

Pra. 15 num. 1
12.
DE
TESTIBVS
NOVITER REPERTIS

PRAESIDE

D. ERNESTO GOTTFR. CHRISTIANO
KLVGEL

IVR. SAX. P. P. IVDICII PROVINC. IN LVSATIAE INFER.
MARCHION. ET FACVLT. IVRID. WITT. ASSESSORE

DIE III. NOV. CCCCCCLXXV.

PUBLICE DISPVTABIT

FRIDERICVS GUILIELMVS MARCVS
ORTRANDIA MISNICVS.



VVITTENBERGAE
TYPIS FRID. GOTTL. LEBERECHT BOEHMERI.



ILLUSTRESSIMO COMITI
AC DOMINO
DOMINO
S. R. I. COMITI
GOTTHELF ADOLPHO
DE HOYM

DYNASTAE DROYSSIGII, SCHLAWENTITZI, GLEINAE,
THALWITZII, NEBRAE, SCKOLENAE, LOEBICHAVIAE
RELIQ.

SERENISSIMI PRINCIPIS ELECTORIS
SAXONIAE

A CONSELLIS INTERIORIBVS
DE OMNI REPUBLICA
EXIMIIS MERITIS FLORENTISSIMO

CAMERAE CIZENSIS DIRECTORI
LONGE MERITISSIMO

MAECENATI RELIGIOSISSIMO
MENTIS CVLTU PROSEVENDO

HOC PIGNVS
OBSEQVII GRATIQLVE ANIMI

SUBMISSISSIME OFFERT

ET

IPSIVS GRATIAE

DEMISSISSIME SE SVAQVE COMMENDAT

ILLVSTRISSIMO NOMINI

SUBIECTISSIMVS

FRIDERICVS GVILIELMVS MARCVS.

ILLVSTRISSIME COMES
MAECENAS GRATIOSISSIME,

CSi quid est, COMES CELSIS SIME, in
quo ego officii mei rationem luben-
tius absoluo, sane in eo consistit, ut incredi-
bilem TVAM comitatem, singularem TVAM
gratiam ac munificentiam, omni qua par est
venerer pietate. Ita enim TIBI deditissi-
mum affectum, omnibus relictis aliis ratio-
nibus, quae suspicionem aliquam in me trans-
ferre possent, hisce tantum pagellis testari
volui. Hoc vnum certe in votis habeo, omni-
busque etiam precibus oro atque obtestor,
qui qualemque hoc munus serena fronte
accipias, et illam gratiam, quam plenam sae-
pius vna cum FRATRE TVO ILLVSTRISSIMO,

A 3

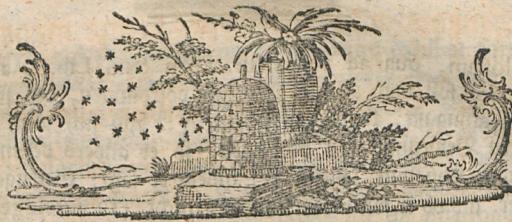
cuius

cuius manes adhuc veneror, in me meosque
diffudisti, etiam in posterum in me gratiose
deriuies. Celebrent alii, quibus plus est in-
genii, mihi enim vis orationis, quae tanto
digna sit Viro, deficit, **ILLVSTRISSIMVM**
TVVM NOMEN, ego autem Deum supplex
adibo, vt **TIBI TVAEQUE GENTI** splendidissi-
mae incolumitatem, omnigenamque salutem
nunquam non impertiri velit. Annuente sic
Altissimo Numine vigebit salus, florebit, con-
stabit, **TVI TVAEQUE** Domus Illustrissimae fa-
ma, et ad seram vsque posteritatem immor-
tali nomine amplificabitur, quod summa, qua
par est, reuerentia vouet

NOMINIS TVI ILLVSTRISSIMI

CVLTOR SVBIECTISSIMVS

FRIDERICVS GVILIELMVS
MARCVS.



Q. D. B. V.

DE

TESTIBVS NOVITER REPERTIS.

§. I.

Constans est ICtorum, qui de processu iudicario *Terminus* scriperunt, assertio, terminum probationi *probato-* scriptum esse peremtorium.^{a)} Iure quidem *rius est* Saxonico, ad quod etiam nonnulli effatum il- *perento-* lud restringunt,^{b)} dubio hoc caret, cuius lege ille termi- *rius, in-* nus expresse dicitur *peremtorius,*^{c)} quae antiquae confue- *primis in-* tudini videtur debere originem. Pertinere enim *huc cre-* *re Saxonico.*
do

a) MENCKEN proc. Tit. XX. §. 3. STRYCK introd. ad prax. Cap. XVII. §. 6. CARPOV. in def. for. P. I. const. IX. def. 12. n. 3. KOENIG in Proc. cap. 71. n. 4. DE ROTHSCHÜTZ Proc. I. Th. Art. 16. n. 3. et alii.

b) VT NICOLAI in proc. P. I. cap. 48. n. 7. et COLER de proc. ex. P. I. cap. II. n. 33.

c) O. Pr. Sax. Tit. XX. §. 4.

do glossam, qua ad verba Iur. Prou. Sax. Lib. I. art. 62. Gezeuges soll man über 6 Wochen vollkommen, des sich der Mann annässt, sequentia notantur: daß sich auch keiner übrigen Beweisung soll vermeisen, so er anders dessen ohne Schaden seyn will, meint er, indem er sagt: Gezeuges soll man ic. als ob er solt sagen, thut ers nicht, (subintelligendum puto intra 6. Septimanas) er kommt darüber in Schaden. Postea auctor recentiorum additionum ad Ius prouinc. Sax. aperte docet: *hoc tempus dicitur peremtorium^{d)}* et ZOBELIVS: *iure Saxonico post terminum praefixum nemo admittitur ad probandum,^{e)}* quod ita fuit receptum, vt vel ante ZOBELIVM Scabini Lipsienses probationem elapsō hoc fatali desertam pronunciauerint.^{f)} Vix hanc ex iure Romano assumentam credo confuetudinem, quamuis ille Glossator Saxo, inepte prorsus, ad *ſ. i. I. de poena temp. litig.* alii ad alias leges Iustinianae prouocent. Antiquiorum Glossatorum iuris Romani nonnulli quoad probationis fatalem lapsum distinxerunt, an dies peremtorius fuit prae scriptus, necne, vt enarrat, prouocans quoque ad Oldradum, IOANNES ANDREAE.^{g)} Attamen inualuit apud hos glossatores opinio: *posse item contestaram omnem terminum haberi pro peremtorio,* vt tradit idem ANDREAE,^{h)} cuius auctoritatem excitat BRODAEVS,ⁱ⁾ qui regulam hanc probari credit ex *L. 2. C. quom. et quando iud.* cui tamen ad stipulari non audeo. Etenim si omnia edicta fuissent perematoria, et regula ista standum esset, vox peremtorii in ea lege foret superflua. BRVN-
NEMAN-

^{d)} In addit. f. ad dict. artic. 62. L. I. Iur. Prou. Sax.

^{e)} In differ. Iur. Sax. et Civil. diff. 36.

^{f)} vid. sententiam 26, 27. et 28, inter eas, quas collectas ZOBELIVS libro differentiarum modo allegato addidit.

^{g)} In addit. ad Durandi speculum L. I. partic. III. §. 5.

^{h)} In cit. add. ad Speculatorem.

ⁱ⁾ Ad Polleti hist. fori Rom. L. V. cap. 3. not. 3. in fine.

NEMANNVS, qui *) alios iterum citans hanc exhibet formulam: *omnis dilatio probatoria est peremtoria*, vna cum auctore addit. ad Ius prou. Sax. supra laudato, hanc suam aliorumque sententiam L. i. C. de dilat. et L. 7. D. de fer. et dilat.) defendere conatur. Sed ex his quoque, omnem terminum probatorium fuisse peremtorium, minime liquet. Praeterea, cum in his legibus sermo sit de dilationibus, verba de omnibus dilationibus in quacunque iudicij parte, non de his solis, quae ob probationem dari poterunt, intelligenda sunt. Nisi omnia me fallunt, in hac materia a nonnullis confunduntur iura Romana cum hodiernis, siue saltim cum consuetudinibus diu post Iustinianum introducatis, vt fingant sibi scriptores tale iudicium apud Romanos, quale hodie in plurimis est locis. At enim uero apud Romanos si actio scriptura probanda esset, huic exemplum iam apud praetorem et ipsam ante litis contestationem edebatur, ^{m)} quod etiam de rei exceptione verum esse videtur. ⁿ⁾ Hic in principio etiam litis, siue, vt hodie dicere solemus, in primo statim termino, dilationes locum habebant, vt bene annotauit CVIACIVS o): *post litem contestatam, aut etiam in lite ipsa contestanda saepenumero petuntur a iudice dilationes instrumentorum aut personarum exhibendarum gratia, instruendi iudicis, instruenda sunt intentionis gratia.* Non iniuria haec CVIACIVS de testibus etiā affirmat, quae L. i. D. de edendo tantum de scriptis instrumentis proposita esse animaduertimus. Nam eos quoque in ipso iu-

re

k) Ad I.I. C. de dilat. n. 18.

l) Vid. Brunnem. in comment. ad hanc legem.

m) L. I. §. 3. D. de edendo.

n) L. ead. pr. verbis: *veniat instructus.*

o) Parat. in L. III. Cod. tit. XI.

B

re produci debuisse inde dubio caret, quia, si interdictis opus esset, pleraque, nisi testibus auditis, dari non potuerunt. Neque aliter fieri potuit in nonnullis cognitionibus extraordinariis. Atque is simplex iudicii ordo, quem ipsa natura rei docet, apud Romanos etiam in vnu fuit, antequam praetores creabantur, quod patet exemplo Virginii nutrice filiac comitati apud LIVIVM. p). Deinde iudice dato, die que reis dicta, etiam tabulac exhibebantur, et testes, quos statim, si fieri poterat, in iudicium adducebat litigans, in subsellii vel cum actore vel reo sedentes, his praesentibus examinabantur, et in altercatione ab utraque parte, oratoribus item et causarum patronis interrogabantur. Quae, prout ea dudum obseruauit de publicis iudiciis POLLETVS^{q)}, ita non male de priuatis quoque HEINECCIVS^{r)} accipit. Qui igitur hodie solet constitui terminus ad probandum per interlocutionem, in primis more Saxonico, eoque, ut probare studet ex vetusto formularum Saxoniarum libro, HEINECCIVS^{s)} valde antiquo, eum ignorabant veteres Romani, et, quod hodie solet fieri in terminis, ut dicimus, productionis, reproductionis, et disputationis attestationum, illa omnia in altercatione Romana simul facta fuisse, vero est similius. Cum vero testes et documenta non semper statim in promtu fuissent, sive danda in iure sive in iudicio, sive illa differentia certo modo ao. 294. sublata^{t)}, generatim apud magistratum, dilatio imperrabatur, eaque etiam repetita, quod illae leges Digestorum et Codicis de dilationi-

p) Libr. III. cap. 48.

q) Hist. fori Rom. L. IV. cap. 13.

r) Antiqu. Rom. L. IV. tit. 17. §. 10.

s) Richtsteig über das Landrecht, cap. 16.

t) In iur. Germ. L. III. §. 255.

u) L. 2. C. de pedan. iud.

tionibus planum faciunt. Ex his autem efficitur, dilatationem primam Romanorum non eo esse sensu accipientam, quo nos illam intelligimus, etenim respectu ad nostras consuetudines habito cum spatio ad probandum legitimo datoque per leges et sententiam interlocutoriam esset comparanda, deinde etiam, non eam fuisse peremtoriam, cum aliae adhuc locum haberent. Peremtorium enim est, quod perimit disceprationem, et ultra non patitur aduersarium tergiuersari ^{x)}. Sed differentia quoque antiquae et hodier- nae dilationis est in petendo. Dilatationes enim fatalium olim perebantur, finito iam tempore legitimo siue prioris spatio dilationis, ^{y)} vt ex hoc etiam apparet, ista aegre perematoria dici. Nec inuenio iure Canonico terminum probationis appellari peremtorium. Hoc iure tabulas usque ad conclusionem in causa, ^{z)} testes usque dum dicta eorum paribus legitimo modo, scilicet per publicationem, innotuerint, ^{a)} producere, permittitur, et, rem plenius rimando, hoc iure, nisi decreto tempus litis terminatum fuerit, ^{b)} partium renunciatione ulterioris probationis opus est ad id, vt, eas amplius ad probandum admitti non deberi, affirmari possit. ^{c)} Non igitur ex ipso iure Romano aut Canonico hoc venit, quod terminus probatorius dicatur peremtorius. Venit tamen quodammodo ex istorum iurium, siue falsa prorsus, siue saltim extensiua, quam nominare solemus, eaque usuali interpretatione, postea legibus quoque

B 2

x) L. 70. D. de iudic.

y) L. 9. C. Theod. de repar. appell. L. 2. et 5. C. de temp. appell.

z) Cap. 9. X. de fide instrum.

a) Cap. 25. et 35. X. de testib.

b) Vt in Cap. 2. de testib. in Sexto.

c) LANCELOT, inst. iur. Can. L. III. tit. 14. §. elaphis cap. 17. X. de testib.

quoque confirmata. Cum enim leges,^{a)} et ex his canones,^{e)} trinam permittant testium productionem posteaque nulli locum dent, hoc applicuerunt ICti ad ter repetitum spatium dilatorum ad probandum peremtorie concedendum, sive trinam dilationem probatoriam. Ita enim inter antiquiores, qui iudiciorum formam descriperunt, docent DE ROTHSCHÜTZ,^{f)} KOENIG,^{g)} MEVRER,^{h)} aliquie, et hoc resero etiam verba, quibus fit mentio iuris communis, in Ordin. Camer. Imper. d. a. 1555.ⁱ⁾ quamuis, cum licet iure Imperii probationibus statim, cum libellus offertur, vti,^{k)} hoc iure terminum, qui per eminentiam probatorius debat appellari, vt fit iure Saxonicō, a caeteris separare vix videtur necessarium. Illi autem Doctores cum CARPZOVI^o) et aliis ipsum excitant BARTOLVM. Et vere hic audacior ACCVRSIO interpres scriptit ad L. 2. C. quom. et quando iud. quaedam sunt dilationes, quae dantur ad probandum, et ibi omnis dilatio est peremtoria, l. cont. etiam se non dicatur. Lex, ad quam prouocat, est L. 53. D. de re iudic. mirum in modum in hanc fententiam, quamuis non negem, eam ad coarctandas lites utilem esse, contorta. Sed de his iam satis.

§. 2.

a) Nou. XC. cap. 4.

e) Cap. 15. X. de testibus.

f) In proc. iur. I. Th. Art. 16. n. 6.

g) Practica oder Proces Cap. 71. n. 1.

h) Liberet teutsch. Land- u. Stadt-Rechte I. Th. tit. von termin der Beweisung.

i) P. III. cap. 16. §. 6.

k) R. I. nouiss. §. 39.

l) In def. for. P. I. const. IX, def. 12. n. 3.

§. 2.

Quia autem terminus probatorius est peremtorius, *Peremto-*
testes quoque, quibus vel actor vel reus ut volunt, in rium hoc
tra hoc spatium produci vel saltim nominari, (nam in hoc inproban-
do ad te-
quoque dissentiebant Doctores,^{m)} iure tamen Saxonico po-
sterius, lege ita iubente,ⁿ⁾ sufficit) debent, adeo ut, elas-
teries quo-
psò termino nec articulos augere aut circa eos quicquam
mutare, nec testes alios nominare, (sicut nec copias alio-
rum et nouorum documentorum exhibere,) et ne directo-
rium quidem immutare, nec etiam variare, et testes pro
documentis, siue haec pro illis producere, liceat, prouti
tradunt CARPOV,^{o)} ZIEGLER,^{p)} RIVINVS,^{q)} BERGER,^{r)}
*SCHWENDENDÖRFER^{s)}, STRYCK,^{t)} MENCKEN,^{u)} et
*alii multi.**

§. 3.

Verum enim vero, quamvis illa de peremtorio ter- *Sunt ta-*
mini probationem definiens obtineat opinio, ICti tamen
multas ipsi suppeditant exceptiones. Ita, termino iam fini-
to, iuramenti delationem, tanquam subsidiarium probatio-
nem

B 3

^{m)} MOLLER ad Const. El. Sax. 16. P. I. n. 1.ⁿ⁾ O. P. S. Tit. XX. §. 1.^{o)} In def. for. P. I. const. XVI. def. 5. et def. 7. n. 3. item in proc. Tit. XIII. art. 1. n. 132. et in Resp. c. III. resp. 86.^{p)} Ad O. Pr. Sax. Tit. XX. ad verba: andere und mehr Zeugen, et ad verba: terminus productionis. item in introd. ad proc. cap. X. §. 7.^{q)} In Enunc. iur. ad tit. XX. en. 93.^{r)} In El. disc. for. ad tit. XX. obs. 2. n. 2.^{s)} Ad Fibigii proc. P. I. cap. II. §. 15. not. x. n. 5.^{t)} Introd. ad prax. for. Cap. XVII. §. 6.^{u)} In proc. ad tit. XX. §. 6. et 19.

ratione peremptoriū probationis, nem, admittunt,^{x)} non prohibent correctionem erroris in directorio commissi,^{y)} permitunt additionales articulos, si factum, quo replica instrui potest, exacto iam spatio, ad actoris demum notitiam peruerterit,^{z)} noua probationis instrumenta, si illa probatio, quae legitimo tempore suscepta erat, non sufficeret, ad iudicem instruendum ex ipsis iussu exhibenda esse docent, ^{a)} vt taceam, quae de restitutione in integrum, iustitio, partium consensu, casu, impedimentis legitimis, et aliis eiusmodi, a LEYSERO,^{b)} CARPOVIO,^{c)} DORNSPERGER,^{d)} RIVINO,^{e)} caeterisque traduntur. Neque in eo moror, vtrum illa omnia recte scripta sint, et quatenus cum legibus aut iuris, quam vocamus, analogia conueniant, quippe quae nimium a materia mihi iam proposita distant. Propius autem accedit hoc, quod documenta nouiter reperta post terminum probationi destinatum admitti debeant. Quamuis enim hic quoque Doctores in diuersas abeant partes, nonnullis hanc facultatem negantibus,^{f)} plerique tamen eam et recte producenti vindicant.^{g)} Iam in illud inquiramus, num hoc de testibus quoque valeat, et testes nouiter reperti, scilicet, quorum notitiam durante spatio fatali is, qui probare iussus est, non habuit, quos plane non nouit, aut quos scientiam de re probanda habere

^{x)} vid. LUDOVICI Einleit. zum Civil-Proc. Cap. XIX. §. 2.

^{y)} RIVIN. ad tit. XX. en. 94.

^{z)} BERGER El. disc. foren. tit. XX. obs. III. not. 8.

^{a)} A LEYSER in medit. ad Pandect. Spec. 259. med. 3.

^{b)} Cit. Spec. 259.

^{c)} In def. for. P. I. const. XII. def. 18. n. 5. et 6. it. def. 20.

^{d)} Syntagn. iur. de probat. L. I. cap. XI.

^{e)} In enunc. iur. ad tit. XX. passim.

^{f)} STRYCK introd. ad prax. C. XVII. §. 6. PISTORIS obs. 183. n. 2.

^{g)} CARPOV in def. for. P. I. const. XVI. def. 6. n. 5. MOLLER ad eand. const. cum caeteris DD. plerisque.

bere ignorauit, siue tandem, quanquam rei iis esse notitiam sciuit, tamen, vbi lateant, non potuit resuscitere, fatali die probationis exacto nominari et produci possint.

§. 4.

Affirmanti responsioni CARPZOVI contraria est auctoritas, qui claris verbis docet, ^{a)} *testes nouiter repertos post lis negat terminum probatoriorum produci non posse.* Prouocat, ut tur. hanc suam tueatur sententiam, ad MOLLERV. ⁱ⁾ Hic autem nihil decidit, sed, postquam nonnullorum varias opiniones, adiectis locorum, quibus de hac materia agunt, allegationibus, enarratuit, tractationem illius causae his verbis claudit: *sane apud nos post publicatas arrestationes admissos illos unquam fuisse non memini.* Cuius igitur MOLLERVS nullum existare exemplum tradidit, id pro illicito habuit CARPZOVIVS. Neque tamen negationis illius desunt rationes. Quamuis enim putares, facilime colligi a documentis nouiter repertis, quae producere post terminum licere supra monui, tales quoque testes dari posse, non tamen iustum ex omni parte erit hoc argumentum, etiam si id nonnullis, quos allegat MOLLERVS, ^{k)} placuerit, hoc in primis, ut eam amplectenter sententiam, permotis, quod testes cum instrumentis parem habeant vim, et veniant sub illorum appellatione. Adeo enim ingens differentia inter tabulas et testes. Non autem intelligo eam, quam idem MOLLERVS ^{j)} ex IASONE refert, nimirum, quod testes de novo producendi non habeant expeditam probationem,

^{a)} In def. for. P. I. const. XVI. def. 6. n. 8.

ⁱ⁾ Ad eand. const. XVI. n. 31.

^{k)} d. l. n. 30.

^{l)} cit. loc. n. 30.

tionem, sine vltiori causae cognitione, sed in illis requiratur citatio, productio articulorum, iuramentum, examinatio et similia, quae in instrumentis non requirantur, quae sint probatio probata. Non enim video, qui ista, sine quibus testimonia personarum haberi nequeunt, possint nouiter repertas repellere. Quamuis enim plures actus ideoque longius tempus ad probationem per testes necessaria sint, quam quae ad probationem per documenta requiruntur, non tamen haec temporis actuunque differentia pertinet ad naturam probationis, et, si illa non impedit primam testium productionem, vltiori etiam officere non debet. Sed est aliud, idque grauius, discrimen inter demonstrationem secundam per testes et documenta. Metus enim subornationis est ratione testium, non vero tabularum. Quid autem sit subornationis metus, verbis HILTROPII ^{m)} describam: *si cognouisssem, quod testes contra me essent testificati, vel intelligerem, eos pro me non tamen satis clare testificatos, possem alios quosdam subornare, qui fortassis clarus deponerent, et ita materia fabricandi falsum, et corrumpendi homines inde oriretur.* Sane ipsis legibus, vbi permittitur tria testium productio, tantum propter metum subornationis quarta, nisi praestita solennitate, quae nominatur iure canonico, legali, pro illicita habetur.ⁿ⁾ Hinc Doctores quoque, quando scribunt, documenta usque ad conclusionem in causa, etiam post publicationem attestacionum, produci posse, quod iure communni permittitur,^{o)} rationem addunt hanc, quod in documentis

^{m)} In Proc. iudic. P. III. tit. IX. cap. 6. n. 60.

ⁿ⁾ Auth. at qui semel C. de probat. Nou. XC. cap. 4. et clarus Clem. 2. de testib.

^{o)} vid. supra §. 1.

tis non sit metus subornationis.^{p)} Quam causam CARPO-
VIVS ^{q)} quoque allegat, cum alia documenta in appellatio-
nis instantia producere permittit. Ipsa praeterea probatio
per testes est proprie solennis probatio. Iure enim com-
muni, ut probatio per solas tabulas peragenda per articu-
los et dato solenni spatio fiat, non videtur necessarium.
Nam iure quoque in Germania constituto, documentis
inprimis, statim probari potest,^{r)} nec incondite a RASONE,
ut supra retuli ex MOLLERO, aliisque scribitur, quod docu-
menta sint probatio probata, scilicet statim absoluenda, si-
ne ambagibus, quas iure particulari efficit solennis recogni-
tio, cum alibi, si aduersarius non excipit contra documenta,
ea ex tacito consensu pro validis habeantur. Ex quibus
omnibus dispar rationis in testibus et documentis appareret.

§. 5.

Sed sunt alia, quibus obtineri potest, testium nouiter *affirmari*
repertorum productionem omnino licere. Non tamen age *tamen*
re constitui de substitutione testium in locum demortuorum, *omnino*
quae, etiam si nonnulli ICti contradixerint,^{s)} omnino est *potest, non*
permissa. Hic enim nouiter repertos quoque produci posse, *solum,*
ambigendum non est. Neque pertractabo de ulterio *quando*
exhibitione testium in secunda instantia, ex beneficio, *terminus*
probatio-
non.

p) vid. GRVBE proc. fori cap. XVII. n. 388. SVTTINGER Ge-
richtsbrauch in Oesterreich unter der Enß, obsl. 75. n. 4.

q) In def. for. P. I. const. XXI. def. 5. n. 6.

r) R. I. d. a. 1654. §. 39.

s) vid. CARPZ. def. for. L. I. const. XVI. def. 5. n. 1.

nis non
vere pre-
terit,

nondum deducta dederam, nondum probata probabo, cuius intuitu iterum diuersis opinionibus deditos sentio scriptores.^{z)} Sicubi enim hoc beneficium conceditur, testes nouiter repertos etiam admittendos esse, manifestum, aliquibus ipsi legibus sancitum est. Neque etiam trinam istam productionem testium, cuius supra iam inieci mentionem, hue repetam, quamuis hic quoque dubio careat, ne in secunda et tertia noui testes proferantur, nihil impediens. In his enim omnibus spatium probationis, si plenius rem consideramus, non est finitum, proinde testes recens producti nouiter reperti sensu tantum grammatico poterant appellari. De eiusmodi testibus, tria productio-
ne datis, forsitan accipienda sunt verba speculi Saxonici^{x)}: Was man mit 7. Männern bezeugen soll, darüber muß (in quibusdam editionibus mag) man wohl 21. fragen. Vix enim a me impetrare possum, quin haec, ut sunt nonnulla alia, ex iure Romano ascita crediderim. Erudite quidem haec tralatitia ex iure antiquo Saxonico habentur in notis GAERTNERIANIS, ad verba Legis Saxonum antiquae^{y)}: duobus aut tribus idoneis re-
stibus vincatur, et si plures fuerint, melius est. Cum tamen REPKOVIVS elegerit numerum, qui septenarium ter complectitur, qui ad exprimendam solam multitudinem numerum magis perfectum sive rotundum, v. g. XX. LX. quorum apud antiquos Saxones frequens erat
vitus

^{z)} vid. Consultat. Saxon. (sub tit. illustres, aureae etc. decisio-
nes) P. III. qu. 12. PISTORIS in quaest. L. IV. qu. 24.

^{x)} Ut in Proiect des Cod. Fridericiani P. III. tit. 28. Sect. IV.
§. 19.

^{y)} L. II. art. 22.

^{z)} Tit. V. §. 3.

vsus, nominare poterat, conjectare licet, ex iure Romano hic aliquid irreplisse, quod ZOBELIVS etiam intellexit, qui ad eum textum haec interpolauit verba: *je sieben und sieben, bis die rechte Wahrheit erfundet wird.* Glossator tamen Germanicus ista verba ita accipit, ac si testium productio ad hunc numerum sit restricta: *der mag ihr also viel nehmen, als hie steht.* Sed glossator Latinus, qui tamen ipse ad Germanicam provocat glossam, ius Romanum quoque respicere videtur verbis: *producens potest simul tot nominare, et sic in una productione vtritur quasi tribus dilationibus.* ^{z)} Ipsa tamen tria productio apud Saxones in vsu fuisse non videtur. Nam terminus iam ab antiquo, ut supra scripsi, peremtorius fuit. Quapropter non reiiciendum puto, quod idem Glossator Latinus porro adscripsit: *si tamen pauciores a principio nominet, ex post non potest plures inducere, quia suspecti essent de subornatione, si primi in testificando desicerent, quia testes hoc modo iure deponunt publice in praesentia partium.* Secus autem secundum ius commune. Haec ultima verba de ter exhibendis testibus intelligo.

§. 6.

Agimus igitur de testibus vere nouiter repertis, no- ^{sed etiam}
minatique, cum spatiu ad probandum concessum iam ^{tempore}
C 2 ^{finitum probatio-}
^{ni prae-}

^{z)} Scilicet drey vierzehn Nacht, quibus verbis exprimitur terminus probationis in Sächs. WB. art. 75. accipiuntur pro tribus dilationibus, quarum ultima iure Saxonico eodem modo esset peremtoria, ac iure Romano, quod posterius demonstrare voluit NOODT in obseru. L. I. cap. 8. conf. BARTH hod. for. Cap. I. §. 37. nota.

+ + +

*scripto
plane ex-
acto,* finitum est, in ipsa prima instantia, nomine ex testibus prius productis mortuo. Hos autem admittendos esse, primo fauor probationum declarat. Ipse CARPOZOVIS ^{a)} concedit, probationes potius esse adiuuandas quam restringendas, quam sententiam etiam BERGERVS ^{b)} cum aliis amplectitur. Qua propter si testis nouiter repertus, non per calumniam, sed quia est maxime idoneus, nominatur, restringeretur probatio omnino, si ab examine repelleretur. Deinde ignorantia producentis consideranda est. Ignorantia enim quasi restitutioni in integrum locum dabit. ^{c)} Non igitur sine ratione scripsit DORNSPERGER ^{d)}: *maiori conceditur restitutio ad examinandum testes post publicationem vel renunciationem, ex generali clausula; si qua iusta causa erit. ex capite ignorantiae, si quis post publicationem vult testes producere, quos ignorabat se posse producere ante publicationem.* Eundem in modum arbitratur HILTROP ^{e)}: *testes, qui ante renunciationem incogniti fuerunt, non obstante renunciatione produci possunt, quia renunciatio non extendit se se nisi ad cognita, non ad incognita.* Quae hi auctores de productione post renunciationem et publicationem scribunt, explicanda sunt ex iuris recepti praeceptis, quo renunciatio, aut publicatio testimoniorum, ut supra monui, terminus est, quo probatio circumscribitur. Itaque ad aliud tempus definitum commode applicari possunt, vt testes, quos ignorauit litigans, nominari possint, hoc tempore.

a) In def. for. P. I. const. XVI. def. 2. n. 5.

b) In El. disc. for. ad tit. XX. obs. I.

c) ZANGER de except. P. III. cap. X. n. 228.

d) Syntagm. iur. de probat. L. I. cap. XI.

e) In proc. iudic. P. III. tit. IX. cap. 6. n. 111.

tempore praetermissio. Porro non solum in locum de-mortuorum testium alios nominare licere, sed etiam pro eo, qui iam productus fugae se dederat, nouos testes admissos narrat MENCKEN.^{f)} Nec immerito. Quoties enim metuendum est producenti periculum, quod deficeret probatio, nec tamen ipsius culpa hoc accidit, ei subueniendum est, ut tradit DORNSPERGER.^{g)} Si vero propter defectum probationis substitutio permittitur, cur non liceret etiam denominatio cum substitutione non coniuncta. Aequitas summa adest, ut ne is, qui debilioribus duntaxat instrumentis instructus probare conatus est, fortioribus deinde probandi mediis priuetur, si hucusque his vti, impeditus fuit. Itaque merito eiusmodi nouiter reperti testes admittuntur. Tuetur quoque hanc opinionem GRVBE,^{h)} eamque Iuris Prouinc. Prutenici,ⁱ⁾ expressa sanctione confirmat.

§. 7.

Comprobabo hanc sententiam exemplo. Quidam P. *quod ex-*
G. F. in causa sua aduersus I. S. G. articulis probatorialibus emplo de-
iam exhibitis, spatioque probatorio elapsio litteris haec iu-
dici proponebat: esse apud C. S. qui fuerat scabinus, optimam rei controversae scientiam. Eum autem se non de-
nominasse vt testem, ne in malitia incurreret suspicionem,

C 3 propter-

f) In proc. ad tit. XX. §. vlt.

g) Cit. loc.

h) In process. fori sec. styl. judicior. in Boruss. cap. XVII. n. 377.

i) L. I. tit. 35. art. 13. §. 10.

propterea quod is C. S. antequam articulos composuisset,
 melancholia correptus abierit, et latuerit, ut omnes,
 mortuum eum esse, crediderint. Praeter spem autem
 nuper epistolam ab hoc C. S. scriptam accepisse, in qua
 narraret, se commorari in vrbe Z. et, sanitate iam re-
 stituta, breui redditurum esse. Denominare igitur se hunc
 C. S. ad eosdem articulos interrogandum, qui in direc-
 torio ratione caeterorum testium nominati essent. Ad-
 debat, vt magis flecteret iudicem, se articulos obtu-
 lisce quatuor hebdomades ante diem termini probatorii
 fatalem, quae tamen narratio inutilis erat, quia termi-
 nus peremptorius interstitium non patitur, sed de mo-
 mento ad momentum, secundum DD. regulam, fluit.
 Iudex petitionibus annuens citabat testem hunc nouiter
 repertum. Sed in termino productionis aduersarius I.
 S. G. quoad hunc testem exceptione deserti testis, qui
 exacto spatio denominatus esset, vtebatur, ne ille iura-
 ret et examinaretur, protestabatur, perebatque huius in-
 tituti producentem, vt restituat expensas, condemnari.
 Replicabat producens, enasci contra productam praesum-
 tionem, quod veritatem detegi nolit, cum iste testis
 rem, de qua litigabatur, optime calleret, se autem
 nouos non confecisse articulos, sed examen testis noui-
 ter reperti tantum super iam oblatos desiderare, hocque
 desiderium diu ante, quam productus interrogatoria de-
 disset,

disset, exposuisse, cui per iecum addebat, non potuisse se ita denominare testem: qui in fuga est, forsitan mortuus, saltim vix in Europa inuestigandus. Testimonium quoque a iudice impetraverat, quod P. G. F. in litteris suis ad mandatarium datis istum C. S. inter testes nominauerat, cui deinde adiiciebat in positione mandatarius, se non obtemperasse quoad hunc testem principali suo, ex iam allegata causa, ne ab ipso iuramentum calumniae poscatur, cum iudex propter absentiam morbumque C. S. iuste calumniam praesumere potuisset. Haec quidem ultima ratio, ex litteris clientis ad patronum defumta, quippe quae magis aduersari producenti videbatur, non, attamen reliquae et quas supra allegauit, mouerunt Facultat. Iur. VVittenb. vt interrogata a iudice mense Dec. 1768. pronunciaret: Würde hiernächst Beklagter sein Anführen sol. 68. eydlich bestärcken, so mag mit Abhörung des Gegenbeweß-Zeugens C. S. im Fall der selbe an Ablegung des Zeugnißes durch seine ehemahlige Gemüths Kranckheit nicht behindert werden möchte, an noch wohl verfahren werden.

§. 8.

Aliud exemplum addam similis quidem causae, vbi *idque tunc* tamen producens a praetextu erroris in nomine testis *quoque, et* *multo ma-*
mo-

gis, locum maiorem obtinebat securitatem. Quemadmodum enim
habet, si alias, errorem in nomine nihil nocere, traditur, ita
error in specie hoc de errore in nomine testis, qui aliter, ac
persona concurrit, reuera nominatur, appellatus est in testium indice articu-
 lis probatorialibus adiecto, affirmat RIVINVS^{a)} et BARTH¹⁾,
 aliquic, ad quos posterior prouocat. Quidam G. T. in
 denominatione testium ita testem descriperat: N. Töpfer
 zu H. Gaßwirth in der Eiche vor dem Andreas-Thore.
 Postea litteras dabant ad iudicem, illum Töpfer non am-
 plius in H. commorari, sed in F. cuius praedii admini-
 strationem in se suscepisset. Petebat itaque, ut litterae
 requisitoriales dentur ad praedii F. iudicem. Post aliud
 iterum tempus nouis compellabat iudicem litteris, qui-
 bus confitebatur, se deceptum esse, cum nomen testis
 sui indagaret, ut igitur eum per errorem Töpfer appellauerit.
 Eum autem ita non nominari, sed I. A. Hu-
 be, et hunc Hube administrare praedium F. Sibi per
 longum tempus nihil cum hoc homine fuisse negotii,
 eius nomen se ignorasse, eamque ob causam facillime
 potuisse in inuestigando hoc nomine decipi, sed iam ve-
 rum istud indicare intra legitimum a tempore notitiae spa-
 tium. Rogabat deinde iudicem, ut huius Hube causa
 requisitoriales litteras ad iudicem in F. mitteret. Index

hoc

a) In Enunc. iur. ad tit. XX. en. 64.

1) In Hodeg. for. Cap. I. §. 37. not. c. n. 3.

hoc fecit. Sed aduersarius id factum indignabatur, et litteris proponebat, fieri illud, quod cum maximo ipsius praeiudicio esset coniunctum, se inconsulto non potuisse; ne quidem directorium elapso spatio probatorio mutari posse, multo minus testem nouum substitui, ideoque Hube admitti non deberi, seque, ne admittatur ad testimoniū dicendum, protestari. Rem penitus scrutando actor omnino nouum testem substituebat. Non enim respiciendum erat ad descriptionem posteriorem, qua Töpfer administrare dicebatur praedium F. sed ad priorem, qua exercitor nuncupabatur. Hube autem exercitorem in vrbe H. fuisse, non allegabatur. Quapropter, ex his rationibus, quod testes pars et medium probationis sint, nouique igitur exacto fatali tempore nominari non possint, et actor, cui non competet beneficium restitutio-
nis in integrum, sibi imputare debeat, quod minus curiosus fuerit in indagando nomine testis, prima sententia a.o. 1767. producens hunc nouum testem repellebatur, qua dicebatur: endlich hat Kläger an dem fol. 63. angegebenen Zeugen J. A. Hube sich versäumet. Actor autem nondum desperans leuterabat. Aiebat, nec mutasse se directorium, nec alium testem substituisse, sed errasse tantum in nomine, erroris correctionem licere, se hanc correxisse iusto tempore, antequam testis examinaretur, testem illum se indicasse articulo 16. tanquam

D

eum,

eum, qui praedium F. administraret, et testem, quem vellet interrogari, eundem, qui hoc praedium administraret, esse. Quanquam autem reus in responsione sua legitime probabat, quod Töpfer etiam olim administraverit praedium F. nunc autem exerceret in H. hospitium, et haec exceptio magni videbatur ponderis, siquidem constabat, hominem Töpfer existere, de quo omnia illa, quae affirmabat actor, dici poterant, et in quem descriptio in directorio expressa quadrabat, ut proinde magis in persona quam in nomine errauerit, nihil tamen secius actor, quam optabat, reformatoriā sententiam obtinuit a Scabinorum Lipsiensium Ordine mensl. Febr. 1768. daß Kläger an den fol. 63. angegebenen Zeugen J. A. Huben sich nicht versäumet, vielmehr mit dessen Abhörung über die Beweis-Articul, nach Maßgabe des directorii, sowohl über die eingereichte Interrogatoria gebührend zu verfahren. Multum iuuabat actorem tenor articulorum, secundum quos testem interrogare petierat. Lis enim erat de negotio, quod actori et reo simul ut sociis cum teste fuerat. Iam vero articulus 16. et 17. hoc continebant, testem annis 1763. et 1764. praedium F. administrasse, et in his annis contractus ab vtraque parte cum teste fuisse celebratos. Praesumtio igitur accedebat, actorem noluisse alium examinari, quam quocum res fuerat. Hac igitur ratione, eaque, quod pro nouiter reperto teste Hube haberi poterat,

poterat, permota Fáculitas Iur. VVittenb. mense Martio 1771. posteriorem sententiam, quam nunc reus, leuteratione interposita, suspendere a viribus rei iudicatae, vt auerteret periculum causa cadendi, necessarium duxerat, confirmauit. Quanquam actor etiam ad iuramentum malitia ex mente BARTHII et RIVINI supra excitatorum praefundum cogi poterat, vtrumque tamen dicasterium eundem, nulla calumniae suspicione existente, ab hoc onere voluit immunem.

§. 9.

In vtroque autem exemplo dicta testimoniis nondum *etiam si* publice nota, et perspecta erant litigatoribus. Cumque *attestatio-nes publi-catae fue-rint.* omnis subornationis abesset metus, eo facilius admitti nouiter reperti testes poterant. Scrupulum autem magis iniicere potest, an, testimoniis iam cognitis, siue publicatis attestationibus, eundem in modum agere liceat. Nec eo inficias, aegrius motum iri iudicem, vt tunc etiam admittat testes recens nominatos, cum hoc quidem casu subornationis quaedam omnino adsit suspicio, quod etiam supra latius fuit ostensum. Verum tamen si quis est probationis fauor, et publice interest, vt, quid verum sit in controuersia, innotescat, cum calumnia iuramento, scopus, impediatur, aduersa e contrario

trario illa pars, quae sola clamitat fatalia, non tam iustitia, quam calliditate et casu superior discedere velle videatur, rationibus autem vincere, multo sit honestius, quam fortuna, et ipse cedet aequitati aduersarius, et memor officii nobilis iudex in hoc quoque casu, quorum et ipsa a supra allegatis GRVBE, HILTROP et DORN-SPERGER scripta spectant, effatum sequetur PAVLIM) quories aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est.

m) L. 85. §. 2. D. de Reg. Iur.



D 2

Wittenberg, Diss., 1774-76



3

f

5b.





Pr. 15 num. 1
171
1775
4

DE
**TESTIBVS
NOVITER REPERTIS**

PRAESIDE
**D. ERNESTO GOTTFR. CHRISTIANO
KLUGEL**

IVR. SAX. P. P. IVDICH PROVINC. IN LVSATIAE INFER.
MARCHION. ET FACVLT. IVRID. WITT. ASSESSORE

DIE III. NOV. 1575.

PUBLICE DISPVTABIT

FRIDERICVS GVILIELMVS MARCVS
ORTRANDIA MISNICVS.



VVITTENBERGAE
TYPIS FRID. GOTTL. LEBERECHT BOEHMERI.

