





171
Göttingen, den 17ten Decembris 1771. In der
Königlichen Bibliothek zu Göttingen.

172
Bey dem Herrn Bibliothekarius
Herrn Johann Christian
Schubert, Bibliothekarius
zu Göttingen.
Ich habe die Ehre zu empfangen
zu seyn, dass Sie mir
den 17ten Decembris
1771, ein Exemplar
des Buchs
"Historia
Naturae
Göttingensis"
geschickt haben.
Ich danke Ihnen
hierfür sehr
sehr.

173
Ich habe die Ehre zu empfangen
zu seyn, dass Sie mir
den 17ten Decembris
1771, ein Exemplar
des Buchs
"Historia
Naturae
Göttingensis"
geschickt haben.
Ich danke Ihnen
hierfür sehr
sehr.



[Faint, illegible handwriting on aged paper]

1
2
1
1
2
3
4
1



1726.

1. Godes, Phil. Bellus : De probatione in continentibus.
2. Helwigius, Frsch. Antreas : De foro militari.

1728.

1. Bellus, Augustinus : Thesaurum selectarum juris controversi . . . ad ordinem . . . compendii juris prudentiae forensis D. G. d. Struvii congesta- rum exercitium I.
2. Nettelbladt, Christianus : Disputatio juris publici, qua formulam regiminis Sueciae de anno 1654 . . . exponit.
3. Nettelbladt, Christianus : De fontibus juris Lubecensis.
4. Wahlberg, Naus : De meritis Hassorum in regnum Sueo. Gothicum.

1729.

1. Nettelbladt, Christianus : De militari veste

1729.

2. Nettelbladt, Christianus: De episcopis regni
Svedici Romano-Catholicis.

1730.

Gerdesius, Phil. Balthes: De praemis usurariae
procurtatis.

1731.

1.2 Gerdesius, Philippus Balthes: De juris
prudentiali non papizante seu falso in
multis juris materiis papizantis doctrinae
insinualata. 2 Bampfl.

1732.

Gerdes, Phil. Balthes: De differentiis inter
S. Thom. Vellej. et. Auth. si qua mulier C. ad S. Thom.
Vellej. seu inter usorem pro marito et mulie-
rem pro extraneo intercedentem.

ine

inal

ler

ten

lic



17

2.

1

7. 94



7
1726 11 11

Q. D. B. V.
DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE
PROBATIONE
IN CONTINENTI.

94.
Qvam
DIVINA FAVENTE GRATIA,
EX DECRETO MAGNIFICI ORDINIS JURISCONSULTORUM
IN ILLUSTRIS GRYPHICA ACADEMIA,

PRÆSIDE
VIRO EXCELLENTISSIMO ET CONSULTISSIMO
DN. PHIL. BALTHAS. GERDES,
Jcto & Antecessore Regii Consistorii per Pom. & Rug.
Directore, p. t. DE CANO,

pro LICENTIA
Supremos in Jure Honores
& Privilegia legitime obtinendi,

Ad diem XIX. Decembr. Anno MDCCXXVI.
horis antemeridianis
Solenni Eruditorum Examine
submitte.

AUGUSTINUS BALTHASAR,
Gryph. Pom.

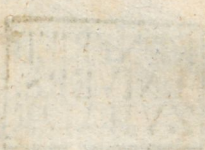


GRYPHISWALDÆ,
Litteris DANIELIS BENJAMINIS STARCKII,
Reg. Acad. Typogr.

O. D. V.
DISSERTATIO IN IURIS JURIDICA
DE
PROBATIONE
IN CONTINENTIA

GRATIA
DIVINA FAVORIS GRATIA
EXCELSAE MAJESTATIS ORDINIS JURISCONSULTORUM
IN ALIIS REBUS ACADEMIA
PRESIDENTE
-VIRI EXCELLENTISSIMO ET CONSULTISSIMO
DN. PHIL. BALTHAS. GERDES
JURIS AUSTRIACI ET SACCARUM
PROFESSORIS ET C. A. N. O.

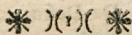
PRO LICENTIA
SACRAE IN JURE HONORIS
& FACULTATIS LEGITIMAE CONSENSU
Ab die XIX Decembris Anno MDCCXXVI



hujus auctoritatis
Solemnis Examinis
Johann
AUGUSTINUS BALTHASAR
C. P. S. O.

ARTHURUS
Litteris Doctoris hujusmodi SACRAE
C. P. S. O.





DISPUTATIONIS

de

Probatione in continenti

PRÆLOQUIUM.



*P*resens, quæ jam in publicum prodiit, de PROBATIONE IN CONTINENTI Disputatio, seculi aut favorem aut iniquitatem expertura, haud eo animo, quem ingenii tenuitas longe a me removit, conscripta est, ut Practicæ alicujus Commentationis titulum atque dignitatem tueretur, sed ut scholastici otii, temporisq; non omnino segniter & sine fructu consumti quæcunq; existeret momentum, simulq; more in Academiis recepto ad summos in utroq; jure honores capeffendos viam mihi panderet. Etenim cum publicum quoq; per actis examinibus, Amplius J. Ct. Ordinis Decretum pariter ac statutorum sancita Studiorum exigent Specimen, in eo unice defixus erat animus, ut talem operæ seligerem materiam quæ utilitate imprimis se commendaret, nec difficultate sua vota mea eluderet; Inter varia autem juris argumenta presens placuit Thema. Si enim unquam in universo juris nostri vasto Oceano occurrit materia, quæ hodiernis ab utilitate ac necessitate fore se se facit commendabilem, est certe hæc Probationum materia. Litigioso enim vivimus Seculo, quo undiq; foras litibus strepunt, ut falsum alias HOBBSIO tributum J. N. principium; Bellum inter omnes, in ipsis fere rerum obtinere videatur argumentis. Hac itaq; stante infelicitis seculi hujus rerum facie, nemo non e longinquo jam animadvertet, quam necessaria quamq; utilis sit Probationum materia. Nec enim ulla lis absq; sufficiente satis probationis subsidio suscepta, unquam optatum sibi promittere potest exitum. Etenim jus cujusdam quandoq; potest

A

esse

esse certum, sed simul moraliter certum est, per judicem exple-
mentum juris obtineri non posse, cum deficiat probatio. Quo
spectat commune illud Brocardicum: Non deficit jus, sed
probatio. Quemadmodum vero tanta probationis in genere,
ita non minor certe Probationis in continenti est utilitas, de qua
multa jam verba facere inane foret, cum usus ejus uberrimus per
omnem tractationem constabit evidentissime, Recta itaque via
ad ipsam me accingo Tractationem, quam sequenti ordine insti-
tuere placuit:

CAPUT I.

explicat.

GENERALIA RUBRICÆ

Definitionem ac Divisionem concernentia.

SUMMARIÆ.

(1) De probat. in genere remissive. (2) Formulæ in continenti
Ætymologia. (3) Synonymia. (4) Varia ejus acceptio. (5) Prob.
incont. definitio. (6) Probationis in genere divisio in plenam &
minus plenam. (7) An hanc div. recipiat prob. in contin. (8) Schil-
teri divis. prob. in eam quæ est summarii & quæ est ordinarii. (9) De
probatione notoria. (10) Prob. in cont. divisio in Leg. & illeg.
(11) Hujus species sunt per duellum. (12) Per ferrum aut prunas
candentes aut aquam ferventem. (13) Per aquam frigidam, ubi
agitur de hac proba in sagis. (14) Per Eucharistiam. (15) De
aliis remissive.

§. I.

Generalibus Probationis materiæ siquidem tritis-
simæ multis inhærere olium operamque esset
perdere, cum non tam speciales de ea in jure
nostro extent Tituli ut in ff. 3. L. 22. in Cod. 19.

L. 4.

L. 4. quos in omnibus Commentariis ff. & Cod. satis videmus excussos illustratosque, sed & variorum Jctorum de hac materia plus quam quotidiana speciales prostant Commentationes, quin magnæ molis volumina, veluti PACIANI & MASCARDI, ut aliorum jam silentio involvam opera. Interim qui vocis probationis variam significationem scire avert, adeat PET. MÜLLERUM in addit. ad Struvii Syntagm. Tit. de Probat. it. Coll. 7. Arg. eod. Tit. §. 2.

§. II. Transimus itaque ad formulæ dicendi: in ² continenti enucleationem. Descendit a verbo continere, inde continens, quod varias recipit significaciones, inprimis autem denotat: rem cum alia indivulso nexu coherentem, unde apud Geometras terra dicitur continens, quæ tractu continuo inter se cohæret, neque mari, seu interfluente aqua dissecta vel separata, hinc apud Jctos: continentia causarum, quæ accipitur pro negotii causæ vel rei quadam colligatione & cohærentia, quæ separari causam negotiumve non patitur, sed uno eodemque judicio vult terminari, l. 10. C. de jud. MINDANUS de Contin. caus. C. 1. §. 4. Præterea vox: continens relata ad tempus ³ produxit dictiones in- & ex-continenti Jctis quasi proprias, & significant idem quod particulæ: confestim, statim, illico, subito, proximus, cominus, l. 3. C. de pact. seu Germ. ohne Verzug / gleich / als bald / sirahts / von Stund an / BESOLD. Thef. pr. v. Entrede / it. gleich.

§. III. Hujus significatus Tractationi præsentis peculiaris bifaria est acceptio: (1) valde propria atque stricta, ⁴ ita ut momentum temporis præsens importet, sine aliquo intervallo. Momentum autem hic accipitur pro qualicunque brevissimo & indivisibili temporis spatio,

l. 3. §. 3. ff. de Minor. quamvis ACCURsus nefeio quo cal-
 culo punctum ic. constare momentis, horam 4. punctis,
 opinetur in *Glossa ad l. 98. de V. S.* Et hoc significatu acci-
 pitur (1) in l. 23. ff. ad L. Jul. de Adult. ibi: quod ait lex
 INCONTINENTI siliam occidat, sic erit accipiendum, ne occiso
 bodie adulterore servet & post dies siliam occidat vel contra, debet
 enim prope uno ictu & uno impetu utrumque occidere, (2) hæc
 vocis incontin. significatio occurrit in moderamine
 inculpatæ tutelæ, vid. HOPP. in §. 2. f. de L. Aquil. (3) eo-
 eundem modo se se res habere videtur in retrofione, vid.
 eundem ad §. 12. de Injur. ibique all. CARPZ. P. IV. C. 46. d. 11.
 & HARPR. Interdum dictionis in contin. laxior est signi-
 ficatio, & consistit in *πλαττε*, qua non quidem requiritur,
 ut uno eodemque quasi momento res peragatur, sed
 pro rei circumstantia justum ac modicum comprehen-
 dat temporis intervallum, nec nimis breve, nec nimis
 longum, sed tale quod magis intellectu, quam elocu-
 tione exprimi potest, per eleg. l. 13. ff. de solut. l. 1. §. 8. ff.
 ad L. Falc. quo sensu dicuntur Pacta Contractibus in
 contin. adjecta, i. e. antequam ad alia negotia contra-
 hentes pervenerint; Sic in stipulat. responsio in contin.
 sequi debet. Porro in l. 3. §. 9. in fin. ff. de vi & vi priv.
 dicitur: spoliato impune licere spoliatorem ex injusta sua
 possessione iterum dejicere, modo fiat ex *continenti*, non
 ex intervallo, quod sit vel in ipso congressu, vel ubi tum
 impar est, tantum spoliato conceditur spatii, intra quod
 homines convocare, aliaque ad recuperandam posses-
 sionem auxilia sibi quærere possit, id quod interdum
 vel octiduum, & quod excedit, superare potest, *Ord. Cam.*
Imp. P. II. T. 9. §. 2. ibi: zu frischer That, oder wenn er
 seine Freunde und Helfer haben mag. Vid. HOPP. c. l.
 ad §. 6.

ad §. 6. 7. de Interd. Quin eousqve procedunt nonnulli, ut ad 6. menses, imo alii ad decennium hoc extendant, si nempe quis sit spoliatus fortalitia a potente, cujus recuperatio est difficilis, vid. Card. TUSCHIUM Tom VII. Concl. 393. lit. S. MENOCH. de Arb. jud. Qv. L. H. C. 2. Cap. II. n. 2. quid? adeo laxas huic spatio TUSCHIUS cit. indulget habenas, ut perpetuo, quamdiu quis retinet possessionem civilem, quam eousqve retinere dicitur, donec se præparet ad recuperandam possess. per l. 28. §. 3. ff. de acquir. l. amis. poss. & tacite quasi cum spoliatore rixatur, spoliato concedat de jiciendi spoliatorem facultatem: quam quidem Philosophiam statui Gentium superiorem non agnoscentium, non vero civili aptam judicamus. Conf. Diss. JOH. STEINH. de facto in contin. faciendo. Regiom. 1694. & H. BODINI D. de eo quod sit in contin. Hal. 1699. add. BELLONUM in Tr. rariori de his que in continenti fiunt, citato a S. A. STRUVIO in Tr. de Vindicta privata C. VI. aph. 5. n. 3. Ultimus ex his significatus nostræ tractationi est familiaris, qua de re in ipsa tractat. plura differenda restant.

§. IV. Definitionem probationis nostræ in contin. 5 hanc tradimus, quod sit: *actus Judicialis, quo certis in negotiis ac causis intentionis nostræ judici, in continenti fieri debet fides.*

§. V. Probatio in genere varie dividitur, uti videre 6 est apud Commentatores ad Tit. ff. de Prob. & præprimis in plenam atq; Minus plenam, hæc vicissim in semi plenam, semi plena majorem & minorem, dispescitur. Similiter quidem 7 probatio in continenti dividi poterit in plenam & minus plenam. Attamen in nostra tractatione dicendum videtur, ut suo gaudeat effectu, plenam requiri in contin. probationem,

nem, quod si enim semi plena probatio in contin. offeratur, quis ne, multa contra eam adhuc opponi posse, animadvertet, cum post factam semi plenam probationem plerumq; reliqua soleat esse disputatio. Itaq; probatio in contin. plena potissimum intelligitur in nostra Disp. quæ alias nomine probationis venire solet. ZANGER § de Exc. P. II. C. 20. n. 30. Ad scopum nostrum propius spectans divisio est, quam tradit SCHILTER Exerc. 35. §. 16. dicens: quod duplex sit probatio, *Summaria* & *inprimis* executivi propria, quæ fit in contin. hoc est per instrumenta & confessionem propriam & *ordinarii*, quæ fit ordinario modo per Testes aut jus jur. Sunt qui adhuc discrimen faciunt inter probationem *notoriam* & *in continenti*, sicut quoque exceptiones alias dicunt *notorias*, alias in contin. probabiles. GRASSIS de Except. in Exc. 5. §. 7. COLER. P. IV. C. II. n. 48. Verum de hac plura infra dicemus, hic observasse satis erit, sub probatione in continenti quam maxime etiam comprehendi eam, quæ est *notoria*. Quod si ad antiquitatem respiciamus, nostraq; cum *priscis* conferamus tempora, oritur divisio *Probat. in continenti in licitam & illicitam*, De illa, proprie subsequens *Tractatio* erit sollicita, non vero hac, quam *barbaries* juxta ac *superstitio* *priscorum* temporum invexerat, & magnifico nomine *Judiciorum DEI seu ordaliorum* jaçtabat, cujus ut exemplum unum alterumve hic prodam, primo loco sese offert *Duellum*, *judiciale* quidem vulgo, sed *perperam* appellatum, quod in causis dubiis & controversis in subsidium deficientis probationis, vel sua litigantes voluntate, vel autoritate *Judicis adducti*, suscipiebant, & probationis *incontin. probatissimum* habebatur genus. Etenim *vincentes* in

in Duello ea ipsa victoria suam intentionem vel defensionem probare dicebantur, & victor in duello quasi satis causæ suæ justitia probata, in causa quoque vincebat, victus contra causa cadebat; Quam compendiosam probandi viam Veteres Germani præ ambagibus probationum processus Majoribus nostris summe invisit, vid. FLORI *Hist. L. IV. C. 4.* ingredi maluerunt. Neq; vero hic in contin. probandi modus tantum pro defensione innocentiae in Criminalibus usitatissimus, sed idem in omnibus facti quæstionibus dubiis receptissimus fuit, uti testis est STUMPFIVS *in Hist. Helvet. L. III. C. 92.* Unde LEHMAN *in Chron. Spir. L. II. C. 30. p. m. 119. in fin.* hæc refert: Es haben die alten Francken auch nach Bekehrung zum Christlichen Glauben die heydnische unmensliche Art in Übung gehabt / daß sie umb geringer Ursachen willen / und fast in jeder Sachen sich zum Kampff umb Leib und Leben erbothen / und hiemit die Unschuld und Gerechtigkeit an Tage bringen wollen / gleich als hätte der stärckere Recht und der schwächere unrecht. Posthæc LEHMANN respiciens ad *Cap. 84. LL. Aleman. seqq.* adduxit: In Allemannien hat man auch den Proceß gehabt / weñ Bartheyen umb Acker oder Feld-Bau streitig geworden / ic. ic. Da die Kämpffer **ODD** angeruffen / daß Er dem / der die Gerechtigkeit für sich hätte / den Sieg geben wolle / welcher den Kampff erhalten / den hat man das Guth zugesprochen / der andere Theil und sein Beystand haben den Unfug mit Gelde gebüßt und abgetragen. Qvini mo circa Legislationem juris quæstiones Duello decisæ ac determinatæ fuerunt, cujus rei memorabile exemplum in controverso juris articulo super legitima successione nepotis cum patruo per Duellum deciso, recen-

recenset LEHMAN *e. l. V. C. 4.* Hic mos probandi per Duellum inter Germanos Christianam jam fidem proficentes retentus, ad Sacerdotes plane ac Monachos, Martem æque litium suarum arbitrum constituentes, transit, unde J. Canon. specialiter Duella Clericis interdicta leguntur, *Tit. X. de Cler. in Duell. pugo.* Adfuit illis fucus excusationis pro defensione hujusmodi Duellorum adferentes, justitiam divinam nunquam sinere innocentem perire ac succumbere; Hinc vulgo creditum fuit, cum Duella judicio divino regi sibi persuaderent, vel omnino non, vel certe nec melius, nec liquidius & expeditius de veritate atque justitia causæ constare, quam per Duellum hujusmodi posse. At enim vero, fallax hoc veritatem justitiæque causæ explorandi probandiq; remedium præcorum jam seculorum Theologi gravissimis accusarunt verbis, nec minus J. Canon. diserte videmus prohibutum, *e. IX. de purg. vulg.* Hodie omnes veri Christiani, Theologi pariter ac Jcti, per Duellum probandi modum, velut inventum Diaboli, damnant, eumque J. Divino, naturali & revelato repugnare abunde probatum dedere, ER. MAURITIUS *Tr. de Duellis §. 35. sqq.* H. BOGERUS *Tr. de Duellis C. 2.* qui in fin. *d. Cap.* existimat: quod, cum de facto duellum hoc committatur, perinde de hac corruptela disputandum sit, atque si valeret, quia ea, quæ facto fiunt, quandoque ad causam juris trahuntur. *L. 20. ff. de cond. Inst. l. 54. ff. de Manum. Test.* Verum uti Ll. istæ plane id non probant, cujus gratia adductæ sunt, ita verius statuimus, quod ejusmodi probatio nullas in foro habeat vires, nec sententia lata per talem probationem transeat in rem
 12 judicatam *e. 2. X. de purg. vulg.* Hunc mox secuti sunt alii in

alii in contin. probandi modi, scil. per contredationem ferri igniti, vel prunarum candentium, aut per gestationem Chyrothecarum ferrearum candentium, sive denique per aquam ferventem, quibus periculis quam primum reus illatus pedem vel manum subtraxerat, mox innocentia ejus probata habebatur. Verum & hujusmodi innocentia probatio ad divina potentia tentamentum vergit, ideo non temere J. Canon. prohibita & abolita est, c. 3. X. de purg. vulg. 13
 Simili ratione contingebat illa per aquam frigidam, qua proba olim tentari de Magia suspectos solenne fuit, qui decussatim constructi in aquam projiciebantur, hoc eventu, ut si mergantur, innocentes, sin innatent aquis, criminis convicti rei judicentur; Merito vero ille mos ceu detestabilis passim exolevit, quamvis non defuerint, qui hanc speciem probationis rationibus physicis inniti, nec juri divino vel justitiae repugnare defenderunt, quorum in primis faciunt illa quae notatur W. A. SCRIBONIUS, Med. Marp. in *Epist. quaedam de justitia proba sagarum per aquam frigidam*, ad Magistratum Lemgoviensis data de 1583. unius plagellae, defendere conatus est: elevationem sagarum super aquam contingere per extensionem aëris in corpore sagarum, quam proprietatem Diabolus, ut spiritus, mox ubi factus cum sagis iniit, iis communicet, ita ut & inviti eleventur; quo, detecto tandem crimine, in aeternam ac temporalem eos detrudat perniciem; Cui tamen sese opposuit HERM. NEUWALD, Med. Helmst. in *Exegesi Purgationis sagarum super aquam frigidam* an. 1584. ad cujus momenta SCRIBONIUS in *Resp. pro defensione sententiae suae temere regessit*; inserta deprehendes illa scripta *Theatro de Veneficiis*, Francof. 1586, in fol. edito. Interim Scribonii sententiam tenet JAC. RIGGIUS, qui spec. Fra&. XII. argumentis probae hujus defensionem suscepit, sed hunc egregie ac solide refutavit de Academia hac insigniter meritus. b. m. Avus FRID. GERDESIUS in *Disp. de Jure Revelationis* §. 13. quin confer, quae de injustitia hujus probae disserit FRID. HEINIUS in *Disp. de Probatione qua per ignem ferventem olim, ac etiam nunc hodie quibusdam in locis per aquam frigidam fieri solet*, quam insertam deprehendes BESOLDI *Disc. polit. de Praemia Poenis* & LL. C. V. Erroneum itaque plane est, quando Celeberrimus CONRING in *Disquis. politicae de forma judic. in Rep.*

74. *reite influenda §. 275. & 77.* huic probæ in se plenam fidem tribu-
 ère videtur quasi inferat testimonium divinum. Tandem novus
 occurrit probandi in continenti modus, Clericis primum maxime
 familiaris nempe per Eucharistiam seu corpus Domini in Concil.
 Wormat. approbatus, quod in *c. sepe 23. c. 2. qv. s.* relatum statuit:
 ut si fiant furta in monasteriis & qui commiserint ignorentur, Missa ab
 Abbate celebretur, qua finita omnes fratres communicent, dicentes:
Corpus Domini sit mihi ad probationem hodie, vel ita: *Si aliter est, ut
 dixi, corpus non pertranseat corpus meum, sed hereat in faucibus meis,
 strangulet & suffocet me*, & in *c. ult. c.* jubetur Episcopus vel Presbyter
 cui crimen imputatum fuit, ut per Missæ celebrationem se innocen-
 tiam ostendat. Sunt e Pontificiis, qui hanc probationem per se
 licitam habeant, & vulgus hodieque inter Evangelicos ad hoc pro-
 bandi genus provocare solet: Ich wil das Abendmahl darauf neh-
 men. Sed sanior atque verior est eorum sententia, qui hanc pariter
 probationem censent malam atque illicitam, atque consequenter
 Concil. Wormat. hallucinatum fuisse. Conf. JO. AND. SCHMIDII
 85. *Disp. de modo probandi innocentiam per Eucharistiam secundum vul-
 gatum illud, sed male: Ich wil das Abendmahl darauf nehmen.* Non
 defunt adhuc alia probandi in continenti genera, illicita, quæ supersti-
 tionem agnoscunt matrem, utp. quæ fiebat per offam Casei vel panis
 judiciariam, solennibus ritibus consecratam, & si quæ alia, sed studio
 ea silentio transmittimus, & lectorem curiosum remittimus ad scri-
 ptores, qui data opera hanc materiam sunt persecuti, ut GVIL-
 JUCH in *Disp. de Modis probandi innocentiam apud Veteres*, BECH-
 MAN in *Disp. de Judiciis DEI*, & qui in compendio singulas species
 exhibet, jam laudatus FRID. GERDESIUS *cit. Disp. i. Cap. IV.* &
 imprimis novissime DN. NETTELBLAT in *erud. Disp. sua Inaug.*
de Probationibus, cujus P. I. agit de antiquis Veterum tam Succorum,
 quam Germanorum per Ordalia purgationibus, Gron. 1724. qualem
 antea operam præstiterat OLAUS ACKERMAN, Prof. Upsal. in
Disp. de Vulgari probatione, &c. Cæterum nos, relicta hac obsoleta
 merce, ad ipsam tractationem licet in continenti probationis festina-
 mus, quæ in ipsis rerum argumentis obtinet.

CAP. II.

CAPIT. II.

De

Causa Efficiente

Probat. in continenti.

SUMMARIÄ.

(1) *Probat. in contin. fundatur in J. Civ.* (2) *Canon.* (3) *Moribus & Patria Const.* (4) *Causa ejus impulsiva.* (5) *Quando Judex eam velle imponit vel non.* (6) *Non habetur exclusa per legem probationes exclucentem.* (7) *Limit.*

§. I.

CAusam efficientem nostræ probationis species cum genere suo agnoscit eandem. Jus etenim est, quod certis in causis probationem exigit in continenti, nec eam quæ altioris est indaginis, admittit; jure equidem Civili probatio in continenti quæ literam nullibi reperitur expressa, res ipsa tamen evidentissimis textibus satis fundata, quin eadem, aliis licet verbis, occurrit in *l. 3. pr. ff. in poss. legat. vel fideic.*; Cum enim in *al. l. Fideicommissarius ab herede cautionem de fideicommissio sibi solvendo exigeret, is, a quo satis petebatur, offerebat cognitionem, dicebatque: Hodie constat de fidei commissio. (scil. tibi illud non deberi) hodie agamus.* Hinc decisum est, cessare satisfactionem, cum possit ante de fideicom. quam satisfactionem, constare, quare BARTOLUS summam hujus Legis hanc posuit: In causis summaris exceptio, quæ altiozem requirit indaginem, admittitur, si excipiens paratus est eam in continenti probare. Similiter haud obscure probatio in continenti, & quæ altioris est indaginis, traditur in *l. 3. §. 13. ad Exhib.* siquidem ibi dicitur: judicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum, etiam exceptiones assilmare, quas possessor objicit, & si quæ tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, sin obscurior, vel quæ habet altiozem quæstionem, differendam in directum judicium. Juri Canon. nostram probationem esse cognitam, minus habet dubii, per text. in *Cap. 13. in fin. X. de Resp. Spol.* ubi probationes in continenti, seu paratæ distinguuntur a probationibus expectantibus longiores dilationes. Nec minus huc facit *Cap. 21. §. 6.*

B 2

X. de

- 3 *X. de Off. & potest. del. vid. ARETIN, in C. 2. Col. 3. de Test. Præterea autem quam maxime probatio in continenti per consuetudinem Germanicam hancque subsequentes Ordinat. judiciales recepta hodieque in foris obtinetur. In nostris ordinationibus patris judicialis non raro probationis in continenti injicitur mentio, eaque præcise exigitur, ut apparet ex Ord. S. Trib. Wisen. P. II. T. 12. §. 2. & P. III. T. 3. it. Ord. Dicast. P. II. T. 6. §. 3. T. 11. §. 1. P. III. T. 3. §. 1. & T. 2. §. 3. Constit. von Schuldsachen §. ult.*
- 4 §. II. Causa inducens probationem in continenti, & quod hæc solum nec alia admittatur, est causæ obvenientis natura & qualitas. Aliæ enim causæ ita sunt comparatæ, ut ordinariam recipiant probationem, nec ad certum probandi modum, nec statim eoque adeo brevi tempore circumscriptum, sint adstrictæ, quædam vero ejusmodi sunt indolis ut promptam & in continenti faciendam desiderent probationem, neque talem patiuntur moram, quantum probatio habere solet ordinaria. Accedit in specie ratio quæ reos, a quibus imprimis in istiusmodi causis exceptionum suarum in continenti exigitur probatio, quod æquitas non permittit, ut adversarius in negotiis, quæ celerem expeditionem & executionem exigunt, omnis generis exceptionibus cujuscunque indaginis divexetur, atque in jure suo liquido & claro per turbidas quasque allegationes retardetur. Neque moramur Reorum favorem, quem tam J. Rom. l. 125. de R. J. l. 38. ff. de Re jud. quam Canon reg. 11. in 6to toties inculcatum legimus, quo etiam ordinarius fori nostri processus plerumque commendari solet, cui adversari videtur, reos ab ordinaria & moram requirente exceptionum suarum probatione excludi, hacque ratione eorum causam duriorum ac deteriorem quam actoris reddi, cui omnis generis probatio ratione suæ intentionis permittitur. At enim vero, dicimus primum, judicia ex æquo utrique parti utilia esse, nec uni præ alio favore debere; deinde nimium illum Reorum favorem, haud per æque ab eruditis probari, nec sane haud immerito a multis actoris causam favorabiliorem quam rei haberi, cum pro adore fortior militet præsumtio integritatis, eum haud calumniari, rei contra, teste quotidiana præxi, plerumque sint fugientes, qui moras nequendo per varias ambages adorem circumducunt, exceptiones ubi non habent,

habent, fingunt, easque opponunt, probationem quoque earum simulant, omniaque deinceps agunt, ut adversarii causa liquidissima protrahatur. Huic malo optimo remedio obviam itum est, cum alia probatio recipi non debeat, nisi quæ in continenti absolvi possit; Denique etiam reus hac ratione ad ordinaria probatione, quæ longiores admittit dilationes, ad tempus saltem excluditur, reservata ea ad aliud tempus & iudicium ordinarium, per l. 3. §. 13. ff. ad Exhib. in verbis: *differendam in directum iudicium l. 3. C. quor. bon. ibi: omnibus frustrationibus anoutatis per interdictum Quor. bon. in petitorum corpora transferantur, secunda actione proprietatis non exclusa.*

§. III. Quando nunc lex probationem in contin. admittit, tum 5
 Iudex illam recipere debet, aut si oblatam rejecerit, a rejecta probatione in continenti ad Superiorem appellare integrum est; Similiter ex adverso dicendum, quod Iudex in casu, quo probatio in continenti necessaria est, aliam & quæ longius requirit tempus admittere non possit, & si admiserit, is contra quem admissa est, justam eandem appellandi habeat causam; Quod si vero probatio in continenti 6 offeratur, sane Iudex recte eam admittit, & si ad sit statutum, lex, vel alia quæ eunque dispositio prohibens probationes, quia per ejusmodi universaliter loquentem dispositionem non habetur prohibita probatio in continenti, uti uno ore ad unum omnes statuunt DD. *MENOCH. in Rem. l. recup. pass. n. 240. add. JD. in Tr. de Presumpt. l. II. præf. 47. n. 2. ubi plures accumulavit DD. quibus addi possunt, FRANC. VIVIUS l. 1. D. 107. n. 4. COLERUS in Proc. Exec. P. IV. C. 2. n. 10. CAR. de GRASSIS in Tr. de Excepti. ad materiam statuti excludentis omnes exceptiones. in Exc. 5. & 7. ubi infinita fere hanc sententiam Istorum constipavit auctoritate. Interim vero 7 hæc doctrina restringenda, ita ut non obtineat, quando lex nominatim, (in dubio enim mens hæc disponentis non sub intelligitur, sed liquidæ exceptiones integræ relicte magis præsumuntur,) omnes exceptiones, etiam quæ in continenti probari possunt, exclusas, aut post tempus aliquod vel fidam executionem dilatas voluit ac declaravit, quæ quid a superiori statui posse, per plures rationes, ad contrarias simul respondendo, proluxe adstruit, COLER. de Proc. Exec. P. IV. C. 1. n. 19. & multis seq. quem haud inviti sequimur, aliud enim*

enim est, quando statutum in totum tollit exceptiones, quod salva iustitia fieri haud poterit, aliud vero quando eas saltem differt post aliquod tempus, quo casu nulla probatio exceptionum ante tempus, in quod differtur, admittitur, etsi sit notoria & in continenti offeratur.

CAPUT III.

De

Subiecto Prob. in cont.

seu Personis quibus ea incumbit.

SUMMARIA.

(1) Actor an & quando probare debet in contin. (2) Quando Reus reconveniens. (3) De reo extra casum reconveni. (4) De Autore nominato. (5) Laudato. (6) De interventore. (7) Multe in sp. (8) & quidem (1) qua probationem suopis maris, & (2) silatorum.

S. 1.

Iam Ordinis ratio nos ducit ad Personas quibus incumbit promptam atque in contin. facere probationem. De ACTORE explorati juris est, quod fundamentum intentionis ordinarie probare debeat, vulgare enim exioma juris est: Actori incumbit probatio. l. 20. § 21. ff. § l. 23. C. de Probas. At enim vero inde quod actor intentionem suam probare debeat, minime sequitur eam in continenti fieri debere; Nam regulariter actoris probatio tam ratione modi quam temporis est ordinaria, & fieri potest quacumque ratione & intra omne tempus, nisi quatenus lex vel sententia iudicis certum terminum probatorium praefixit, quo casu actor quidem illum observare tenetur, cum peremptorius & praclusivus esse soleat, MEY. P. I. D. 101. CARPZ. Jpr. for. P. I. C. 16. d. 1. nec tamen inde sequitur, quod tota probatio intra illum terminum elapsam absolvi debeat, sed sufficit, si is, cui probatio injuncta est, intra terminum praescriptum articulos saltem probatoriales & nomina testium offerat, id quod usus sequitur, licet testes intra terminum jurato recepti atque examinati haud fuerint, CAPZ. c. l. d. 2. STRYK. in II. Aff. Iss. de. Prob.

S. 7.

§. 7. MANZ. *Dec. 53. per tot.* Attamen interdum qualitas causæ efficit, ut actor cum suo petito non audiatur, nisi offerat ejus probationem in contin. In processu enim executivæ actor intentionem suam in continenti paratâ probatione judici ostendere debet, cum hujus processus proprium sit, debitum, ob quod adversus reum agitur, in continenti doceri liquidum. v. g. per instrum. quod dicitur garentigium. Itaque probationem per Testes ab actore oblatam non mereri paratam executionem, sed ordinariam requirere judicii telam, statuit COLERUS *Proc. Exec. P. III. C. 1. n. 12. 13.* Licet enim alias non referat, num jus actoris per Instrumenta, num per Testes probetur, cum talia Documenta & vivæ vocis testimonia patem obtineant firmitatem, attamen hoc minime procedit, quando quis executionem paratam urget, utpote quo casu actor instrumentum in manibus habere illudque judici ad videndum exhibere debet, ne executio ipsi denegari debeat, ut ut judici fidem per testes facere, paratus sit, quippe quod actori non nisi in legitimo processu convenit, per *c. 5. X. ut lit. non conti.* Eandem quoque ob causam actorem super debito ad obtinendum processum executivum juramentum frustra deferre, potius a processu executivo recessisse eumque in ordinarium convertisse asserendum. Vid. CARPZ. *Proc. 7. Sax. Tit. a. 1. n. 12. 13.* Præterea quoque actor adhuc extra processum executivum quandoque probationem in continenti sustinere debet, quos casus infra convenienti loco tradituri sumus.

§. II. REUS actorem reconveniens actoris personam induit, dicitur enim alias reconventio mutua petitio, *l. 1. C. rer. amot. C. 10. tit. x. de Mut. pet. & CAJUS in l. 11. §. de Jact.* eam vocat mutuan actionem Germ dicitur die Oegen Klage Wieder Klage. Itaque nunc considerandum, numne ab hoc quandoque probatio in continenti exigatur? Quam in rem observandum, quod Reconventio J. Comm. duplicem habeat effectum, unum prorogata jurisdictionis, ita ut actor qui aliud forte forum quam reus reconveniens sortitur, in eodem judicio, quo reum convenit, ab hoc reconveniri possit, & ibi ad reconventionis causam respondere debeat, aut expectet, sibi in sua conventionem audientiam denegari, *l. 11. §. 1. de Jact. l. 2. ff. de Jact. l. 1. §. ult. de extraora. cogn. l. 16. C. de Compens. l. 19. C. de Sent.*

Sens. alterum vero *simultaneus processus*, vi cuius utraq; Con- & Reconventio una alternatim agitur, & una sententia terminatur, de Con- und Reconventions- Klage wird zugleich miteinander ausgeübet und abgethan / *Cap. 1. X. de mut. pet. Ord. Cam. Imp. P. III. tit. 30. Ord. Trib. Wisn. P. II. tit. 5. §. 1. & Dicast. P. II. tit. 13. §. 1. & 2. vid. J. Lub. L. 5. t. 3. art. 3 & ibi Mev. n. 1. 2. & 25. & P. IV. D. 166.* Verum ut reconventio habeat effectum simultanei processus, requiritur ut causa Con- & Reconventionis sit ejusdem naturæ & potestatis. Itaq; si causa convent. sit summaria, reconventionis vero ordinaria, altiorum requirens discussionem, nec probatione in contin. verificari possit, tum utraq; causa pari pisu ambulari hauc poterit, sicut quocq; si causa convent. sit liquida, reconventionis autem valde illiquida, nec in contin. liquidabilis, tum reconventioni demum locus erit post finitam conventionis causam liquidam. *Ord. S. Trib. & Dicast. c. II. MEV. P. III. D. 170. n. 2. & 11. P. V. D. 131.* SCHARENHORST *ad Zahnshluf. Variat. Decis. Mev. 12.* Interim in casu ubi causa reconvent. in continenti probari, vel liquidabilis fieri non potest reconvens ab actore, cujus causa est liquida & clara, cautionem pro reconventionem exigere valet, quam si prestare nequeat, pecunia a reconveniente solvenda in judicio deposita retinenda est.

§. III. Ab Actore transitus ad REUM, extra casum reconventionis. Ab hoc præmissis sapius probatio in contin. exigitur, Rei enim plerumq; subterfugia querunt, Omnibusque modis tergiverfari solent, saltem ut actorem figmentis probationum defatigent, ne itaq; hac ratione malitiæ suæ finem consequantur, optima ratio est constitutum, si qualitas & indoles causæ ejusmodi ita sit comparata, ut celerem expeditionem flagitet, quod tum non aliter audiantur, quam si probationem offerant in continenti, eamq; facere parati sint, ut ex intra dicendis satis elucebit.

§. IV. Aliquando reus, reali vel in rem scripta actione conventus, si alieno nomine in possessione est, AUTOREM suum nominare solet, quo facto nominans liti eximitur, & iudicium in verum possessorem transfertur, modo nominatio facta sit ante lit. cont. l. 2. C. ubi in rem act. LAUTERB. in *Disp. ad al. l. Ord. S. Trib. P. II. T. 15. §. 50.* Sin conventus litem peragens non nominato autore, post sententiam, vim

vim iudicati sub pretextu nominationis eludere conatur, non est audiendus, sed contra eum, tanquam liti se offerentem, procedendum est, l. 25. seq. de Rei P. l. 15. ff. de Re iud. MEV. ul. l. Neque tamen hoc Domino ignorantia præiudicium afferre potest, qui pro suo interesse intervenire & executionem impedire valet, si in continentia suum interesse docere possit, quam in rem iudex ipsi terminum assignare potest, intra quem in contingentia illud doceat; non vero iudex longius debet arbitrari tempus, quam intra quod ipsa causa interactorem & reum conventum debuisset expediri. Ita tradidit JOSEPH. LUDOVICI L. II. Dec. 34. A nominatione differt *Laudatio* auctoris, si quæ est quando is, qui suo nomine possidet, conventus, Auctori suo litem denuntiat, ut illi adsistat & ejusdem periculum præstet, quæ laudantem non eximit a lite nec illam in laudatum auctorem transfert, itaque hac ratione probationis faciendæ nil novi occurrit, sed quod alias in reo idem quoque hic juris erit.

§. V. Præterea vero sæpe accidit, ut litj actorem inter & reum agitate, tertius aliquis interveniat, qui dicitur *Interveniens*; Atque quidem tertius ille intervenit duplici modo, vel jure proprio tanquam principalis pro suo separato interesse, ad excludendum utrumque & actorem & reum, vel accessorie, defendendi nempe actoris vel rei gratia, BRUNNEM. Proc. C. 13. n. 2. Hoc ultimo casu interveniens in eodem statu assumit processum, quo inter actorem & reum reperitur, BRUNNEM. d. l. n. 15. itaque de hoc dicere non attinet, quia id juris in eo, quod in principali, cui adhæret. Ast, si tertius pro suo jure proprio defendendo ad excludendum actorem & reum interveniat, tum non tenetur sequi processum inter actorem & reum institutum, nec formæ ejus adhærere est adstrictus, sed novus & plane separatus formatur processus, de causa hæcenus in iudicio nondum deducta, MEV. P. VII. D. 219. Hujus gratia sæpius disputatur, an differri aut suspendi debeat causa principalis, an vero interventione non attenda, in causa procedi debeat? Communis est DD. distinctio, an jus intervenientis sit liquidum & clarum, illudque in contin. summarie doceri possit, quo casu iudicem in causa procedere non posse, antequam punctus interventionis sit decisis, omnes uno ore statuunt, uti testatur COCCIJ. in 3. Contr. ad Lauterb. T. de Appell. qu. 2. quia
C
inter.

interuenientem, oblatis in contin. probationibus etiam ad impediendam executionem audiendam esse, tradunt ZANGER. P. III. C. 23. n. 38. MEV. P. VIII. D. 416. P. V. D. 211. & 334. P. III. D. 371. CARPZ. in 7pr. for. P. I. C. 3. d. fin. modo tamen interuenientis ius pingvius sit iure illius, qui haecenus victor extitit, MEV. P. V. D. 334. fin interuentio sit illiquida altoris indiginis, liquidam alterius petitionem non suspendit, sed processus principalis continuatur; nec est, quod executio impediatur, MEV. al. d. 416. & P. V. 333. COCCEJ. al. l. quanquam MEVIUS hoc posteriori casu distingvat; an executio in re ipsa, quae in lite fuit, fieri debeat, an vero in alia, ita ut illo casu interuentio executionem sistat, non vero hoc, quod displicet COCCEJ. al. l. in fin. Hoc iustum ac aequitati conveniens existimamus, quod in casu, ubi ius interuenientis est illiquidum, victor interuenienti de re in casu succumbentis restituenda cavere debeat, quae tamen cautio cessabit, si iudex eam superfluum viderit, MEV. P. VII. D. 396. n. 7. vel si absque ea interueniens satis sit securus, MEV. P. V. D. 211.

7 §. VI. De muliere interueniente speciatim dicere meretur, quod haec in interueniendo solet esse frequentior ad impediendam immisionem & executionem in bonis mariti sui, licet rerum dotis constante matrim. nulla sit repetitio, l. un. s. Si dos const. mar. ita nec eius causa interuentio, veluti quae non est, ubi deficit actio, MEV. P. III. D. 208. tamen cum uxor doceat, maritum ad inopiam vergere, seque de bonis ad ipsum allatis periclitari, tum uxori facultas competit immisiones & executiones aliorum Creditorum impediendi, & hac interuentione sua efficere solet, ut prius e mariti bonis separaretur, quantum securitatis ipsius sufficit, MEV. P. IV. D. 59. ubi addit, idem obtinere etsi creditores vi alias statuti statim & sine exceptione immittendi sunt. Verum ut uxor interuentione sua immisionem vel executionem in bonis mariti impedire valeat, certa sunt observanda requisita, quae tradit MEV. P. V. D. 57. Inter haec est, quod uxor debeat probare inopiam mariti, & quidem contra Creditores plene. Ast, num etiam probatio in continenti ad impediendam immisionem vel executionem his necessaria sit? non immerito quaeritur: Hoc negare videtur, MEV. P. III. D. 208. ubi ait: non requiri, ut probatio inopie in continenti fiat,

fiat, & nisi ita facta mulier non audiatur, quia Jurisprud. nullibi ita coarctavit mulieres, ut nisi statim inopiam docentes, non audiantur; quare idem existimat, ab ordinario procedendi modo non esse recedendum, quia lex causam non excipit, eoqve minus, cum res ipsa non patiatur manifestationem in continenti; quare miratio subit, quando BRUNNEM. ad l. 24. n. 3. ff. sol. matr. qui tamen erronee allegat, P. II. D. 109. asserit, Mevium statuere, uxorem non esse audiendam, nisi inopiam mariti in continenti probet; cujus contrarium ex ipsa dec. apparet, cui haud adversatur quod MEV. simul velit, uxori terminum ad probandum praefigendum esse. Sane si creditor in specialem hypothecam uxoris sui debitoris se imitti petat, uxor audienda est, licet non probet, minus in contin., maritum vergeri ad inopiam, MEV. P. IV. D. 380. Alarum requisitum necessarium, ut uxor immissionem vel executionem in bonis mariti impedire possit, est: dotem non esse illiquidam, sed aut cujus causa intervenit, statim appstere, aut sine ulteriori processu in continenti probari, ac liquidum fieri posse, MEV. P. V. D. 57. n. 9. 10. si enim altioris sit indamginis juri adversum est, per illam suspendi executionem, cum illiquidam non proficiant ad impediendam executionem, l. 5. ibi: Gloss. & DD. ff. de stat. liberis. MEV. al. l. & D. 183. hinc uxor remittenda est ad peculiarem processum, MEV. P. V. D. 58. ne vero uxor interim periclitetur, ipsi cautionibus in omnem eventum prospici poterit; Dotem interim ab uxore ad impediendam executionem in continenti probatam existimamus, si producantur pacta dotalia, quibus dotem promissam esse asseritur, nec non apocha mariti, qua dotem sibi numeratam confitetur, uti saepius hunc in modum pronunciatum esse refert, ZANGER. de Exc. P. III. C. 23. n. 28. in fin. MEV. P. IX. D. 58.

CAPUT IV.

De

Forma Probat. in contin.

SUMMARIUM.

- (1) Forma prob. in cont. a ratione temporis & de tempore variis opinionibus. (2) Arbitrium Judicis circa tempus quales. (3) Et ratione modi.

C 2

modi. (4) Probatio per instr. habetur in cont. (5) Fallit si aliquid contra iust. opponitur vel plano negatur. (6) Fallentia declaratur si obiectum est vero simile. (7) Quid si instr. ep. in manibus. (8) Dist. instr. (9) Agitur de actis. (10) De re iud. (11) De precog. (12) De instr. a notar. confesso. (13) De privata scriptura & pro scribente & de libris mercat. &c. (14) Contra scribentem, subscribentem & signantem. (15) An prob. per test. sit in contin. sent. neg. (16) Casus v. Mulleri examinatur. (17) Dn. Mevii Sent. de praxi in patria. (18) De prob. per jur. an sit in cons. (19) An in patria? (20) Per confess. sit prob. in cons. (21) De prob. per jur. & adagia. (22) Per instr. ocularem. (23) Per prajumpt. (24) Non satis prob. in cons. asserere, sed faciendum est. (25) Oblata debet esse perimens.

S. II.

A Personis, transitus ad Formam probat. in cont. quæ se se exserit ratione temporis & modi. De Tempore DD. non conveniunt, sed mirum variant: quidam enim putant quod quis in continenti sine aliquo spatio ulterioris temporis paratam habere debeat probationem, ita ut unto eodemque die, quo objicitur, probetur exceptio. BART. in l. 1. n. 33. ff. Si cert. pet. Nunc hęc sententia, l. 3. in in poss. leg. ibi: *hodie confet de fidei com. hodie agamus*. Verum hęc interpretatio haud consistere potest; Licet enim in d. l. 3. omnino proponatur casus probationis in contin. quippe maxime talis habetur, quæ illo die, quo objicitur, liquida fieri potest, forte quod ius ista, facti specie excipiens indubitata instrumenta in manibus haberit, tamen inde non excludenda est, quæ non eodem quidem die, attamen intra breve tempus fieri potest, quæ æque in continenti probatio est habenda; sicut quoque ex Legibus constat, quod dictio *in continenti* non præcise de momento temporis intelligi debeat, sed accipienda cum aliquo spatio temporis. l. 1. §. 8. L. Falc. Ita ergo opinio eorum est. incontinenti probari dici quod probatur intra 30 dies. arg. l. fin. in verb. *illico*, i. e. *intra triduum proximum*, C. de Judic. iuncta l. fin. in verbis: *ex continenti*, i. e. *triduo prox. C. de Error. Advocat.* Atque hanc opinionem plures tenent, **CONTARDUS** ad l. un. *Si de moment. possess. Lum. 12. n. 15.* **GRASSIS**

de Except. Lib. 7. n. 4. § 3. REINHARDUS in Differenti. Zobel. 33. p. 1. FRANC. VIVIUS L. 1. Dec. 107. n. 1. § 16. (3) Adhuc alii probat. in contin. intelligunt de probatione intra decendum, arg. l. 2. §. 1. de const. pec. Sed neutra opinio placet, quia in d. ll. de probatione facienda non agitur, sed ll. in substrata materia, & casibus specialibus vocem in continenti de triduo vel decendio interpretantur, quod ad materiam presentem trahere, favor probationum non permittit; Succedit itaque (4) DD. sententia quæ est, quod Judex habeat arbitrari tempus in contin. probationis, quia jure hoc determinatum non reperitur, arg. l. 1. §. 2. ff. de j. delib. l. 32. de Usur. & in continenti hic accipiat secundum substratam materiam, MENOCH. de A. J. Q. Cens. l. Cas. 9. n. 5. C. 10. n. 3. C. 11. n. 3. MASCARD. de Prob. Cont. 1188. n. 14. COLERUS in Proc. Exec. P. IV. C. 2. n. 8. & 9. ibique adduci DD. MEV. P. II. D. 248. n. 6. P. III. D. 319. n. 4. Cui sententiæ & nostrum adjicimus calculum. Verum enim vero, nec sic omnis cessabit difficultas, quoniam questio veluti per circulum redit: An Judex ex vaga animi sui sententia tempus determinare possit, intra quod probatio in contin. fiat? qua ratione facile posset illiquidam & longissimam requirentem discussionem admittere, vicissim autem mox liquidam rejicere, numne itaque magis ex re sit, arbitrium Judicis ad certam tempus restringere? Atque hoc propugnat VIVIUS, qui arbitrium Judicis triduo circumscribit, termino veluti legali, hinc ait: licet religio judicantis multa suppeters valeat, tamen hoc tum procedere, ubi lex non determinavit certum tempus, id quod hic factum existimat. Sed principium hujus sententiæ jam destructivum est; Interim omnino in eam descendimus sententiam, quod Judex hic non ex arbitrio sui cerebri, sed secundum joris & legum regulas arbitrari debeat, COLERUS in Proc. Ex. P. IV. C. 2. n. 15. atque quidem teste MEVIO nostro P. VI. D. 234. a JCtus nec non usu forensi spatium probationis in contin. sic determinatur, ut intra terminum legalem in judicio receptum, vel à Judice præfigendum fiat probatio, quasi per verba in contin. non permittatur longa cunctatio nec præceps festinatio præcipiatur; A qua etiam sententia non adeo abeunt, qui volunt probat. in contin. fieri intra executionis spatium, seu quæ non exigit plus temporis, quam requirit executio,

MEVIUS in Tr. von Wuchert. Contr. Cap. XI, §. 16. inde intert COLEBUS c. l. C. 218. quod exceptio solutionis, quæ in executivis obijciatur, probata in contin. dicatur intra tempus quadrimestre, miserationis gratia condemnatis in actionibus personalibus, (in realibus enim mox executio fieri potest, §. & si in rem §. de Off. Jud.) indultum, priusquam devenitur ad paratam executionem l. ult. C. de Exec. rei jud. l. 2. & 3. C. de Usur. rei jud. quod hodie pro diversitate ordinationum judicialium variat, de J. Saxon. vid. CARPZ. Proc. T. XXV. art. 3. n. 1. & ad. de Praxi Patriz Ord. Dic. P. III. T. 1. §. 7. obscurius loqui amant isti Jctorum qui dicunt probationem in contin. esse, quæ fieri possit intra tempus, quo processus principalis expediretur, si exceptio opposita non esset, CONTARD, al. l. un. C. si de moment. poss. Lim. 12. n. 8. ibique pro hac sententia congesti DD. quæ sententia legum plane auctoritate destitui videtur, nisi forte hoc loquendi modo idem dicere velint, quod illi, qui tempus executionis pro termino faciendi probationi assignant.

§. II. Postquam consideravimus formam probationis in contin. ratione temporis, reliquum est, ut eandem ratione modi, quo probatio in contin. fit, perlustremus. Modi probandi sunt per Instrumenta & Testes; Nullum enim est probationis genus, quod Instrumentorum aut Testium fide non constat; Verum præter hæc duo alia quædam sunt, quæ licet probationes non sint, locum tamen probationum subeunt, ut Jus jurandum, confessio, præsumptio, evidentia rei, quæ vim probandi habent, & hinc inter probationum species referuntur, PERETZ ad Tit. C. de Prob. n. 3. Cum vero hi modi probandi omnes pariter apti non habeantur ut per illos probatio fiat in contingenti, ideo per singulas eundem erit species, atq; demonstrandum, quibus ex iis probatio in contin. fieri comode possit? Primarij modus probandi fit per INSTRUMENTA, de quibus omnes uno ore testantur DD. quod per illa probatio fiat in contin. Probatio enim quæ fit per instrum. vulgo dicitur manifestissima & evidens, quin probatio probata audit, quæ nulla alia iudicii indiget disceptatione, cum faciat rem liquida, atq; notoriam, ut hinc de instrumento dici solet: Noli me tangere. GILMAN. T. III. Dec. Cam. 14. n. 5. Itaq; qui instrumentum in manibus habet, dicitur probare in contin. Conf. Arg. 46. n. 37. Et. Vol. 2. COTH.

COTHMAN in R. VI. n. 4. & XII. n. 2. 85. Vol. V. Quare probatio nunquam censetur exclusa, quæ per instrumenta fit in continenti, ut ut alias statutum omnem probationem exceptionemque rejiciat. CHASSANÆUS in *Consu. Burg. des Reiraités. Rubr. X. §. 121. p. 1285.* Verum licet probatio instrumentalis sit probatio in contin. tamen vulgus DDrum hoc temperat in casu, si contra instrumentum aliquid opponatur, siquidem instrumentum, quod impugnatur, non facit probationem in continenti, quia dici nequit liquere de causa vel probationem in continenti fieri per instrumentum, ubi aliquid contra illud opponitur, ad cujus discussionem necesse est, ut desuper disputetur, MENOCH. de A. §. J. L. II. C. 12. CONTARDUS ad l. un. C. si moment. poss. Lim. 12. n. 9. ubi ait: quod, quando agitur de probando in promptu per scripturam, hoc esse intelligendum, si offeratur scriptura, quæ non exigit probationes extrinsecas. ad: GILMAN. al. T. III. D. 16. n. 9. § 99. ff. D. 14. n. 53. c. l. CACHERANUS Conf. 67. n. 21. KLOCK. de Contrib. C. XX. n. 48. & 51. Itaque longe minus illud, ubi quis instrumentum contra se productum non recognoscit vel plane jurato diffitetur, probationem in contin. facere poterit, negata enim instrumenta vim probationis haud habent, ubi ipsa veritas instrumenti per longiores jam probationes quærenda est. Etenim si instituatür comparatio literarum, hæc requirit altioreni discussionem, atque sic minime pro probatione in contin. haberi potest. Quod si vero adversarius instrumentum recognoscere jussus, recognitionem detrectet, tantum abest, ut inde probatio in continenti infringi possit, ut potius illud instrumentum in contumaciam partis adversæ, contra quam productum est, habeatur pro recognito, sub formula: *Das nunmehr das producirte Instrum. pro recognito bistja auf und angenomen werde.* CZ. *Jpr. for. P. I. C. 17. d. 13.* vid. GAITUS de *Credito C. 2. T. 8. n. 2930.* At enim vero ista communis sententia juxta quam probationem in contin. haud fieri diximus, quando aliquid contra illud oppositum, tum demum procedit, quando objectum ob verosimilitudinem de instrumento dubitandi probabilem continet causam FELIN. ad c. 4. X. de *Test. n. 4.* quem sequitur CONTARDUS in l. un. C. si de *mom. poss. Lim. 9. n. 29.* approbatque H. PISTOR L. IV. Q. 10. n. 20. Non ergo qualibet adversæ

adversæ partis assertio dubium instrumentum reddere potest, alias enim nihil relinqueretur certi, si sola mox negatio rem dubiam efficeret, sed nihilominus instrumento, quod rem notoriam facit, est standum, H. PISTOR *al. l. ibique add. DD.* qui addit: etsi contra instrumentum quædam moventia, unde disceptandum de jure esset, afferantur, non tamen propterea probationem mox altiore in dagine[m] requirere, cum res per se sit certum, nec quælibet disceptatio efficere possit, quo minus probatio sit in continenti, sed illa tantum, quæ ob rationum & opinionum invicem pugnantium conflictum & facti qualitates non satis exploratos, difficile[m] habet dijudicationem, conf. omnino H. PISTOREM *al. l. n. 21.* Verum quando DD. asserunt, probationem in contin. per instrum. fieri, tum supponunt, probaturum in contin. illud in manibus habere, vel tamen ex instrumento contra se productio probationem in contin. instituire posse. Sed quid dicendum est: Si instrumentum, ex quo quis probationem inire vult, non sit productum, sed in manibus adversarii lateat, cujus editionem ut inde exceptionem desumas, excipiens petis, an talis probatio oblata in continenti habenda sit? Id quod negandum videtur, propter l. 6. C. de Test. Deinceps sententiâ videtur opus, quæ pronuncietur utrum ad edendum tale instrumentum teneatur. SCILTER *Exerc. ad ff. 13. th. 28.* Verum ab hac sententia abit MEVIUS *P. IV. D. 236.* ubi ait: quod in continenti faciendâ probatio spatium laxius accipiat ex facto adversarii, velut si penes ipsum existant instrumenta, per quæ intentio demonstranda erat, ut illa exhibere recuset, quia pro facto habetur quod per alium fiat, ne fiat, l. 24. de Cond. & Dem. Deinceps addit, pœnam edere, cum deberet, recusantis esse, ut pro editis instrumenta habeantur, & in contumaciam juxta allegata adversarii pronuncietur, id quod toties verum habet, quoties adversa pars contra se instrumenta edere tenerur, ut in illa facti specie, cum instrumentum allegans, illud perdidit, conf. l. 5. & 6. C. de Ed. CARPZ. *P. I. C. 17. d. 26.* GAIL. *l. Obs. 10. 6.* Quod si edere jussus, existentiam instrumenti penes se neget, nec contrarium probari mox possit, sed altioris sit indaginis, tum quæ sita inde probatio pro tali, quæ in contin. sit, censei minime potest.

§. III. Postquam hæcenus in genere adstruximus per instrumenta in continenti fieri probationem, & vero constat, instrumenta non unius ejusdemque esse generis, ideo dispiciendum jam erit, an omnis generis instrumentum probationem in contin. efficiat. Instrumentum quandoque late accipitur, & tum non solum Scripturam, sed & personas testium complectitur, l. 1. ff. de fid. Instr. deinceps etiam accipitur pro omni Scriptura probante, tam publica, quam privata, l. 1. C. de Dil. l. 5. C. de Prob. l. 17. §. 1. de fid. Instr. & hoc sensu in præsentiarum venit, uti etiam capitur in ut. ff. §. Cod. & simpliciter vox instrumenti posita intelligitur. Hoc sensu dividuntur in publica & privata; illa duplicis generis facimus, priora sunt, quæ fide publica nuntant ob judicalem vel similem auctoritatem, quæ sunt ACTA seu RES JUDICIARIÆ per quas probatio in continenti fit; Etenim in continenti probatum habetur, quod statim per inspectionem actuum cognosci potest, & probatio ex actis resultans, dicitur probatio probata & liquida, quæ nunquam rejici debet, VANTIUS de Null. Proc. in Rubr. n. 11. Hinc auditur Prætorum cantilena: Acta judici facere notorium, de quo vid. MEV. P. VII. D. 81. n. 3. & D. 137. n. 4. it. P. IV. D. 28. n. 1. GAIL. L. 1. Obs. 31. n. 10. & Obs. 213 n. 3. Obs. 134. n. 16. hæc omnia vera habentur mortuus licet Judice, qui de causa cognovit, quia acta judicialia plenam & perpetuam faciunt fidem. Huc quoque SENTENTIA Judicis, quæ in rem judicatam transit, spectat, vid. Ord. S. Trib. P. II. T. 6. §. 5. Ord. Dic. P. II. T. 2. §. 4. quæ hunc habet effectum, ut habeatur pro veritate, l. 297. ff. de R. J. l. 25. ff. de stat. hom. Itaque qui per rem judicatam, id quod sibi probandum incumbit, mox docere potest, dicitur in continenti probasse, GILMAN in Dec. Cam. T. 3. D. 16. n. 8. §. 9. Porro ad rem judicariam quoque spectant PROTOCOLLA JUDICIARIA, quæ in præsentia Judicis & partium ab aëuario judicii, in rei, coram judicio gestæ, fidem, concipiuntur & scribuntur, quæ plenam atque omnimodam, modo integra & incorrupta, inter partes faciunt fidem, COLER. P. III. C. 3. n. 23. Ord. Trib. & Dic. c. l. & sic ex his quoque probatio in contin. confici potest, sicut & eandem vim TRANSACTIONIBUS judicialibus tribuimus. Præterea ad publica Instrum. referuntur alia, veluti

LIBRI CATASTRI, seu Aestimii, aut Tabulæ Censuales, Steur-Register / Erb- und Beschoß- Bücher / l. 3; C. sine Censu; Ec. l. 10. C. de Prob. it. MATRICULÆ ECCLESIASTICÆ, & quæ plura sunt reliqua, quæ vulgo in hunc censum veniunt, de quibus vid. P. MÜLLERUM ad Struv. Tit. de fide Instr. §. 29. Coll. Arg. eod. Tit. §. 3. quæ omnia inde exscribere a scopo nostro esse alienum, cui satis est nosse, ex omnibus publicis instrumentis, si rite confecta, & originalia esse constet, probationem fieri posse in contin. Pro publico instrum. quoque habetur, quod propter formam solennem tale
 12 est, quod a NOTARIO publico debita forma est conscriptum, vid. MULLER ad Struv. s. al. §. 29. quod in probatorio iudicio absque alterius adminiculo plene probat, unde per illud quoque probationem in cont. existere, nulli asserere dubitamus. Festinamus ad PRIVATA
 13 INSTRUM. Principalis species Scripturæ privatæ est CHYROGRAPHUM vulgo etne Handschrift / hocque est vel obligatorium etne Schuld-Verdrehung; quo debitor fatetur sibi creditum, quale si contineat debitum liquidum & purum, quod causam simul debendi & quale quantumque debeatur exprimit, adhuc subscriptione vel subnotatione debitoris est munitum, CARPZ. c. l. d. 16. n. 4. tum dicitur *Gwarantigungsum*, quale maxime facit, si clausulam habeat insertam: *Das Creditors solle befugt seyn auch gute Macht haben / im Fall der Debitor im Zahlen saumhaft / sich eigener Gewalt in diesen Gütern zu immitiren und daraus bezahlt zu machen*; vel est *Liberatorium* ut *Apocha* etne *Witung* / qua Creditor fatetur, debitorem solvisse. Mittimus reliquas species privatæ scripturæ, quas recenset MULLERUS c. l. §. 23. Sed majoris operæ præteritum est, ut simus solliciti de vi & effectu privatæ scripturæ, *num per eam probatio in cont. expediiri possit*? Pro scribente privata Scriptura non probat, unde neque Fiscus, neque alius quilibet, ex suis subnotationibus debiti probationem facere poterit, l. 10. de Prob. Quæ cum ita sint sua sponte sequitur, neminem propria sua Scriptura probationem in contin. efficere posse; Verum ab hac regula, quod Scripturæ privata pro scribente nil probet, hodie vulgo eximi solent LIBRI MERCATORUM, quos, si debitis suis requisitis consent, semiplenam facere probationem moribus est receptum, quamvis de J. Comm. hi libri nil singulare

lare habeant, nec pro mercatore scribente quidquam probentur.
 STRUV. Exerc. 28. Tit. de Fid. Instr. §. 25. ibiq; PET. MULLERUS
 in not. lit. β. GAITUS de Credito C. 2. T. 3. n. 84. Quod si itaq;ve
 Mercator librum suum juramento suppletorio confirmaverit, aut eo
 mortuo, heres juramento credulitatis suppletorio, tum hac ratione
 plena fit probatio; Sed in quæst. venit: Num hic modus probandæ
 probatio in continenti dici possit? Hoc affirm. videtur JOACH. SCHE-
 PLITZ ad Consu. March. P. IV. T. 3. n. 38. ubi scribit: imo & hoc
 apud nos contigisse memini, dum quidam Mercator integræ samæ
 librum rationum suarum producebat, & inde fidem crediti faciebat,
 quod reus negabat, ipsi citra processum solennem in ista audientia
 oder den Berhör in judio Camer. impositum fuisse, si juramento corpo-
 rali convalidaret rationes a se editas, quod admittendus esset, &
 dum in continenti faciebat actor, reus condemnabatur. Cum hoc
 in actore admissum fuit, multo majori æquitate in reo obtinebit, cujus
 partes alias jure nostro sunt favorabiliores; Atq; a SCHEPLITZ II
 sententia non adeo aliena videtur, Ord. Dic. Pom. P. II. T. 1. §. 5.
 Interim ubi libri Mercatoris laborant requisitis, de quibus agit GAI-
 TUS & MULLERUS al. l. it. KLEINIUS in D. & ROSENER in Tr.
 de Libris Mercator. (sicut teste BRUNNEM. ad l. 6. C. de Prob. pauci
 forte sunt mercatores, qui ad hanc normam libros suos componunt,
 aut altioris indaginis disputatio de iis superfit, tum per eos probatio-
 nem in continenti fieri haud posse, ultro constat. Similiter &
 LIBRO OFFICIALIS hoc vulgo tribuunt singulare, quod plenam
 faciat fidem pro scribente GAITI Tr. & C. 2. T. 2. n. 17. quo admissio
 per hunc facilius probatio in contin. pro scribente fieri potest, conf.
 GAITI al. Tr. C. 2. T. 4. ubi late de Libris quoq; Tutorum aliorumq;
 administratorum agit; Sane Liber rationum privatæ personæ nullam
 pro scribente facit probationem, quæ de re subiectis ampliat & limit,
 late agit, al. GAITUS C. 2. T. 5. Quemadmodum vero privata Scri-
 ptura pro scribente regul. haud probat, sic bene tamen contra scri-
 bentem, ejusque successores, plene probat, l. 26. §. fin. Depos. l. 25.
 §. ult. de Prob. l. fin. de Const. pæc. modo a Scribente sit recognita, hæc
 enim solum contra recognoscentem facit probationem, CARPZ.
 P. I. C. 17. n. 12. etiam tum, quando scriptura tantum a recognoscente
 fuerit

fuerit subscripta, l. 9. §. 3. de J. Dot. MULLER. ad Struv. §. 24.
 lit. B. alii quidem hoc restringunt, ut non procedat, quando subscri-
 bens recognosceret subscriptionem tantum, negando contenta Scri-
 pturæ, quasi per tertium exaratz. Verum stat nihilominus pro instru-
 mento præsumtio juris, donec subscribens errorem ostenderit, l. 2. C.
 plus valere, &c. COLER. Proc. Exec. P. III. C. 1. n. 130. qui ait, medio
 tempore contra subscribentem mandatum executivum decernendum,
 salvis tamen & reservatis remedijs, quæ in ipsa executione opponi
 possunt, BARDILI de Subscriptione C. 8. n. 23. GAITUS c. n. C. 2.
 T. 7. n. 25. Sed num idem est, si tantum subsignaverit? Quod affir-
 mant, ubi ipse sigillans sigillum suum Scripturæ appendit impres-
 sitive, aut ex voluntate sua illud vel appensum, vel impressum fuit, &
 quidem pro inducenda obligatione sigillantis, MULLER. ad Struv.
 c. l. §. 24. lit. 7. COLER. de Proc. Exec. P. III. C. 1. n. 130. Sin
 neget, sua voluntate esse appositum sigillum, aliud erit dicendum,
 cum sigillum facile alicui subtrahi possit: Quoties itaque quis Scri-
 pturam recognoscit, vel subscriptionem a se factam aut sigillum sua
 voluntate ad inducendam obligationem appositum, toties per pri-
 vatam Scripturam probatio in continenti omnino conficitur.

25

§. III. Ordo jam nos ducit ad alterum probandi modum prin-
 cipalem, qui fit per TESTES, de quo jam laborandum, *num hoc*
quoque probatio in continenti fieri possit? Advertimus, communem
 Juris præsertim saxon. hanc esse sententiam, quod per Testes
 probatio in contin. non fiat. Quamvis enim in ore duorum vel
 trium testium, ipso divino effato, omnis consistat veritas, & per
 Testes plenissima fiat probatio, attamen inde non mox sequitur,
 quod ea sit in continenti probatio; in continenti quippe probatio
 modum respicit, non effectum probandi. Probatio enim per Testes
 longiorem temporis tractum exigit, dum Testes intra tam breve tem-
 poris spatium quale ad probationem in continenti faciendam requi-
 ritur, fieri nequit, teste quotidiana experientia, Froh! quam lon-
 gam trahit moram probatio per Testes, donec articuli & interroga-
 toria formentur, posteaque examen insuper instituitur, ubi sapius
 Testes emanent, ut nova hinc opus sit citatione, facto examine, rotu-
 loque publicato, opponuntur exceptiones contra personas Testium,
 & ori-

& oriuntur hinc inde disceptationes super dictis & attestatis Testium, & demum sequitur sententia, quæ an probatum sit, vel non, deciditur; Quibus rationibus moti plerique DD. probationem per testes non admittunt, ubi probatio in contin. necessaria est, *Card. TU. SHIUS P. VI. C. 773. conf. MARP. in Conf. 32. n. 42. & 43. Vol. 3. COLERUS Proc. Exec. P. II. C. 2. n. 23. qvi n. 23. testatur se vidisse per 30. annos a sensatis iudicibus in praxi ita observatum esse. add. SCHILTER Ex. adff. 13. §. 16. & Exerc. 35. §. 17. Temperant quidam hanc doctrinam eamque restringunt ad casum, ubi testes sunt ultra montes. CRÄVETTA Conf. 674. n. 39. & VIVIUS L. I. D. 107. n. 10. Sed hæc sententia Legum autoritate destituitur, neque eam in Germania ubique applicare licet; Mentem eorum procul dubio hanc fuisse colligimus, si testes longe absint, tum per eos probat. in cont. fieri non posse, bene vero si prope iudicium habitent. Verum argumenta supra contra probationem per Testes adducta, non respiciunt hoc momentum an testes longe a loco iudicii absint, sed omnia obtinent, siue testes prope locum iudicii in colant, siue ab eo longius sint remoti. Aliam cautelam commendat, DN. SCHILTER in Exerc. 35. §. 17. & Ex. 13. §. 18. statuens, quod si Testes coram Notario aut alio in iudicio examinati, & rotulus inde confectus, producat, illum tum inter instrumenta, per quæ probatio in contin. fit, admitti debere, quam in rem plures congestit Doctores secum sentientes, CARPZ. *Jpr. for. P. I. C. 8. d. 30. BERLICH. P. I. Concl. 80. n. 76.* quibus addi potest NICOLAI *Concl. for. 30. n. 36.* secundum quam sententiam etiam in contradictorio iudicio pronunciatum fuisse, refert; quamque etiam, si talis contingat casus, quod testes jam antea in iudicio *jurato & rite* fuerint examinati, rotulusque inde confectus, haud invito recipimus; Verum Schilteri sententiz dicam scripsit BERGER in *Elia. Proc. Exec. §. 38.* existimans, ejusmodi instrumenta probationem in continenti efficere haud posse, quod recognosci haud possint, & præterea adversa partis intersit, contra quam testes producuntur, citari ad videndum jurari, & admitti cum interrogatoriis, quibus speciatim, quæ examen coram Notario addunt, hoc nullum esse, cum ne quidem consensu parium Notarius sine iudicis commissione testes valide examinare possit.*

GOSW. *ab* ESBACH. *ad* C7. *al. d. 30.* Interim vero CARPZOV. in sua sententia non solum subsistit, sed ultra progreditur, statuens, quod admittenda sit probatio per testes summaria contra instrumentum liquidum & confessatum ad impediendam executionem, si nempe reus testes ad probandum exceptiones statim intra terminum executioni praefixum, producat, & summariter absque articulis ordinariis & interrogatoriis aliisque solennitatibus ad processum ordinarium facientibus examinari faciat, CARPZ. *d. l. d. 29. & in Proc. C. 22. & 24. n. 40. seqq.* Verum hanc Carpz. sententiam improbat, GOSW. *ab* ESBACH, *ad al. d. 29.* quia lex scripta talem summariam examinationem sine interrogatoriis aliisque solennitatibus nullibi admittit, sed potius vetat, eique omnem fidem detrahit, BRUNN. *de Proc. Civ. Cap. 30. n. 53.* unde concludendum videtur, quod tale testimonium probationem in continenti inducere non possit, ad infringendam plenam probationem per instrumentum confessatum factam, nec ad impediendam inde paratam executionem. Nihilominus vero in Carpzovii sententiam propendere & transire videtur,

17 MEY. *in P. VIII. D. 315.* quando certo modo probationem per testes veluti probationem in continenti tum admittit, ubi intra terminum probationum, qui istiusmodi probationi praefigitur, per testes veritas rei haberi potest, de quo Judici statuendum committit, considerata tum re probanda, an sic comparata, ut statim probari queat, tum testium qualitate, si omni exceptione sint majores, qui fidem facient irrefragabiliter, tum circumstantiis litis, si ex iis nihil sit, quod altioris indaginem post testimonia recepturum sit. Rationem suae sententiae offert, quod nulla lex aut ratio prohibeat, quo minus audiendus sit, qui intra terminum executioni praefixum, testibus exceptionem probare offert. Nec, inquit MEY. *d. l.* putandum id impossibile, ubi iste 6. septimanarum vel plane brevioris temporis est, (uti tamen existimat LUDOVICI in der Einleitung zum Civil. Proc. C. 3. §. 19.) intra quod spatium examen testium depreperari debet, cui addit, quod quando in S. Trib. R. examen petitum, non illud denegatum, sed tantum, intra terminum inclusum, & quibus commissum, ejus maturatio fuerit injuncta. Eandem doctrinam secutus est *in Conf. 77. n. 23.* ubi de usu patrie ita testatur: *Derthene*

tere nicht sonsten / daß bey den Pommerischen Gerichten das Zeugen-
Verhör veranlaßet / und die Execution aufgehaltet / wenn die Articuli
relevant, und des Producenten Fleiß und Ernst die Sache zu beschleu-
nigen verführet werde. confer *eundem* in Tr. von Wuchel. *Contr.*
C. XI. §. 16. ad. H. PISTOREM *L. IV. qv. 13. n. 28.* Hac sententia
admissa, Judicis tamen arbitrio relinqui debet estimandum, an pro-
batio per testes admitti possit ac debeat, nec tamen temere admittet,
ut probatio in continenti per testes instituat, ne hac ratione legi &
rationi legis fraus fiat.

§. V. Diximus supra quaedam proprie probationes non esse, 18
tamen locum probationum ingredi & vim probandi habere. Huc (1)
spectat delatio JURIS JURANDI. Juramentum enim non esse pro-
prie probationem, sed saltem probationis revelationem, vulgo tenent
DD. Vid. HYP. de MARSILIIS *in repet. ad Rubr. C. de Prob. n. 19.*
interim recepto loquendi usu nomine probationis etiam Juramentum
venit, quia propter licet multi afferant, non ad mitti delationem
juris jur., ubi lex vel sententia probationem exigit. PACIANUS
de Probat. L. II. C. 46. n. 101. § 99. quo spectare videtur, MEVIUS
P. III. D. 393. n. 3. contraria tamen sententia, Juramentum scil.
admittendum esse, sive lex s. sententia probationem imponat, verior
est, nisi certum probationis genus expressum, & ad hoc restricta pro-
batio. MEV. *P. IV. D. 6. n. 6.* De hoc probandi genere jam quæ-
ritur: Num sit modus probandi in continenti? Saxonici JCTi plerique
negant, atque in Saxon, ubi requiritur probatio in contin. ibi jura-
mentum deferre non licere, quotidie pronunciar, idque ex tenore
Constit. Ele&. ut adeo frustra ad versus quotidianam fori proxim dis-
putetur, testes sunt. CARPZ. *in lpr. for. P. I. C. 8. d. 15. & Const. 12.*
d. 35. SCHILTER *Execr. 13. th. 16.* BERGER *in Ele&. Proc. Exec.*
th. 38. Verum sententia JCTorum Saxon. accuratius perspecta, in-
veni, eos distingvere inter processum executivum & summarium, in
illo juramenti delationi locum non relinquunt, bene vero in hoc. vid.
CARPZ. *L. 3. R. 12. n. 10. § 16. § 99.* ZANGER *de Except. P. 1.*
C. 2. n. 26. Deinceps existimant, quod in executivis super excep-
tione delationi juris jur. locus non sit, hoc Jur. Comm. convenire,
proratione adducit CARPZ. *s. l. quod juramentum sit species legi-*
time

timæ & ordinariæ probationis, quam argumentationem tanto viro
 indignam dicit, GOSW. ab ESBACH *ad d. 35. C. 12. P. 1.* Sed
 primum CARPZ: cum sua ratione sibi non satis constat, dum alibi
 dicit probationem per Juramentum legitimam probationem non esse
P. 1. C. 12. d. 33. n. 3. deinceps vero non valet consequentia, jura-
 mentum est legitima & ordinaria probatio, ergo in processu execu-
 tivo non est admittendum. Etenim Aposta non minus est species
 legitimæ & ordinariæ probationis, quæ tamen omnino admittitur.
 Vid. ESBACH. *al. 1. RHETIUM in D. de Exceptionibus paratam exc-*
cut. impediens. C. V. n. 21. Sane si de jure constituendo quaratur,
 in aprico est nil ob stare quo minus delationi j. jur. eo etiam processus
 genere ex quo alia quam in contin. probatio non admittitur, locus
 relinqui possit, si de j. constituto est questio, pariter existimamus
 secundum principia J. Comm. jus jurandum vices probationis in con-
 tin. sustinere. (1) Quia expeditissimum litium finiendarum remedium
 est juris jurandi religio, dum per delationem juris jurandi aliquis con-
 stituitur Judex in propria causa, adeo ut ab ejus, cui defertur, depen-
 deat arbitrio, an in continenti probatum esse velit, an non; Porro (2)
 in omnibus judiciis & actionibus, nisi expresse reperitur excepta,
 locum habet juramenti delatio, *l. 3. §. 1. ff. de j. jur.* Nullibi vero
 exceptæ reperiuntur causæ, in quibus probatio in continenti exigi-
 tur. Potius (3) in causis summariis etiam delatio jurisjur. locum
 habet, per *Clem. sepe corp. 2. de V. S. Trib. Ord. P. II. T. 34. §. 3.*
ib. : in Summariis; jam vero causa executionum & immissionum inter
 causas summarias refertur, *Ord. S. Trib. P. II. T. 5. n. 33.* Hæc
 ob rationes non pauci DD. delationem jurisjur. pro ea habent pro-
 batione, quæ sit in continenti. ANT. FABER. *L. IV. T. 14. d. 37.*
de Prob. & pras. H. PISTOR. P. IV. qv. 13. per tot. MEVIUS von
 Wucherl. *Contracten C. XI. §. 18.* BRUNNEM. *ad l. 38. ff. de j. jur.*
n. 10. Atque hæc quidem sententia jure Civili minus habere vide-
 tur dubii, cum hoc jure verior, praxi approbata & communiter recepta
 sit sententia, quod juramentum deferri possit, etsi deferens nil proba-
 verit, *l. 25. §. pen. ff. de prob. l. 35. pr. de j. jur.* CARPZ. *P. 1. C. 12.*
d. 2. VINNIUS *L. 1. Q. 42.* quo admisso vix expeditior probandi
 ratio erit quam per jus jur., quia cum super delatione non disputan-
 dum

dum est; Eandem quoque ob causam *Jure Lubec.* delatio juram. judicialis erit modus probandi in contin. Hoc enim jure auctor electionem habet utrum sine ulla prae via probatione juramentum deferre, seive Klage zur Eydes Hand legen / an vero probationem in se suscipere velit, uno tamen electo, alterum excluditur, *L. V. T. 3. a. 2. ib. MEV. n. 8.* Similiter licet reo super sua exceptione mox juram. deferre, etsi antea eam verosimilem non reddidit; vid. *MEV. P. IV. D. 5.* Sed praeter hanc dispositionem *J. C. & Themesis Lubec.* in Patria nostra dubitationem recipit? an delatio juram. possit esse probatio in contin? Cum secundum noviore[m] edit. *Ord. S. Trib.* delatio jurisjur. non aliter admittitur, quam si deferens id super quo juram. vult deferre, vero fecerit simile, *P. II. T. 34. §. 3.* pro ratione adducitur, quod magnus, teste experientia, in juramentis temere deferendis deprehensus fuerit ab usus; In *Ord. Dis.* simpliciter quidem auctori super fundamento suae intentionis, & reo super exceptione sua juram. deferre permittitur, *P. II. T. 24. §. 1.* sed merito hoc ex *Ord. S. Trib.* interpretationem recipit, ne jura patria sibi adversentur; In *Constit. Instrum. P. II. C. 2. §. 1.* idem hac in re deprehendimus dispositum, quod in *Ord. S. Trib.* constitutum; Si animi nostri sententiam explicare integrum erit, nobis sententia Juris Civili[s] preferenda videtur, ad argumentum enim ab abusu desumptum, responderi poterit, quod hic adeo metuendus non sit, cum deferens de calumnia jurare debeat, per quod praesumptio & suspicio temerariae delationis satis diluitur, deinceps deferens novit sibi delatum referri posse, nec ergo deferet super eo, quod falsum novit, cum facta relatione, malitia ejus detegatur; praeterea si aliquis intentionem suam verosimilem & probabilem fecit, non videtur opus juramento judiciali, sed cum adversa pars praesumptione onerata sit, magis purgatorium juramentum huic imponendum videtur, ubi relatio cessat, nec juramentum Calumniae praestandum est; Interim cum Leges Patriae sine aliqua probatione aut praesumptione ad delationem juramenti decurrere non permittunt, his in haerendum erit; quamquam nihilominus existimemus, delationem jurisjur. non obstantibus ordinationibus judiciariis modum esse probandi in contin.; Id quod in illis casibus ubi non opus est, id super quo deferretur, verosimile reddere, qui recensentur in *Ord. S. Trib.*

Trib. al. l. indubium quidem est, sed in aliis quoque casibus, ubi prævia edocta verosimilitudo requiritur, idem erit asserendum. Vel enim mox quæ probabile, super quo juramentum defert, reddit, & tum illud in continenti injungendam erit, vel nullam ejus verosimilitudinem asserit, quo casu delatio non admittitur, & consequenter probatio in contin. haud erit. Sane ubi juramenti semel præstiti fit allegatio, ejusque Judici statim fit fides, tum per hoc probationem in continenti fieri extra omnem positum est dubitationem.

20 §. VII. At ordine ducimur ad aliud probandi genus per CONFSESSIONEM, quæ probatio Canonistis præmissis impropria & relevatio probationis saltem est, quia per confessionem adversæ partis, quæ probare debet, ab onere probandi relevatur, HYPOL. de MARSIL. *in singulari suo* 101. incip. *Communis DD. opinio, &c.* Probatio per Confessionem vulgo habetur incontinenti probatio, l. 170. C. de N. N. P. SCHILT. Ex. 35. §. 16. hinc probatio per Confessionem statuto nunquam exclusa censetur, BINNIUS *Conf. 85. n. 4.* de GRASSIS *de Exc. in Exc. 410.* Cum vero confessio ejus, quod adversarius intendit, alia sit *judicialis* quæ fit in jure vel iudicio, alia *extra judicialis* quæ extra jus & iudicium. De utraq; distincte breviter erit dicendum; Nos supponimus *judicialem* confessionem cum suis requisitis legitimis, quæ probationem in contin. inducit; quia facit notorium, c. 24. X. de V. S. c. 10. X. de Cohab. Cler. & vim rei judicatæ habet, l. 56. de re jud. l. 25. §. fin. ff. ad L. Aquil. MASCARD. *de Prob. Concl. 340. & 348.* Confessio vero in iudicio facta dicitur, quæ fit coram Judice pro Tribunali sedente Notario seu Actuario scribente, uti cum aliis loquitur GRASSIS c. l. ubi simul existimat, si confessio coram Judice non sedente pro Tribunali fiat, vel coram Actuario solo, tum eam non dici posse in iudicio factam, nec contra instrumentum, contra quod prohibitum excipere, opponi posse. Verum putamus pro judiciali confessione habendam esse, quæ in scriptis offertur Judici & adversario communicatur, & ab eo acceptatur, BRUNNEM. *ad l. 9. §. 3. ff. de Confess. MEV. P. II. D. 218. n. 7.* Quod attinet ad confessionem *extra jud.* hæc præ sente & acceptante adversario facta plene probat, LAUTERB. *in Comp. ff. 1. de Conf. MASC. de prob. concl. 343.* De confessione absente parte facta,

facta, vid. MEY. P. VII. D. 15 a. n. fin. MASC. Concl. 346. it. de Confessione extra jud. geminata an plene probet, uti vulgo dicunt DD. vide late agentem de GRASSIS cl. Exc. 1 sta. Eo autem casu quo confessio extra jud. plenam probat. facit, tum quæritur, an illa instar probationis in continenti habenda sit? & R. spectandum esse modum quo veritas ejus ostenditur. Quod si enim per Scripturam confitentis probari possit, tum indubie erit probatio in contin. sin per testes probanda, tum decisionem accipit ex illis quæ supra de probatione per testes latius disseruimus.

§. VII. Afferunt præterea DD. alium probandi modum per ²⁶ NOTORIUM quem mirum in modum brocardicis exornant, quando dicunt: eam esse probationem probatam, & ubi est notorium, ibi non disputari, sed disputatum esse, hinc non esse probandum, sed saltem allegandum, c. 3. X. de Test. cog. c. 23. X. de Elect. & esse relevationem a probatione, GAIL. II. O. 31. in fin. sed desinimus plures ejusmodi farinae floculos ex J. Can. cumulare, quod magna eorum abundat copia. Jus Civile enim vix hanc doctrinam tangit, adeo ut ANT. DE BUTRIO in Pref. Tr. de Notorio fateatur, Legistas parum de notorio annotasse. Doctrinam de notorio ex ratione status Clericalis fluere in condemnandis hæreticis, & ejus barbariem ab Interpretibus Decretalium esse probatam, ostendunt. BÖHMER in 7. Eccles. Tit. X de Judic. JO. SAM. STRYKIUS in D. de Notorio C. 2. §. 18. Sed maxima difficultas residet in eo, quid sit notorium? Tumultuarie enim de eo locuti sunt DD. ut vere scripserit SCACCIAS de Sent. & re Jud. Gl. 14. c. 1. n. 48. quod multi multa quidem de notorio garriant, & tamen quid sit notorium, ignorent, quin ipse Pontifex ALEXAND. III. hoc agnovisse videtur, quando in c. 14. X. de Appell. ait: multa dicuntur notoria, quæ talia non sunt. Vulgo notorium, publicum, manifestum, evidens pro synonymis habetur, inter quæ tamen insignem intercedere differentiam, volunt & trad. J. S. STRYK. in al. D. c. 1. §. 11. seqq. Sane quando DD. ad exempla notorii progrediuntur, satis ex his patet, eos notorium pro evidenti, de quo certo & indubitato constat, accipere; ita enim RHETIUS in D. de Except. par. Exec. imped. C. V. n. 4. notorium describit, de quo in dubio constat, vel per instrumentum, vel

per rem iudicatam, vel per facti evidentiam. Quæ ratione probatio per notorium eadem est, quæ fit per instrumentum, aut per evidentiam facti. Itaque sicut hæc est probatio in continenti, sic quoque talis erit, quæ fit per notorium. At enim vero alii notorium describunt, quod notum est publice omnibus, vel pluribus & maiori parti hominum in civitate, ut nulla tergiversatione celari possit. Quo sensu notorium non est, quod per instrumenta ostenditur, quippe hæc forte paucissimis sunt cognita; Hoc sensu acceptum notorium probatione plane non indiget, sed tantum allegatione, quæ instar probationis in contin. est. Aliquando tamen notorium venire probandum statuunt, si a parte vel iudice negetur, ubi notorietas probanda; juxta MASCARD. *Concl. 1109. n. 1. & 2. per 21. testes*, ex aliorum vero sententia per X. STRYK. *in annot. ad Lauterb. de Prob. ad verba: consuetudo probanda*, quamquam ipse speciatim de probanda consuetudinis notorietate saltem loquatur; Verum ubi notorietas per Testes prius est probanda, tum illis, quibus per testes non est modus probandi in contin. nec probatio per notorium erit talis, nisi ad minimum ex aliorum sententia ita instituat, uti supra dictum est. Conf. omnino J. S. STRYKII *al. D. C. 2. per tot.* Hac occasione notorii quæri potest: numne probatio per *Parantias juris Rechts, Sprich, Wörter* instar probationis in continenti habenda sit? Sanè videtur hæc quæstio impertinens, cum jus probatione non indiget, sed per se perspicuum est; Verum quandoque jus probatione opus habet, ubi illud negatur, ut in consuetudinibus cumprimis, & aliquando in statutis accidit, quia tum incidit in quæstionem facti adeoque probandum, STRUV. *Ex. 28. §. 2. Tit. de Prob.* itaque jam quæritur, numne illud per proverbium juris incontinenti probetur: Hoc negant BERLICH. *Dec. 299. n. 38.* FINCKBLH. *Obs. 37. n. 46.* dicentes: ejusmodi adagia nihil probare, nec consuetudinem inducere, minus jus scriptum evertere, quia talia dicta vel a vulgi secepetita, vel tanquam generalia non concludunt, sed in singulis ambiguum relinquunt, PACIANUS *de Prob. L. 2025. n. 78.* FREUN. DEBERG *Tr. de Rescriptis morat. Concl. 62. n. 126.* Ex his simul intelligitur per ejusmodi proverbia juris seu brocardica probationem in continenti non fieri, licet ex aliorum sententia proverbia in decidendis

clendis controversiis loco jurium allegari possint, *L. 6. §. 3. ff. de Off. Proc. FELTMAN in R. milit. 7. n. 70. PRUCKMAN in Conf. 50. n. 181. P. 1. & Conf. 15. n. 71. conf. HERTIUM in Paroem. Juris in Praef. §. 4.*

§. VIII. Cum probatione per notorium magnam habet affinitatem probationem per evidentiam facti seu INSPECTIONEM OCULAREM quam DD. vocant superlativam omnium probationum, quae derogat omni generi probationum, & cuicumque praevalet, & quae alia de hac probationis specie praedicari solent brocardica, enumerata ab HERTIO in *D. de Inspectione Oculari §. 41.* Certe in illis quae solo sensu corporeo percipiuntur probatio per evidentiam facti seu ocularem inspectionem, sicut exactam & indubitam fidem facit, ita etiam probationem in continenti per eam fieri posse per se constat; si talia sunt, quae non solo sensu corporeo percipiuntur, sed intellectu quoque & iudicio censenda veniunt, tum inspectioni oculari perpetuo & semper certam fidem dare haud possumus, cui per consequens inde probatio in continenti perpetuo desumi nequit. vid. HERT. *al. l.*

§. IX. Ultimo adhuc agendum est, de probatione per PRÆSUMPTIONES quae non admittenda videtur, ubi exigitur probatio in continenti. siquidem probatio praesumptiva in continenti fieri non potest, nec etiam praesumptiones ac conjecturae non facile aliter quam per testes probari queunt, uti discribit STRYK. in *D. de altiori indag. C. ult. n. 17. & 18. ubi n. 22.* unicum casum exceptum tradit, quo probatio praesumptiva contra instrumentum garantigiatum locum habet, de quo vid. MENOCH. *L. III. Praef. 135. n. 2. CARPZ. L. V. T. 9. R. 104. n. 21.*

§. X. Expositis haecenus modis quibus probatio in continenti fit, adhuc circa illos erit observandum, quod non satis sit probationem in continenti offerre, sed quod facienda sit, GILMAN. *T. 3. Dec. Cam. 13. n. 94. & 95.* qui etiam ait: non satis esse se ad probationem in continenti offerre, sed requiri etiam talem exceptionem quae in continenti probari possit. Interim si offeratur probatio in continenti offerrens omnino audiendus est, & ad eam faciendam admittendus, licet exceptio sui natura altiore requireret indaginem, cum utrumque probationibus manifesta fieri possit, dijudicari nequeat, priusquam

quam illæ admittæ aut receptæ sunt. H. PISTOR L. IV. R. 10.
 §. 17. Denique adhuc notari restat, quod oblatio probationis
 in contin. aliter non admittenda sit, quam si probatio offeratur per-
 tinens, impertinens enim non debet admitti l. 12. §. 2. ff. de j. jur.
 licet offerens sit paratus illius modi probat. in continenti facere.

CAPUT V.

De

OBJECTO Prob. in contin.

seu CAUSIS in quibus ea exigitur.

SUMMARIÆ.

(1) Ordo proponendi. (2) Proc. Exec. qui? & an cognitus Jure
 Civ.? (3) Quid in patria. (4) Ejus requisita. (5) De prob. in cont.
 in proc. exc. ratione actoris. (6) Item rei & quidem. (7) Ratio
 exc. solut. compes. simulat. prescr. (8) Item Exc non Num. pec. ante
 biennium. (9) Quid si opponatur cambiis presentantiis? (10) Indossu-
 tario? (11) De prob. in cont. in iure exc. NNP. post biennium. (12) De
 modis quibus prob. in cont. contra instr. liquidum sit & in specie an per
 delat. jur. (13) De prob. in cont. necessaria & in Jud. ad ip. poss. in specie
 quorum honor. (14) Item rem. l. fin. C. de Ed. Div. Adr. toll.
 (15) Rem. poss. tam summ. quam Ord. (16) Et rem. & recupo-
 poss. ibi del. 23. C. loc. (17) De prob. in cont. in aliis summaris causis.
 (18) De prob. in cont. in proc. ord. ratione exc. luis fin. si ante L. C. oppo-
 nantur. (19) Et reliquarum peremptiarum. (20) De prob. in
 cont. rat. exc. contra testes ante exam. (21) De prob. in cont. post ter-
 minum prob. lapsam admittenda. (22) De prob. in cont. in rem. nullis.
 (23) Rest. & (24) App. remisive. (25) De prob. in contin. post 30
 conformes sent. (26) De prob. in cont. rat. exc. in exc. admittibilem.
 (27) An admittatur exc. coram Judice executionis vi offeratur ejus pro-
 batio in cont. ubi notatur Bohmeri sententia.

§. 1.

JAm aggredimur caput rei, acturi de negotiis & causis, in quibus
 probatio in contin. requiritur. Ordo hujus tractationis dirigatur
 fecun-

secundum diversum processum, Summariū & ordinariū qui J. Can. & moribus hodiernis receptus est, cui distinctioni causam dedit Jus Rom. quo erat iudicium ordinariū & extraordinariū CARPZ. *Proc. J. Sax. T. I. a. 1. n. 1. 199.* Dicemus itaque primum quomodo probatio in continenti in processu summario necessaria sit, & deinceps subjiciemus quando eadem quoque in processu ordinario exigatur. Hujus processus summarii duplex datur species in civilibus, executivus in specie dictus, & Summarius, hic summarius est possessorius, ubi possessio rei & non dominium intenditur, & qui in summariis causis obtinet. Primam agendum est de Processu EXECUTIVO qui omnino a summario in eo differt, quod omnis processus executivus quidem sit summarius, non vero omnis summarius est executivus. Processus executivus variis ex causis tribuitur, præsertim ex instrumentis garentigiatis, maxime si debitor in instrumento cum clausula executiva se obligaverit. RHETIUS in *D. de Except. paratam execut. imped. cap. 1. n. 5.* Quin moribus privata scriptura partium Sigillo & subscriptione munita & inde literæ cambiales paratam habent executionem, præterea quoque processus executivus datur ex causa judicati, aliisque legitimis causis, de quibus vid. RHET. *al. l.* Hoc loco agemus de processu executivo ex instrumentis garentigiatis & liquidis; Partes ejus principales sunt productio & recognitio instrumentorum, quo debitum in continenti probare potest. Quod si enim reus instrumentum diffiteatur processus executivus convertitur in ordinariū; *Sed an hic processus executivus J. Civili cognitus fuit disceptatur?* Vulgus DD hoc negat, moribusque eum adscribit, SCHILTER *Exerc. XIII. §. 15.* & HEIG. *P. II. qv. 7. n. 7. & 16.* Verum MINDANUS *de Proces. cam. Extrah. L. II. C. 70. §. 3.* statuit, omnia instrumenta & Chylographa debitum liquidum contentia in genere de J. Civili executionem mereri, cui in auxilium abire videntur, *l. 6. C. Theod. de Denunciat. l. 21. §. 2. ad L. Aquil. l. 3. C. de Pign. & Hypoth. l. 1. in. f. C. de Pign. act. l. 9. C. Sol. matrim.* Verum quicquid de jure Civili sit, de moribus Germaniz ubique fere ex instrumentis garentigiatis & liquidis processus obtinet executivus, qui præcepto locum facit, nec tamen prius realis executio sit, quam debitor instrumentum cautionemque agnovit.

- 3 vit. In Patria processus executivus observatur, vid. *Ord. Dio. P. II. T. 2. §. 4.* ibi. sol executivè verfahren werden; Klahre und richtige Sachen halten wir die/ wenn auf unvernemte Klage/ Bekante/ nist/ versiegelte Briefe und Instrumenta, dazu sich das Part befehlet/ *re. ad. §. 7. d. l.* ibi: zu attendiren was in Processibus executivis zulässig.
- 4 Quo vero ex instrumento liquido executivus datur processus sequentia constituuntur requisita. (1) ut sit clarum vitio visibili carens, Klahre Briefe und Siegel. (2) ut in eo causa debendi sit expressa; (3) ut sit purum non habens conditionem aut diem incertum. His LUDOVICI in seiner Einleitung zum Civil Proc. C. III. §. 4. addit. (4) ut biennium sit elapsum, quod tamen extra exceptionem non num. pec. haud necesse est, & in reliquis etiam ante lapsum biennii executive agi potest. Porro (5) exigit, ut instrumentum contineat negotium unilaterale, quod improbat & refellit, BERGER in *Elect. Proc. exec. Ex. §. 19. segg.* Quicumque nunc executive vult agere hic in continenti per instrumentum hæc requisita ostendere debet, alias non auditur, sed ad ordinarium remittitur processum.
- 5 Processus executivi ratione rei effectus est, quod facta recognitione cum suis exceptionibus contra instrumentum non audiat, nisi in continenti probari possint, aut tamen mox liquidabiles sint, vid. BAHN. *ad Wes. de Compens. N. 7.* Quod si ergo exceptiones objectæ plane sint irrelevantes, tum rejiciuntur, sin turbidæ, & in continenti liquidari nequeant, tum illis ad reconventionem vel separatim processum rejectis, executio decernitur. CARPZ. P. I. *Dec. 52.* MEY. P. III. *D. 226. n. 3.* LYNCK. *Dec. 1486.* Itaque non aliter ad sistendum processum executivum exceptiones opponere juvat, quam si earum probatio in continenti fieri possit, LYNCK. *Dec. 790.* CARPZ. P. I. *Dec. 53.* Sic recte Except. solutionis opponitur. MEY. P. V. *D. 315.* Sed ut in continenti probetur, necesse est, CARPZ. *Proc. T. 22. a. 3. n. 9. §. 12.* iudem Except. Compensationis instrumento liquido objici potest, etsi paratam habeat executionem, & ex literis cambii debitum sit contrarium. STRUV. *Tit. de Compensat. §. 15.* Verum nec hoc aliter fieri potest, quam si debitum quod objicitur sit certum & liquidum, l. f. *C. de Compens. §. 30. §. de aff.* MEY. P. I. *D. 122. P. VII. D. 103.* liquidi enim cum illi-
quide

quido non est compensatio, sed facta liquidi executione, per separatum processum illiquidum peti debet, *Ord. Dic. Pom. P. II. T. 2. §. 9.* cui accinit Proverb. Germ. Geld vor/Diecht nach/de quo vid. HERT. in *Parom. L. I. n. 39.* Alii hoc restringunt ad casum, quando reus initio litis compensationem non opposuit, sed convictus aut pene convictus ad eam vult confugere; hinc aliud volunt, si initio litis mutuum debitum per modum exceptionis opponat, ubi audiendum eum esse dicunt, etsi causa ex qua compensatio objicitur sit illiquida, VINNIUS *L. I. qv. 50.* Dissent. MÆSTERTIUS *Tr. de Compensat. qv. 50.* Sane jure Patrio ista sententia non procedit, quia reconventio pariter non habet effectum simultanei processus, nisi in debito liquido aut mox liquidabili, uti supra jam dictum est. Præterea quoque instrumento garentigato exceptionem simulationis opponere licet, quæ si in continenti probari potest, paratam impedit executionem, COLER. *cl. L. I. C. 1 n. 269* MBV. *P. VIII. D. 214.* qui plane existimat, executionem sistendam esse, si modo verosimilia simulationis adsint argumenta, ad COLER. *al. I. n. 269.* De Except. *Prescriptionis* dubitari posset, an hæc instrumento liquido opponi possit, cum sui natura altioris sit indaginis, H. PISTOR *L. IV. qv. 10. n. 17.* Atque eam quoque admittendam putamus, si objiciens eam statim aut de proximo probare paratus sit, quia offerens super exceptione, quæ altioris est indaginis, in continenti probationem, ad eam omnino admittendus est, GVID. PAPA. *Qv. 132. n. 1.* Sed *quomodo prescriptio exceptionis in continenti probari poterit?* R. Si ex instrumento ab adversario producto appareat, cum illud forte ante 40. vel 50. annos confectum sit, COLER. *de Prov. Exec. P. IV. C. 1. n. 92.* Longe adhuc plures contra instrumenta liquida admittuntur exceptiones, omnes vero sub hac conditione: si in continenti probari possint, speciatim quod attinet Except. *Non num. pec.* dicendum videtur, non aliter hanc except. in causis celeritæ expeditionis opponi posse, quam si ab allegante in continenti probetur, quod observarunt FINCKELTH. *Obs. 119.* MOLLER. *ad P. II. Const. Elect. 19.* & ulterius vindicavit SCHILTER. *Exerc. 220. th. 33.* add. TITIUS *ad Lanterb. Obs. 318.* alias si altioris sit indaginis eam ad separatum reconventionis judicium remittunt, ZOLLIUS in *Diss. de Exc. non num. pec.*

47
 10. §. 3. Verum ex principiis Juris Rom. hæc exceptio a reliquis
 valde est exorbitans, quando instrumento, quod mutuum continet,
 opponitur, quia allegans eam intra biennium plane probare non
 tenetur, ne dum in continenti, sed onus probandi transfert in credi-
 torem, non obstant, quod debitor numerationem factam in instru-
 mento confessus sit, l. 3. §. 8. & 10. C. de non num. pec. COCCEJ. ad
 Laut. Tit. de reb. cred. qu. 22. Quamvis vero hæc querela multis
 locis cesset, uti de Gallia testatur AUTUMNUS ad l. C. de non num.
 pec. de Belgio VOETIUS ad Tit. ff. de Reb. Cred. ib. 35. GUDE-
 LINUS de l. novis. L. III. C. 6. n. 17. attamen in Germania ea recep-
 ta habenda est, quamdiu Jus Civile in aliqua Provincia immutatum
 doceri nequit, MEV. P. IV. D. 266. Non adeo diu Celeberr. Prof.
 Rint. in al. Disc. anno 1708. edito, adstruere conatus fuit, except. non
 num. pec. qua onus probandi in creditorem transiatur, Juri Nat. &
 Gent. quin ipsi J. Civili repugnare. Quod Leges spectat quibus inni-
 titur communis sententia, has Zollius eludere sæpegit distinctione facta
 inter cautiones indiscretas, quæ nullam debendi causam continent, &
 discretas, quæ eam expressam habent, de illis accipit Leges nostras,
 in hisce vero jus commune observandum contendit, secundum quod
 scriptura contra scribentem probat, l. 25. §. 4. ff. de Prob. l. 19. §. 1.
 ff. de non num. pec. Verum hæc distinctio propter generalitatem
 Legum admitti nequit, & tam clarus text. in l. 1. C. de dot. cant. sed
 non num. quam etiam ratio legis 10. a probatione negativæ desumpta,
 repugnat DN. SCHILTER cl. existimat, except. non num. pec. privi-
 legiatam in foris Germ. non esse attendendam, quia Jus Germ. eam
 ignorat. Sed tale assertum pestem nostræ jurisprud. esse, ait COC-
 CEJUS al. l. Itaque uti Exc. non num. pec. privilegiata, uso fori in
 Germ. recepta est, ita eadem quoque ex communi Jctorum calculo in
 proc. executivo contra instrum. garentig. opponi potest, COCCEJ.
 cl. qu. 26. CARPZ. L. II. R. 89. it. P. I. C. 32. d. 65. & 66. COLE-
 RUS Proc. Exc. P. IV. C. 1. n. 40. Verum an similiter contra literas
 Cambi opponi possit? non una est DD. sententia: De iis Cambiis die
 jemand auf sich selbst ausgesteller hat / simpliciter hoc affirmat COC-
 CEJUS cl. qu. 25.; At aliud ipsi videtur in iis die auf etwen tertium
 gerichtet zu seyn / in quibus putat, quod neque Campfor, qui ipsi Remit-
 tens

tens Germ. Wechsel • Geber vocatur, neque Acceptans, qui pecuniam solvere debet, presentanti opponere *Except. non num. pec.* valide possit, add. VOGT. *de Cambiis th. 7.* At non pauci DD. eam liberalius etiam in Cambiis admittunt, BRUNNEM. *ad l. 5. C. de non num. pec. n. 4.* ESBACH *ad Carpz. P. I. C. 32. d. 69. n. 1.* MUL-
LER. *ad Struv. Exerc. 25. th. 45. lit. a.* Verum ubi DD. dicunt, contra literas Cambii *Exc. non num. pec.* locum non habere, hoc ita intelligunt, quod nempe ea intra biennium opposita onus probandi in Creditorem non transferat, salva ejus probatione debitori relicta, quæ si in contin. probare possit, pecuniam sibi non esse numeratam, tum hoc ipso sinit processum executivum. Itaque si debitor per literas Creditoris ostendere possit, se se futuræ numeratæ cambium scripsisse, nec tamen pecuniam sibi adhuc esse solutam, tum sane omnem vim amittet Cambium & propria Creditoris confessione exigendi facultatem perdet, modo liquido ostendatur confessionem istam ad hoc nomen pertinere, BERGER *in D. de Exc. non num. pec. adversus Cambium th. 20.* ubi ait: quod cum hac sententia conveniat *Ordin. Mercat. Lips. T. 11. §. aller massen* / cum nominatim ibi limitatio expressa, si es sit liquida in cont. Itaque tum quidem putat, tam Campsores, quem alii dicunt Trassanten, ei, cui literæ cambiales sunt datæ, quam etiam Acceptantem, si Campsor forte bancam ruptam fecerit, *exc. N. N. P.* objicere posse, nec quæ acceptantem obstat, quod apud Mercatores in paræciam abierit: Wer acceptirt, muß bezahlen / MARQV. *de §. Mercat. L. 2. C. 12. n. 94.* HERT-
in Paræm. L. n. cum hoc, æquitate naturali (vadente, limitationem recipiat, nisi acceptans ex persona literas Cambii scribentis *Except. non num. pec.* opponat, eamque in continenti probare possit, & velit, ZOLLIIUS *al. l. 1. th. 9. §. 4.* Sed an Indossatario ex persona cedentis opponi possit *Exc. N. N. P.* si in continenti probatio offeratur? Hoc negat BERGER *all. Diss. Th. 22. n. 1.* si cessionarius probe sciat Cedentem nondum solvisse pecuniam, & dolus hic in continenti probari possit, *th. 24. conf.* GROLLMAN *Diss. de Cessione lit. camb. von Transporte der Wechsel. Briefe / Cap. 48.* Hactenus egimus de *Exc. non num. pec.* intra biennium opposita, quid vero si ea contra instrumentum liquidum post biennium opponatur? Videtur dicendum, elapso biennio, debito-
rem

rem ad solutionem compellendum esse, propt. l. 3. l. 14. §. 3. C. de non num. pec. ex qua l. ult. apparet, quod ne quidem delatio jurisjur. locum habeat, VINNIUS *Syl. Q. L. 1. C. 41.* FRANZ. *Ex. 10. qv. 10.* Verum etiam post biennium *Exc. non num. pec.* opposi posse, communior & receptior est sententia, MEV. *P. IV. D. 266. P. II. D. 22.* GOCCEJ. *ad Laut. cl. 90. 29.* CARPZ. *P. I. C. 33. d. 66.* & *L. II. Re. 91.* ANT. FABER *L. IV. 1. 22. d. 1.* modo tamen in continenti probari possit, MEV. *al. l. alias enim in judicium reconventionis rejicitur, neque executionem impedit, CARPZ. P. I. C. 33. d. 66. MEV. P. IV. D. 266.* Quomodo autem in contin. probari solet pecuniam non esse numeratam, tradit P. MÜLLERUS *ad Struö. Tit. de R. Cred. lib. 1. lit. 7 in f.* Communiter DD. debitori adimunt facultatem post biennium probandi per delationem juramenti propter *l. 14. §. 3. C. de non num. pec.* quod alii inde esse volunt, quia nulla post biennium admittitur probatio *except. non num. pec.* Quae si ita essent, ut ex communi demum DD. sententia obtinuit, quod hac exceptio etiam post biennium opponi possit, ideo, cessante ratione legis, delatio quoque juramenti super eo, an numeraverit pecuniam nec ne, admitti debet, uti statuit ZOLL. *al. disc. lib. 2. §. 7. arg. Nov. 136. c. 6.* neque hoc demum per ambages instituta reconventionis, STRYK *in U. M. ff. Tit. de R. Cred. §. 15.* ubi concedit, quod reconventio conscientiae adversarii committi possit, sed etiam ad impediendam executionem instrumenti obligatorii, quia delatio jurisjurandi est modus probandi incontinenti. Fac ergo, lusores de pecunia perdita conveniunt, ut in creditum eat, & instrum. obligationis conficiunt, quo scribitur, quod perdens tantam pecuniam summam ab altero mutuum acceperit, hac intentione, ut postea velut creditor executive agere possit; *Qv. an except. non numeratæ, sed ludo perdita pecuniae opponi possit contra hoc instrumentum?* Jure Rom. cum petitio pecuniae ludo perdita simpliciter sit interdicta, injusta manebat petitio, etiamsi instrumentum obligationis desuper confectum, quoniam deficit causa debendi, quibus convenienter & hac except. admittenda, & quidem intra biennium hoc effectum, ut onus probandi pecuniam numeratam esse, transeat in creditorem, aut, si ubi agenti nulla nec num. pec. exceptio obstat, nisi in contin. probetur,

betur, tum promptum remedium ad extorquendam crediti falsitatem
 erit, si juramentum deferatur, ob nicht diese Forderung aus blosser
 Eitel-Weidern besche. STRYK. in H. A. ff. 11. de Aleat. §. 7. add.
 §. 8. & 9. ubi responso illustrat, & addit casum, si cambium
 super pecunia ludo perdata sit datum, vel transactio facta. Postquam
 huc usq; præter intentionem paulo latius de Except. contra instrum. 12
 liquidum in contin. probandis egimus, jam breviter de modis quibus
 hæc probatio fit, dicemus, quæ de re supra pleracy generaliter dicere
 præoccupavimus. J. Saxon. DD. hic plerumq; aliam probationem
 in contin. in foro Sax. non admittunt, quæ quæ fit per confessionem
 partis adversæ aut literaria documenta, hinc excludunt probationem
 per Testes, RAUCHBAR. P. II. qu. 25. n. 162. ex ratione quia Actor
 executivo processu agere nequit, si offerat probationem per Testes,
 sed multi DD. hoc probationum genus certio sub modo admittunt,
 uti supra jam dictum fuit, quorsum remittimus, rationem diversitatis
 inter actorem & reum affert, MEV. von Wudjert. Contr. C. III. §. 11.
 sicut ibidem quoq; contra alios propugnāvimus delationem jurisjur.
 haberi merito debere pro modo probandi in contin. Saltem in hunc
 locum reservāvimus quæst. an super Exceptionibus contra liquidum
 instrumentum juram. deferre liceat? Illustris MEVIUS distingvere
 videtur: an juramentum deferatur super exceptione instrumento e
 diametro contraria, v. gr. rem aliter se habere ac actum est, quo casu
 regulariter non admittenda delatio j. jur. nec actor, qui instrumto
 nititur, hoc præstare tenetur, P. III. D. 260. n. 6. & in Tr. von Wu-
 djert. Contr. P. II. C. 11. §. 18. nisi per argumenta verosimilia instru-
 mentum judici suspectum reddi possit MEV. al. l. cum enim contra
 instrumentum liquidum wieder flare Hand und Siegel delatio jura-
 menti permittitur, & effectum habet, ut vel eatenus sistatur executio
 aut immissio, donec exceptio opposita legitime sublata; Quod si
 instrumento talis opponatur exceptio, quæ instrumento directo non
 est contraria, sed quæ una cum eo consistere potest, v. g. exc. solus-
 tionis, tum intra terminum executioni vel immissioni præfixum,
 super ea juramentum deferri potest, & quod ejusmodi juramento
 evincitur, pro in continenti probato habetur. Inter m ubi con-
 cessus est delatio, ibi quoque integra est delatio. FABER L. IV. T. 14.

d. 3. & præterea deferens de calumnia jurat. Licet vero hæc omnia intra terminum ad solvendum præscriptum vix præstari possint. & ita delatio juramenti instar probationis in contin. non esse videatur, attamen considerandum, hanc moram factio adversarii non deferentis contingere. conf LUD. GUNT. MARTINI. *D. de Q. An conventus ex instrumento quarentigato in processu execut. super exceptione opposita alteri jus jurandum deferre queat?* ubi affirmativam tuetur. ad. H. PISTOR. *L. IV. qv. 13.* SCHEPELITZ *ad Conso. Marob. P. IV. T. 3. n. 19.* SCHARENHORST. *in Concil. Dec. Mevian. ad Zaun-schluff. Strickhurns in Var. 17.* quorum sententia in Patria sum demum obtinere videtur, ubi excipiens per verosimilia argumenta probabilem suam except. fecit.

§. II. A processu Executiyo tendimus ad processum SUMMA-
 13 RIUM qui est de possessione in quo sæpissime probatio in contin. exigitur. Possessorium aliud est adipiscendæ, aliud retinendæ, aliud recuperandæ possessionis. Interdicti *adipiscendæ* possessi. species est, Interd. QVORUM BONORUM. Jam hic in quæstionem venit; *num interdicto hoc agens exceptio Dominii opponi possit?* Hoc per naturam interdictorum negandum videtur, quæ nullius alterius occursum, quamlibet vel justissimus videri possit, retardantur vel impediuntur, nec aliud esse videtur, etiamsi offeratur probatio in contin. propter *l. f. C. quor. bon.* ibi. *omnibus frustrationibus (i. e. exceptionibus) ampu-
 14 satus, in petitorum corpora transferuntur, secundaria actione proprietatis non exclusa.* Verum communior, & usu recepta hæc est distinctio; aut reus non offert probationes promptas & in continenti liquidabiles, quo casu in utiliter & frustra exceptio Dominii hic obijciuntur. *l. ult. C. de hi. adeoqve, rejecta proprietatis causa in aliud iudicium, possessorium adipiscendæ diffinitur.* COTHM. *Vol. I. R. 9. n. 36.* § 37. ubi id exemplo quodam illustrat ac confirmat; aut reus except. Dominii in contin. probare potest, promptis instructis argumentis v. g. Si doceat se rem defuncto commodasse, deposuisse &c. it. Sireus se quoque heredem esse, excipiat, aut gradu esse proximorem, quo casu recte tales except. admittuntur. SCILTER. *Ex. ad ff. 47. §. 25. § 26.* STRUY. *Ex. 45. §. 13. tit. Quor bon. PE-
 14 REGR. de Fidei s. art. 49. n. 35.* Huic interdicto affine est, famo-
 sum

sum & practicum illud remediū *ex l. fin. C. de ED. D. HADR. TOLL.*
 quo heres in Tto scriptus originale ejus, nullo vitio visibili laborans
 producit, & in possessionem rerum hereditariarum se immitti petit.
 Si ergo veniens ab intest. objiciat vitium visibile, in parte maxime
 substantiali, tum inmissio impeditur, etsi heres scriptus testibus testa-
 mentum vult adjuvare, probaturus in contin. vitium non esse ali-
 cujus momenti. CÆS. ARGELUS in *Tr. de Legitimo Contradictore.*
qu. 11. a. 4. quod si vitium objectum est in visione, inde missio non
 impeditur. *l. 2. C. de Ed. D. H. tol.* nisi illud in continenti probari
 possit. Si quis itaque Testamento objecerit Exc. falsi, vel metu
 extorti, aut inofficiosi, hujusmodi exceptiones cum alioris sint inda-
 ginis, non admittuntur in hoc judicio sed in aliud reservari convenit.
 H. PISTOR. *P. 1. K. qu. 10. in pr.* Sed iterum sub limitatione, nisi de
 vitio hoc invisibili in contin. constat, MENOCH. in *rem 4. ad ipsico.*
poss. n. 730. idem obtinet, si de facultate testandi testatori non com-
 petente excipitur, quo missio in possessionem non impeditur, nisi
 ejus probatio offeratur in cont. MENOCH. *al. l. n. 746.* Porro si
 opponatur heredi scripto exceptio incapacitatis, per hanc missio in
 possess. non retardari debet, si altiore requirat indaginem, bene vero
 si in capacitas statim potest probari, MENOCH. *al. l. n. 753. & 759.*
 IDEM etiam *n. 767.* quaerit: *An exceptio Domini hanc missionem*
removari possit? quod negatur, nisi probatio in contin. desuper offe-
 rat, *n. 51.* ubi enim in contin. de petitorio apparet, ibi de posses-
 sorio non est agendum, & petitorium absorbet possessorium. Hic
 casus est controversus: *Numne praevisio & injusta exhereditatio*
impediat missionem? Hoc negat ZOESIUS in *Quor. bon. n. 6.* nisi
 objectum in continenti probari possit, v. tamen BRUNNEM. *ad*
l. fin. C. de Ed. D. Had. tot. ubi hoc vitium pro visibili habet, quod
 in contin. ex inspectione testamenti apparet, quo casu impeditur mis-
 sio, MENOCH. *al. l. n. 729.* ad. STRYK. in *l. 11. ut. Quor. bon. §. 3.*
 ubi hanc in rem afferit Responsa Facult. Hall. Itaque non raro petenti
 missionem ex *h. l. fin.* se opponere solet, alius, qui vulgo LEGITI-
 MUS CONTRADICTOR audit, de quo integrum Tract. in fol.
 conscripsit CÆSAR ARGELUS, qui missionem heredis scripti im-
 pedire intendit, potius jus in ista hereditate obtendens. Verum
 ejusmodi

eiusmodi Contradictor, si velit missionem impedire, in contin. de jure suo & heredis scripti exclusivo docere debet, alias enim remittitur ad ordinarium iudicium. Itaque quando HAHN. in *D. de jud. poss. th. 41.* ait, quod venientes ab intest. sint legitimi contradictores, & petitam immissionem impedire possint, hoc non aliter accipi debet, quam si exclusivum jus heredis scripti in contin. probare debeant, quando enim adversarius potest dicere: *hodie constat, hodie agitur*, tum est legitimus contradictor, ad impediendam missionem, & possidens probans in contin. jus suum, & illegitimum jus heredis scripti prætensum, hic est optimus Contradictor. Hoc remedi. *l. fin. C. de Ed. D. Had. tol.* etiam in feudalibus locum habet; Quod si enim filia a patre in Testamento heres instituta sit, hæc in possessionem rerum feudalium, quæ a Patre possidebantur, mittenda est, nec Agnatus, nec Dominus directus non possidentes, nec in contin. se probaturos offerentes, bona esse feudalìa, non sunt legitimi contradictores adversus filiam immissionem petentem, ad eam impediendam, quia in dubio omnia bona præsumuntur allodialia, nisi contrarium expresse probetur, *C. 1. §. inter filiam & §. defuncto milite Tu. si de fundo def. consentio sit &c.* H. PISTOR *L. IV. qu. 10. n. 6. sqq.* CÆS. ARGELUS *c. l. qu. 18. a. 1.* jam vero allegatio, bona esse feudalìa, altam requirit indaginem, quæ in possessorio summario non admittitur. conf. ARGEL. *cl. ubi n. 8.* hanc sententiam dicit communem. Sin constat, bona esse feudalìa, aut Agnatus vel Dominus directus non possidens se in contin. probaturos offerant, bona esse feudalìa, & talia ad quæ fæmina non est admittenda, tum legitimi sunt contradictores nec filia immittere potest, ARGEL. *cl. a. 2. §. 3. & qu. 19. a. 2.* quod eo minus habet dubii, si agnati possideant, & præterea se offerant in continenti probaturos bona esse feudalìa. Sed quid dicendum: *quando agnati possidens & simpliciter dicunt bona esse feudalìa, nec vero offerunt se in continenti probaturos?* Multi opinantur, eos tamen legitimos esse contradictores idque variis ex rationibus defendunt, potissimum ex ea, quia filix agenti contra agnatum possidentem incumbit onus probandi bona esse allodialia, hæc quippe agentis filix est intentio, jam vero hæc probatio altiore requirit indaginem, quæ ad iudicium peritorium

rium pertinet, interim vero in possessione agnati manutenendi sunt, donec filia jus suum doceat, & hanc sententiam tenet, VULTEJ. L. 1. de Feud. C. 9. n. 60. Non desunt tamen qui ab ea recedunt ex eo, quia bona presumuntur allodialia non feudalia, deinceps filia ex remedio, l. f. C. de D. Ed. Had. 101. agens, satis fecit, si produxerit testamentum, omni vitio visibili carens, & probaverit rem, in quam se immitti petiit, a defuncto possessam fuisse. Quando vero possessor agnatus hæc agnoscit, sed excipit ea esse feudalia, hoc in continenti probare debet, si filie missionem velit impedire, hanc sententiam propugnat ARGEL. cl. qv. 18. a. 5. ubi n. 33. ait, dissentientes vel errare, vel intelligendos esse de casu, quando constat bona esse feudalia, aut agnati se in contin. id probaturos asserant; Hoc minus habet dubii, si agnatus possidet & excipit, quod constat bona esse feudalia, non tamen se probaturum offerat in contin. feuda esse masculina, & talia, ad quæ femina pervenire nequit, quod tum agnatus in possessione defendendo sit, nec femina in eam mitti debeat, ARGELUS cr. Q. 99. a. 3. it. a. 1. d. qv. ubi casum inversum in agnato non possidente, & in eo solum se fundante, quod bona feudalia esse constet, & ulterius nihil se probaturum offerat, exhibet & late explicat. Possent adhuc plura eaque utilia de probat. in contin. in hac materia adipiscendæ possessi. afferri, nisi hæc nimium jam, opinione citius, excrevisent, vid. interim ARGEL. c. Tr.

§. III. Progredimur itaque ad interdictum retinende possessi. 15
 UTI POSSIDETIS quod datur possessori rerum immobilium vel incorporalium turbato in possessione sua vel quasi, contra quemvis turbantem, §. 4. J. de Interd. Hoc possessorium communiter dividitur in ordinarium & summarissimum, Ord. Cam. P. II. T. 21. §. 3. quod ultimum etiam simpliciter dici solet summarium, extraordinarium, momentaneum, a temporis scil. brevitate, quo expeditur, quamvis, illud siquando in Cam. Imp. ad 30. annos productum, doleat DN. COCH. in Praxi for. Germ. L. IV. C. 4. §. 7. vel ita dictum, quia sententia lata non perpetuum, sed momentaneum & reparabile præjudicium affert, quod in ordinario possessorio restaurari potest, COCH. al. l. §. 3. Differentias inter possessorium summarissimum & ordinarium refert STRYK. in U. M. §. I. Uti poss. §. 2.

G

ex qvi.

Et quibus illa præcipue naturam utriusque diversam exprimit, quod
 in summarissimo agatur de facto possessionis, POSTIUS *de Mannen.*
Obs. 42. n. 86. Sc. in ordinario de qualitate seu justitia possessionis. In
 summarissimo regulariter exceptiones oppositæ possessorum ordinari-
 um & petitorum concernentes rejiciuntur, POSTIUS *Obs. 42. n. 44.*
Dec. 101. n. 2. Dec. 138. n. 3. Dec. 300. n. 11. & passim. Hinc Dominii
 seu proprietatis defectus vel non juris possessoris in manutentione
 non attenditur, etsi ejus in contin. offeratur probatio. POSTIUS
et Obs. 42. n. 13. 16. & 18. Dec. 328. n. 8. sed remittitur ad peti-
 torium, quia defectus Dominii aut non juris in possessore non arguit
 jus in turbante, add. *Obs. 42. n. 23.* Quando vero DDs afferunt,
 nullam admitti exceptionem in summarissimo manutentionis, tum
 plerumque loquuntur de ea, quæ est turbida & discussionem seu
 altiore indagine requirit, & in continenti non probatur. POST.
et. n. 62 & Obs. 94. n. 4. it. passim in Decis. Unde a contrario dicens
 dum videtur, quod ad manutentionem impediendam admittenda
 sit exceptio, quæ probatur in contin. POST. *Dec. 295. n. 4.* sicut idem
 in *Obs. 42. n. 140.* expresse scribit: quod semper admittatur exceptio
 respiciens merita seu dominium, & petitorium vel pænarium posses-
 sorium, ubi est liquida, clara, notoria, nec eget probatione, & in
Obs. 42. n. 73. ait: quod omnis exceptio a judicio manutentionis
 aliena sit, quæ in contin. non probatur, h. e. intra terminum proba-
 torium, His generaliter præmissis, facile decidi potest *Qv. An*
exceptio notoris juris et Dominii in possessorio judicio, quod est retinenda
possessoria, admittenda sit? Quamvis autem non pauci JCI eam
 negent, nec admittant exceptionem de Dominio, etiamsi quis liqui-
 dissimas statim pro Dominio probationes afferat, STRUV. *Exerc.*
45. Tit. uti possid. lib. 1. §. BACHOV. *ad Wesenb. cod. 1. n. 6.* CLUTEN.
L. 1. rerum quotid. Scll. ult. n. 57. SCHWENDENDORFF. *ad*
Eckels. c. 2. §. 10. MENOCH. *remed. rerum. poss. n. 625.* & quidem
 variis ex rationibus quas exhibet P. MULLERUS *ad Struv. al. l. lit. 9.*
 Contrariam tamen sententiam, exceptionem scil. Dominii locum
 invenire, si in contin. probetur, non minor est numerus DD. qui ample-
 ctuntur, inter quos est PERETZ. *in Cod. Tit. uti possid. n. 20.* ZOESIUS
ad ff. lit. cod. n. 14. SCHILTER. *Ex. 47. §. 61. d. 1.* qui ait: regulam
 quidem

quidem esse, petitorium prius non competere, quam de possessore constiterit, sed tum supponi, petitorium esse dubium, & altioris indaginis, ac inde non rite ad exceptionem Domini in contin. liquidam argumentum duci. Sicut vero in summarissimo, ita quoque in ordinario possessorio exceptiones petitorium respicientes & altiore habentes indaginem non admittuntur, sed ad petitorum remittuntur, nisi in continenti probari possint.

S. IV. Restat remedi. recuperande possess. quo spoliatus seu dejectus de possessione rei immobilis vel incorporalis contra deficientem & ex J. Canon. contra tertium possessorem spoli conscientium c. 1. §. 2. de rest. spol. ad recuperandam possessionem experitur; Verum interpretes & usus fori etiam admittunt illud contra tertium possessorem spoli ignatum, MEV. P. VIII. D. 383. contra quem disputat BÖHMER. in 7. Eccles. Tit. X. de rest. spol. §. 9. 10. 11. 12. add. COCCBJ. ad Laut. T. de vi & vi arm. qu. 7. Agens ex spolio illico est restituendus, nec spoliator cum exceptione est audiendus, nisi plenaria facta restitutione, nec de alia causa spoliatus reconventus respondere tenetur, sed competit ipsi Exceptio spoli c. fin. X. de Ord. Cognit. MEV. P. IX. D. 10. P. IV. D. 70. quæ tamen in executivo processu non aliter admittitur, quam si in continenti probetur. vid. BOHMER. al. §. 16. quin si opponatur ad declinandam litem contestationem, secundum Jus Canon. intra 15. dies, c. 1. de rest. spol. in 610. secundum Jus Saxon. intra 6. septimanas & 3. dies probari debet, BEUST. de iur. iurando p. 166. BOHMER. al. l. ubi putat quod hæc probatio intra 15. dies de J. Canon. absolvi debeat, id non præcise in praxi attendi, ex qua satis est articulos probatoriales intra 15. dies offerri. Sed ut redeamus ad spoliatum auctorem; huic nulla exceptio, quæ petitorium tangit, velut Domini, c. 9. de rest. spol. renunciationis c. 2. §. 3. cod. de. opponi potest, BOHMER. al. l. §. 4. quod multi procedere volunt etiam si offeratur probatio in contin. PONTANUS de spolio L. III. C. 2. n. 38. quæ sententia convenire videtur, l. 7. C. ad L. Jul. de vi publ. l. pen. §. 2. C. de prescr. 30. an. Adjuvat clarus textus in l. 7. C. Unde vi quo præcipitur, ut Dominus, qui invasit & abstrulit rei possessionem, eam restituat possessori, & dominium amittat. Quæ cum ita sint, non poterit spoliator de Dominio excipere, eoque probatio-

bationem in contin. offerre, cum excipiens dominium jam jam amisit. Sed his non obstantibus alii exceptionem Dominii in spolio admittunt, si tam evidentem & paratam prae se ferat veritatis faciem, ut alia extrinseca probatione non egeat, vel saltem in contin. probari possit, vid. PONTAN. *al. l. n. 38. & 39.* BOHMER *al. l. §. 5.* accedit *c. 6. X. de Conf. Poss. ex quo causa possessionis non est attendenda*, quando de jure proprietatis constat, unde vulgo dicitur: Petitiorum absorbet possessorium, MEV. *P. VI. Dec. 100.* adeo ut nec restitutio spolia decernatur, MENOCH. *rem. rec. poss. n. 166.* Deinceps pro ista sententia militat regula illa: dolo agit, qui petit possessionem, quam mox restitutus est, *l. 8. ff. de doli mal. exc.* Verum hæc sententia sic generaliter concepta consistere haud potest, ubi stat usus, *l. 7. C. unde vi* quippe hæc in Germania erit observanda, utpote confirmata per LL. Imperii *Ord. Wormat. da ao. 1521. Res. Ratis. de 1532. §. 15.* MEV. *P. I. D. 95.* STRYCK. *in U. M. ff. T. quod met. ca. §. 8. & 9.* ut in foro Sax. teste CARPZ. *Jurpr. for. P. IV. C. 35. d. 11.* non prædicetur, vid. STRYCK. *in Uf. Mod. tit. 2. §. 7. Q. M. C.* Variè hinc alii distinguunt, & quidem BARGALIUS *in Tr. de Dolo. L. VI. Reg. 16.* ita procedit: aut Dominus est verus spoliator, qui violenter acquisivit possessionem, tunc non est audiendus, etiam si exceptionem Dominii velit probare in continenti, aut sermo est de spoliatore ficto, i. e. qui sine violentia alterius possessionem acquisivit, quæ quidem convenitur tanquam spoliator remedio recup. poss., tamen quia proprie violentiam non admisit, improprie habetur spoliator, & hinc admittitur except. Dominii in contin. probanda, quam sententiam communem dicit BARGAL. *al. l. n. 19.* Aliter rem determinat PERETZ. *in Cod. ad T. unde vi n. 38.* qui exceptionem Dominii non admittit, nisi spoliatus fuerit notorius prædo, conf. MOD. PISTOR. *Vol. I. C. XI. n. 107.* de Præfato spoliatore rei Ecclesiast. speciatim dicens, quod restitutio facienda non sit, ubi exceptionem Dominii in contin. potest ostendere, v. gr. per instrumenta. Denique vero regula, spoliatus ante omnia est restituendus, fallit, si objiciatur exceptio spolia contrarii, quam habet primum spoliatus in continenti spoliantem dejiciens quod jure est licitum, MULLERUS *ad Struv. Tit. de vi & vi arm. §. 102. l. 2.* **Sin factum ex intervallo, tum nec Dominus**

exc.

exc. Domini opponere potest, quia ex principiis Juris Civilis ultima vis attenditur, quod ex æquitate J. Canon. arg. c. 6. X. de *Caus. poss. & propr.* in manifesto prædone limitant, quod is a Domino sive eo, de cujus jure confessum & in contin. constat, ex intervallo iterum dejectus, non fit restituendus, STRYK. *U. M. ff. T. de us & us arm. §. 2.* Quæ hæcenus differuimus de dejecto ex possessione rerum immobilium, eadem obtinet in rebus incorporalibus; Itaque qui hæcenus servitia præstitit, si ea detrectet, spoliator est, inde licet causas denegationis allegare velit, non tamen audiendus est, sed ad petitorium remittendus, nisi in contin. eorum remissionem per documenta docere possit, sunt alia affinia recuperandæ poss. remedia, quæ refert HAHN. *in D. de Judicis poss. tb. 127.* inter quæ adduxit remedi. ex l. 25. C. *Loc.* quod competit Locatori petenti sibi restitui rem conditam finita locatione. Conductor enim si Domini quæstionem referre velit, non auditur, sed possidet, ante omnia restituere tenetur, & dein super proprietate litigare. Idem in commodatario, l. 16. ff. *Comm. Depositario L. 1. §. si prædo ff. Depos. & in Act. Pignorat. l. 22. §. 2. ff. de Pign. act.* Quod tamen limitant, nisi Dominium ipsi Conductor post locationem supervenerit, & in continenti probari possit. ANT. FABER *Tu. Loc. def. 10.* PONTANUS *de Spolio L. 30. C. 5. n. 134.* STRYK. *in U. M. ff. Tu. Loc. Cond. §. 78.*

§. V. Jam pergimus ad processum *summarium in aliis causis* ¹⁷ *summaris*, in quibus exceptiones altioris indaginis non admitti, sed in causis principalibus reservari, nisi in continenti sint probabiles, scribit BARTOL. *ad l. 3. ff. ad. Ex. hib. & l. 3. ut in poss. leg.* Summaria causæ numero sat multæ sunt, quas recenset, CARPZ. *Proc. 7. Sax. T. 1. a. 1. n. 48.* in Patria nostra receptas exhibet *Ord. S. Trib. Wism. P. II. T. 5.* Hæc dicuntur ratione modi procedendi, celerius enim in iis lis peragenda est. Interim cum partes æque, ac si ordinario modo actum esset, jus sibi plene acquirunt, nec restat semper, uti in possessorio petitorium, quo altioris indaginis exceptiones remittuntur, ideo dubium mihi videtur, quod in illis in genere probatio in contin. sit necessaria. In actione ad Exhib. quæ est præparatoria & principale iudicium utrinque salvum superest, exceptio obscurior eo faci-

lius in principale rejici potuit, cum exhibitio illa sit levis præjudicii, sed studio omittimus in præsentiarum plura de his dicere.

88

§. VI. Demum itaque pervenimus ad processum ordinariæ, visuri quomodo in hoc quoque quandoque probatio in contin. sit necessaria. In ordinario primum est, litis contest. quam reus ple- rumque subterfugere solet, variis oppositis exceptionibus tam dil- lat. quam peremptoriis. De dilat. vid. *ord. dis. P. II. t. 4. §. 2. S. Trib. P. II. tit. 11. §. 4.* Quod peremptorias concernit, ex his tres recen- sentur, quæ dicuntur litis finitæ, utp. *Exc. rei judicæ, transact. & juram.* quæ litis ingressum impediunt, *c. 1. §. 2. de lit. cont. in 619* quibus in *Ord. Dic. P. II. T. 11. §. 1.* additur Except. solutionis & a MEV. *P. IX. D. 124. n. 2.* Exc. Præscript. per. *l. ult. ff. pro suo. l. 9. C. de Prescr. long. iur. l. 18. in f. ad Sc. Tertull. COLER. Proc. Exeg. P. IV. C. l. n. 136.* De his quæritur: an tantum eo casu litis ingres- sum impediunt, si in contin. probari possunt, an vero etiam ordina- riam & solennem admittant probationem ante litem contest. Multum existimant jure Pontificio & ex mente Innocentii exceptiones litis finitæ, etsi paulo plenioris disquisitionem exigant, non mino tamen litis contestationem remorari, nec prius reo istam injungendam, quam de exceptione cognoverit, eamque interlocutione sua reje- cerit. Hoc arguere volunt *ex c. 1. de lit. cont. in 610.* ubi per ver- bum: *retardat*, quod interpretandum putant, per exceptiones istas non solum impediti litis contestationem, ubi probatio liquida & ma- nifesta exceptionis iustitia, sed & *retardari* ubi minus expeditum, sed dubium & discussionis indigum jus defendentis, BRUNNEM. *ad l. 3. ff. ad Exheb. n. 29. §. 22. HILLIGER. ad Donell. L. 22. C. 8. l. 6. STRYK. in Introd. ad Prac. for. C. XVI. §. 2.* Verum nobis contra- ria arridet sententia propter, *l. 9. ff. de jure jur.* unde BÖHMER *in 7. Eccles. T. X. de Exc. §. 11.* deducit: quod J. Rom. si de excepti- onibus hisce in contin. constiterit, actor repelli, si actoris indaginis fuerint, ad Judicis pedanei notationem deferri debuerint, & hanc praxim Rom. respexisse Pontificem, non aliter has exceptiones ad impediendum litis ingressum admittere volentem, quam si essent liquida, & in contin. probabiles, autumat. Quam sententiam eo libentius ample- ctimur, cum in ordinationibus judiciariis Patris dudum recepta fuerit. *vid.*

vid. *Ord. Dic. P. II. T. 11. §. 1. conf. Ord. S. Trib. P. II. T. 12. §. 12.*
 Quod si ergo objecta exceptio litis finitæ est altioris indaginis, tum
 post L. C. rejici solet. vid. omnino BEUST. *de j. jur. p. 108. MEV.*
P. I. D. 215. P. III. D. 225. & 226. Verum Qv. Numne quoque
 reliquæ exceptiones peremptoriæ litis ingressum impediunt, si in contin.
 probari possint? Hoc communiter affirmant DD. Licet enim
 peremptoria objecta non impediunt lit. contest., sed post eam de eorum
 discutiantur, c. 17. *X. de Off. deleg. Ord. Cam. P. III. T. 27. §. 16. vid.*
Ord. Dic. Pom. P. II. T. 4. §. 2 & T. 5. §. 1. & inde tali exceptione
 objecta litis contest. injungatur, salva & reservata ejus examinatione
 post judicium acceptum, MYNS. *I. O. 24.* attamen hæc limitationem
 recipiunt, si exceptio sit notoria, c. 10. *X. de Filio Presby. Ord.* vel
 altiore non requirat indaginem, sed plane liquida, ut statim una
 cum obijcitur doceri possit, vel in continenti post. BRUNNEM. *ad*
l. 3. ff. ad Exhb. Junge STRYK. *introd. ad pr. for. C. XVI. §. 1.*
 conf. HILLIG *ad Don. l. 220. §. Tit. C. 8. BOHMER. in 1. Eccl. Tit.*
de exc. ju. §. V. §. 12. ubi in fine §. 12. generaliter ait: omnes per-
 emptorias, sive facti seu juris dicantur, posse dici litis contestationem
 impedire, si in contin. probabiles sint, si altiore requirant indagi-
 nem, rejici post L. C. & hanc injungi, quo cum HILLIGER re ipsa
 convenit, quæquam in verbis alienus videatur, dicens, peremptorias
 alias quidem L. C. impedire, si in contin. probari possint, sed non id
 inde evenire, quia litis finitæ sint, sed quia in contin. probabiles,
 vid. *Ord. Dic. S. Trib. supr. ab.* Lite contestata probatio succe- 20
 dere solet, quæ ubi per Testes fit, solet his opponi exceptio inadmis-
 sibilitatis; Atque quidem nonnulli Testes sunt absolute inhabiles,
 qui nullam omnino faciunt fidem, & inde ab examine prorsus exclu-
 dendi, quia illud foret frustraneum, MEV. *P. V. D. 217. P. VIIA*
D. 75. Qv. itaque num de horum inhabilitate ante examen excipere
 liceat? Exceptiones ante examen opponendæ sunt, vel saltem refer-
 vari debent exceptiones contra personas testium. Verum propter
 exceptionem ante examen oppositam hoc non est differendū, sed post
 illud super personis & dictis testium est disceptandum, ubi nempe
 exceptio in contin. non potest probari, in dubio enim sunt admit-
 tendi salva exceptione, BRUNNEM *ad ant. si testes C. de Test.* Ex
 his

his autem consequitur, plane inhabiles testes non esse admittendos, si de inhabilitate statim & liquido constet. Hinc exceptio inhabilitatis ante examen non solum opponi potest, sed etiam opponens audiendus est, si in contin. eam probare paratus sit, NICOLAI *Proc. Cap. 59, n. 47. segg.* MYNSING, *ad Tit. de Test. p. 137.* Quem in finem litigantes ante examen ad excussionem hujusmodi incidentis dicitur ein Verfahren mit 2. abgewechselten Sätzen admittendos, & per sententiam interlocutoriam, utrum testes admittendi, salva exceptione definiendum, tradit BOHMER, *in J. Eccl. Tit. de Test. §. 2.* Quod si Judex hanc exceptionem admittere noluerit ante examen, quamvis excipiens in contin. eam probare se obtulerit, tum justa inde nascitur appellandi causa, cum insigne sit gravamen, si admittantur, *c. 7. X. de Test.* Sed Qv. in specie de objecta Testi exceptione criminis an ea ante examen discutenda? J. Civili criminosi omnes non absolute videntur inhabiles, inde admissi & Judicis arbitrio commissum, quanta illorum testimonio fides tribuenda sit, *l. 3. pr. & §. 5. ff. de Test.* Verum J. Canon. criminosi repelluntur, adeo ut ne quidem admitti possint, pendente accusatione de crimine contra ipsos, *c. 10. l. 3. 20. 34. 56. X. de Test.* Praxis inter Protestantes variat. Verum quia in processualibus jus Canon. Juri Civili solet præferri, hinc dicendum videtur, quod hodie infamia juris laborantes simpliciter repellendi sunt, & ideo super exceptione criminis ante examen cognoscendum, modo in contin. verificari possit, alias enim admittendi erunt salvis exceptionibus, ne actori generetur præjudicium, si exceptio criminis, quæ in contin. probari nequit, ante examen admitteretur, cum testibus interim humanitus quid accidere posset, quo actor probatione sua excideret, reus vero frivole forte opponens præmium malitiæ reportaret, cum tamen rejeta probatione altioris indaginis, reo salva manet exceptio post examen excutienda & probanda. conf. BOHMER, *al. l. §. 22.* Porro de J. Civili criminosi & infames tum demum repelluntur, si de delicto condemnati fuerint vel confessi, *l. 3. §. 5. ff. de Test.* quia ita statim & in contin. probatio fieri potest. At J. Canon. non solum illi excluduntur, sed etiam qui de delicto convinci possunt, neq. hoc tantum si in contin. probari possit, sed etiam si altioris quam maxime sit indaginis, quod tamen ita temperandum est, ut

priori

priori casu probatio ante examen, altero casu autem post illud admit-
tenda est. Probatio fieri debet intra terminum probatorium, qui nec
J. Civ. nec Can. determinatus est, sed a Judice determinandus pro
diversa qualitate causarum personarum, locorumque distantia *l. 1. C.
de Dilat. Rec. Imp. de 1654. §. 10.* alibi tamen lege publ. probationi
terminus est præscriptus, uti in *Ord. Conss. Pom.* terminus probato-
rius est 14. dierum. vid. *P. III. Co. 1. §. 6.* intra quem articuli proba-
toriales offerri debent, non vero totam probationem absolvi necesse
est, ut supra monuimus. Terminus probatorius sive a Judice præ-
scriptus, sive a lege determinatus est peremptorius, quo elapso proba-
tio non amplius admittitur, quo rigore tamen in causis Ecclesiast. non
utiimur, observante BRUNNEM. in *7. Eccles. L. III. C. 4. §. 12.* Præ-
terea si esset statutum elapso certo tempore omnem probationem
excludens, tamen DD. eam probationem excludi nolunt, quia quis
in contin. vult probare, TUSCH. *Tom. 6. C. 779.* MENOCH. *de
Præs. L. II. pr. 47. n. 2.* Hinc concidit sententia eorum, qui terminum
probatorii elapso ne quidem moræ purgationem in continenti admit-
tere volunt, cum omnino eorum sententia æquior ac humanior nobis
videatur, qui probationem in contin. factam post elapsum terminum
probatorium admittunt. v. gr. Si probatio offeratur per Instrumenta,
ex quibus sine dispendio litis veritas liquere possit, ubi cessat causa ter-
mini, quæ est protelationis iudicii, CRAVET. *Conf. 207. n. 8.*
CARPZ. *Dec. 8. n. 3.* ibique ab. DD. COSTA in *Tr. de re integrâ
dist. 71. conf. MYNSING. l. O. 94.* vid. omnino JOD. DAMHOU-
DBERUS in *Loc. Com. Par. & simil. Voc. in continenti* quorum senten-
tiam in præsentî materia haud in viti admittimus, cum nimis durum
videatur ob neglectum fatatis, & propter momentum temporis jus
suum perdere irremediabiliter, quippe nulla est proportio inter penam
amissionis causæ, & negligentiam non observati termini, unde
forte præstaret, hac in re emendationem praxis judiciaræ in genere
habere, cum neglectus ille multa satis coerceri possit, atque quidem
in casu, ubi probatio in contin. offertur, eo minus æquitatis habet,
ut causa cadat, qui terminum probatorium labi passus fuerit, cum
per oblationem probationis in contin. omnis præsumptio malitiæ &
fraudis diluatur, MENOCH. *de præf. L. II. præf. 47. n. 1.*

H

§. VII. Se-

² §. VII. Probatione facta & ubi lis tam in factis, quam jure satis est discussa, sequitur *Conclusio in causa* quam *sententia* excipit, sed varia adhuc juris beneficia sunt constituta, quibus *sententiam* impugnat licet. In *Ord. Dic. P. III. T. 2. §. 12.* tria remedia impugnat va indulta sunt, Deductio nullitatis, imploratio pro restitut. in integrum, & denique Appellatio, quorum duo priora elective, posterius vero cumulative partibus conceditur. *Querela nullitatis* J. Comm. intra 30. annos institui potest, uti communis tenet *sententia*, at secundum *Rec. Imp. de 1654 §. 115. seqq.* distingvendum est inter nullitatem sanabilem & insanabilem, & in hac Juris Com. dispositio adhuc obtinet, MEV. P. I. D. 100. in illa per ordinat. Jud. patrias tam in *S. Trib. quam Dicast.* receptus est terminus 6. Septiman. *Ord. S. Trib. P. III. T. 3. §. 2. Ord. Dic. P. III. T. 2. §. 3.* sed Qv. de *Effectu Querelæ nullit. an sit suspensivus?* Communis est distinctio, quod habeat effectum suspensivum, si nullitas sit notoria, quæ constat ex actis, ubi querulans nil habet probare extrinsecus, vel in continenti ad minimum probare possit, per probationes extrinsecas, l. 4. §. 6. ibique GOTOFR. ff. de re jud. MEV. P. II. D. 253. n. 3. C. J. A. Tit. de Execo. ib. 83 HUB. BONACURSO in *Pract.* p. 507. & quamquam hac *sententia* in caso, ubi nullitas ex actis ostendenda, DN. LUDOVICI in *Cint. sum Civ. Proc. C. 33.* dubia est visa, praxi tamen ea est recepta, STRYK. in *U. M. ff. Tit. Qua sentent. sine app. reso. §. 1.* CARZ. *Jpr. for. P. I. C. 26 d. 22 n. 3.* & in Patria confirmata per *Ord. Dic. P. III. T. 3. §. 5.* wäre die nullitas notoria ex actis oder auch alsofort erweislich, soll mit Vollstreckung der Execution eingehalten werden. Quod si vero allegata nullitas longiorem desideret cognitionem, tum non suspendi executionem vulgo tradunt DD. CARPZ. al. l. n. 60. Verum in Patria etsi nullitas dubia & altioris indaginis, tamen effectum suspensivum habet, si modo præstatur ab eo, qui de nullitate queritur, juramentum calumniæ *Ord. Dic. al. l. BONACURSO d. l.*

³ Alterum remedium contra Judicis *sententiam* est *restitutio in integrum*, quæ ad instar appellationis suspendit *sententiam* executioni, donec super illa lis finitur, MEV. P. II. D. 66. pr. P. III. D. 9. n. 1. vid. *Ord. Dic. P. III. T. 3. §. 1. & 2.* ubi hæc affertur distinctio, si ratio est notoria, vel in contin. probabilis, non fit executio, sed restitutio est conce-

concedenda, si læsio non est notoria, sed altioris indaginis, executione
 prosequenda, nisi impiorans juret, se non malitiose petere restitu-
 tionem. Tertium remedium est *Appellatio*, circa quam multa de 24
 probatione in contin. habet SCACCIA *de Appell. Qv. 11. n. 62.*
multiqvo segg. qvz tamen, uti nobis videtur parum usus in praxi
 habere videntur, ut hinc studio a nobis omissa sint. ad. d. CÆPOL.
can. 113. Aliquando nullum remedium impugnavum locum 25
 amplius habet, quando nempe tres conformes jam adsunt sententiæ,
 tum enim nulla probatio licita est, nec leuteratio, nec oberleuteratio,
 nec appellatio, nec supplicatio, nec restitutio in integr. aut querela
 nullit. *l. un. C. ne liceat in una ead. ca.* Equidem nonnulli DD. *al. l.*
un. non de tribus conformibus sententiis, sed de tertia provocatione
 accipiunt, & inde concludunt, his provocare licere, etsi plures tribus
 sint sententiæ, ita non tam sententiarum, quam provocationum seu
 diversarum instantiarum numerum respicientes. In Camera Imp.
 non attentis tribus sententiis appellationes recipiuntur, MEV. *P. I.*
D. 63. ARUNNEM, ad d. l. un. cujus observantiam imitatur S. Trib.
Wism. in Ord. al. l. Verum contraria sententiæ, quod post tres con-
 formes sententiis non admittatur appellatio verior est, cui non ob-
 quod *l. un.* loquatur de tribus sententiis a diversis iudicibus prolatis,
 ex ratione, quod apud Romanos, sententiæ lata, iudicis officium erat
 finitum, & provocabatur ad alium iudicem. Ex quibus constat
 verba *l. un. tertio provocare non licere*, hunc continere sensum, quod
 post 3. sententiis conformes nullum remedium impugnavum amplius
 locum inveniat; Hanc sententiæ ipse MEV. *P. VII. D. 308.* appro-
 bat, quæ vero sicut varias patitur exceptiones, ita ex illis una est;
 si iustitia restitutionis vel nullitas evidens sit, & in continenti probari
 possit, MEV. *P. VI. D. 114.* WILDVOGEL *in sing. D. de tribus*
sententiis conformes C. 3. §. 11. COCCEJ. *ad Lauterb. T. de Appell. al.*
qv. 2. 7. Dissentire videtur HUB. *de BONACURSO in sua Pract.*
fol. 508. ubi statuit, quod si tres adsint conformes, quæ nullæ di-
 cuntur, sententiæ, non impediri executionem etiamsi in contin. offe-
 rantur probationes sed executione plenarie facta disceptandum esse
 de nullitate.

§. VII. Quando contra sententiæ nullum remedium suspen. 26
 sive

sive inter positum est, tum ea transit in rem judicatam, & inter liti-
 gantes facit Jus. c. 13. x. de re jud. & proveritate habetur, L. 25.
 ff. de Stat. Hom. l. 207. ff. de re jud. hinc nihil super est, quam ut
 executioni mandetur; At enim vero plures adhuc sunt DD. qui con-
 tra rem judicatam & in ipsa adhuc executione exceptiones opponen-
 das admittunt, uti BERL. P. I. C. 84. refert 55. & MARTINI ad
 Process. Sax. T. 39. 31. n. 126. 50 n. conf. omnino RHETII integrans
 D. d. Except. paratam Execut. imped. C. IV. quæ tamen non aliter
 admittendæ sunt, quam si in contin. probari possint, alias in recon-
 ventionem rejiciendæ, COLER. Proc. Exec. P. IV. C. 7. n. 246
 CARPZ P. III. Dec. 269. n. 16. RHET. al. l. Cap. V. p. 101. Præte-
 rea si una alterave exceptio in judicio ordinario jam fuerit opposita,
 sed per judicatum reprobata, tum amplius contra rem judicatam nec
 in executione opponi potest, MEV. P. VII. D. 214. n. 4. quod tamen
 ipse P. VI. D. 250. restringit ad casum, ubi super ea cognitio & pro-
 nuntiatio simul facta fuerit, alias enim adhuc eam in executione ad-
 mittit, si liquida sit, statimve fieri possit. Quin ubi altioris est
 indaginis executionem non quidem differendam esse, attamen nec
 illam differendam, donec executio fuerit facta, sed statim posse actori
 inungi, ut respondeat, & sic in processu pergi vult. MEV. al. l.
 2. 3. Verum Dn STRYK. in U. M. ff. T. de re jud. existimat, etsi
 antea exceptiones peremptoriae non oppositæ fuere, tamen hodie in
 executione opponi non posse, quamvis forte parata earum probatio
 offeratur, ex ratione, quod hodie omnes exceptiones peremptoriae ipsi
 litis contestationi annexæ debeant, & quidem sub pœna præclusionis,
 Rec. Imp. de 1654. §. 37. ibi: alles auff ein mahl bey Straffe der præ-
 clusion ein zu bringen / quod in plerisque Statuum Imperii ordina-
 tionibus judicialibus repetitum est, uti ostendit MARTINI ad Proc.
 Sax. T. 11. §. 6. n. 11. vid. Ord. Dic. Pom. P. II. T. 10. §. 2. & T. XI.
 §. 2. Ord. S. Trib. P. II. T. 12. §. 1. Ex his ergo inferit, aut exce-
 ptiones tales propositæ fuerunt, aut non, priori casu sive sunt rejectæ
 aut non attentæ, & sic tacite rejectæ, eodem in executione amplius
 opponi non possunt, posteriori vero casu imputet sibi, quod non
 opposuerit, nec possunt in executione admitti, quia alias pœna præ-
 clusionis legibus d. data inanis foret, unde nullum locum ejusmodi
 exce-

exceptionibus contra rem judicatam vel in executione relinquendum esse statuit. Verum putamus distingvendum esse inter exceptiones, quæ in executione opponuntur, ex quibus excipimus illas exceptiones, quæ ad moderamen executionis pertinent, seu quæ non impugnant judicatum, nec sententiam iniquitatis arguunt, sed aliunde defensionem condemnato afferunt, ubi utrumque consistere potest, & quod judicatum est, & quod in exceptione deductum, quales recenset, HILLIGER *ad Donell. L. 22. C. 3. in l.* Hæc modo non sint ante sententiam objectæ & rejectæ, adhuc in executione admittuntur, reliquæ vero non æque executionem rei jud. impediunt, etsi in executivo processu opponi possunt, quia non omnes exceptiones, quæ in processu executivo admittuntur similiter sistant rei jud. executionem, MEV. *P. VI. D. 276.* Ad exceptiones, quæ sententiam non impugnant, sed saltem executionem inhihent & vires sententiæ moderantur, pertinent exceptio deductionis meliorationum vel impensarum, quæ in ipsa executione opponi potest, quod illa sententiam non impugnet, sed tantum ejus executionem differat, MOULIGN. *Tr. de Retent. Qu. 24.* HERING. *de Fidejusf. C. V. n. 387.* ubi refert præjudicium Camere, quæ executio fuit suspensa, donec melioramenta liquidarentur, KLOCK. *Tom. III. Conf. 155. n. 237.* § 238. BONACURSO *in Pract. p. 445.* Attamen putamus hoc saltem procedere in impensis liquidis, vel in contin. liquidandis. arg. *l. ult. C. de Comp.* Si enim sunt illiquidæ, præstita cautione de restituendis impensis liquidandis, restitutio rei facienda erit, COTHM. *R. 30. n. 34. § 99. Vol. 1. V.* Contrarium quidem multis placuit, quod possessor etiam in illiquidis, & quæ in contin. liquidabiles fieri nequeunt cautionem acceptare & rem dimittere non debeat, CARPZ. *Dec. 17 n. 7.* quam sententiam probare videtur, ANT. FABER *in Cod. L. III. To 22. D. 15. n. 3.* priorem tamen velut comuniorem & publicè receptam probat, COTHMAN. *al. l. GOED. in Conf. Marp. Vol. IV. C. 19. n. 140. inq. ad fin.* MEV. *P. II. D. 33. n. 3.* conf. LYNCKER. *Dec. 1027.* & hanc sententiam nostro casu, ubi Exc. melior. in executione opponitur, sequimur. Ultimo placet, occasione materiæ de Executione adhuc subjicere quæstionem: *An coram Judice, cui nuda accipiendi potestas competit, exceptiones executionem impediennes opponi possint?*

Id est

possint &

possint? Maxime etenim in Ecclesiasticis iure Pontificio sententiæ per brachium seculare executioni dantur, c. 1. & 4. X. de Off. Jud. Ord. c. 2. X. de Maled. c. 2. X. de Cler. Excom. Ecclesia enim Pontificia vitur armis spiritualibus censuris & excommunicatione, quibus si refractoriorum animus se frangi non patiat, implorant pro executione brachium seculare, quæ imploratio gloriam parendi in iudice Laico exigebat, alias fulmen excommunicationis in executionem facere detestantes vibrabatur. Inguente Reformatione & Consistoriis in causis ecclesiasticis constitutis, sicut in his plures reliquæ ex Papismo retentæ sunt, ita quoque remansit, quod in multis provinciis Consistoria immediate executionem non faciant, sed pro ea faciendâ brachium seculare implorare necesse habeant, uti in Saxon. dispositum est in Ord. Sax. Elab. Tit. von beyden Consistoriis zu Leipzig und Wittenberg, quod uti partes litigantes non debet non gravari, ita non minus tales circuitus & ambages remoram iustitiæ injiciunt. Sane causæ satis non deprehendimus, cur has reliquias ex Papismo in iudiciis Ecclesiasticis retinemus, cum secularia & Ecclesiastica iudicia pariter ab uno eodemque capite seu Principe dependeant. Hinc recte ait: BÖHMER. in 7. Eccles. Tit. de Sentent. § 55. quod, si Consistorium manu militari instructum est, non dubitandum sit, quin illud executionem immediate expedire possit, haud requisito iudice seculari, uti in Patria expressa lege constitutum est quæ personas Regiæ Jurisdictioni immediate subiectas; quæ reliquas vero, quæ subiectæ sunt Nobilium vel Magistratus urbani jurisdictioni, sancitum legitur, quod Consistorium vi officii, quod Regis nomine sustinet, Magistratui, cui subiectus est, contra quem executio faciendâ est, injungat, ut hic intra certum tempus sententias in Consistorio pronuntiatas exequatur, & si hic mandato Consistoriali debitam partitionem non præstiterit, mandatum poenale contra eum decernatur, & si ne tum quidem executio sequatur, quomodo tum procedendum sit, tradit Instr. Consist. C. 5. P. 3. §. 1. & 3. Quod si vero executio puda alii iudici expediendâ relicta sit, quam, qui jurisdictionem in causa habuit, tum quæ. An coram Magistratu, cui necessitas executionem peragendi incumbit, exceptiones opponi possint, de quibus ipsi cognoscere licet, veluti si Exceptio nullitatis objiciatur? Hoc affirmat BÖHMER, si in contin. probari

probari queant, nec obflare dicit, quod hac ratione per indirectum
 Judici seculari cognitio de causis per Judicem Ecclesiast. decisis in-
 dulgeatur, quia duntaxat de objecta nullitate cognoscit, nec aliter
 quam si in contin. probari queat, alias, inquit, in dubio sententiam
 exequitur, rejectis exceptionibus altiore indaginem requirentibus.
 Verum hanc sententiam merito rejicimus, quia merus executor non
 debet cognoscere de iustitia vel iniustitia causæ, quoniam hoc non
 spectat ad ejus officium, sed solum exequi; Deinceps si sententia Judi-
 cis cognoscens est nulla, parti contra eam prodita sunt remedia juris,
 quæ scilicet nullitatis, vel remedium appellationis, quæ principaliter
 inducunt ad relevanda gravamina per Judicem cognoscentem illata.
 Accedit quod pro sententia Judicis sit præsumtio eam legibus esse con-
 formem, & validam, deinde si Judici, cui sola executio demandata
 est, liceret cognoscere de iustitia sententiæ latæ, hoc manifesto in præ-
 judicium superioris Judicis tenderet, cujus solius est cognoscere an
 sententia sit iusta vel non. Denique vero quis crederet Judicem
 executionis sine actis & probatis melius videre posse causam iustitiæ
 sententiæ, quam Judex cognoscens & decernens ex actis & pro-
 batis. Ob has & alias rationes contra Dno BOHMERUM sta-
 tuimus maxime inter Protestantes, propitio jure Judicem execu-
 tionis sibi arrogare non posse potestatem cognoscendi de exceptioni-
 bus coram se incompetentèr objectis; Aut si plane existimet senten-
 tiam quam executioni mandare ipsi est injunctum, notoria laborare
 iniustitia, in se apud Judicem committentem, eamque apud eum
 representet, aut partem contra quam executio fieri debet eo cum excep-
 tionibus suis remittat, aut si iustitia sibi adeo cordi sit, interveni-
 endo subditum suum coram Judice cognoscente defendat; Quod si
 vero hic omnibus probe expensis, sententiam a se latam denuo justam
 habeat, executio fieri debet, quod si putet, se non posse iniustitiæ alienæ
 ministrum agere, petat se ab executione dispensari, & relinquat
 Judici cognoscenti potestatem executionem immediate faciendi, aut
 ad Judicem superiorem rem devolvere debet; Nam omnino diver-
 sam putamus quæstionem: *An Judex executionis exceptiones coram se
 oppositas examinare & super his decidere possit?* quod negamus, & si is,
 contra quem executio fiat, offert probationem in contin. *An in iura
 cogendus*

cogendus sit executionem facere ejus, quod sibi evidenter injustum est
 Hoc affirmat LANCELLOT. in *Inst. J. Can. L. 3. 16. §. 4.* & vulgo
 Canonistæ scribunt, quod Judex executionis in causa civili exequi
 debeat indistincte, licet sciat eam esse injustam, INNOC. in *c. cum*
jura. de Off. del. Verum contra hanc sententiam dissentit, ZIEGLER.
 ad *Lancell. d. l.* conf. MARANTA. in *D. l. p. 101.* Daus BRUNNEM.
 in *J. Eccles. L. III. C. 11. §. 3.* distingvit, an exceptio opposita im-
 pugnet sententiam, ubi dicit, executionem faciendam esse, an saltem
 executionem aut ejus ordinem, ut si exc. Compensat. aut alia quæ in
 ipsa executione opponi potest, & executorem de tali cognoscere; sed
 verius putamus hoc, in vita parte adversa, fieri haud posse, sed potius
 alterum cum sua exceptione ad Judicem demandantem remittendum
 esse, & hanc ob causam Judicem executionis hanc differre posse. Sic
 enim separata manet functio Judicis cognoscentis & exequentis. Sed
 præter opinionem longius digressus, redeo ad nostram probationem
 in contin. de cujus effectibus speciale Caput quis forsitan expectabit,
 verum hi passim in ipsa tractatione jam sunt notati, quos spectatim
 repetere, ne actum agamus, merito supersedemus. Affinia quoque
 afferri possent, uti *demonstratio* &c. ni Dissertatio quam nimium exre-
 visse. Potius finem ipsum respicimus, & inde vela, quæ juvante
 divina gratia expansimus, contrahimus. Tu vero B. L. labori nostro
 serenam ostendas frontem, si leve hoc scriptionis genus, nec ab
 omni parte perfectum tibi videatur conatum tamen æqui
 bonique ut consulas, obnixè rogo. Omnis interim
 justitiæ ac æquitatis fonti

DEO SIT LAUS ET GLORIA
 in Secula Seculorum.

ERRATA.

P. 2 §. 1. 2. *olium, lege Oleum* P. 3. l. 1. *comment. l. comment.*
 P. 4. l. 10. *Retosione, l. Retors.* P. 5. l. 17. S. A. STRUV. l. G. A. STRUV.
 P. 8. l. 17. *prohibitum, l. prohibutum* P. 14. l. 19. *exioma, l. axioma.*
 l. ult. CAPZ. l. GARPE. P. 16. l. 11. *psu, l. passu.* §. 3. l. 3. *querunt, l. qua-*
runt P. 24. l. 20. SCILTER, l. SCHILTER. P. 26. l. 10. *conscriptum, l. con-*
scriptum. Cetera, levioris momenti B. L. ipse corrigit.

Greifswald, Diss., 1726-32

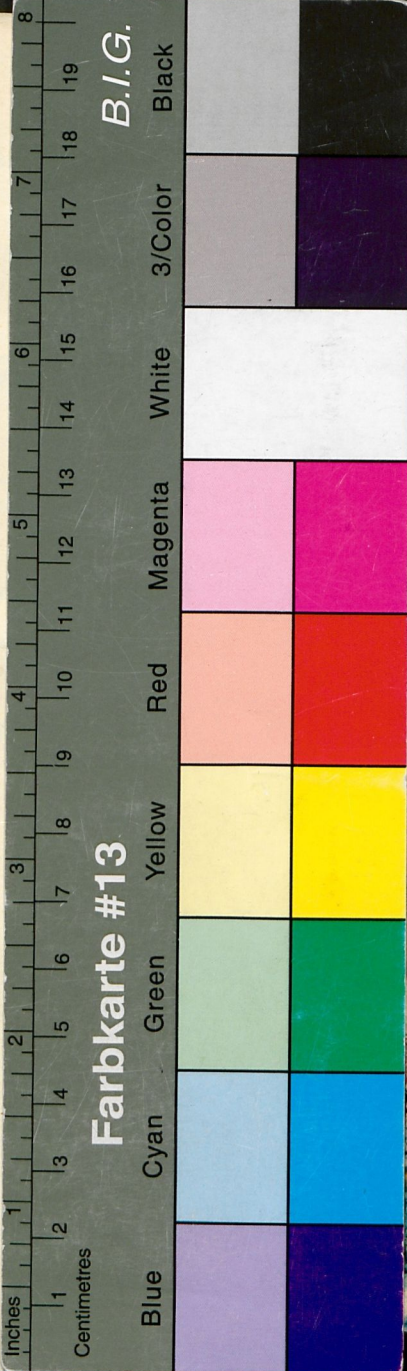
ULB Halle 3
004 529 650



f
sb.







B.I.G.

Farbkarte #13

Q. D. B. V.
DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE
PROBATIONE
IN CONTINENTI.

94.

Qvam
DIVINA FAVENTE GRATIA,
EX DECRETO MAGNIFICI ORDINIS JURISCONSULTORUM
IN ILLUSTRIS GRYPHICA ACADEMIA,

PRÆSIDE
VIRO EXCELLENTISSIMO ET CONSULTISSIMO
DN. PHIL. BALTHAS. GERDES,
Jcto & Antecessore Regii Consistorii per Pom. & Rug.
Directore, p. t. DE CANO,

pro LICENTIA
Supremos in Jure Honores
& Privilegia legitime obtinendi,
Ad diem XIX. Decembr. Anno MDCCXXVI.

horis antemeridianis
Solenni Eruditorum Examini
submitte.

AUGUSTINUS BALTHASAR,
Gryph. Pom.



GRYPHISWALDIE,
Litteris DANIELIS BENJAMINIS STARCKII,
Reg. Acad. Typogr.