifung durch Zeugen über die vorigen Articul/ derowegen in prima instantia Gezeugnis geführet / oder auch super articulis directò contrariis nicht zugelassen werden.* Ratio, quæ hanc non admissionem justificat, est metus subordinationis testium in secunda instantia, quam rationem constitutio Pontificia *in d. Clement.* exprimit. Doctores Sa-



## in secunda instantia.

Saxonici hanc prohibent, quia certus eò jure terminus probationibus est præscriptus, *Land. Recht lib. 2. art. 62. Const. Elect. 16. p. 1.* Rationis ratio, quia per illam Sanctionem lites, quas abbreviari Reipublicæ est, finiantur: Accedit, quòd, qui patitur præterlabi terminum, videatur juri suo, quod intra terminum illum exercere poterat, renunciare, *l. 1. §. quibus ff. de success. Edict.* ut sic nullo modo in Appellationis instantia ad jus probationis liceat redire. Attamen huic juri contrariatur *l. allegata 4. C. de Temporibus & Reparat. Appellat.* novas & deductiones & probationes in secunda instantia admittens, nec sine ratione; quoniam enim ex variis causis, qui non satis in prima instantia jus suum deduxit intentionemque probavit, excusatur, justitia autem cuilibet petenti administranda, quod fieri nondum probatâ intentione non potest. Idcirco probatio omninò etiam in Appellationis instantia admittenda fuit. Esto ergò, Saxonicum illud & Canonicum justum & æquum esse, non tamen dubitamus, id, quod Jure Cæsareo proditum & priori contrarium æquius esse. Id enim præcipue ab æquitate commendari meretur, quod hominibus lapsis subvenit, atque faum cuique tribuit, quicquid alii hinc de necessitate & utilitate abbreviationis litium differant. Etenim illa abbreviatio ita fieri debet, ne & alii inde damnum citra culpam suam sentiant. Legis hujus æquitate, & maximo, quem hodiè in terris Imperii habet, usu motus nonnulla de **NOVIS DEDUCTIONIBUS & PROBATIONIBUS IN SECUNDA INSTANTIA AFFERENDIS** pro Dissertatione Inaugurali in chartam conjicere placuit, ad cujus enodationem jam absque ulteriori verborum circuitione progredior.

### THESIS I.

**Q**uanquam Appellationis remedium, quod est saluberrimum, & defensionis species, quæ nemini negare debet, *l. 1. ff. de Appellat. Gail. 1. obs. 128. n. 1.* Unde nec statutò tolli potest; ad præsidium innocentiae alias institutum est, *c. cum speciali 61. §. Porro x. de Appellat. l. 17. ff. de Minor.*

A 2

Gail.



## De Probationibus

*Gail. d. l. n. 5.* nempe ut iniquitatem, vel imperitiam judicantium corrigat, & prioris sententiæ iniquitatem in melius reformet. In lege tamen nostra per divinam *4. C. de tempor. & Repar. Apellat. & Consultat.* conceditur appellatio non ab illato à judice gravamine, sed quando appellans sibi metipsi non probando nocuit, vel aliquid neglexit, fortè opinatus, se ex adductis in prima instantia victoriam reportaturum, vel si ignoravit, vel impeditus probare non potuit: Cùm enim ignorans defensionis suæ tela non semper possit dici negligens, nedum jus suum contemnere, aut ei velle renunciare, æquum erat & hoc casu ei subveniri. Et quemadmodum impedito agere non currit præscriptio, *l. 1. C. de Annal. Except.* ita eadem veritate hodiè dicimus, impedito probare & deducere jus suum tempus non præscribi, remotò impedimentò probandi. Perspicuum hoc est ex Sanctione Imperatoris divina, quâ licentia patet in exercendis consultationibus tam Appellatori, quàm adversæ parti, novis etiam assertionibus utendi, vel exceptionibus, quæ non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur & illis conjunctæ sunt, quæ apud anteriorem judicem noscuntur propositæ. Cui ex asse respondet Recessus Imperii Novissimus de Anno 1654. §. 73. ibi: Also daß in dieser Instanz nicht allein nach Lustweiß gemeiner beschriebenen Dialecten / was in priori instantia nicht vorkommen / oder deducirt worden / de novo zu deduciren und zu beweisen / sondern auch was in voriger Instanz albereit vorgebracht / ferner und besser zu beweisen verstatet werden solle &c.

### II.

Incumbit itaque ei, qui nova adducere & probare vult, ut in exercendis consultationibus, vel, ut *Ulpianus* loquitur in *l. 2. §. 3. ff. de Judiciis in exercendis provocationibus*, & *imperator Alexander Severus* in *l. 4. C. Mandat. in exercendis causis appellationum* spectare tempora Appellantibus aliàs præscripta. Vocantur Fatalia, & sunt triplicia: Interponendæ, Introducendæ & Prosequendæ (appellationis.) In duobus prioribus nihil dum potest probari, quippe quod ultimum sibi soli reservat; interim, si non benè observatis, ad hoc perveniri non potest. Fa-



## in secunda instantia.

Fatale interponendæ appellationis antiquitùs in causa propria, cujus scil. emolumentum & damnum Appellanti concernebat, biduum erat, *l. 1. §. 11. ff. Quando appelland.* in aliena vero triduum, *d. l. 1. §. 12. § seqq. ff. d. t.* Imperator Justinianus tandem indistinctè decendum seu decem dies constituit in *auth. hodie C. de appell. Nov. 23. c. 1.* quod & Jure Canonico receptum in *c. 15. x. de sentent. § re judic. c. 8. de appellat. in 6.* nisi gravamen fuerit continuum seu successivum, v. gr. incarceration, missio in possessionem, *conf. Gail. 1. observ. 139. n. 13. Carpzov. prax crim. p. 3. q. 139. n. 11.* quod tamen non indefinitè admittit *Bacchov. ad Tr. vol. 2. D. 33. th. 8. lit. d. verb. In gravamine successivo*; aliàs præcisè observandum, in tantum ut neque à iudice, neque à partibus, neque per compromissum prorogari possit, *Berlich. p. 1. conclus. 50 n. 105.* Currit hoc spatium naturaliter; nimirum de momento in momentum, à tempore sententiæ latæ; sive ea sit pura, sive conditionalis, *l. 1. §. 5. ff. b. t. auth. hodie C. de Appellat. Nov. 23. c. 1. C. biduum. 2. q. 6.* dummodo victus sciat, sententiam contra se promulgatam esse, alioquin currere incipit à die scientiæ, *l. 1. §. fin. ff. b. t. l. 3. C. de re judic. l. 4. C. de liber. caus. l. 3. quomodo § quando jud. c. 8. de appellat. in 6.* Est enim tempus appellandi ad aliquid utile, ut loquitur *Ulpianus* in *d. l. 1. §. 7. ff. b. t.* hoc est, ratione initii non currit ignorantibus; ratione progressus verò est continuum, *Gloss. in l. f. C. de tempor. in integr. restit. Bacchov. ad Treutl. vol. 3. D. 33. th. fin. lit. a. b. § c.*

### III.

Fatale introducendæ appellationis ex diversitate iudiciorum, locorum & causarum in Jure nostro diversimodè variatur, uti videre est ex *l. 1. 2. § fin. C. de tempor. § repar. appell.* hinc *Wesensbec. tit. quando appell. n. 5.* iudicis à quo arbitrio relictum illud esse arbitratur. Consentit *Carpzov. in process. tit. 18. artic. 4. n. 19. § seqq.* In Camera Spirensi hoc fatale absolvitur sex mensibus, quorum singuli triginta dies complectuntur, *Ord. Cameral. part. 2. tit. 30. Gail. 1. obs. 140.* estque vel Legis, vel Hominis.

A 3

Ho-



## De Probationibus

Hominis est, quod iudex inferior pro arbitrio habitâ ratione causarum ad introducendam appellationem constituit, unumve, aut duos, aut tres, ad maximum sex menses præfigit Appellanti, quos si negligit, Appellatio pro deserta habetur, *Ordin. Camer. d. l. & Gail. d. l. n. 3.* Legis, quod & Legitimum vocant, est sex mensium, quos Recessus Novissimus ita approbavit, ut intra quatuor menses priores processus appellationis petantur, parti que adversæ sub pœna desertionis infinuentur, reliqui vero duo ejus comparationi, reproductioni & defensioni adserventur, §. *So dann 67. G. B. 1657. d. 28. Jan. §. Sollen die Procuratores.* Et hoc Fatale non solum à iudice Appellationis legitimas ob causas petentibus, *Reichs Abschied 1654. §. So dann sol sich 67.* sed etiam ex compromisso, vel perfecto partium consensu prorogari potest. *Gail. d. obs. 140. n. 8. Röding. p. 360. § 63. ibique ab eo allegatus Gylmannus tom. 1. part. 2. tit. 17. vot. 3. n. 3.*

Ultimum Fatale Appellationis justificandæ sive proseguendæ est spatium unius anni, *l. fin. §. f. §. authent. ei qui. C. de tempor. §. repar. appell. Nov. 93. in præfat. non à die introductæ, sed interpositæ appellationis computandi, Clem. 3. de Appellat.* Ex legitima verò causa biennium, quod tamen in Camera ob causarum multitudinem non attenditur, quia Consistoria Summi Principis, ut & Judicia suprema, quale est Camera, ad horum Fatalium observationem non ligantur, *Gail. 1. obs. 141 n. 3. 7. § 8.* Ad ultimum hoc phrasis *in exercendis consultationibus* referenda, ad quod etiam probationes, de quibus lex agit, spectant, cum eæ, uti jam dictum, in duobus prioribus institui minimè queant.

### IV.

Hæc omnia itaque ii, qui ab inferiore iudice ad superiorem gradatim rite que querelam instituere, adeoque in prima instantia prætermissa, vel non satis discussa uberius proponere, probare, & non deducta deducere volunt, observare tenentur; citra discrimen, an appellent ab interlocutoria, an à definitiva, neque refert actor sit, an reus, qui provocat: In Appellationis enim causa Actor & Reus est is, qui fuit in prima instantia, *Rosb. Prax. Civ. tit.*



in prima instantia.

10. n. 2. Estque Appellatio non nova quædam actio, propter quam personarum respectus mutatur, sed est saltem imploratio officii atque auxilii Judicis Superioris, ut is sententiam injustè latam, partim ex actis prioris instantiæ, partim ex novis allegationibus (si produci possunt) reformet. Videri equidem posset, J.C. Paul. l. 29. ff. de Judiciis nobis obstare, ubi inquit: *Qui appellat prior, agit.* Verùm intelligendus est de tribus mixtis judiciis; etenim de hisce *Cajus l. 13. ff. eod.* paulò ante quæsierat, uter nempe ibi sit Actor, uter Reus? Responderatq; cum videri actiorem, qui ad iudicium provocasset. Ubi tò provocare in sensu latiori idem est, quod *Paulo appellare, C. I. A. l. 49. T. 1. tb. 3. n. 5.* seu aliquem in iudicio convenire, vel iudicem adire primæ instantiæ experiundi causâ. Hocque sensu usus est *Ulpianus in l. 1. §. 3. ff. Ex quibus caus. Major. & Julianus in l. 16. §. 6. ff. de Fidejussor.* neque alicui scrupulum movere debet, quòd hinc Imperator adversam partem appellatori opponit, quasi eò ipsò confirmaret id, quod jam refutavimus: Appellationis enim vocabulum generale est & commune tam Actori, quam Reo: Finge Actorem appellasse, crit is Appellator, Reus verò adversa pars: Finge Reum à sententiâ appellasse, & crit Reus appellator, Actor verò pars adversa.

V.

Porro juxta dispositionem *Recessus Novissimi de Anno 1654. §. 73.* requiritur, ut adducturi novas probationes juramentum præstent: Verba *Recessus* sunt hæc: *Jedoch mit dieser Maaß und Bescheidenheit/ daß der Appellant bey Einführung des Proceß, davon hieroben Erwèhnung geschehen/ sich zum Eyd erbieten/ und denselben dergestalt zu leisten für allen Dingen schuldig seyn solle/ daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz niche Wissenschaft gehabt/ oder solches dergestalt nicht einbringen können/ oder einzubringen nicht vor dienlich/ oder nöthig geachtet/ nunwehro aber dafür halte/ daß solches alles zu Erhaltunge seines Rechts dienlich und nöthig seye. Gleiche Meynung hat hat es mit dem Appellaten/ wann derselbe in zweyter Instanz was*  
nettes



## De Probationibus

neues fürbringen wolte; & §. 118. Zumahlen aber iederzeit. ibi: Dabenebens auch beyden so wol *Principalen*/ als *Advocaten*/ in dem *Appellation-Eyd*/ diese versicherte *Clausul* eingerückt/ und der *Appellant*, des *Fugs* oder *Unfugs* *Rechtens*/ dahin erinnert werden/ daß er von seinem neuen Einbringen *novorum deducendorum*, so ihme bereits bey Ablegung des *Eyds* vorkommen/ oder in *Vollführung* der *Appellation* vorkommen möchten/ in erster *Instanz* keine *Wissens* schafft gehabt/ oder dieselben *damahlen* einzubringen nicht vermocht/ oder für *undienlich* und *unnötig* geachtet/ nunmehr aber *darvor* halte/ daß die ihme zu *Erhaltung* *Rechtens* dienlich sey 2c.

### VI.

Quærenti itaque, quodnam h. l. intelligatur Juramentum? respondemus, Juramentum appellationis novorum deducendorum; Cujus formula cum juramento calumniæ de non frivole appellando eadem est, nisi quod in nostro clausula de novis non frivole deducendis adjicitur: Et præstant hoc 1. Principales, quotquot eorum sunt. 2. Advocati, die zur *Appellation* gerathen und darinnen proponiret haben. 3. Advocati in defensione causæ substituti, d. §. Zumahlen. *Röding*. p. 339. Præstat in judicio à quo, vel in Camera. In judicio à quo, si Appellantes admittuntur, vel in persona, vel per procuratores, si Comites, vel Barones sint, §. Auch zum sechsten 117. Si non admittuntur, documentum factæ oblationis petunt: si hoc denegatur, Instrumentum factæ oblationis per Notarium & testes in Camera producant, cum petitione, ut ibi admittantur. In Camera autem quamplurimum per procuratores præstat, (rarò in persona,) in primo termino producentes speciale Mandatum ad jurandum, poenâ desertionis statutâ, si negligens principalis fuerit, d. §. 118. *G. Bescheid* 1659. §. Ferner drittens. si verò Advocatus, unius marcæ auri, *Gem. Besch.* 1657. den 28. Jan. §. Damit auch 7. Jurant autem Procuratores etiam parte adversâ non postulante, non aliter, quàm in Dominorum animas, cum aliâs tam in causis simplicis querelæ, quàm Appellationum juramentum calumniæ adversâ parte id exigente, aut judice jubente tam in Dominorum, quàm suas



in secunda instantia.

Quas animas indifferentes præstare teneantur. *G. Bescheid 1657.*  
28. Jan. §. Die Juramenta. 1. Röd. p. 743. & seqq.

VII.

Est autem hoc juramentum præcisè à litigantibus præstan-  
dum, *sinds vor allen Dingen zu leisten schuldig /* uti loquitur di-  
ctus Recept. Sæpissimè enim illi monente *Gail. 1. obs. 128. n. 2.*  
beneficio appellationis pessimè ad calumniam abutuntur, ut ad-  
versarium multis sumtibus diu multumque vexent, litesque in-  
finitum protrahant: Præstito autem hoc juramento ea omnia  
coërcentur, pejerandi que via præcluditur, ne fiant obnoxii Deo,  
cujus præsentiam contemnunt, judici, quem mentiendo fallunt,  
denique innocenti, quem falso testimonio lædunt, secundum *Au-*  
*gustin. c. 1. x. de Crim. Fals.* Unde facilè patet, juramentum hoc perti-  
nere ad formam substantialem totius rei, cujus omissione totus a-  
ctus vitiatur: Certum enim est, quotiescunq; aliquid disponitur ser-  
vandam pro forma, additurque faciendi necessitas, eò ipsò for-  
mam substantialem actus induci; Id quod Imperator & Status  
hîc quoque fecerunt. Tria autem potissimum jurare tenentur,  
tam Actor, quam Reus (est enim Appellationis beneficium com-  
mune tam appellanti, quam appellato, *Myns. 2. Obs. 21.*)

VIII.

Et I. quidem, *Daß er seines angegebenen neuen An- und Vor-*  
*bringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt.* Equissima  
enim causa præstandi juramenti est ignorantia, utpote quæ in  
animo consistit, neque melius, quam sacramento probari potest,  
*Carpzov. Jur. For. part. 1. c. 22. def. 6. Gail. 2. obs. 48.* Talis  
autem ignorantia hîc accipienda, quæ neque curiosissimi, neque  
negligentissimi hominis est, verum ejus, qui eam rem diligenter  
inquirendo, notam tamen habere non potuit, *l. 9. §. 2. ff. de jur.*  
*& fact. ignor.* Unde meritò crassa ignorantia & nimia securita-  
te laborans litigator legis hujus favore indignum sese præbet:  
Non enim stultis, inquit *Paulus* *l. 9. §. 5. d. t.* sed erranti-  
bus solere succurri, aliàs melioris illi conditionis essent, quam  
periti, *l. 4. ff. quod vi, aut clam.* Ut taceam de dolo, qui hîc per

B

affe-



## De Probationibus

affectatae justitiae simulacrum alteri obesse facillimè potest, contra Juris nostri apertissima fundamenta, quae non concedunt, ut malitia alicui sit lucrosa, vel simplicitas, id est, candor, damnosa, l. 1. ff. de dol. c. 15. c. 23. x. de Rescript.

IX.

II. Oder solches darahnen nicht einbringen können. Impeditus fortassis vel ab ipso judice, qui eum ad probandum non admittit, vel quod ipsi terminus probatorius absque sua tamen culpa præterlapsus est, aliàs non ignorans illud jus, quod ipsi in prima instantia adhuc erat opponendum: Secus si ipse fuisset impediementi sui causa, eamque remove, vel rem per Procuratorem agere potuisset, tum sibi imputare debet, si eum judex postea repellit. Is enim nullo modo impeditus dici potest, qui facile obstacula remove potest: non enim negligentibus, sed necessitate rerum impeditis subvenitur, inquit *Jctus Paulus l. 16. ff. Ex quib. caus. Majores.*

X.

III. Oder einzubringen nicht für dienlich oder nötig geachtet / nunmehr aber dafür halte / daß solches alles zu Erhaltung seines Rechts dienlich und notwendig seye. Nimirum se non ideò appellasse, quòd de iniquitate, vel imperitia *Judicis à quo* conqueratur, sed potius, quòd putet sententiam bene esse latam, nisi ipse haberet quasdam probationes, quas, justissimà causa nixus, antea prolata vel impertinentes, vel non necessarias ratus, nunc omninò ad sententiam meliorem obtinendam proponendas esse censeret. Deinde ex iisdem colligitur verbis, non sufficere, si partes dicant, se non existimasse, id, quod jam probare volunt, in prima instantia sibi aliquid profuturum, sed insuper requiri, juramentò affirmant, illud jus impofterum sibi profuturum. Proinde necessariò, si æquiores elicere sententiam velint, esse proponendum: Certò enim certius est, impertinentia in processu nullo modo esse admittenda, ne vitietur processus, aut lites fiant immortales, l. 13. §. 2. ff. de jure jur. Gail. 1. observ. 81. n. 3.

XI. De-



in secunda instantia.

XI.

Denique & hoc observandum, quod hinc duo illa verba, *diensich und nötig* bene copulentur, usque innuatur, non omne, quod convenit, statim etiam esse necesse.

Si quis igitur in secunda instantia jus suum deducere velit, quod in prima, ex prædictis causis non opposuit conjunctimque jurat, uti jam dictum, omni ratione ad probandum admitti debet. Cum enim urgeat nunc ipsum necessitas, hæc autem non habeat leges, imò Jus Civile vincat, & Canones sibi subjiciat, licitumque facit, quod alias de jure non est licitum, *Barbos. Locupl. v. Necessitas Ax. 16.* quæ esset invidia ipsum audire nolle? Maximè cum præsumtionem juris pro se militantem habeat, quæ non arbitratur *quempiam divini timoris ita contemptorem & jurisjurandi immemorem esse, ut saluti propriae ullum commodum anteponat, l. fin. C. ad L. Jul. repetund.* Dicere equidem aliquis posset; se cum Cajo non diffiteri, *Maximum remedium expediendarum litium, esse jurisjurandi religionem, l. 1. ff. de Jurejur.* aut longè verius esse *Ulpiani effectum, l. 8. ff. de Condit. Instit. Faciles esse homines ad jurandum contemptu religionis.* Sed & hoc Imperator & Status Imperii quoque deprehenderunt, ideoque statuerunt, ut, si quis non ex necessitate, sed temeritate ad retardandam executionem latæ sententiæ, vel quo partem adversam ad incitas & desertionem causæ, vel transactionem improbam adigat, vel ut bonis possessis interim diutius uti frui possit, appellasse deprehensus fuerit, ut non tantum in expensas, sed etiam pro qualitate causæ ex arbitrio judicis, vel duabus, vel tribus, aut pluribus usque ad viginti, marcis auri, vel etiam in corpore puniatur. *Recess. Imp. de Anno 1654. §. 119. & 120.* Cæterum hinc animadvertendum in causis appellationum, à Commissariis Austregarum idem obtinere, quod jam diximus. *Ord. Camer. part. 2. tit. 6.*

XII.

Præstito itaque eo, quò dictum est, modo iuramento, proponuntur novæ assertiones, *Das neue An- und Vorbringen / davon der Appellant in erster Instanz keine Wissenschaft gehabt / uti loquitur*



## De Probationibus

fæpiùs allegatus Recessus dicto §. 73. vel novæ probationes ; assertionis enim vocabulum in genere indigitat probationem, dictum ab asserendo, quod est probare, l. un. Cod. ut causa post pubertat. adsit Tutor. & quidem si actor est, qui appellavit replicationem intelligimus. Est autem Replicatio exceptionis exclusio adversus reum à parte actoris veniens, l. 2. §. 1. ff. de Exceptionib. Rosb. Proc. Civ. Tit. 44. n. 1. seu est exceptionis quasi exceptio, l. 22. §. 1. d. t. Ortum d. assertiones suam trahunt ex facto & factorum diversitate, sive ex pluribus factis numero differentibus, vel sanè ex diversis circumstantiis, quatenus illa facta jus variant. Aliud enim jus alii facto applicandum, sive aliud factum alio jure æstimandum: non enim omne jus omni facto regula esse potest; sed habet quodvis factum suam Regulam Juris, ex qua judicetur. Unde jus dicitur positum in causa, l. 52. §. 2. ff. ad L. Aquil. ut ex re constituendum sit, quidnam judicari oporteat, l. 1. §. 3. ff. ad L. Jul. de Sicariis. Quemadmodum autem Reus non tenetur probare suam exceptionem, antequam actor fundaverit suam intentionem, ita contra actor non tenetur probare suam replicationem, antequam Reus probaverit suam exceptionem, Rosb. Prax. Civ. Tit. 44. n. 12.

### XIII.

Sin autem Reus appellavit, utitur is novis exceptionibus. Exceptio Ulpiano est quasi quædam exclusio, quæ opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est, l. 2. ff. de Except. vel secundum Theophilum est Exceptio quædam judicialis allegatio, reo competens adversus actionem, quæ Jure Civili quidem efficax est, sed natura iniquas vires habet. Cum autem Exceptionum præcipua ab effectu divisio est, quod aliæ Dilatoriae & Temporales sint, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt, §. 10. Instit. de Except. aliæ perpetuæ & peremptoriæ, quæ actionem in totum tollunt, sive quæ semper agentibus obstant, & rem, de qua agitur, perimunt, §. 9. Inst. d. t. Quæstionis est, utra intelligantur? De his enim lex nostra distinctè nihil proponit. Sed cum



in secunda instantia.

cum constet Appellationem reducere causam in eum statum, in quo erat causa principalis post litis contestationem, *l. 13. C. de Procuratorib. Gail. 1. obs. 144. n. 1.* & esse ejusdem non diversae causae ad superiorem judicem provocationem & delationem, *Rosb. Prax. Civ. Tit. 73. n. 38. Brunnem. ad h. l. facile apparet,* peremptorias & perpetuas hic tantum esse intelligendas. Haec enim si altiore quaestione & indaginem requirunt, regulariter post litis contestationem proponendae & probandae, *l. 9. C. de Except. Gail. 1. obs. 74. n. 13.* quia respiciunt merita causae, quae ante litis contestationem disputari non possunt: Quamvis enim citatio sit principium instituendarum litium, *vid. Locamer. & Giphon. ad §. fin. Instit. de poena temerè litigant.* tamen litis contestatio est verè fundamentum & substantia litis, utpote per quam demum propriè dicatur incipere & subsistere, *Gail. Observ. 74. n. 1. Rosb. Pr. Civ. Tit. 49. n. 1.* Hinc in Camera Imper. in omnibus causis tam simplicis querelae, quam appellationis, tam interlocutoriae, quam definitivae, ad ipsam devolutis, lis necessariò est contestanda, *Blum. Proc. Cam. Tit. 71. n. 13. Rosb. d. l. n. 5. Myns. 1. obs. 1. & 3. obs. 74. n. 1. 2. 3. 4.* Unde nec partium consensu, neque judicis autoritate omitti potest, sed omissa, vitiat processum & sententiam latam reddit ipsò jure nullam. Idque justissimam habet rationem: Judex enim de nulla alia re pronunciare debet, quam de qua cognovit, *l. 74. ff. de Judiciis. c. 2. c. fin. §. in aliis fin. x. ut lite non contestata. §. c. un. x. de litis contest.* At verò quomodo cognoscet, dum nemo adhuc vel affirmativè, vel negativè litem contestatus est, & per consequens neque reverà actor, neque reus existit; Imò ne judex quidem, quia deest principale negotium, propter quod adiri solent iudices, ut iudicium suum interponant per sententiam. Sequitur ergò omnes dilatorias exceptiones hac in lege excludi, utpote quas ante litem contestatam opponi necesse est, *l. 9. §. pen. C. de Except. l. 19. C. de Probat. Carpzov. Jur. For. part. 1. c. 21. d. 10.* quae si in prima instantia praetermissae fuerunt, in appellatione non admittuntur. Econtra Exceptiones Peremptorias, quae post litem demum contestatam proponi de-



## De Probationibus

bent, hoc beneficio gaudere, ut, quæ in priori instantia prætermiſſæ fuerunt, in appellationis instantia de novo possint proponi.

XV.

An ergò, inquis, nullæ Exceptiones Dilatoriæ & Temporales, si earum novas litigator opponere & probare velit, merentur recipi post L. C. adeoque & in secunda instantia? Sunt, quæ merentur & à Regula excipiuntur: (1.) quæ post litem demùm contestatam competere incipiunt ex factò adversarii, c. *pastoralis x. de Except. v. g. exceptio spoli, vel respectu judicis, v. g. exceptio recusationis judicis, Zang. de Except. p. 2. c. 21. n. 7. Carpzov. in Proc. Judic. tit. 9. art. 6. n. 26.* (2.) quæ post litem contestationem ad notitiam rei pervenerunt, d. c. *Pastoralis. modo reus juret, Exceptionem ante litem contestatam ei fuisse incognitam, d. c. Carpz. p. 1. c. 11. d. 10. n. 4. § seqq.* (3.) Quæ gravamen successivum habent, v. g. Exceptio loci non tuti, vel suspecti, *Gail. 1. obs. 52. n. 3. Zanger. p. 2. c. 22. n. 10. item exceptio termini angusti, Feriarum, Carpz. part. 1. c. 3. d. 22. n. 1. § 2.* (4.) quæ judicium reddunt retrò nullum, ut est falsi procuratoris, item judicem esse furiosum, vel impubere, tutorem & curatorem nulliter esse datum, *Zang. d. c. 21. n. 8. add. Gail. 1. obs. 47. n. 2. & 2. obs. 107. n. 4.* (5.) Si tertius interveniat, cui etiam post litem contestatam exceptiones ejusmodi allegare permissum est, *Zang. d. c. 21. n. 2.* Et generaliter quoties Dilatoriæ Exceptiones sunt intentionis & rei petitiæ, & ita videntur ad merita causæ pertinere, post litem contestatam opponi possunt, ideoque in judicium deductæ judicis facultatem cognoscendi judicandique largiuntur. *l. un. C. de lit. contestat. l. 25. §. 8. ff. de Edil. Edict. l. 18. ff. Comm. Divid.* Cùm igitur hæ & similes exceptiones post litem contestatam opponi queant. Confer *C. 1. A. de Except. tb. 11. n. 8. Rosb. Pr. Civ. Tit. 40. n. 7. Sc. & Struv. exercit. 46. tb. 7.* sequitur etiam in appellationis instantia judicem non tantùm super iis, verùm etiam novis judicium suum interponere posse, partibusque permittere, ut eas proponant probentque. Ubi enim eadem est ratio, ibi etiam mens legis cum ratione convenit, *l. 47. ff. solut. matrim. ubi autem mens*

mens



in secunda instantia.

mens legis cum ratione convenit, ibi necessario idem jus statuendum. Porro quemadmodum in prima instantia, ita & hic postmodum duplicatur, triplicatur concluditurque & ad probationem in negotiis proceditur.

XV.

Cæterum an ea, de quibus hætenus dictum, hodiè adhuc in Camera Imperiali obtineant, dubium alicui videri posset. Ita enim legitur in *Recessu Novissimo de Anno 1654. §. 37. ibi: So soll der Citirte und Beklagte ebenmäßig in primo hoc Termine erscheinen/ (und weilten er sich aus der Ladung und beygefügttem Libello, auch einverleibten Verhalt der Action auf die Sache unter wärendem Erscheinungs-Termin genugsam bedencken/auch seinem Anwalt Bericht und Handlung zustellen können / ) in diesem Termin auf die Klagen mit hinfüriger Verwerff- und Abschneidung des Weges der Peremptorialien/ Elisiv. Additional und anderer waserley Articulen/ nur allein die Probatorialien ausgenommen/ kurz/ nervosè und deutlich / auch unterschiedlich und klar / ob und worinn das Factum anders/ als vom Kläger vorbracht/ und wie es sich eigentlich verhalte/ specificè und auf jeden Puncten mit allen seinen Umständen anzeigen/ wie / auch was er dabey dilatorie & peremptorie einzutwenden haben möchte/ alles auf einmahl bey Straffe der Præclusion, einzubringen/ und nicht weniger/ wann die Probatoria selbst mitinsinuirrt weren / auf dieselbe mit seiner Nothdurfft gleichfalls verfahren / und solches in Krafft des im Jahr 1570. in unser und des Heiligen Reichs Stadt Speyer aufgerichteten Abschieds §. Darnoch sollen die gewöhnliche re. ohngeacht/ was in dem Anno 1594. nachgefolgtem Reichs-Recess §. Wiewol nun solche re. daran geändert und renoviret seyn möchte / doch hievon die Declinatorien Fori, wie hernach §. Und hat der Beklagte re. zu sehen/ausgescheiden. Ex quibus videre est, Imperatorem & Status Imperii jus nostri Codicis voluisse mutare, præcipiunt enim omnes exceptiones dilatorias, sive sint fori declinatoriæ, sive judicii dilatoriæ; itemque Peremptorias, sive facti, sive juris sint, omnes simul uno termino sub pœna præclusionis esse proponendas. Verum enim verò quia correctio  
Juris*



## De Probationibus

Juris facta præsumi non debet, l. 27. C. de Testam. neque etiam intelligitur prior aliqua lex mutata per novam, nisi expresse & nominatim illud significetur. l. 32. §. ult. C. de Appel. c. 2. de const. in 6. Insuper non est credendum, Imperatorem Statusque Imperii, qui Jura tuentur, unico verbo totam observationem Exceptionum multis vigiliis excogitatam atque inventam evertere voluisse, l. 35. C. de Inoff. Testam. Ideoque facillimo negotio tota dubitatio tolli potest, si vocem Peremptorie in dicto §. non de peremptoriis exceptionibus eventualiter sed de in vim dilatoriarum proponendis cum Blum. Proc. Cam. Tit. 76. n. 53. intelligamus.

### XVI.

Huncque sensum esse maximè convenientem mentibus Imperatoris Statuumque, patet non solum aus dem Abschied des Deputations-Tag zu Speyer Anno 1600. §. 121. ibi: Es sind in den Gravaminibus Appellationum offerirahls nicht wenig Zweifel und Obscuritäten fürgefallen/ in dem man sich nicht resolviren können/ ob dieselbe ferner zu betweisen/ zuzulassen/ oder nicht/ und darinn gemeinlich generaliter herdurch gangen/ und fast allein prior Libellus de verbo ad verbum repetiret worden/ damit also der Richter/ mit überflüssiger Besichtigung der Acten beschweret wird; ob nun gleichwol Uns und den Ständen etliche Bedencken eröffnet worden/ wie solchem vorzukommen/ jedoch dieweil schwerlich eine Gewißheit darinn zu treffen/ wollen wir es bey der Ordnung/ als dem gemeinen Rechten/ und dem üblichen Stylo gemäß/ endlich verbleiben und betwenden lassen/ dannerhero auch der Anno 93. am 13. Decembr. eröffnete gemeine Bescheid htemit endlich aufgehoben und cassiret seyn soll. Verum etiam ex citato §. 78. ibi: Nach Ausweis gemein beschriebener Rechten/ Recessus Novissimi: ubi semet ipsos ad Jura Communia referunt eorumque vestigiis quoad oppositionem & probationem exceptionum peremptorialium accuratè se instituisse ingenuè fatentur.

Sed quid sentiendum de Jure Saxonum, quod etiam omnes exceptiones tam dilatorias, quàm peremptorias primo termino vult opponi? in Ordinat. Process. tit. 11. §. Was aber re. & s. f. Planè



in secunda instantia.

Planè nec hoc adeò strictum est, ut non admittat exceptionem. Quid enim si post litem contestatam novæ quædam subortæ fuerint peremptoriæ exceptiones? Quid si ad notitiam rei primùm pervenerint, hicq; juramento id probare potest? Illas sanè non tantùm post primum terminum, verùm etiam post sententiam opponere licere docet *Blum. Proc. Cam. Tit. 69. n. 67. jung. Carpzov. Proc. Judic. tit. 9. articul. 7. n. 15. & seqq.*

Omnes autem hæc Exceptiones, de quibus hætenus dictum secundum *leg. nostr.* ita debent esse comparatæ, ut non pertineant ad novum capitulum, sed ex illis ortæ & illis conjunctæ sunt, quæ apud anteriorem judicem noscuntur propositæ. Cui non absimile est, quod proponit *Ord. Cam. part. 3. tot. tit. 33. §. 3. ibi: Doch daß die neue Articul, Der Klage in erster Instanz eingebracht gemäß/ und aus denselben gezogen sein / und nicht auf andere Klage oder Sachen/ darumb nicht geklaget/ gestellet werden.* Scilicet hæc constitutio favorabilis ultra limites extendi non vult. Eatenus enim prodest, quatenus novæ probationes ex causa coram judice prioris instantiæ agitata ortæ, eique conjunctæ sunt, cùm judex Appellationis de alio cognoscere nequeat, quàm quod per Appellationem ad eum fuerit devolutum: Id quod etiam ipsi naturæ Appellationis maximè est conveniens; Quemadmodum enim non licet actionem post litem contestatam mutare, *Rosb. Prax. Civ. Tit. 73. n. 39.* Ita nec actio, vel exceptio, quæ planè diversa & aliena est à causa, de qua in prima instantia actum fuit, in appellatione deinceps proponi potest.

XIX.

Quid autem per novum capitulum intelligatur, de hoc Doctores mirè variant variasque opiniones recensent. Sunt, qui volunt, novum capitulum esse, quando post sententiam jus aliquod novum est acquisitum. Alii, quando res nova ab antiqua separata petitur: Alii denique, quando in Appellationis causa mutantur actio & Exceptio. Quæ ergò ex his recipienda? Omnes fortè dixeris neque immeritò: Quod enim primam attinet, jus novum facit novam actionem, nec is, qui succubuit, habet

C

bet



## De Probationibus

bet gravamen, quandoquidem sententia justa, neque aliquid à judice per imperitiam, nec à parte per ignorantiam, vel negligentiam omiffum. Quare sententia secundum ea, quæ proposita in prima instantia sunt & proponi potuerunt, corrigi à judice superiori non potest. Neque secundum id, quod noviter emerfit, siquidem tunc non tam corrigeretur, quàm nova sententia ferretur. Quidam hic interesse putant, an causa, ex qua actio nova quæsitâ, possit retrahi, nec ne: ut hoc casu capitulum novum, illo verò non item adeoque admittendum. Exemplum ponunt hoc: Titius dedit Mævio pro pecunia mutuò data pignori scyphos argenteos, antequam autem Mævio pecuniam solvit, convenit eum coram judice actione pignoratitiâ. Jam certum est, Titio hanc actionem non competere pecuniâ nondum solutâ, l. 9. §. 3. ff. de pignor. Act. ideoque judex Mævium ab intentata actione per sententiam liberat, quoniam autem Titius Mævio pecuniam interim solverat, appellat, & exceptionem solutæ pecuniæ opponit, petitque sententiam reformari, atque Mævium juxta formulam institutæ actionis eò per sententiam adigere, ut pignus reddat. Cùm igitur, inquirunt, hæc actoris exceptio fundamentum sit institutæ antea inutiliter actionis atque sic retrahi possit, ut actus primùm claudicans nunc firmò stet pede, novum capitulum dicendum non est. Alterum priori contrarium ita habet: Cajus vendidit Sejo fundum, is institutâ actione filium Seji interpellat, ut solvat patris debitum: Ille excipit se injustè conveniri, cùm non ipse, sed pater ejus hoc debitum contraxerit: Absolvitur ergò, Moriente interim parente, atque aditâ à filio hæreditate, Cajus appellat, & probat in judicio appellationis, filium Seji jam debitorem ejus esse, proindeque petit priorem sententiam reformari: Jam quæritur, an provocationi deferendum, & respondent, quòd non, quia ad priorem instantiam causa hæc nullo modo retrahi potest. Nullo enim tempore, neque jure ante patris obitum à filio peti poterat. Est itaque novum planè capitulum, quod appellationis judex non debet admittere; benè tamen simplex querela instituitur.

XX. Ve-



in secunda instantia.

XX.

Verum enim verò non adparet illa, quam Doctores astruunt, differentia: Etenim in posteriori casu causam non admittendæ in secunda instantia probationis ponunt, quod conventus, quippe antea nondum hæres, non fuerit obligatus, qui tamen defensus & in priori casu, si fingatur debitum nondum solutum, subest. Neque *Ulpian. in l. 9. §. fin. ff. de pignor. act.* eidem quicquam suffragatur. Loquitur enim de alio planè casu: Oportet ergò jus noviter allegatum jam ante subfuisse, si victus suâ allegatione coram iudice Appellationis, quâ tali, audiri sententiam quæ ab eodem emendari velit. Cujus rei exemplum habebis, si casum priorem paulò aliter formaveris. Finge: Titius debitor convenit Sempronium, cui catenam auream pignori dederat, actione pignoratitiâ. Cum verò solutionem probare non potuerit, absolvitur reus. Post compertò solutionem à Cajo factam esse, appellando impugnat sententiam absolutoriam, eamque in condemnatoriam converti & reformari petit. Ubi sanè appellationi deferendum erit, siquidem novum capitulum non, sed tale est, quod retrahere potest. Diximus superius novò post sententiam orto jure novam dari actionem: sed huic videtur obviare, quod dicitur sententiam ex albo nigrum, ex justo injustum & contraria facere, unde non nemo colligeret, actorem in primo casu teneri soluto jam debito, ad superiorem interdecendum appellare, nisi velit re suâ carere. Verum non est, quòd hinc rem judicatam metuat; Etenim sententia nititur non factâ solutione, quæ postmodum facta aliam postulat, quæ & ipsa ab eodem iudice ferri potest, imò secundum rationem Juris debet. Cæterum si hinc res judicata metuenda, metus non minùs in altero casu subesset.

XXI.

Parili modo alii circa reliquas duas opiniones distingvendum & neutram simpliciter admittendam censent. A quibus tamen, si præsertim exempla eorum, quibus dicta illustrare laborant, intueamur, divortium facere minùs dubitamus, simpliciter asserentes, quotiescunque alia res vel aliâ actione quid petitur, novum capi-



## De Probationibus

tulum subesse. V. gr. Si in causa principali petii bovem, non possum in causa appellationis petere equum & producere probationes super equo. Similiter si petii rem commodati & succubui, non possum in causa appellationis eandem petere depositi, vel aliam actionem. Est enim novum Capitulum. Capitula autem, quae novis, quorum in textu fit mentio, opponuntur, sunt, quae ab antiquis oriuntur & dependent, atque conjuncta sunt illis, quae apud priorem judicem sunt proposita, ut rescripsit Imper. in l. nostra per hanc C. de Tempor. app. Veluti si rei vindicatione simpliciter absque mentione tituli domini instituta in Appellationis instantia, titulus aliquis allegetur & probetur, aut si expensae in Appellationis instantia petantur, Hartm. Pistor. p. 4. qu. 23. n. 29.

Quid verò dicendum, si in Appellatione mutatur causa, quae potest includi generalitati primi libelli: Ut si dixi rem ad me spectare jure domini, non adstringendo me ad aliquam causam specialem & in primo processu sum prosecutus causam emptionis & succubui. An in appellatione allegare causam legati, vel aliam, ex qua dominium potest adquiri possunt. Quod affirmandum, si quidem ista nova causa comprehenditur, sub primo libello generaliter loquente de dominio. Bartolus & qui eum sequuntur, (quibus hanc materiam de novis capitulis, vel minus talibus concludo,) ita: Omnis, inquit, intentio, vel articulus coadjuvans actionem in principali causa propositam dicitur pertinere ad antiqua capitula, ideoque super his admittenda probatio, secus si primam actionem non concernat, seu coadjuvet, hoc enim casu pro novo capitulo habendum, super quo non sit admittenda probatio, & haec quidem ex parte actoris: Ex parte verò Rei omnis exceptio, quae concernit propositam actionem obstativè, dicitur ex antiquis capitulis pendere, adeoque admittenda. Alias secus. Nova itaque capitula à parte actoris sunt ea, quae actionem propositam non respiciunt, neque coadjuvant; E contra antiqua, quae actionem propositam respiciunt: A parte Rei omnis actio, quae actionem institutam respicit eamque infirmat, pendet ex veteribus articulis, quae verò illam non respicit, nova censi debet.

Brun.



in secunda instantia.

*Brun. b. l. n.* Ex hisce patet, quales articuli esse debeant, super quibus testes producendi veniunt.

XXII.

Atque hæc ita in toto Imperio ne exceptis quidem actionibus Saxonis obtinere puto. Quanquam enim passim apud *Hartm. Pistor. & Carpzovium* legatur clausulæ: non deducta deducam, nondum probata probabo, effectum quoad probandum expressâ lege Electorali abrogatum. *Vid. Const. Electoral. 21. p. 1.* atque ita in reliquis solum ditionibus extra provincias Saxon. vigore nostræ *Legis per banc 4. C. de Tempor. & Reparat. Appellat.* defectum probationis in Appellatione suppleri posse. Hanc tamen abrogationem non puto ad capitula illa ab antiquis dependentia extendendam, sed de nova duntaxat probatione priorum Articulorum & intentionis jam antea in prima instantia propositæ & ventilatæ accipiendam. Neq; enim terminus articulorum novorum, qui priorum appendices sunt, quiq; à prioribus agitatæ originem ducunt, probatorius, ut, qui nondum cœpit, præterlapsus dici potest, quæ sola causa est, quare super articulis antiquis in priori iudicio tractatis novæ probationes in Appellationis instantia haud admittantur. *Carpzov. Proc. Jar. tit. 18. Artic. 6. n. 17. & seqq.*

XXIII.

Sed quid de iisdem dicendum articulis, an & hi in secunda reproduci, & alii testes super iis denuò examinari possunt? Sanè si attestations receptæ à prioribus iudicibus publicatæ nondum, nec patefactæ adversario, apud posteriores iudices alios testes, novos & idoneos produci & audiri posse patet ex *c. fin. x. de probationib. Cujac. ad c. causam, que. XI. de testibus & attestationsibus.* An verò post publicationem idem dicendum, liquidum non est: pro negativa quæstionis pugnat *r. Authent. At qui semel. C. de probationib.* ubi in genere is, qui testificata didicerit, negatur habere licentiam ulterius utendi productione testium. 2. *Textus in Clement. ult. de Testibus*, ubi metus subornationis pro ratione ponitur, quæ quia non solum in causa principali, sed & in instantia.



## De Probationibus

Appellationis locum habet, consequens est, idem jus utrobique  
obtinere. 3. Adducunt receptam esse hanc doctrinam vulgarem,  
si quædam inter Leges & Canones deprehendatur repugnantia,  
Jure autem Canonico evidenter sit decisum, id communiter præ-  
ferendum, juxta interpretes *add. l. 12. C. de Sacrosanct. Ecclesia.*  
maximè si tractetur de periculo animarum, *gloss. in cap. possessor. de*  
*R. J. in 6.* In hac autem specie periculum animæ versari in aper-  
to est, cum timor subornationis subsit. 4. Obliquâ viâ non con-  
cedendum, quod aliâ non permittitur, *l. 21. §. 1. ff. de tutorib. &*  
*curatorib. datis. c. cum quid una. de R. J. in 6.* Hoc autem fieret,  
si productio testium super iisdem articulis, in causis appellatio-  
num admittatur; Ponamus enim producentem non audiendum  
super iisdem articulis, post didicita testificata in eadem instantia,  
si alios testes producere velit, ob timorem subornationis, quia  
fortè non testificatis additamenta, & eorum depositionibus emen-  
dationem desideret, ut ait *Novella 90. c. 4.* Sanè si producentis  
Testes super iisdem articulis in secunda instantia admittantur,  
non testificatis additamenta, & eorum depositionibus emendatio  
accederet, unde sequitur, cum admitti aliâ viâ ad id, ad quod unâ  
viâ prohibetur contra *dictum cap. Cum quid una. 84. de R. J. in 6.*  
Et accedat hæc consideratio, si publicatis attestacionibus produ-  
cens proponat, quosdam testes per errorem omissos, tamen ad-  
mittendi non sunt, & sic denegatam fuisse petitionem, in quadam  
causa refert *Ruland. lib. 6. de publicat. c. 2. n. 11.* Si pars succum-  
bens producendo eosdem Testes in prima instantia non admis-  
sos, in secunda audiatur, poteritne negari, rationem *d. cap. Cum*  
*quid. & similium* circumscribi?

Pro affirmativa adducuntur *c. 38. it. c. 50. x. de Testib. &*  
*Attestat. it. l. fin. C. eod.* ex quibus constat, Testes denuò produ-  
ci, neque iis, quod jam testimonium suum dederint opponi posse.

### XXIV.

Quæstio est, uti apparet, utrinque disputabilis, & habet utra-  
que opinio suos sectatores. Ex negantibus adducuntur *Castren-*  
*sis, Salicetus aliique à Petro Gilken in authent. Atqui semel. n. 33. C.*  
*de*



in secunda instantia.

de Probat. relati, Robertus Maranta part. 6. tit. de Appellat. n. 162. § tit. Si autem Testes &c. num. 22. Gail. 1. obs. 105. n. 2. Rulandus a Valle consil. 45. volum. 2. n. 14. Rutg. Ruland. de commissio- nib. lib. 6. de publicat. Codex Fabr. lib. 4. tit. 15. def. 17. § 39. ubi refert, eam in Senatu Sabaudia confirmatam & probatam esse, adeo, ut nec Tutor, nomine Pupilli, in causa appellationis in eam rem implorare possit beneficium restitutionis; non enim audiendum pupillum, si extra ordinem cum alterius injuria, quid postuletur, l. 12. ff. ad S. C. Trebel. Canonistæ inc. fraternitatis 17. x. de Testibus. adeo veram eam putant, ut in utroque foro recipienda omnino sit. Vid. Jacob. Cujac. in suis recitationibus in 11. § IV. libros Decretalium. A parte affirmantium stant Baldus, Fulgosus Cynus in d. l. per hanc Myns. cent. 1. obs. 41. ubi aliquot pro comprobanda hac opinione præjudicia affert Raynoldus Corsus l. 2. c. 6. ubi ait se ita obtinuisse, Covarr. Pract. Quest. c. 18. In quo conflictu quibus assistendum, vix videre licet.

XXV.

Placet tamen opinio posterior, quæ nunc rationibus, quas vocant, decidendi, stabilienda, contraria verò removenda sunt. Primò autem sententia maximè comprobatur Authoritate Ordin. Camerae part. 3. tit. 33. §. Im Fall aber. ubi litigantibus conceditur non solum novas, sed etiam priores articulos probandi, aut si quid probationi deesset, supplendi facultas. Deinde ratione & æquitate: Quid enim si in causa Appellationis producantur Testes, de quibus non constabat, quive per absentiam, vel conditionem eorum produci non potuerunt in prima instantia; Quid si producantur Testes ita honestæ & inculpatae vitæ, ut neque lueri, neque gratiæ, neque amicitiae causâ in testes producti esse videantur? Quid si causa sit magni momenti, jura partium & merita causæ non plenè in primo judicio deducta sint? Denique quid si producens, confidens de Testibus, existimaverit, ex eorum depositione, causam suam tueri posse, plures non produxerit, aut illud opus esse non putaverit, deinde succumbens, per sententiam videat, testes productos aliâ ratione apud judicem depo-



## De Probationibus

deposuisse, quam apud ipsum asseruerint, alienum sanè ab æquitate putamus, si productionem novorum testium, super iisdem articulis, in causis appellationis, ob timorem subornationis, respiciamus. Dixerit fortè aliquis: Quicumque testes producere neglexit, aut intentionem suam minus probavit, aut denique probantem iudex non curavit, de seipso, vel iudice queri debet. Verùm adeat *l. 10. §. 3. ff. de Edend.* ex qua constat eum, qui aliqua ex causa testibus antè uti non potuit, postmodum illos producere posse, atque omninò admittendum esse.

XXVI.

Neque nobis refragatur *d. Authent. At qui semel. C. de probat.* quæ loquitur de quarta productione, quæ operatur præsumtionem fraudis & subornationis in tantum, ut omninò dolus subesse credatur, cui tamen patrocinandum non est, sed quolibet modo occurrendum. Quare justè ibidem quarta productio, licet & ipsa per se non sit mala, prohibita fuit. Neque negamus metum subornationis sive corruptionis, si hæc ipsa & urgentissima causa præsumantur, facere, ut nec in Appellationis instantia super iisdem articulis testes novi audiendi sint. Verùm enim verò dolum non ita arguit nova in secunda instantia productio, de qua nos loquimur. Unde à prohibitione quartæ in prima instantia productæ ad prohibitionem productionis novorum in secunda instantia testium rectè inferri negamus. Et mirum Doctores ex ipsa novorum testium productione dolum producentis indubitato colligere, sanè contingere potest denuò producentem in dolo esse; sed regulariter id evenire negamus: Unde regula talis construenda; quòd super iisdem articulis novi testes admittendi sint, iudici verò incumbat providere, ne testes malitiosè subornentur, vel si talem subornationem ex justa causa suspicetur, eosdem repellere.

XXVII.

Patet ex hisce productionem novorum testium nec in prima, nec in secunda instantia esse prohibitam: ut si non falsus, saltim minus accuratus nobis videatur Clezelius in expositione *dit.*



## In secunda instantia.

*dist. Autb. At qui semel.* dum eam de prima instantia, nostram autem de admittendo novo examine opinionem, quam & ipse fovet, de secunda instantia exaudiendam putat. Quid si eidem demonstrare valeamus super articulis ante litem contestatam productis novam admitti post litem contestatam testium productionem, cum tamen & tunc, si tam facile subornatio timenda foret, novi testes respuendi venirent. *Capitulum*, quod hæc ipsa probat, est 38. de Testib. & Attestat. Quod sanè, cum non putetur exstare similis locus in Jure, summè est notandum. Controversia quædam erat inter Cajum & Titium de Decanatu Ecclesiæ Avernorum sive Claremontis, quem Cajus ad se pertinere dicebat fretus quadam sententiâ Limovicensis Episcopi: Titius verò fretus Electione ejusdem Ecclesiæ, de qua electione & protinus faciebat fidem prolatis testibus, nempe ut moram faceret executioni sententiæ, quam Cajus fieri omni contentione postulabat coram Romano Pontifice, qui durante lite postmodum interlocutus pronunciavit, justam causam videri, Titio esse litigandum adversus Cajum de dignitate seu Decanatu: Mox lite inter dictum Titium & Cajum contestatâ quærebatur: *An probatio illa, qua recepta fuerat ante litem contestatam prolata à parte Titii electionis probanda causa, esset etiam recipienda post litem contestatam?* Et Cajus quidem illam admittebat salvo jure exceptionum suarum. Titius contra non admittendas exceptiones *absque probatione nova* censebat, ratus sibi esse integrum post litem contestatam eosdem, vel alios testes in judicium hoc producere. Ex diverso Cajus contendebat, cum jam facta sit publicatio suprâ dictæ probationis, non licere Titio aliâ productione uti. At Pontifex pronunciavit, utrique parti in hoc judicio licere testes non obstante illâ à Titio ante litem contestatam factâ probatione producere. Ergo quod tandem hinc concluditur, & maximè notandum, Cujacius ad hoc capitulum censet post publicationem testimoniorum productorum super articulo aliquo ante litem contestatam super eodem articulo simul & negotio

D

gotio



## De Probationibus

gotio principali licere testium aliorum productione uti. Quæ  
divisio non parùm nostram sententiam corroborare videtur.

### XXVIII.

Ex decisione liquescit nō simpliciter novam productionem pro-  
hibitam esse. Unde *dict. Clem. ult.* non ita, ut sonat *zaimōs* sive  
generaliter intelligenda, verùm ad eum casum, si vitare dissonan-  
tiam Juris velimus, ubi subornatio ex justa & vix fallente  
ratione timetur, restringenda erit. Ut iterùm probare soluti-  
onem Clezelli, qui dispositionem *dictæ Clementine* ad forum  
Ecclesiasticum remittit, atque hoc modo apertam pugnam in-  
ter Jus Civile & Canonicum fatetur: Quanquam si ea subsit,  
nihilominus utraque Lex ex intentione Legislatoris justa foret,  
id quod ex supposito innuimus in principio Dissertationis no-  
stræ, hic minùs queamus. Quòd verò suprà diximus quo-  
ad nova capitula ab antiquis dependentia idem jus in foro Sa-  
xonico obtinere, hoc ipsum ad novam probationem priorum  
articulorum & intentionis jam antè in priori judicio positæ ac  
ventilatæ extendi non debet; verba enim Legis Electoralis jam  
antè allegatæ clarissima sunt in *Constit. 27. p. 1. ibi* *Das an-  
derweit Beweifung durch Zeugen über die vorigen Articul der othe-  
gen in prima instantia Gezeugniß geführet / oder auch super arti-  
culis directò contrariis nicht zugelassen werden.* Hinc ita pronun-  
ciari solet, *Das Appellant mit fernern und neuem Beweis nicht zu-  
läßig.* Notandum tamen est, quòd in secunda instantia etiam  
apud Saxones novæ probationes per instrumenta noviter re-  
perta admittantur, modò producentes, quòd antè illorum no-  
titiam non habuerint, demonstrare, vel saltim juratò obtine-  
re queant: Id quod specialiter eo jure & propterea introdu-  
ctum censetur, quia iniquum foret præcidere viam probatio-  
nis litigatoribus, ut nec instrumenta noviter reperta produ-  
cere valerent, quæ tamen nunquam videntur exclusa, *Bartol.*  
*in l. admonendi. ff. de Jurejur. Felin. in c. cum dilectus. x. de fid. in-  
strum.*



in secunda instantia.

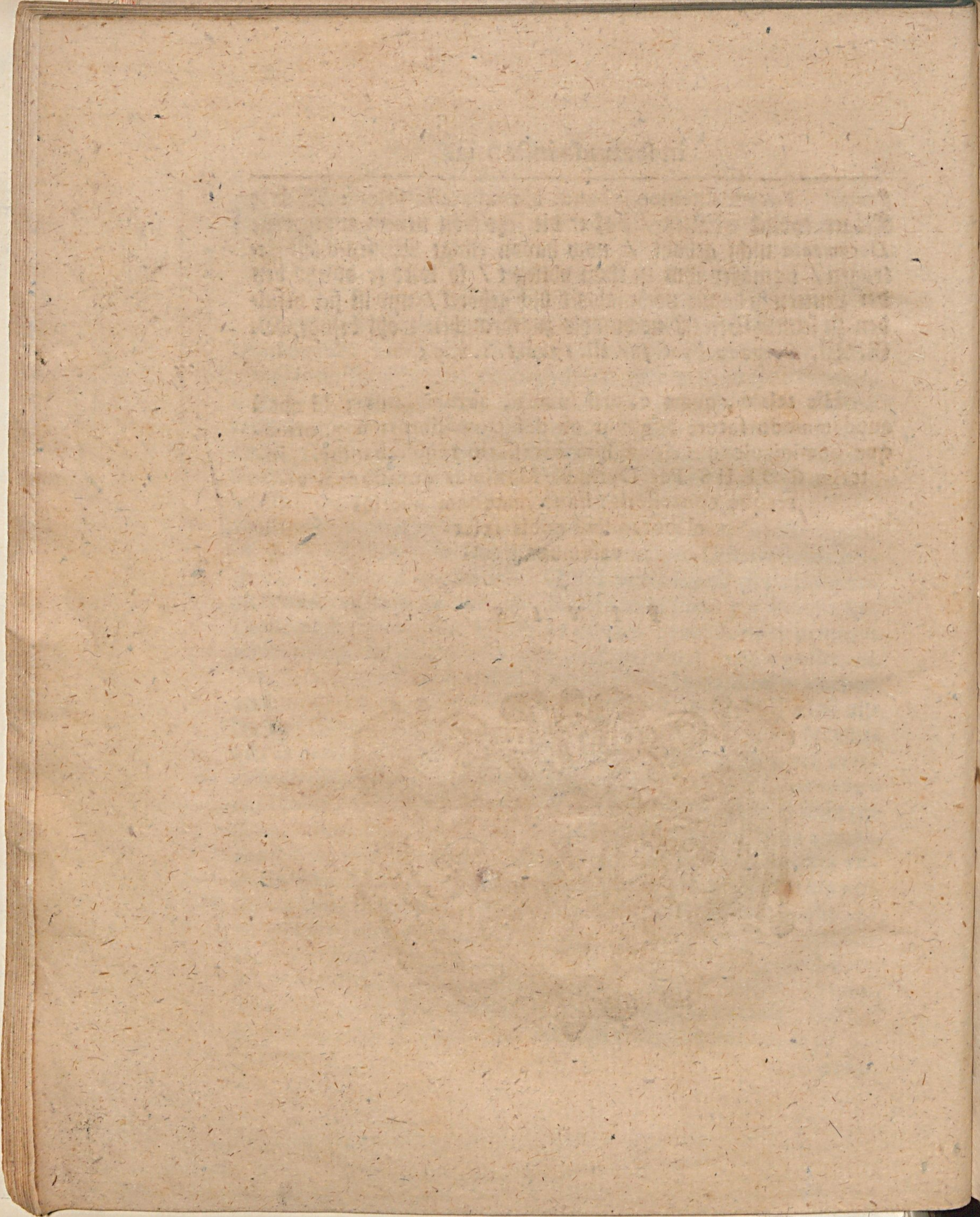
*Strum.* Formula sententionandi hic talis esse solet : Würde Kläger eydtlich erhalten / daß er die iezo von neuem angegebene Documenta nicht gehabt / noch davon einige Wissenschaftt gefragen / immassen ihm zu thun obliegt / so wird er anteko bey der Leuterung damit nochmahls billich gehöret / und ist sich desselben zu seinem Beweis nochmahls zugebrauchen wohl befugt / *W. M. Carpzov. Proc. Jur. tit. 17. art. 1. n. 94.*

Hic telam, quam exorsi sumus, abrupimus; Id quod quodammodo facere cogimur ob defectum librorum aliorumque adminiculorum, quæ huc necessario requirebantur. Interim si DEUS Ter Optimus Maximus occasionem viresque concesserit, hanc materiam uberius elaborandum nobis reservabimus.

F I N I S.













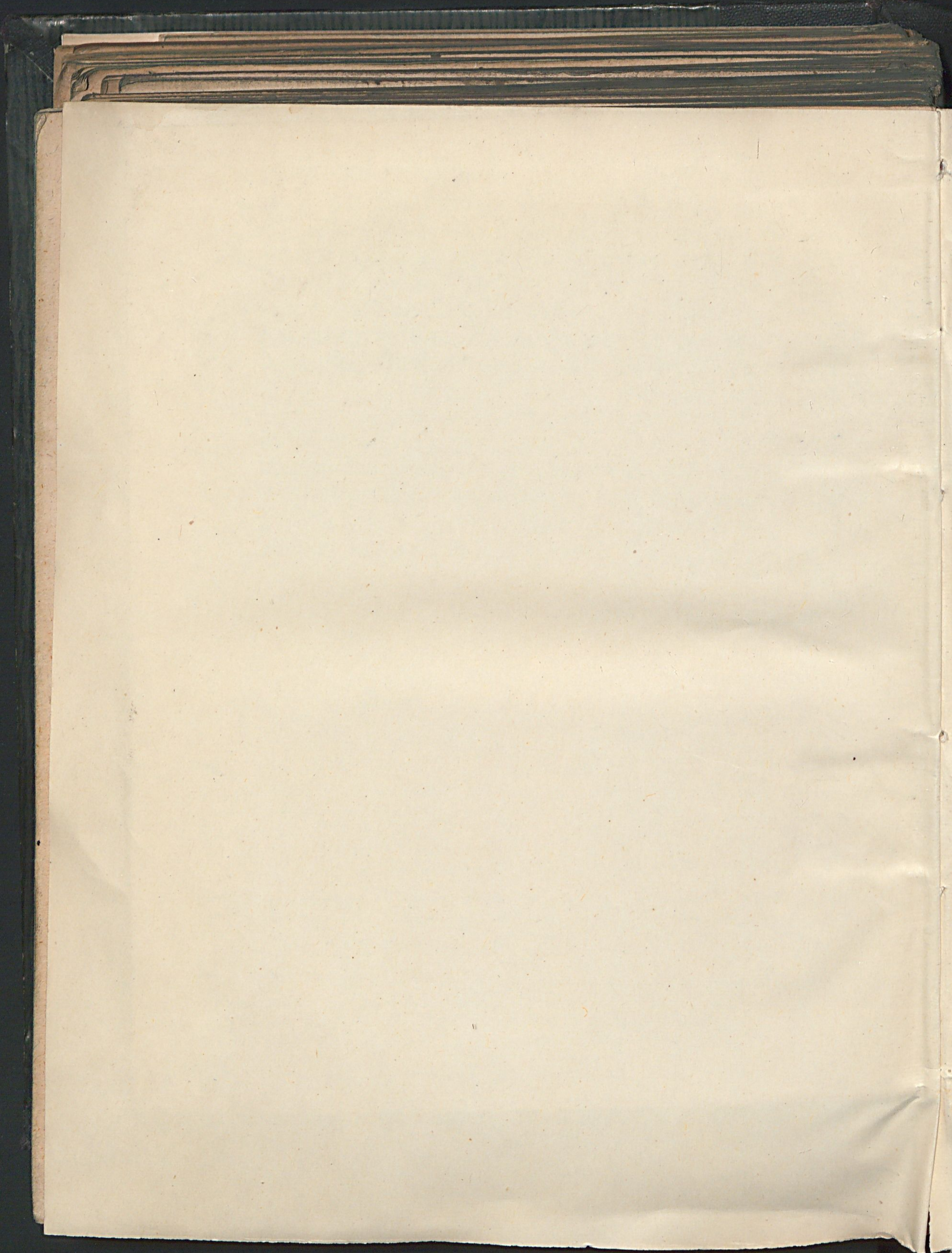
12.







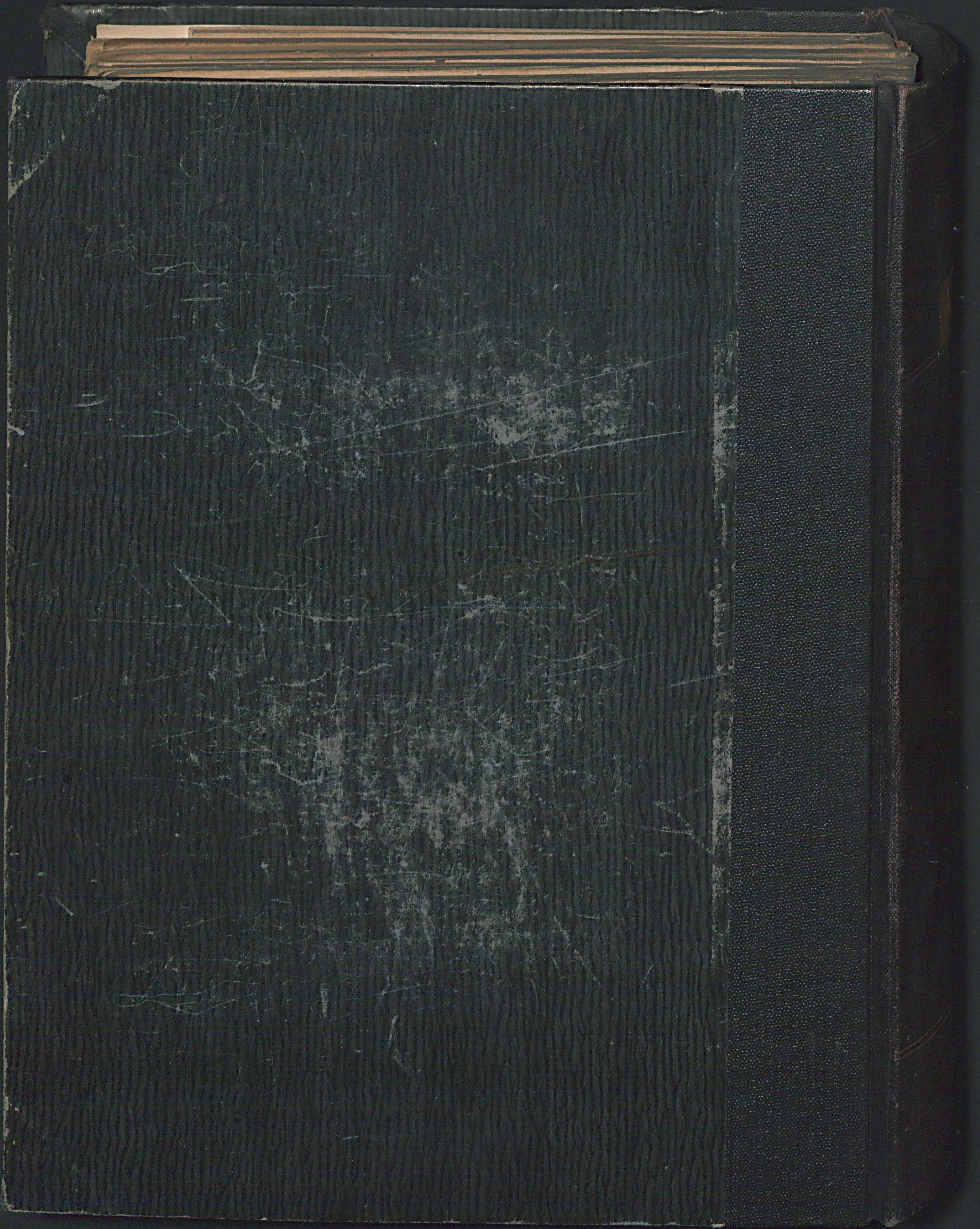




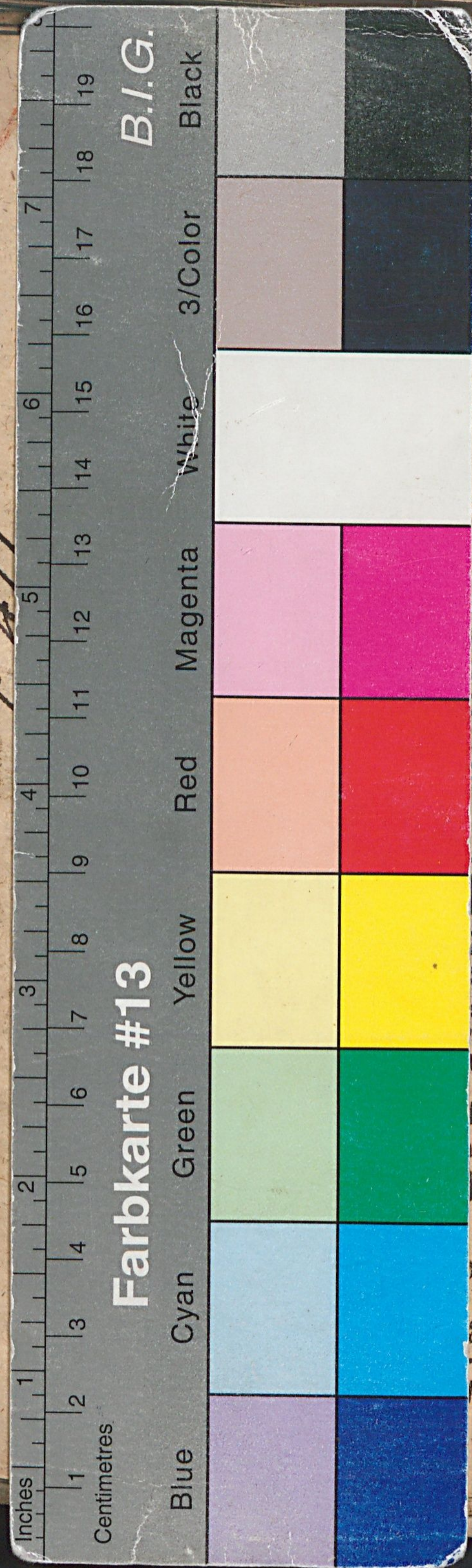


(X2618056)









*Pa. 17. num. 32.*

2  
~~33~~

N. J. C.  
RTATIO  
IS JURIDICA  
DE

1677, 2

IONIBUS  
APPELLA-  
NSTITUENDIS  
GE IV.

*rationibus Appellationum,*

VAM  
TE CLEMENTIA,  
SENSU

SIMI ICTORUM ORDINIS  
UNIVERSITATE ELECTORALI,  
SIDE

RO  
SIMO ET EXCELLENTISSIMO,

N. MAURI-  
DENO,

ELEBERRIMO, CONSILIARIO  
ECTORALIS ET PRÆFECTU.

SESSORE GRAVISSIMO,  
RO

VE JURE HONORIBUS  
RITE CONSEQUENDIS,

ni subicit examini

OLIS EVERS

SIENSIS,

rio Coelico,

Anno M. DC. LXXVII.

& pomeridianis.

pis KIRSCHIANIS.

