

H. jur. sing 1810. c.

DISSERTATIO
DE
TESTIBVS NOVIS, SVPER NOVIS
ETIAM ARTICVLIS PROBATORIALI-
BVS EXAMINANDIS.

QVAM
P R A E S I D E
GOTTLIEB WERNSDORFFIO

PHILOS. ET IVRIVM DOCTORE INSTIT. PROF. PVBL. ORD. CVRIAE
PROVINCIALIS SCABINATVS ATQVE FACVLTATIS IVRID.
ASSESSORE H. T. ACADEMIAE RECTORE

DIE XXV. IVNII. A. R. S. MDCCCLXXXI.

H. L. Q. C.

DEFENDET

AVCTOR
IOANNES AVGVSTVS MARCKWORDT,
WITTEBERGENSIS.

VITEBERGAE,
EXCVDIT ADAMVS CHRISTIANVS CHARISIVS.

3. Br. Vol. 206.

DISSEMINATIO

TESTAMENTUM SUI ET ALIORUM

ET ALIARUM INSTRUMENTORUM

IN REBUS INDIS

—————

DE

REBUS INDIS

TESTAMENTUM SUI ET ALIORUM

ET ALIARUM INSTRUMENTORUM

IN REBUS INDIS

—————

REBUS INDIS

DE

REBUS INDIS

DE

TESTAMENTUM SUI ET ALIORUM

—————

DE

REBUS INDIS



DE
TESTIBVS NOVIS, SVPER NOVIS ETIAM
ARTICVLIS PROBATORIALIBVS
EXAMINANDIS.

§. I.

Quamuis mihi, materiam, in qua explicanda ingenii vires exercere possem, quaerenti, plura se offerrent iuris contro- uerfi capita, tandem tamen placuit disquirere, an testibus novis admissis, noui etiam articuli probatoriales admittantur. Haec enim quaestio mihi et vberiori disquisitione digna, et ab hoc meo instituto haud aliena videbatur. Nam et sua se vtilitate commen- dat, cum saepius in foro de hac ipsa re quaeratur, et legibus non satis definita est, ita, vt in vtramque partem de ea disputari possit, denique ita specialis est, vt paucis explicari possit, et breuioris libelli iustum sit argumentum. Non desunt quidem Doctores, qui huius quaestionis mentionem fecerunt, et nouos testes producen- tem, nouos etiam articulos iudici offerre posse docuerunt. Hanc enim sententiam tuentur et BARTHIVS in *Hodogeta forensi* C. I. §. XXXVIII. in not. litt. a. et GRIEBNERVS in *Discurs zur Er-*

läuterung der Churfürstl. Sächs. alten und verbesserten Pro-
 cessordnung ad Tit. XXIII. §. 2. eandemque pluribus argu-
 mentis confirmavit HOMMELIVS in *Rhapsod. Obs. DXII.* At
 sunt etiam alii, qui cum videant terminum probatoriam perem-
 torium esse, alia omnia censeant. Haud inutilem igitur operam
 me suscepturum esse, puto, si hoc ipsum argumentum paullo
 accuratius tractauro, et quid in hac re dubia, et legibus non-
 dum definita, aequitati quam maxime conueniat, dispexero.
 In omnibus enim rebus, praesertim autem in iure, spectanda est
 aequitas, *L. 90. D. de Reg. Iur.* et quaeuis rapienda est occa-
 sio, quae benignius responsum praebet. *L. 168. D. de R. I.*

§. 2.

Cum vero id, quod de nouis articulis probatorialibus ad-
 mittendis dicemus, intelligi non possit, nisi notiones de testibus
 nouis praecedant, primum qui testes noui dicantur, et quousque
 eorum productio pateat, dispiciamus, deinde quaedam de articu-
 lis probatorialibus adferamus, porro in rationes, quae nouam ar-
 ticulorum oblationem suadeant, inquiramus, et tandem eam,
 quam tuemur sententiam vsu fori comprobare studeamus.

§. 3.

De admissione testium nouorum atque articulorum nouo-
 rum, eorumque mutatione plane quaeri non posset, nisi tempus
 illud, intra quod testes produci, vel nominari, iudicique articuli
 probatoriales offerri debeant, ex fori nostri vsu esset peremptorium,
 id est a lege vel iudice certis limitibus ita circumscriptum, vt
 actus, qui intra illud expediri debeat, post hoc tempus susceptus
 nullius momenti esse videatur.

Peremptorium enim dicitur, quod perimit disceptationem,
 hoc est, ultra non patitur aduersarium tergiuersari. *L. 70. D. de
 Iudiciis.*

Ex

Ex iure quidem communi probatio ad certum legibusque definitum tempus neutiquam restricta est, sed a iudicis arbitrio pendet, quod spatium probaturo, instructionis exhibendae causa, concedere velit, dummodo longiori tergiuersatione aduersario non noceat. *L. 1. C. de Dilat.* inmo is, qui iam testes semel produxit, super iisdem articulis alios testes vltterius, secunda et tertia vice, denique si iurauerit, quod neque subtraxerit, neque percontatus sit ipse testificationes, vel aliquis Advocatorum eius, vel alius pro eo agens, nec per dolum, nec per machinationem, vel artem, quarta vice producere poterit. *Auth. At qui semel C. de Probat. et C. 15. et C. 55. X. de Testibus.*

At ex iure Saxonico terminus probatorialis fatalis est, legeque definitus, ita vt probatio pereat, quae intra hoc tempus iudici facta non fuerit.

Iubet enim Princeps Elector AVGVSTVS in *Constit. XVI. P. I.* Ein ieglicher Part, dem Beweisung auferleget, soll innerhalb des rechtlichen Termins, in sechs Wochen und dreyen Tagen, nicht allein die Beweisarticul einbringen, sondern auch soviel an ihme, mit fleissigen Anhalten beym Richter oder Commissarien, nichts erwinden lassen. Wenn auch das Gegentheil in denen Füllen, da die Gegenbeweisung zulässig, so solls innerhalb sechs Wochen und drey Tagen — der Gegenbeweisung Articul übergeben, und möglichen Fleiß anwenden, damit das Zeugniß darinnen vollendet und verführet werden möge. Da solches von ihm nicht geschähe, soll der Terminus probatorius verflossen, und die Gegenbeweisung gleich der Beweisung, ferner nicht zugelassen werden, et

ORDIN. PROC. SAX. TIT. XX. §. 4. his verbis vtitur: Dieweil die zur Beweisung obbestimmte Frist derer sechs Wochen und drey Tage, vermöge der Sächsischen Rechte, und darauf eingeführten Gerichtsbrauch, Terminus peremptorius ist, so soll dem Producenten, nach Verfließung desselben, nicht verstattet werden, andere und mehr Zeugen anzugeben, noch mehr Articulos additionales, oder wie sie genannt werden möchten,

einzubringen. Immo, vt recte monuit Ill. KLÜGELIVS in *Diss. de Testibus nouiter repertis*, hic ipse terminus peremptorius antiquioribus legibus Saxonis et antiquae consuetudini originem debere videtur, cum iam IVS PROVINC. SAX. *L. I. Art. LXII.* probaturo spatium sex hebdomadam concedat. His enim verbis utitur REPKOVIVS *loc. cit. Tzuges sol men ober ses wochen vülkomen, des sich die man annazet, oder zur hant ob herwil.* Et quamvis haec ipsa verba, vt ex iis, quae mox insequuntur, et quae de probatione in causa ciuili agunt, *sol men aber eigen tzugen daz mut thun zu hant oder zum naesten dinge geschen*, colligi potest, ad probationem criminis, cuius quis arguitur, pertinere videantur, interpretes tamen hunc ipsum locum de omni probatione in genere intelligunt, praesertim cum IVS WEICHBILD: *Art. LXXV.* his verbis utatur: „*Wird einem Mann ein Gezeugniß ertheilet, mit rechten Urtheil vor Gericht, und in gehegtem Ding, das hat er Frist drey vierzehn Nacht, welche Zeugen er kiesen wolle, zu dem nächsten Ding.*“

§. 4.

At quamuis in iis, quas attulimus, legibus Saxonis, probatio ad spatium sex hebdomadam et trium dierum ita adstricta sit, vt is, qui eandem intra hoc ipsum tempus non perfecit, nec media probandi attulerit, effluxo hoc termino ulterius non audiatur, sed probatione sua excidat, licet tamen iudici, si is, qui probare iussus est, morae suae iustas causas allegare possit, eidem unam alteramue dilationem, imo tertiam etiam, quarum tamen singula ad spatium Saxonicum restricta est, indulgere, et hoc ipso facto spatium legitimo longius concedere, ea tamen lege, vt tertia dilatio iis demum concedatur, qui beneficio restitutionis in integrum gaudent, si iurauerint, se hanc ipsam dilationem non protrahendae litis causa petiisse, reliquis autem ne tertia quidem termini prorogatio dari possit, sed secunda tantum, si idem iurandum praesliterint. v. O. P. R. *ad Tit. XX. §. 3. et 4.* Praeterea

terea

terea et iis succurritur, qui intra definitum tempus, media probationis sine eorum culpa conquirere non potuerunt, quippe qui contra fatalia in integrum restituuntur. Gaudent autem hoc legum beneficio non solum ii, qui iure minorum vtuntur, sed omnes omnino, qui sine sua culpa laesi sunt, vel solemnia neglexerunt. Nemo enim videtur exclusus, quem Praetor in integrum se restitutum polliceatur. *L. 5. D. de in integr. restit.* et satis nota est illa Edicti Praetorii clausula generalis: *si qua mihi iusta causa videbitur*, quae extat in *L. 1. D. Ex quibus caus. maj.* denique aequitate sua se commendat Rescriptum ANTONINI in *L. 7. D. de in integr. rest.* *Etsi nihil facile mutandum est, ex solemnibus tamen ubi aequitas evidens poscit, subueniendum est.* Hanc legum veterum beneuolentiam imitantur legislatores Saxones, qui non minoribus tantum et vniuersitatibus, sed aliis etiam hominibus, qui sine sua culpa intra tempus definitum media probandi conquirere non possunt, beneficium restitutionis in integrum concedunt. Nam *O. P. S. Tit. XX. §. 4.* quibusdam lapsum termini haud quaquam nocere docet his verbis: „*Es würde denn in causis minorum et vniuersitatum, vermittelst des Beneficii restitutionis in integrum ein anderes erhalten, in welchem Passu wir es bey Verordnung gemeiner Rechte, sowohl in etlichen andern Fällen — bey der Observanz bewenden lassen, et permittit, Tit. XX. §. 8. et Tit. XXIV. §. 1.* vt post lapsum termini noui testes, et nouiter reperta documenta producantur, si citra probantis culpam vel testes perierint, vel is documentorum nullam notitiam eo tempore habuerit, quo articulos probatoriales iudici obtulit.

§. 5.

Nouos autem testes eos appellamus, quibus quis effluxo demum probationis fatali vtitur. Hoc enim nomine eos ab illis fecernimus, qui iusto tempore, id est, vel eo, quod leges definiunt, vel iudex concedit, ad testimonium dicendum in ipsis articu-

articu-

articulis probatorialibus designati sunt. Cum autem hoc nomine non solum ii comprehendantur, qui in demortuorum testium locum substituuntur, sed et ii, qui in nullius locum succedunt, at melioris probationis causa, effluxo iam probationis fatali, cum probans eosdem ejusdem rei notitiam habere demum cognouisset, nominantur, hi tamen plerumque, vt ab illis segregentur, nouiter reperti testes appellari solent.

§. 6.

Utriusque generis testes novos, elapso termino probatorio, interdum admittendos esse, aequitas ipsa suadet, ne scilicet quis causa sua cadat, quam iustissimam habet, cum testes, quibus testimonium denunciauit, mortui sint, vel ipse demum, finito hoc tempore, testes idoneos inuenerit. Nam omnia, quae sine culpa accidunt, a nullo praestantur. *L. 23. D. de Reg. Iur.* et in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quo minus fiat. *L. 39. D. eod.* At nec ei, cui testes, quibus testimonium denunciauit, pereunt, siue moriantur, siue aufugiant, aut alia vi maiori, ne testimonium dicere possint, impediuntur, nec ei, qui novos testes, quos postea demum inuenit, eius rei, quam probare iussus erat, aliquam notitiam habuisse ignorauit, culpa aliqua imputari potest, quod iis testibus, quibus vel se carere posse putauit, vel quos omnino ignorauit, non intra spatium probationi definitum, testimonium denunciauerit. Damnum igitur ex hoc ipso casu nullum sentire debet, sed accipiendum potius est, quasi iis, quos postea demum testes esse voluit, iusto atque legitimo tempore testimonium denunciaisset. Recte enim docent RVTGER RVTLANTVS in *Tr. de Commissariis L. II. C. VII. n. 15.* et Dav. MEVIVS in *Decif. P. III. D. CCCXLVII.* quotiescunque aliquid vel culpa aduersae partis, vel tertii fiat, tempus probandi non currere. Et probat hanc ipsam regulam Ius nostrum Saxonium Electorale. Nam non solum *Ord. Proc. Sax. Tit. XX. §. 5.* permittit, vt post lapsum termini probatorialis noui testes

testes

testes in locum eorum, qui antequam examinati fuerint, mortui sunt, surrogentur, si ex amissione testium causae praeiudicium metuendum sit, nec vlla culpa vel mora ei, qui probare iussus est, imputari possit, quam substituendi facultatem O. P. S. R. *ad Tit. XXIII. §. 2.* adeo ampliauit, vt intra spatium Saxonicum, ab eo inde tempore, quo probans testem mortuum esse resciverit, computandum, et plures noui testes, in locum vnus mortui substitui possint; sed O. P. S. etiam *Tit. XXIV. §. 1.* et O. P. R. S. *ad Tit. XXIV. §. 3.* docet, documenta nouiter reperta, iam elapso termino probatorio, adhuc produci posse ab eo, qui iura-uerit, se, dum articulos probatorias iudici offerret, horum documentorum nullam habuisse notitiam. Quae cum ita sint, huius ipsius iuris analogia suadere videtur, vt testes etiam nouiter repertos, i. e. qui in nullius testis locum substituuntur, sed, cum elapso demum fatali inueniantur, confirmandae probationis causa nominantur, admittendos esse censeamus, praesertim si reliquorum testium testimonia, nondum didicita, et vt aiunt, attestata nondum publicata sint. Nam, licet de hac ipsa re Ordinatio Processus nihil sanciat, monente tamen IULIANO in *L. 12. D. de LL.* cum in aliqua causa sententia legum manifesta est, is, qui iurisdictioni praest, ad similia procedere, atque ius ita dicere debet.

§. 7.

Fatalia scilicet, siue, vt definitionem egregiam, quam Perillust. et Excell. LEOPOLDVS NICOL. L. B. AB ENDE in *Diss. de fatalium rigore iniquo, poenisque contumaciae temperandis C. I. §. XVIII.* exhibet, nostram faciamus, *stata tempora litigantibus legitime praescripta, intra quae aliquid, sub poena amissionis causae, venit expediendum*, in eum finem inuenta sunt, vt lites breuiiores fiant, et quisque ius suum celerius consequatur, nec aduersarius moras neſtendo, litem protrahere pro lubitu possit, denique vt negligentia et malitia litigantium coerceatur, v. IO. GODOFR. KRAVSII *Diss. de eo, quod iustum est circa fatalia*

B

pro-

processus. At nulla iuris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. *L. 25. D. de Legib.* indeque videndum est sedulo, ne, summum ius secuti, iniuria eum afficiamus, cui nulla omnino culpa, et negligentia imputari possit. Nam merito iis subvenitur, qui sine sua culpa damnum aliquod patiuntur. Summum autem ius summa esset iniuria, si is causa sua caderet iustissima, qui omnino nesciuit, testes adesse, per quos id, quod probare iussus est, commode probare possit, et qui, hos extare, elapso demum probationis fatali, rescivit. Aequum igitur est, ut eum in integrum restituamus, qui elapso demum probationis fatali testes reperit, qui plenam iudici de facto dubio fidem facere possint, si iuraverit, se durante probationis fatali nullam horum testium notitiam habuisse, nec protrahendae litis causa his novis testibus uti. Admittitur enim, ex legum Saxonicarum sanctione, licet spatium ad probandum concessum iam finitum fuerit, is, qui nova reperit documenta, ad novam probationem, dummodo se ab omni culpa et negligentia immunem esse, praestito solemniter iureiurando, se, dum fatale probationis curreret, nullam horum documentorum notitiam habuisse, docuerit. *O. P. S. Tit. XXIV. §. 1.* Immo hoc iusiurandum ne quidem ab iis, qui iure minorum utuntur, et, ex singulari privilegio, beneficio restitutionis in integrum gaudent, exigitur. *O. P. R. S. ad Tit. XXIV. §. 3.* Haec ipsa autem legis dispositio satis clare docet, solam ignorantiam, eamque non affectatam, iustam causam esse, propter quam quis contra lapsum fatalis, ex clausula praetoris generali, in integrum restitui possit. Nihil igitur nos impedit, quo minus hoc beneficium et ei tribuamus, qui testes idoneos adesse ignoravit, eosque demum finito probationis termino reperit. Negari quidem non potest, testes facilius, quam documenta, corrumpi posse, et cessare in his subornationis metum, propter quem, testibus rite receptis, et eorum attestationibus publicatis, leges prohibent, ne super iisdem
vel

vel directo contrariis articulis alii vel iidem testes producantur. *Clem. 2. de Testibus*, et esse omnino alia, in quibus testes a documentis differant. Sed haec argumenta nos non mouent, vt ab ea, quam probauimus, sententia, et quam latius exposuit Ill. KLÜGELIUS in *Diss. de Testibus nouiter repertis*, recedamus. Nam et metus subornationis cessat, si, nondum publicatis attestationibus, noui testes producantur, et idem metus forsan testes etiam in locum demortuorum substitutos a testimonio arceret, quos tamen, intra spatium Saxonicum, ab eo die, quo probans a se designatum testem periisse rescit, computandum, admitti posse, non dubitatur, v. O. P. R. ad *Tit. XXIII. §. 2.* Omnia igitur in hac ipsa re, cum ea, quae rarius eueniant, legislatores praeterire soleant, prudentioris iudicis arbitrio sunt committenda, qui testium classicorum et fide dignorum testimonia, si qua ei iusta causa videbitur, nec ei, qui probare iussus est, mora ac negligentia imputari possit, finito etiam termino probatorio, recipiet, et, praecunte ANTONINO in *L. 7. de in integr. rest.* eum in integrum restituet, qui non sua culpa, sed casu, probatione sua excidit. Quam sententiam, obseruante Ill. KLÜGELIO in *Diss. cit. §. 7. et 8.* Iureconsulti Wittebergenses, et Scabini Lipsienses secuti sunt.

§. 8.

Sed iam propius accedendum est ad eam rem, cuius causa haec dicta sunt. Peragitur scilicet solemnis probatio per articulos, quos iudici offert is, qui probare iussus est, et quibus singulis media probandi subiiciuntur. Qui si deinde aduersae parti communicati fuerint, licet producto, (hoc nomine enim is, contra quem probatio instituitur, insignitur) si articuli per testes probentur, in qualitatem testium, vel in eam, quam de re ipsa, cuius testes esse dicuntur, habent notitiam, vel in alias res, quae negotium circumstant, per interrogatoria inquirere. O. P. S. *Tit. XX. §. 1.* Articulus autem est, vt monet CALVINUS in

Lexic. Iurid. sigillata locutio, vel per membra distincta oratio; quae ab artu dicitur, id est, membro. Si igitur singulas res, quae probationi inseruiunt, breuissimis pronuntiatis complectaris, et, quomodo de his tuis pronuntiatis fides fieri possit, doceas, fiunt articuli probatoriales, quos IAC. BORNIVS in *Diss. I. ad vniuersum ius iudicarium commune et Saxon. Th. L. litt. E.* breues, rotundas, et concludentes verborum conceptiones esse dicit, quibus fundamentum intentionis probandum particulatim continetur. Patet autem ex hac ipsa definitione, quae breuitatem in articulis requirit, eos vitiosos esse, in quibus multae propositiones copulatiue, vno eodemque orationis contextu, proferuntur, v. RIVINVM in *Enunc. ad O. P. S. Tit. XX. En. 40.* Quod vitium praesertim in iis articulis fugiendum est, qui per testes probantur, ne hi multitudine earum rerum, de quibus interrogantur, perturbentur, et de omnibus sigillatim, quid sciant, commode dicere possint.

§. 9.

Articuli autem, super quibus testes ab eo, qui probare iussus est, producuntur, *C. 2. X. de Testibus in 6^{to}* non semper immediate ad id negotium, de quo agitur, pertinent, sed interdum etiam eas res exponunt, quae hoc ipsum negotium circumstant, et ex quibus, si probata sint, per legitimam demum consecutionem colligi possit, ea etiam vera esse, quae probanda erant. Cum igitur haec argumenta, per quae artificialis probatio instruitur, admodum varia sint, nec omnes testes eandem eiusdem rei notitiam habeant, facile patet, singulos articulos iis testibus, per quos probari debet, aptandos esse, nec omnes, qui probationi inseruiunt, articulos, licet quibusdam testibus conueniant, omnibus et singulis testibus conuenire. Ex hac ipsa autem causa, articulis probatorialibus plerumque directorium, id est, index eorum articulorum, de quibus singuli testes interrogandi sunt, addi solet, ne testes super iis etiam rebus exami-

nen-

nentur, quarum nullam habent notitiam, et hac ipsa re sumtus iudiciales nimium augeantur. Nam leges ipsae hoc directorium non exigunt. Quare, me iudice, recte docent RIVINVS in *Enunc. ad O. P. S. Tit. XX. En. CXIII.* eiusdem omissionem probationem ipsam non vitiare, et WERNHERVS in *Enunciat. En. 38.* illud ipsum adhuc in termino productionis pro lubitu mutari posse.

§. IO.

Articuli, qui argumenta probationis continent, intra id, quod leges definiunt, tempus, nisi termini prorogatio a iudice petita concessaque sit, iudici sunt offerendi, nec elapso hoc temporis spatio, vel ipsi, vel in probandi modo mutari vel suppleri possunt. Disertis enim verbis, in hunc modum conceptis: „*so soll dem Producenten nach Verfließung desselben (sc. termini probatorii) nicht verstattet werden, andere und mehr Zeugen anzugeben, noch mehr Articulos additionales, oder wie sie genannt werden möchten, einzubringen — und darum, wenn einer binnen derselben Zeit, sich der Beweisung mit brieflichen Urkunden angemaaßet hätte, und wollte, nach Verfließung derselben, erst Zeugen angeben, soll er damit nicht zugelassen werden, O. P. S. Tit. XX. §. 4.* prohibet, ne finito hoc spatio, vel in modo probandi aliquid mutetur, vel aliquid probationi addatur, quamvis haec ipsa mutatio currente adhuc fatali fieri possit, vt docet *O. P. S. Tit. XX. §. 5.* „*In welchem Fall dem Producenten unbenommen seyn soll, binnen solcher prorogirten Zeit, die Articul zu ändern; zu vermehren, und mehrere Zeugen anzugeben.*

§. II.

Eos igitur articulos, qui aliis intra currens fatale oblatis, elapso hoc termino, adduntur, novos vel additionales appellamus,

B 3

— licet

licet in genere hoc nomine ii insigniantur, qui, articulis prioribus iudici iam oblatis, denuo offeruntur, et supplementum quasi priorum continent. Hos currente adhuc fatali, siue legitimo, siue a iudice prorogato, offerri posse, elapso autem eo, qui ad probandum constitutus est, termino, non admitti, dubio omni caret. Clare enim id testantur ea, quae supra in §. 10. laudauimus, verba. *O. P. S. Tit. XX. §. 4 et 5.* De illis, qui finito demum probationis fatali offeruntur, dubium est, an vnquam admittantur, licet testes noui, et quibus intra currens fatale testimonium denunciatum non est, finito hoc ipso tempore, interdum recipiantur. *O. P. S. Tit. XX. §. 5. et O. P. R. ad Tit. XXIII. §. 2.*

§. 12.

Sunt enim plures, qui cum videant *ORDINATIONEM PROCESSVS SAXONIC: Tit. XX. §. 4.* mutationem articulorum tantum durante fatali, siue legali siue prorogato, permittere, elapso autem hoc tempore, nouorum articulorum oblationem prohibere, verbis huius legis strictius inhaerentes, finito fatali, nullos omnino nouos articulos admittunt, et testes etiam nouos, qui in demortuorum locum substituuntur, super iisdem articulis, qui prioribus testibus scripti erant, examinandos esse censent. At cum haec ipsa, ad quae prouocare solent, legis verba, tantum de eo, quod plerumque fit, agant, nec quid fieri debeat, si is, qui probare iussus est, ex iusta causa in integrum restituatur, definiant, ex iisdem quaestionis nostrae decisionem nequaquam petendam esse, sed eandem potius ex analogia *O. P. S. Tit. XXI. §. 4.* quae propter iustam ignorantiam ei, qui probare iussus est, si aduersa pars nouas exceptiones in probando attulerit, permittit, vt articulos reprobatoriorum reprobatorios offerat, decidendam esse censemus. Hanc enim iuris analogiam sequuntur iuris Saxonici interpretes, qui unanimi fere consensu docent, contra documenta nouiter reperta reprobatione locum esse, v. *RIVINVS in Enunc. ad O. P. S. Tit. XXI. En. LI. BERGER. in Elect. Decis. for. Tit. XXIV. Obs. III.*

n. 2. et HOMMEL in *Rhaps. Obs. CCXCII.* et ii, qui, observante KÜSTNERO ad *Gribnerum p. 253.* novos articulos admittunt, si quis nouiter reperto documento vtatur, vt scilicet in his articulis ea, quae per hoc documentum, quippe quod noua saepius probationis argumenta continet, probantur, vberius exponantur. Quae cum ita sint, et aequitas ipsa suadeat, vt ei, qui nouis testibus vtitur, locum concedamus, in quo ea, quae testes sciunt exponere, nouaque, quae inde fluunt argumenta, adducere possit, novos etiam articulos admittendos esse censemus, si noui testes, qui vel in locum mortuorum substituuntur, vel nouiter reperiuntur, impetrata, ex clausula Praetoris generali, si qua mihi iusta causa videbitur, in integrum restitutione, admittantur, et ab eo, qui probare iussus est, finito demum probationis fatali producantur. Rarius enim eueniet, vt hi noui testes eandem negotii scientiam habeant, quam habuerunt ii, quibus primum testimonium denunciatum est, indeque de aliis quidem, quae negotium circumstant, rebus, non autem de iis, quae viderunt, audiuerunt senserunt priores testes, testimonium dicere possunt. Ridiculum igitur esset, bene monente HOMMELIO in *Rhaps. Obs. DXII.* hos testes de iis articulis interrogare, qui aliis testibus scripti sunt. Saepius enim accideret, vt nouus testis ne ad vllam quidem quaestionem, quas tamen omnes alius testis, qui periit, perpulcre forsan explicasset, commode responderet. Hic enim forsan, vt rem exemplo illustremus, solutioni, quam probandam susceperat, is, qui testem produxerat, ipse interfuit, ideoque commode de monetae genere, quo solutio facta est, de die, loco, quo et vbi solutio facta sit, interrogari poterit. Ille autem, qui fortuito aduenit, cum creditor debitorem alio in loco liberaret, apochamque eidem scriberet, nec de monetae genere, nec de die, nec loco solutionis testimonium praebabit, licet per vtrumque, per hunc scilicet mediate, per illum immediate, solutionem factam esse, probari possit. Magnum igitur subirent periculum ii, quibus novos testes producere licet, si hos ipsos tantum de iis articulis, qui prioribus testibus scripti sunt, interrogare deberent,
nec

nec novos articulos addere possent, in quibus ea proponuntur, quae testes noui sciant, et ex quibus demum ea, quae per priores testes, nisi periissent, plene probata essent, per legitimam confectionem, et artificialem probationem deduci probarique possunt. Nec multum prodesset iis id, quod leges ipsis concedunt, beneficium, cum et hoc modo saepius, sine sua culpa, probatione sua exciderent. Quod cum iniuicium sit, nec iuri conueniat, ut quis sine sua culpa damnum patiat, probationes autem, ex communi Doctorum sententia, magis ampliandae, quam restringendae sint, aequum omnino videtur, ut nouis testibus admissis, noui etiam articuli probatoriales, in quibus ea explicanda sunt, quae testes sciunt, admittantur. Recte igitur monet GRIBNERVS in *Discurs zur Erläut. der Process. Ord. ad Tit. XXIII. §. 2.* mutandos esse interdum articulos, si testes casu perierint, et in eorum locum alii substituuntur. Testes enim, ne examen eorum sine omni fructu sit, de iis rebus, quarum notitiam habent, interrogandi sunt, et cum quaestiones, super quibus testes examinantur, ab ipso probante in articulis proponantur, *C. 2. X. de Testibus in 6to*, nouis receptis testibus, noui etiam articuli admittendi erunt. Restituuntur enim ii, quibus novos testes producere licet, breui manu in integrum, quippe quo beneficio leges et iis subueniunt, qui in solemnibus aliquid sine sua culpa neglexerunt. *L. 7. D. de in integr. rest.* Restitutio autem in integrum, omnia in pristinum statum deducit, et iura, quae periere, redintegrat. Is igitur, cuius noui testes, elapso iam fatali, recipiuntur, ad nouam probationem admittitur, et cum sine articulis ex fori nostri usu probatio fieri non possit, hoc ipso facto facultatem, accipit, novos etiam articulos prioribus adiiciendi, verumque est, quod RUTGER. RVLANTVS in *Tr. de Commiss. P. III. Lib. I. c. VII.* docet: *semper posse novos articulos produci et addi, donec alii et noui testes produci et recipi possint.* Immo verba *O. P. R. ad Tit. XXIII. §. 2.* ipsa, nisi fallor, hanc potestatem novos testes producenti tribuere videntur, quae in hunc modum concepta sunt: „*Endlich können wir geschehen lassen, daß*

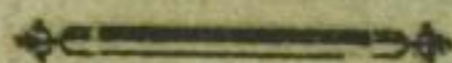
daß, wenn ein oder mehr Zeugen vor dem würrklichen Verhör mit Tode abgehen sollten, oder auch schon vor übergebenen Articulu verstorben wären, und der Beweisführer, da er, daß er solches nicht gewußt, vermittelst Eydes erhalten würde, anstatt eines verstorbenen, 1. oder 2. andere und nach Befinden der Umstände auch mehrere, binnen Sächsischer Frist, a tempore notitiae, weiter aber nicht, benennen und gehörig abhören lassen möge. Nam verbum BEHÖRIG, quo legislator vtitur, non solum ad solitum iudiciorum ordinem referri potest, vt testes, obseruante GRIEBNERO *ad h. l.* vel per requisitionem, vel per iudicem ipsum examinentur, sed eam etiam admittit interpretationem, vt testes de omnibus iis interrogentur, quae ad rei, de qua agitur, accuratiorem cognitionem pertinent, et non solum iustum ordinem, sed aptum etiam modum significat. Apto autem modo testes examinantur, si de iis rebus interrogentur, quarum notitiam habeant. Igitur articuli, super quibus testes producuntur, iisdem aptandi sunt.

§. 13.

Hanc autem, quam analogiae iuris conuenire putamus, sententiam, testium scilicet nouorum examen ad articulos, aliis testibus scriptos, non restringendum esse, sed admissis nouis testibus etiam nouos articulos probatoriales admitti, vsus fori comprobauit. Nam non solum SCABINI LIPSIENSES Ao. MDCXXII. teste BARTHIO in *Hodogeta forensi C. I. §. XXXVIII. litt. a.)* articulos nouos admifere his verbis: „und bleibet Klägern, anstatt des verstorbenen Zeugens, einen andern anzugeben, sowohl Additionalarticul einzubringen, unbenommen. Er ist aber damit binnen Sächsischer Frist, bey Verlust derselben, einzukommen schuldig, et IVRECONSULTI LIPSIENSES M. Octobr. MDCCLXIX. obseruante HOMMELIO in *Rhaps. Obs. DXII.* eandem sententiam secuti sunt, sed haec ipsa etiam sententia, vt Praefes mihi retulit, SCABINIS LIPSIENSIBVS et IVRECONSULTIS WIT-

C

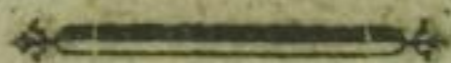
TEN-



TENBERGENSIBVS in causa Georgii Kappleri et Caroli Friderici de Götz nuper placuit. Illi scilicet M. Mart. MDCCXC. in hunc modum sententiam tulere: „Daß Kläger das Absterben des bey seinem Gegenbeweise angegebenen Zeugens G. S. gehörig beyzubringen schuldig, und ist er an dessen statt einen andern fol. I. zu ernennen und Additionalarticul einzureichen wohl befugt gewesen, derowegen Klägers Suchen wohl statt gegeben werden mag,“ his additis decidendi rationibus: „Dieweil, auch nach Verfluß der zu Einreichung des Beweises oder Gegenbeweises geordneten Frist, jedoch noch vor Eröffnung der Gezeugnisse, anstatt eines verstorbenen Zeugens, einen neuen Zeugen zu ernennen, den Rechten nach verstattet wird, in gegenwärtiger Streitsache hingegen die Gezeugnisse noch nicht eröffnet sind, folglich die Ernennung Hans Hurbans, der an des verstorbenen Hans Schützens Stelle treten soll, annoch zu gehöriger Zeit erfolget, nächstdem es in der Natur der Sache gegründet ist, daß dem Beweisführer, welchem einen neuen Zeugen zu ernennen frey stand, auch die Anzeige der Umstände, wovon demselben Wissenschaft beywohnet, also die Einreichung neuer Artikel, wofern sie nur das eigentliche Beweisthema angehen, nachgelassen werde, inmaassen von einerley Thatsache es ganz verschiedene Erfahrungen geben kann, die nicht insgesammt von eben denselben Beobachtern gemacht worden, und im Fall es auf die Mittheilung dieser Erfahrungen ankömmt, es von selbst sich verstehet, daß ein jeder die seinigen mittheile, bey welcher Bewandniß der Absicht der Gesetze, die dem Beweisführer, auf den Todesfall einer seiner Zeugen, durch die Ernennung eines andern geholfen wissen wollen, es offenbar

bar

bar zuwider seyn würde, wenn der neue Zeuge schlechter-
dings über keine andere Artikel, als über diejenigen, bey
welchen der Verstorbene angegeben war, befragt werden dürf-
te: So ist von Uns gesprochenermaassen billig erkannt. Hi
autem, cum ab hac sententia prouocatum esset, eandem M.
Septbr. MDCCXC. confirmauerunt, et cum reus negasset quae-
sionem, an in locum demortui testis alii, elapso iam proba-
tionis fatali, substitui possint? ex legibus Saxoniae Electoralis
decidendam esse, has confirmatoriae rationes subiecere: „D. a. u.
d. — was die Hauptsache anbetrifft, die confirmirte Amts-
ordnung des Marggr. Oberlausitz §. XVII. verbis: „er hätte
„denn solche erhebliche Ursachen und Impedimenta vorzuzwen-
„den, die zu Recht beständig, und billig in Acht zu nehmen
„seyn“ in gewissen Fällen, selbst nach Ablauf der zur Be-
weisung bestimmten Frist, noch Zeugen anzugeben verstattet,
mithin hierinnen von den gemeinen sächsischen Rechten, nach
welchen die Beweisfrist gleichfalls Terminus peremptorius ist,
dennoch aber, auch nach Ablauf derselben, anstatt der vor
der Abhörnung verstorbenen Zeugen, neue angegeben werden
können, nicht abweicht, in gegenwärtiger Sache aber, da
durch die von Beklagten veranlassete Aufnahme des Termins,
die Abhörnung des einen von Klägern angegebenen Zeugens
verhindert worden ist, ein Fall eintritt, wo Producent er-
hebliche Ursachen, einen neuen Zeugen an des verstorbenen
Stelle zu ernennen, gehabt hat, folglich mit dieser Angabe
um so viel mehr gehört werden muß, da auch die gemeinen
Rechte, auf welche, in Ermangelung besonderer einheimischen
Verordnungen, in dem Marggrathum der Oberlausitz Rück-
sicht genommen wird, dem Producenten erlauben, nach be-



reits verflossener Beweisfrist, statt der vor der Abhörnung ohne sein Verschulden verlohrnen Zeugen, andere zu ernennen: LEYSER in *Med. ad Pandect. Spec.* 259. M. 6. und es unbillig seyn würde, wenn derjenige, der den Beweis führen soll, ohne eigenes Versehen, durch gegenseitiges Zögern, seiner Beweismittel beraubt werden sollte: MARTINI in *Comment. ad Proc. Tit. XX. §. 8.* sodann die substituirtten Zeugen, weil selbige nicht jederzeit von denjenigen Dingen, über welche die verstorbenen Zeugen haben befragt werden sollen, eben dieselbe Wissenschaft haben, vorzüglich über diejenigen Umstände, welche zu ihrer Kenntniß gekommen sind, befragt werden müssen, damit aus ihren Aussagen dasjenige, was erwiesen werden soll, wenigstens gefolgert werden könne, hieraus aber sich gewissermaassen die Nothwendigkeit, nach Befinden, neue Additionalartikel, welche auf die dem Zeugen bekannten *Facta* zu richten sind, abzufassen, ergiebet; BARTHIVS in *Hodog. for. C. I. §. 38.* HOMMEL. in *Rhaps. Obs.* 512. So sind Wir &c.



Fratt juur
903

