



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Quæstionum Canonicarum, In Quinque Libros
Decretalium, Tomus ...**

In Librum II. Decretalium, Per Triginta Titulos Distributum, In Quo Agitur
De Judiciis, Foro Competenti, Libelli Oblatione, Mutuis petitionibus, ...

Krimer, Ferdinand

Augustæ Vindelicorum, 1708

Qvæstio XIX. In Tit. XIX. De Probationibus.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-73001](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-73001)

QVÆSTIO XIX.

IN TIT. XIX. DE PROBATIONIBUS.

1439. **C**um sæpè contingat, quòd Reus positiones Actoris neget, atquè adeo cum ab onere probandi non releuet per confessionem (confessio enim judicialis est quidem aliqua species probationis, ut dictum est tit. 18. à n. 1388. propriè tamen loquendo est potius probationis relevatio, ad quam non pervenitur, nisi in defectum probationis:) hinc ordo postulat, ut agatur de probationibus in genere, quod fit hoc titulo; nam de probationibus in specie tractatur in seq.

ARTICULUS I.

Quid, & quotuplex sit probatio?

1440. **P**robare, vulgata significatione est, quod dubium, & obscurum, certum reddere, & efficere; probare *nomen*, agnoscere est & suscipere, eoquè ut bono, contentum esse, L. 36. §. ult. ff. ad munic. Apud Jurisconsultos *probare* est rei controversæ, testibus, aut tabulis judici fidem facere. Hinc probatio secundùm Azonem est *rei dubia per argumenta ostentio*. Quæ definitio, licèt videatur solùm habere locum in his, quæ probantur per disputationis instantiam; tamen si per *argumenta* intelligamus media, quibus res probatur, est bona, etiam in materia juris. Cœterùm *probatio* communiter definitur *actus judicialis, per quem de facto aliquo, de quo in judicio controversa est, fides Judicis fit*; sic Antonius Perez h. t. n. 2. in lib. 4. C. tit. 19. ex quo colligitur, *probare*, hoc loco, aliud non esse, quàm Judicis fidem facere de facto aliquo, de quo in judicio disceptatur; nam hic est finis probationis. Dicitur facta *Judicis*; probatio enim non fit ad instruendum Adversarium, sed in ipsum Judicem, c. ex literis, h.

ibi: *ad cognitionem Judicis instruendam*; dicitur: *de facto aliquo*; nam ea, quæ sunt juris, non sunt Judicis probanda, sed Judicis nota sunt, vel esse debent; cum secundùm leges judicare debeat, licèt illa à litigantibus non fuerint allegata; L. unic. C. ut quæ defunt Advocatis, &c. excipie, nisi jus ipsum negetur, L. 5. ff. h. t. Not. autem cum dicitur, *ea, quæ sunt juris, non probari, sed tantùm allegari*, intelligi, quæ sunt *juris clari, & indubitati*; non autem de his, quæ sunt *juris municipalis, & consuetudinarii* (quæ aliquo modo sunt facti) imò nec de his, quæ quidem sunt juris communis, sed *obscuri*, quando sensus ejus ambiguus est; vel habet jus aliud apparenter contrarium, &c. sic Haunoldus de just. tom. 5. rr. 4. n. 21. Ea autem, quæ sunt *facti*, Judicis, quæ tali, sunt incognita, idèoque non præsumuntur, nisi probentur, L. 16. C. h. t. arg. c. 1. de Constit. in 6. imò, licèt ea Judicis nota sint, tamen oportet ea quòquè aliis fieri manifesta. Nam, quæ novit Judex ut privatus, pro judicio non sufficiunt, nisi & ea cognoverit tanquam Judex, hoc est, nisi probata sint, & manifesta publico, cum gerat personam publicam; ita Perez cit. num. 3. Dicitur præterea *actus judicialis*; quia probationes fiunt post litem contestatam, à qua propriè incipit judicium sic, ut ab eo ad alium Judicem, post litem contestatam, discedere non liceat, autheut. Offeratur, C. de litis contestat. Dicitur demum: *de quo in judicio controversa est*; quia notoria non indigent probatione c. Evidentia, de accusat. c. manifesta, 2. q. 1. & notorium non debet probari, sed allegari secundùm Doctores in rubric. hujus tit. Hinc allegatio *notorii* dicitur *probatio probata*, modo etiam probata sit ipsa *notorietas*.

Probatio multiplex est. 1. *artificialis* 1441.
Xy 2 (quæ

(quæ arte, & industriâ probantis desumitur ex ipsa causa, & circumstantiis facti) & *inartificialis*, quæ sumitur ab extrinseco, v. g. testibus, instrumentis, confessione, juramento, præsumptionibus, &c. 2. alia est probatio *plena*, & perfecta, quæ scilicet Judici facit plenam fidem de re, de qua agitur, adeò, ut Judex, secundum eam, sententiam ferre, & controversiam definire possit, nullo alio ulterius requisito, c. 2. *h. t.* ubi consuetudo, quæ alicubi erat, ut Actori post plenè probatam intentionem suam; juramentum deferretur; & si recusaret, probationum fides eo ipso infirmaretur, ab Alexandro III. reprobatur, *cum ad juramentum recurri non debeat, nisi in probationis defectum, & supplementum*: alia *semiplena*, seu imperfecta, quæ aliquam quidem, non tamen plenam Judici fidem facit, ut ex illa jure moveri possit ad ferendam pro hac, vel illa parte sententiam; sed tantum opinionem, vel præsumptionem; 3. alia probatio est *judicialis*, quæ fit in judicio post litis contestationem; alia *extrajudicialis*, quæ fit extra litem, vel antè litis contestationem: ex his, quæ plenæ dicuntur, aliquæ sunt *plenissima*, nimirum lucè meridianâ clariore, quales requiruntur in causis criminalibus, capitibus, per *L. fin. C. h. t.* illæ sufficiunt in civilibus.

1442. Not. autem. 1. quòd, etsi semiplena probatio Judicem non adstringat, imò nec permittitur sit propter eam *solum* pronuntiare, nihilominus habeat magnam utilitatem, ut constabit ex dicendis; nam non solum ex pluribus semiplenis probationibus ejusdem rationis fit una species plenæ probationis; v. g. ex duobus testibus, quorum singuli tantum semiplenè probant; verum etiam ex diversis speciebus semiplenæ probationis potest fieri plena probatio, ut advertit Sichardus in rub. hujus tit. Codicis v. g. si uni testi accedat fama, vel Scriptura privata, vel alia; vel si accedat juramentum tanquam complementum semiplenæ probationis. Constat ex *L. 5. & 6. C. h. t.* Not. 2. si loquamur strictè, quatuor tantum species probationum esse ponendas, quæ scilicet habentur in 4. sequen-

tibus titulis, nimirum testes, instrumenta publica, præsumptiones & juramentum. Alii nominant septem species, nimirum: testes, Scripturam seu instrumentum publicum, confessionem in judicio, evidentiam facti, seu inspectionem ocularem, juramentum, indicia legitima, seu præsumptiones, & famam; sic Mascardus Volum. 1. *de probat. q. 4. num. 15.* Farinacius *in praxi crimin. p. 1. q. 36. n. 17.*

Semiplenæ autem probationis sunt quatuor species, seu modi. 1. depositio ^{1443.} unius testis, vel plures singulares; Scriptura, seu instrumentum privatum; comparatio literarum, quando de scripto dubitatur; & leves, seu non urgentes præsumptiones; ita Pirhing *h. t. num. 2.* ex Mascardo cit. à *n. 17.* Sed primus semiplenè probandi modus videtur intelligendus de teste omni exceptione majore, hoc est, contra quem, vel qui nullâ legitimâ exceptione repelli potest, ut notat Barbosa in *c. 2. h. t. n. 8.* qui *n. 7.* docet, semiplenam probationem non fieri ex uno teste non reddente rationem dicti sui, vel verò similia non dicentè, vel ex pluribus singularibus; ubi etiam notat, depositionem plurium testium singularium non sufficere ad semiplenam probationem; qui etiam ad probandas diversas confessiones extrajudiciales non conjunguntur. Quoniam verò de probatione, quæ fit per testes, specialiter agitur hoc lib. *tit. 20.* de illa, quæ per instrumenta, *tit. 22.* quæ per præsumptiones, *tit. 23.* quæ per jusjurandum, *tit. 24.* de illis in seqq. agendum erit. Nam de probatione, quæ fit per ipsius Rei confessionem; diximus *supr. tit. de Confessis, à numer.*

1388.



ARTICULUS II.

De nonnullis probationum Speciebus.

1444. **Q**uæstio. 1. est, an, & qualiter plenæ probationis vim habeat inspectio ocularis? quæ contingit, quando Judex ad rem controversam, vel per se ipsum, vel per Commissarios, aut alias personas idoneas deputat inspiciendam. Hanc probationem esse omnium firmissimam, dicitur *L. Si irruptione*, §. 8. *S. ad officium*, ff. *fn. regund.* L. 7. §. 1. ff. *de administrat.* Tut. Gail. l. 1. *observ.* 29. n. 9. & prævalet cuicumque probationi; cum sit superlativa omnium per Baldum in *L. contra negantem*, C. *de probat. in fn.* eique locus est in omnibus causis, quæ aliter non possunt probari, vel saltem non ita facile. Talis causa est. 1. in quæstione de novi operis nuntiatione. 2. si moveatur quæstio de impendente mihi damno ex ruinosis vicini mei ædibus, & petatur cautio damni infecti, hoc est refarciendi mihi damni, si neget alter periculum damni ex illis; 3. quando quæstio est circa terminos, vel limites agrorum, jurisdictionis, &c. *L. de modo*, ff. *finium regundorum*; 4. quando agitur quæstio de lethali vulnere alteri inflictio; tunc enim, ut de veritate constet, per Medicos, & Chirurgos tempestive curanda est ocularis inspectio, an tale fuerit in principio? an verò factum sit ex alio capite v. g. incuria chirurgi, &c. V. Gail. l. 2. *observat.* III. §. in quæstione matrimonii de impotentia; si enim aliter constare non potest, in Viro fit inspectio per Medicos; in foemina per obstetrices, c. 4. & penult. h. t. c. *Fraternitatis*, de frigidis, & maleficis.

Tom. II.

Cum autem quilibet vocari debeat, quando agitur de actu in ejus præjudicium, regulariter hæc probatio fieri debet citatâ utraque parte, nisi Judex clam ad suam tantum informationem suscipere voluerit; 2. quando hæc inspectio fieri debet, ab alterutro litigantium testes adducendi sunt, qui rem præsentem melius explicent, & sic Judicem informant: 3. quando inspectio fit per ejusmodi artis peritos, nisi alias sint jurati in ea arte, eis deferendum est juramentum, quod in neutrius partis favorem loqui, sed prout rem in conscientia receperint, aperire velint; id, quod etiam in decursu magis declarabitur.

1445. Quæstio est. 2. an duæ, vel plures semiplenæ probationes faciant plenam? Resp. in causis civilibus saltem non arduis (ut notat Zoësius in l. 22. ff. *tit.* 3. *num.* 10.) ex duabus probationibus semiplenis, tendentibus ad eundem finem, fieri plenam probationem, si sint ejusdem generis, ut duo testes; si diversi, unus testis cum fama publica, vel juramento; quia quæ non probant singula, collecta juvant; gloss. *fn. in c. cum causam*, 13. h. t. Barboza ibid. Malcardus *de probat. conclus.* 343. a numer. 2. Bartolus in *L. Admonendi*, 31. ff. *de jurejurand.* numer. 48. & colligitur ex *L. 5. C. de Probationibus*, ibi: instrumenta domestica, seu privata testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem solam non sufficiunt: ergo per oppositum sufficiunt, si aliis adminiculis adjuventur. Deinde ex *L. 6. C. eod.* ibi: rationes defuncti, quæ in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse, sæpe rescriptum est. Ejusdem juris est, etsi in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem, aut

Z z

etiam

etiam res certas sibi deberi significaverit. Dixi: in civilibus. Nam in criminalibus hoc non procedit, quia requirunt probationem plenissimam; Abbas in c. Veniens, de testib. num. 8. nisi agatur solum ad inquirendum; 2. vel torquendum; 3. nisi concurrant alia indicia seu conjecturae: 4. nisi quaestio sit difficilis probationis; sic Mynsingerus, centuriâ 5. observ. 33. Sed has limitationes accipe secundum ea, quae tradimus l. 5. de Inquisitionibus, à n. 97.

1446. Quaestio est 3. an, & qualiter famam vim habeat legitimae probationis? ante res. soler. not. per famam hic significari alicujus rei (vel personae seu potius, de persona) publicam, & communem in aliqua regione assertionem, ex sola suspitione proveniente, consequenter hic non accipi, ut opponitur infamiae, sed prout explicat famam inter homines; & dicitur assertio, consistens scilicet in voce, vel scriptis; dicitur publica; nam privata assertio non constituit famam; dicitur in ea regione, hoc est vicinia alicujus loci populosi; dicitur proveniens ex suspitione, quia fama falli, & fallere potest: dicitur assertio communis, quo differt à rumore, qui est assertio paucorum in vicinia. Ea porro duntaxat fama hic in consideratione est, quae habet originem à personis fide dignis, & gravibus; de quorum commodo non agitur, ut colligitur ex c. 24. de accusat. ad quam requiritur, quod sit majoris partis de populo illius vicinia; nam fama, quae dicitur fama inter homines, exigit hoc, de quo inter homines esse dicitur, asserti à majori parte populi, juxta regulam 160. ff. de reg. juris, ibi: refertur ad universos, quod publicè sit per majorem partem.

1447. Not. autem ab eo, qui pro se allegat famam, hanc probari debere; probatur autem sufficienter per duos testes, l. de more, §. plurimum. ff. de quaestionibus.

Nam licet fama non inducatur, nisi per plures; esse tamen inductam, satis probatur per duos. Ut autem testis rectè probet famam, requiritur, quod dicat, se scire, illam esse, addendo scilicet causam sciendi, v. g. quia ipsemet à majori parte illius populi, de quo articulus loquitur, vel de quo interrogatur, audiverit dici, quod hoc, vel illud factum sit; quia testis debet allegare causam suae scientiae, quae sub aliquem sensum cadit; excipe, nisi deponant de factis antiquis, quae hominum aetatem, & memoriam excedunt. Nam tunc sufficit, quod testes sint omni exceptione majores, & asserant, se hoc, quod testantur, à suis majoribus intellexisse, non requiritur tamen in hoc casu, ut testis omni exceptione major, deponens, se audivisse dictum à majori parte populi, ex eo aliquos nominet; nam testis omni exceptione major, allegans majorem partem populi, praesumitur, non allegare dictum malevolorum, & improvidè loquentium, quod solum cavere vult c. 24. de accusat. exigens originem famae à Viris honestis, & providis.

Cum autem probatio famae ordinetur ulterius ad judicandum de illa re, de qua probata est fama; quaestio est, an fama, per testes probata, probet? negativè dicendum est, quando habet originem ex vilibus personis, vel ex inimicis, vel ab eo, in cujus commodum cedit; constat ex c. 24. de accusat. Si autem non constet de personis, à quibus originem habet, recurrendum est ad quasdam probabiles conjecturas, & praesumptiones. Ceterum, in quaestione, quando fama probata probet plenè, vel tantum semiplenè, aut etiam minus? Resp. dicendum, per famam fieri plenam probationem in civilibus, quando est de re, in qua plurimum operatur, & disponit opinio, & consuetudo loci, v. g. quando quaeritur, quid per talem vocem (e. g. per instrumenta legata) intelligi debeat, vel in qua significatione accipienda sit? & fama

fama talis loci testetur; eam vocem ex u-
 lu talis loci, hoc significare, fama plenè
 probat, ut dicitur *L. 18. ff. de fundo in-*
structo, & instrumento legato; ubi §. 3.
 ad quæstionem (*quid per instrumenta le-*
gata testator intellexerit?) responsum est:
optimum ergo esse Pedius ait; non propri-
am verborum significatione scrutari, sed
imprimis, quid testator demonstrare vo-
luerit? Deinde, *in qua presumptione*
sunt, qui in quaque regione morantur. Si-
 militer in quæstione (quomodo flumen
 discernendum sit à rivo?) dicitur *L. 1. §.*
1. de fluminibus: discernendum à ma-
 gnitudine, aut existimatione circumcolen-
 tium.

1449. Dicendum 2. per famam probatam,
 fieri plenam probationem in iis casu-
 bus, in quibus utilitas publica suadet, ut
 communis opinio prævaleat veritati, v. g.
 Barbarius communi opinione habetur pro
 vero Prætorè, cum in re non esset, pro-
 pter inhabilitatem conditionis servilis;
 hinc cum dubitaretur, an ejus acta valè-
 rent? & non obstante illa conditione juri-
 sisdictionem habuisse censendus sit,
 collatam ab his, à quibus Prætor consti-
 tutus sit? responsum est affirmative, pro-
 pter famam, quæ credebatur habuisse
 jurisdictionem collatam; ut dicitur in
L. Barbarius, 3. ff. de officio Præto-
rum.

Dicendum 3. ex fama plenè probari in
 casu, quo res est difficilis probationis dire-
 ctæ per alia media: *aliquem esse legitimum*
filium, est casus difficilis probationis di-
 rectæ, uno conjugum discordante; *L.*
Lucius, ff. de condit. & demonstrat. hinc
 plenè probatum manet, saltem præsumi
 legitimum, si hoc testetur fama legitime
 probata. Coeterùm extra hos casus, re-
 gulariter præstat in civilibus probationem
 solum semiplenam, *arg. L. 3. §. ejusdem*
quoque, ff. de testib. ubi dicitur, quod fa-
 ma consentiens rei gestæ *fidem* nonnun-
 quam confirmet, quæ verba ad summum

significant probationem semiplenam;
 quia diversa sunt: *fidem facere, & fidem*
confirmare: in criminalibus autem, ubi
 agitur ad pœnam gravem, nec semiple-
 nam probationem facit fama etiã per tes-
 tes probata; nec sufficiens indicium fa-
 cit ad torturam; sed solum ad inquirendum;
 per *c. qualiter & quando, de ac-*
cusat.

De jure autem canonico ad dissolvenda
 sponsalia de futuro, & impediendum ma-
 trimonium contrahendum; sufficit fama
 probata de impedimento dirimente inter
 sponfos; *c. 2. de consang. & affinit. &*
mortem conjugis; diu abientis; in casu
 periculi, v. g. belli, naufragii; sufficienter
 probat fama per testes probata, ut super-
 stes dicatur habere *certum nuntium* de al-
 terius obitu, & licet transeat ad secunda
 vota; gloss. in *c. quoniam, §. si autem*
 ut lite non contest; sic P. Ludovicus En-
 gel. *de probat. à num. 21.* Similiter fines
 Diæcesium probantur per famam publi-
 cam; *c. cum causam, 13. h. t. & maxime*
antiquam; Barbosa *ibid. n. 11.* ubi sub-
 jungit, quod *fama in antiquis plenè pro-*
bet.

Quæstio est. 4. qualiter probari possit
 negatio litigantis, ut cum Reus conven-
 tus ab Actore super solutione debiti ex
 contractu Lincii celebrato certo die, ne-
 gat debitum ex tali contractu tali die ce-
 lebrato; & contingat adesse præsumptio-
 nem juris contra Reum. Tali enim casu
 intentionem suam negativam, seu nega-
 tionem probare incumberet Reo. De
 hac quæstione dicitur in *c. Quoniam, 11.*
h. t. quoniam contra falsam assertionem
iniqui Judicis innocens litigator quando-
quæ non potest veram negationem proba-
re, cum negantis factum per rerum natu-
ram nulla sit directa probatio: pro cujus
 intelligentia, *not. per veram negationem*
 intelligi solum eam, quæ in se vera est, &
 veritatem continet ad differentiam illius,
 quæ

1450.

quæ falsa est, & falsitatem includit, qui sensus colligitur apertè ex litera tam ex verbis præcedentibus, dum agit de falsa assertionem iniqui Judicis; qui opponit hanc veram negationem innocentis litigatoris, quàm ex sequentibus, ibi: *falsitas veritati*, & ibi: *iniquitas equitati*, & ita sensus est; quoniam contra falsam iniqui Judicis assertionem quandoquè non potest innocens litigator probare negationem veram, id est, quæ à parte rei veritatem, non verò falsum, aut mendaciū continet.

1451. Not. 2. propositionem negativam (quæ nimirum aliquid negatur) aliam esse *merè negativam*, quæ scilicet nec virtualiter in se continet affirmantem: v. g. quæ Reus negat assertionem Judicis dicentis, *Reum in Judicio tale debitum, vel delictum confessum esse*; aliam *non merè negativam*, quæ scilicet in se saltem virtualiter continet aliam affirmantem, ut cum quis negat se sponte consensisse; hæc virtualiter affirmare videtur, *consensisse coactè*; quo posito: ad quæst. initio propositam Resp. merè negativum *directè* probari non posse; secus interdum *indirectè*; prima pars constat ex cit. t. *quoniam*, ibi: *cum directa probatio negantis factum, nulla sit*. Secunda pars ex eo, quia sæpe probari potest factum aliquod, quo stantè necessariò inducitur veritas negationis; si enim nego, *me Calendis Junii anno 1701. Lincii subscripsisse*, & *directè* probem ne Calendis Junii eo anno fuisse Romæ, *indirectè* ostendo falsum esse, subscriptionem à me factam esse eo die, anno, & loco, consequenter veram esse meam negationem.

1452. Dices: *L. 23. C. de probat.* dicitur: *Actor, quod asseverat, probare se non posse profutendo, reum necessitate monstrandi contrarium non astringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*. Deinde *L. 10. C. de non numerat. pecun.* habetur: *cum inter eum, qui factum asseverans onus subiit probationis, & negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est &c.* Et hoc conformiter legi. *2. ff. de probat.* ubi regulà talis ponitur: *ei incumbit probatio, qui dicit: non, qui negat*: ergo negationes probari non possunt. Resp. solum sequi, non posse probari *directè*; secus, *indirectè*; & hoc modo cum prioribus textibus, qui negant;

rectè conciliari videntur, alii affirmantes, posse probari, cujusmodi est *L. 14. C. de contrahend. stipulat. L. 5. ff. de probat. &c.*

Quoad divisionem probationis in *judiciali*, & *extrajudiciali*, solum observandum est, quòd probatio extrajudicialis procedat. 1. quando est periculum, ne testes moriantur; vel diutius abfuturi sunt; quia tunc eorum attestaciones recipi possunt ante litis contestationem, ne copia probationis casu fortuito subtrahatur, vel pereat, c. *fin.* ut lite non contestatâ; ibi: *quoniam frequenter in dubium revocatur à multis, an lite non contestatâ testes recipi valeant? auctoritate præsentium duximus declarandum regulariter verum esse, quòd lite non contestatâ, non est ad receptionem testium procedendum. Nisi forte de morte testium timeatur, vel absentia diuturna: in quibus casibus, cum civiliter est agendum* (ne veritas occultetur, & probationis copia fortuitis casibus subtrahatur) senes; & valedudinarii, & alii testes (de quibus ex aliqua rationabili causâ timeatur) *etiam lite non contestatâ sunt procul dubio admittendi*, seu pars conventa sit contumax, seu sit absens absque malicia; ut conveniri non possit. Sed si Actor non convenit Adversarium intra annum, ex quo conveniri non poterit, vel saltem receptionem hujusmodi testium non denuntiaverit illi, attestaciones sic receptæ non valeant, ne forte hoc procuret in fraudem, ut processu temporis exceptiones legitimæ ad repellendum testes, vel aliæ locum habere non possint. Secundò si est periculum, ne testes interim obliviscantur rei gestæ, donec litis contestatio fieri possit, quia tunc testes recipere licet, in perpetuam rei memoriam; gloss. in cit. c. *fin. V. subtrahatur*. Plures casus, in quibus locum habet probatio extrajudicialis per testes, *V. supr. tit. 6.* ut lite non contestatâ.

ARTICULUS III.

Quinam incumbat onus probandi?

1453. IN hac re traduntur duæ regulæ: prima est, quòd quisquè probare teneatur fundamentum suæ intentionis, sive sit affirmativum, sive negativum, in alterius partis præjudicium, si non habeat pro se præsumptionem. Et ideo Actor debet pro-

probare suam petitionem, ac libellum cum omni eo, per quod petitionem, ac libellum sustinet, & defendit; l. 2. junct. gl. V. ei incumbit; & L. Verius, 21. ff. h. t. l. 1. C. eod. & constat ex l. 1. C. h. t. ibi: ut Creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur; ita rursus debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem prestare debet: ex quo fit, quod & Reus debeat probare suam exceptionem, si quam Actori opponit; quia excipiendo fit Actor, l. 1. ff. de except. & agendo ipso facto suscipit in se onus probandi, l. fin. C. eod. siue neget, siue affirmet; sic Pacianus, de probat. l. 1. c. 57. & constat ex l. 19. ff. eod. ibi: In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, veluti intentionem, implere; ut puta, si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse.

1455. Dixi 1. siue sit negativum; quia licet neganti regulariter non incumbat probatio per L. Ei incumbit, 2. ff. h. t. & L. Actor. C. eod. fallit tamen, quando vel Actor agendo, vel Reus excipiendo fundat actionem suam in negativa, vel juris, vel facti, vel qualitatibus, non quidem vaga, & indeterminata, scilicet sine determinatione loci, temporis, aut alterius circumstantiæ (ut si quis neget se in jus vocatum, vel adversarii Procuratorem non habere mandatum) sed tali, quæ scilicet simul aliquid tacite affirmat. Nam tunc istud probare debet; L. optimum 14. C. de contrahend. & commit. stipulat. l. in illa, 50. ff. de Verb. oblig. Fallit 2. in casibus, de quibus infra dicemus. Hinc is, qui petit contractum declarari nullum, tanquam à minore celebratum, tenetur ad probandam ætatem minorem; qui negat testamentum, vel electionem legitimam ob defectum aliquem, tenetur ad probandum ejusmodi defectum; qualiter intentio negativa probari valeat, aut non valeat, dictum est n. 1450.

1456. Dixi 2. nisi pro se habeat præsumptionem; quia præsumptio ab eo, pro quo stat, conjicit onus probandi in alterum per l. 14. ff. h. t. ibi: Si chirographum cancellatum fuerit, licet præsumptione

Tom. II.

debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, rectè debitor convenitur. Hinc vulgatum illud (actori incumbit probatio) intelligendum est non exclusivè, ut, si Reus aliquid contra Actorem affirmet, non teneatur id probare; cujus ratio est ex n. 1454.

1457. Secunda regula est, quod in judicio communi dividendo (in quo agitur ad divisionem rei communis, ad præstationem fructuum perceptorum, impensarum, & ejus, quod dolo, culpa lata, aut levi, in re communi admissum est; ut dicitur l. 3. ff. communi dividendo) familiæ herciscundæ (in quo scilicet ejusdem defuncti hæredes agunt ad divisionem hæreditatis, & c. ut tradit Haunoldus Tom. 4. de just. Tr. 10. à n. 1124. Ubi etiam affert discrimen inter hoc, & judicium communi dividendo) finium regundorum (nam in hoc uterque contendit se fines suos tantum occupare) & interdicto retinendæ possessionis, uterque litigans simul ad probandum admitti debeat; quia in his judiciis uterque velut Actor est, uterque Reus. Nam in interdicto Retinendæ uterque contendit se possidere. Et ideo Justinianus hæc judicia vocat duplicia, §. duplicia, de interdictis, Institut. Hinc in istis judiciis ille causam obtinebit, qui probaverit suam intentionem, altero non probante; ubi tamen advertet, in his judiciis duplicibus, eum, qui prior ad judicium provocavit, magis locum Actoris, quam Rei obtinere censendum, ita, ut ipse prius de calumnia jurare debeat, L. in finibus, 13. ff. de Judic. junct. gl. V. videri Actorem; Gloss. in c. ex literis, h. t. V. vices duorum; quod intellige solum ad processum, & ordinem judicarium, ac ejus effectum; Pirhing h. t. n. 17. Si autem uterque probet, ille obtinebit, cujus testes sunt magis idonei; vel, cum agitur de possessione, qui probavit antiquiorem possessionem, vel meliorem titulum, c. Licet, h. t. cujus summa hæc est: Si Actor, & Reus in interdicto retinendæ possessionis probant, obtinet is, qui antiquiorem possessionem probat, titulo maxime justificatam, vel meliores proba-

Aaa

tio-

tiones respectu possessionis adduxit: & probatur satis hoc summarium in versic. ex præmissis, ponderato versic. *maximè*. In casu verò, quo probationes sunt æquales, obtinebit, qui est in possessione, *c. ex Literis, 3. b. t.* ubi talis casus propositus est Lucio III.

1458. Episcopus, vel secundum aliam Lectionem, Decanus quidam, & Archidiaconus inter se contendebant super finibus suarum præbendarum; nam Decanus querebatur, Archidiaconum terminos suos transgressum esse, & partem fundi, spectantis ad præbendam Decani, occupasse; sed Archidiaconus contradicebat, se eam partem quadraginta annis possedisse; id verò negavit Decanus, imò se tanti temporis possessionem quietam habuisse asseveravit. Super hac controversia quærebatur ex Pontifice, utri probatio incumbere debeat, petitori ne, an possessori? Respondit Lucius III. iudicium finium regundorum, talis esse naturæ, ut in eo utraq; persona vices duorum habeat, videlicet Actoris, & Rei, ita ut ex utraq; parte testes adduci possint, eorumq; testimonia Iudex ad fidem faciendam admittere debeat, qui verisimiliora dixerint; quodsi utriusq; partis testes æquales videantur, *tunc possessoris causa prevalere debet*, quia iura promptiora sunt ad absolvendum, quàm ad condemnandum, præterquam in causa, quâ agitur de libertate hominis, tunc enim si utriusq; partis testes æquales fuerint, pro libertate pronuntiabitur. Nam etiam possessori quandoq; probationem faciendam esse, vel inde manifestè constat, quòd iure cautum sit, ut qui præscriptionem temporis longissimi objicit, eam probare teneatur; nemo autem præscriptionem rectè objicere potest, *nisi possideat*. Ex hoc textu clarè probantur, quæ præmissimus. Ex hac autem decisione præterea deducitur, quòd licet lege ordinariâ possessor probare non teneatur, per §. *Retinende, Institut. de interdict.* limitari tamen in casu, quo possessor, vel petendo, vel excipiendo Actoris vicem agit; his præmissis

1459. Quæres I. quid faciendum Actore

non probante? Resp. communem esse regulam, quòd Actore non probante absolvendus sit Reus; & si nihil præstiterit (id est, nullam defensionem, vel probationem attulerit) *L. qui accusare, 4. C. de edend. c. fin. §. sanè. de iurejurand. c. unico, §. cum enim: Ut beneficia Eccles. sine diminut. conf.* imò licet constet Reum nullum jus in causa, vel re, de qua agitur, habere; ut si res aliena sit, quam possidet (ut dicitur *l. fin. C. de rei vindicat. junct. Glos. V. implenti*) quia in eo casu, non *quid juris Reo*, sed *quid Actori* competat, æstimandum est, *l. 1. §. 1. ff. si pars hered. petat*; & procedit etiam in casu, quo Reus non probat negativam, cujus probationem sponte suscepit, *c. 1. de restit. spoliat. l. circa, 14. ff. b. t.* sic Vallenfis *b. t. §. 3. n. 3.* Limitari tamen debet, ut non procedat I. in casu, quo Reus negat, virtualiter simul affirmans aliquid in præjudicium Actoris; constat ex *L. cum de indebito, 25. ff. b. t.* ubi dicitur, quòd, qui pecuniam solutam negat fuisse debitam, casu quo adversarius statim ab initio factus est solutam, simul asserens debitam, probare teneatur fuisse indebitam; excipe tamen personas infirmioris iudicii, & imperitos; ut constat ex verbis citatæ legis statim sequentibus. *Si autem major contraxit cum minore, & hic velit à contractu recedere, negando intervenisse solennitates iure requisitas, non tenetur hic probare suam negativam, sed emptor, quòd intervenerint*; idq; ex speciali dispositione juris, *l. 13. §. fin. ff. de Public. in rem action.* ibi: *qui à pupillo emit, probare debet, Tutore authore, lege non prohibente, se emisse*; quæ est exceptio à communi regula *l. 30. ff. de Verb. oblig.* quòd in contractibus præsumantur intervenisse solennitates.

Non procedit 2. cum onus probandi, propter præsumptionem juris tantum pro Actore transfertur in Reum; cujus exemplum habetur *L. cum de indebito, 25. ff. b. t.* ubi Reus, qui in principio negavit, sibi solutam pecuniam, de hoc convictus, probare cogitur, fuisse debitam; 3. si Reus sponte in se suscipiat onus probandi, *L. circa eum, 14. ff. b. t. junct. Glos. V. Juris, & Glos.*

in c. 2. 6. q. 5. V. accusator : si tamen Reus in probatione deficiat, & Actor suam intentionem non probet, adhuc absolvendus est, sicuti si Reus non probet suam exceptionem; Pirhing. *b. t. n. 7.* excipe, nisi in pactum deducta sit *amissio cause*, si non probet. 4. si Judex onus probandi transferat in Reum, v. g. deferendo illi juramentum in judicio. *L. manifesta, 38. ff. de jurejurand.*

1461. Quæres 2. cui incumbat onus probandi, quando creditore agente contra debitorem, hic asserit, se totum debitum solvisse, negante creditore? Resp. quod creditori; quia, cum creditor non teneatur acceptare solutionem partialem (nisi aliter conventum sit) si solutionem accepit, præsumitur accepisse totalem; & ideo id non esse factum, probare debet. Aliud est, si creditor absolute neget, se aliquid accepisse; tunc enim cessat præsumptio; & de hoc loquitur *l. 18. C. de testib.*

1462. Quæres 3. cui incumbat probatio, creditore dicente, pignus periisse casu, & sine sua culpa; debitore autem, amissum esse dolo, vel ejus culpâ? Resp. in dato casu, ubi creditor probavit casum fortuitum, nondum esse probatam immunitatem à dolo vel culpa, aut tali casu etiam pignus periisse; unde si juvetur aliquâ probabili conjecturâ veri, concedi potest illi juramentum suppletorium; sic Haunoldus *Tom. 5. de just. controvers. 4. à n. 33.* qui etiam *n. 38.* censet probabilius esse, quod Actor sit absolvendus ab onere probandi, & hæreditatem medio juramento hæredum Titii (si sint bonæ fidei) esse restituendam, in casu, quo Titius occupavit hæreditatem aliquam, quæ illo defuncto ad ipsius hæredes pervenit; si isti conveniantur super illa hæreditate ab illis, ad quos illa de jure spectabat; & petant, ut, cum ipsis non constet de bonis in hæreditate repertis, hæredes Titii, vel medio inventario, vel medio juramento, Actoribus hæreditatem restituant, quando his non constat de inventario.

1463. Quæres 4. cui incumbat probatio, quando creditor per bona debitoris, in quorum possessionem missus fuit

Tom. II.

pro satisfactione sui debiti, post tempus aliquod negat, sibi adhuc satisfactum, affirmante debitore? Resp. debitorem teneri prius probare, intra illud tempus potuisse satisfieri debito ex fructibus; & hoc præstito, creditorem teneri ad probandam suam negativam, non alias; quia tunc contra eum est præsumptio, tantum fuisse de fructibus perceptum, ut satisfuerit. Nam, cum titulus ea bona in possessione retinendi fundetur unice in jure debiti sibi persolvendi, jus hoc extinctum censei debet, ubi lapsum est tempus, intra quod tantum de fructibus ex eis bonis annue percipi potuisse legitime probat debitor; ergo ubi creditor negat, se tantum percepisse, virtualiter affirmat, intra dictum tempus ex bonis illis non potuisse colligi; at tali casu neganti per *n. 1461.* incumbit probatio; ergo.

Quæres 5. an, quando pupillus, ex 1464. administratione Tutoris *dativi* læsus, agit contra Magistratum, qui eum dedit, & præterdit Fidejussores eo tempore, quo dati sunt, non fuisse idoneos, ipse probare debeat inidoneitatem, vel Magistratus idoneitatem? Resp. ex *L. II. ff. de Probat.* onus probandi dato casu incumbere Magistratui, ubi hoc expresse decisum est, ibi: non est necesse pupillo probare, fidejussores pro Tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse; *nam probatio exigenda est ab iis, quorum officio fuit providere, ut pupillo caveretur.* Et ratio est, quia hic Magistratus de administratione officii, hujus rationem cogitur reddere.

ARTICULUS IV.

An Reus sua propria documenta teneatur exhibere, quando illa petit Actor ad fundandam suam intentionem?

Resp. Regulariter non teneri, spectato jure communi; constat hoc 1465. *l. ex l. 1. C. h. t. ibi: nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad judicis officium pertinet; quod etiam habetur l. ult. C. eod. ibi: an verò ab eo, à quo aliquid petitur, actor desideret rationes exhiberi: quan-*

Aaa 2

do

do hoc casu non oportet originem petitionis ex instrumentis ejus, qui conveniatur, fundari.

Deinde etiam ex jure Ecclesiastico, c. ex epistola, s. h. t. Nam, cum olim inter Imperatorem Justinianum, & Recaredi Visigotorum Regis antecessores pacta intercessissent, de quibus in scrinio, sive Archivio Imperatoris plenior cognitionem haberi posse arbitratur Rex, & voluisset, Gregorium I. Pontificem scribere ad Imperatorem, ut Instrumenta ex Archivio suo produci juberet, ex quibus cognosci posset, ad quæ præstanda Imperator ipsi ratione factorum obligatus esset: respondit Gregorius: *nulli dicendum est, ea, quæ contra se sunt, apud temetipsum debes documenta requirere, in mediumq; proferre*: id est, nemo debet à reo convento exigere, ut apud semetipsum inquirat, & producat instrumenta, quæ contra se sunt; ubi ratio conclusionis insinuat, quia nimis durum videtur, ut arma quis adversario subministret.

1466. Dixi I. *regulariter*; nam data responsio habet aliquas limitationes, seu exceptiones; primò enim à Reo Actori petenti exhibenda sunt, si sint instrumenta, seu documenta *communia*; quod etiam dicendum de Actore, si ea petat Reus; ut habetur in c. G. perpetuus 12. de fid. instrument. quod exponemus infra. Si autem quæras, quæ censeantur *instrumenta communia*? Resp. quædam esse *communia* titulo dominii (ut si duo sint hæredes alterius, à quo omnia bona, & jura ad ipsos devoluta sint, l. 4. cum seq. ff. famil. exerciscundæ) secundò ratione causæ, vel contractûs inter eos celebrati, vel etiam alios, si necessaria sint ad causam præsentem; 3. ratione cautionis plurium; 4. ratione personæ conficientis; qualis est Notarius publicus, &c. Sed de his V. dicenda in seqq.

1467. Secundò, Actori exhibenda sunt instrumenta, si sint propria Actoris; tunc enim petit rem suam; tertio, si Actor habeat fundatam intentionem suam (ut si fundus ipsi venditus sit, & nesciat, quomodo,) tenetur ei Reus exhibere instrumenta illius contractûs;

quartò, si etiam Reus illis utatur, ea producendo in judicio, l. 1. §. Edendo, de Edend. quinto, si Reus conveniatur à Fisco, l. 2. ff. de Jure Fisci, intellige in causa civili, non criminali: sexto, si conveniatur ab Ecclesia, vel loco pio. Nam hæc, saltem in causa favorabili, gaudet eodem privilegio, quo Fiscus; id, quod extenditur ad omnes causas favorabiles, matrimonii, dotis, libertatis, alimentorum, legatorum piorum, pupillorum, & miserabilium personarum; Layman in c. 1. h. t. Demum etiam, si Reus conventus sit Usurarius, Clem. unic. §. cæterum, de Usuris.

Dixi 2. Reum non teneri *regulariter* instrumenta propria exhibere Actori propter factas paulò ante exceptiones (quæ tamen in rigore non sunt exceptiones, quia loquuntur de instrumentis communibus; & responsio agit de instrumentis propriis Rei) secus autem est de Actore; nam alia est ratio de Actore; hic enim tenetur Reo edere omnia documenta, tam communia, quàm Actoris propria, & multò magis propria Rei, quæ ad intentionem Rei fundandam conducere possunt. Nam Rei favorabiliores sunt, quàm Actores; & Actor cum sponte provocet, instructus ad causam venire debet, l. qui accusare, 4. C. eod. cum tamen ipsemet Reus non ita instructus esse possit: & nimis grave hoc foret, si provocatus probationes, & arma, quibus impugnetur, præbere deberet; quod tamen ægrè ferre non debet Actor seu petitor, si omnia acta, & instrumenta, ex quibus veritas intelligi queat, edere jubeatur; hanc rationem affert Bartolus, & Commentator ejus in cit. l. ult. *Nec est novum*, ut dicitur l. 5. C. de Probat. eum, à quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, ut fides veri cognosci possit; & rationem à nobis insinuatam de discrimine inter eum, qui aliquid petit; ac illum, à quo aliquid petitur, approbat ipsum jus, l. 6. C. eod. quamvis hoc ipsum multis modis limitent Doctores, ut non procedat, 1. si Reus altunde possit fundare intentionem suam; 2. si petitio Rei tenderet ad detegendum crimen Actoris; si contineret impu-

impugnationem; sic enim haberet vim actionis, &c.

1469. His adde i. etiam rationes confectas ab Officiali in Officio publico edendas esse Actori per l. 10. ff. h. t. ibi. *Argentarius rationes edere jubetur, nec interest, cum ipso argentario controversia sit, an cum alio.* Secundo Legatariis ab hæredibus edendum testamentum, ut inde legatum probare possint, per l. 1. ff. de tabul. exhibend. ibi: *quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hæc penes te sunt, aut dolo malo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas.* Not. autem, eum, qui ab adversario editionem instrumentorum petit in casu, quo jure potest, debere prius præstare juramentum calumniæ, l. 9. §. 3. ff. & l. 6. §. 2. ff. h. t. ac requiri, ut saltem summarie prius cognitum sit, ejus interesse, qui instrumentum exhiberi cupit; Gail. l. 1. observ. 106. n. 2.

1470. Præter dicta quæres i. an Actor possit cogi, ut, postquam intentionem suam plenè probavit, id ipsum proprio juramento confirmet? Resp. quando Actor suam intentionem fundavit, seu rem bene probavit, non teneri jurare, & consuetudinem contrariam non valere; quia juramentum in defectu probationis præstatur, c. sicut, 2. de probat. id, quod etiam diximus supra. Et propterea Actor licitè recusat juramentum judiciale sibi delatum, quando suam intentionem plenè probavit; quia jusjurandum adhibetur litis non decisæ, sed decidendæ causâ; l. 1. ff. de jurejur. sed factâ plenâ probatione lis pro decisa habetur, ac Reus est condemnandus, l. Negantes, 9. C. de obligat. & actionibus.

1471. Quæres. 2. an valeat pactum non utendi certo genere probationis, vel probandi solum per instrumenta? Resp. negativè; quia est contra bonos mores, & dolo non caret, prout colligitur ex c. sicut, 2. de Probat. sic Fagnanus ibid. n. 15. An autem si confirmetur juramento? resolvi potest ex dict. in lib. 3. decret. titulo, de pactis; ubi resolvimus negativè; quia juramentum non habet vim obligandi in

vi pacti, seu justitiæ; sed solum in vim Religionis.

ARTICULUS V.

De Termino probatorio, & repro-
batorio.

1472. Terminus apud utriusq; juris interpretes multiplex est; acceptus in genere, prout colligitur ex Clement. 2. §. verum, de appellat. dividi potest in terminum hominis, & terminum juris. Terminus hominis est illæ, quem Judex litigantibus, vel contractum ineuntes sibimet ipsis præscribunt. Terminus juris est, qui à lege assignatur; unde in cit. Clem. alius est terminus juris ad prosequendam appellationem, alius, ad finiendam. Deinde terminus juris æquiparatur termino hominis: sicut enim non petens Apostolos in termino hominis, censetur appellationem deferere; ita non petens in termino juris.

1473. Not. præterea, dari etiam terminum in contractibus, & juxta Sanchez l. 1. matr. D. 53. n. 1. & 2. præfigi dupliciter i. ad obligationem finiendam: & tunc eo elapso cessat ex parte ejus, per quem non stetit, l. fidejussor, 29. §. fin. ff. mandati: 2. ad sollicitandum obligationis effectum: & tunc lapsus termini non extinguit obligationem, sed constituit debitorem in mora. Uterq; si de contrahentium animo non constet, ex duplici regula intelligitur. Prior fit: si terminus ab uno contrahentium tantum destinatur, ut alter intra illum impleat, censetur destinatus ad sollicitandum, proindeq; eo elabente, adhuc perseverat obligatio. Posterior fit: quando terminus ab utroq; contrahente imponitur respectu alicujus per utrumq; implendi, si adjiciatur, antequam contractus sit perfectè initus, eo transacto obligatio non durat. Si adjiciatur contractui jam perfecto, & consummato, est ad sollicitandum: nam primus terminus est intrinsecus, & pars obligationis secundus, extrinsecus.

Ex hoc collig. cum pro exhibendis probationibus, seu articulis probatoriis Judex debeat, si res exigat, affi-

gnare competentem terminum, attentâ circumstantiâ qualitatis causæ, personarum, loci, temporis; per terminum probatorium non intelligi aliud, quam certum tempus, intra quod ea, quæ præscripta sunt pro faciendis probationibus, debeant exhiberi; & hic terminus vocari solet, *dilatatio probatoria*; quibus positis,

1474. Quæstio est 1. an dilatatio probatoria sit peremptoria? ante responsionem not. quòd dilatatio, seu terminus *peremptorius*, in jure frequentissimus, juxta Hurtad. *de Incar. D. 22. Sect. 6. §. 38.* fit ille, ultra quem non prorogatur negotium: juxta Alex. Scot. *V. peremptorium*, est ille, ultra quem non dantur ulteriores dilationes. Unde à Sanchez *l. 10. matr. D. 6. n. 12.* ideo vocatur *peremptorius*, quia dilationes perimit. Est autem peremptio, in totum extenuatio, *L. qui hominem ff. de adimendis legat.* Nam sicut exceptio peremptoria dicitur, quæ actionem perimit; & citatio peremptoria vocatur à perimendis aliis citationibus, quæ debeant fieri, antequam aliquis, tanquam contumax, damnaretur; sic terminus peremptorius appellatur à dilationibus perimendis; quo posito: Resp. affirmativè per se loquendo; licet ex causa possit nova dari, *l. 7. ff. de Feriis*; non tamen ultra 4. ut ostendit praxis, & consuetudo. Cæterùm prædicta dilatatio, antequam terminus penitus elaboratur, prorogari potest ex justa causa ante lapsum terminum quartæ dilationis; quia tunc non suppetit remedium ordinarium novæ dilationis; secus, si concedi adhuc possit nova dilatatio, qualiter fieri posse id constat ex prioribus; quia tunc non debet concedi medium extraordinarium, qualis est prorogatio. Petens autem, eo casu juramento probare debet justum impedimentum non præstitæ probationis. *V. Gail. l. 1. observ. 91. n. 4.*

1475. Quæstio est 2. quid dicendum, si per eum non stetit, cui dilatatio data est, non exhibitam esse probationem in præfixo termino? Resp. tunc non dari secundam dilationem, sed primam reintegrari per Authent. *sed & lis, C. de temporib. appellation. cum Authent. seq.*

in prima enim dicitur, 'quòd lis tali casu *absque damno moræ maneat intacta*; & in secunda, in ejusmodi casu *nullum præjudicium partibus, aut uni earum faciendum.*

1476. Quæstio est 3. an in judicio summario probatoria dilatio data debeat esse peremptoria? Resp. quòd sic; quia ejusmodi judicium summarium datur ad breviandas lites. Colligitur ab exemplo, quòd licet novi operis nuntiatio sit summarie tractanda, tamen dilatatio probatoria sit peremptoria, per *L. unic. C. de novi operis nuntiatione.* Unde, quando dicitur, in judiciis summaris procedi de plano, secundum dicta sup. intelligitur, *ne fiant dilationes prolixiores*; non tamen, ut nulla, ac quidem ea, quæ servit liti citius expediendæ. Cæterùm dilatatio secunda, quam Judex sine rationabili causa concessit, non valet; quia *lex fin. ff. de Feriis*, expressè dicit, eam non posse, nisi semel concedi, & exceptio solum loquitur de casu justæ causæ. Si autem Judex primam dilationem nimium coarctavit, potest eam prorogare, durante adhuc primo termino; secus, eo elapso dare novam dilationem; quia durante primo termino necdum jus est quæsitum Adversario; secus, eo jam elapso.

1477. Quæres 4. an tempus probationis sit continuum, vel utile? Ante resolut. notandum, in jure communi (ut ex Sylvestro *V. tempus*, tradit Azor *Tom. 1. l. 5. c. 28.*) haberi duplex *tempus*, scilicet *continuum*, quòd nempe absq; ullo intervallo dierum accipitur, ita, ut numerentur dies festi, & profesti, sive præsens sit, sive absens, Reus vel Actor, sive sit, sive non sit Judicis copia; *L. ult. C. de prescript. long. temp. & non continuum*; & hoc *utile* vocant jurisconsulti: quia in hoc dies festi non supputantur: item quia non habetur ratio dierum, in quibus legitimum subsit impedimentum, vel justa excusatio absentiae, morbi aut alterius causæ, *c. ne pro defectu, de elect.* quibus positis: Resp. in dato casu etiam ferias computari, adeoque esse continuum; per *l. 3. C. de dilationibus*, ibi: *Feriae autem sive repentinae, sive*

five solennes sint, dilationum temporibus non excipiantur.

1478. Quæstio est 5. quot modis detur terminus probatoriæ dilationis? Resp. duobus i. simpliciter ad probandum. 2. ad probatum habendum. Dato termino *simpliciter ad probandum*, sufficit, testes intra illum terminum deposuisse juramentum, esto primum post eum examinati fuerint; sic Scaccia l. 2. c. 3. q. 3. n. 182. quia fides, & autoritas testimonii procedit à juramento tanquam à causa; & pars adversa non vocatur ad examen testium, sed solum ut videat eos jurantes: dato autem termino ad *probatum habendum* requiritur, quod non tantum testes producantur intra illum terminum, & hi juraverint; sed etiam, quod examinati fuerint, quia lapsus hujus termini habet vim conclusionis in causa.

1479. Quæstio est 6. an detur restitutio contra lapsum termini dilationis probatoriæ? Resp. dari *minoribus*, per L. 36. ff. de minoribus: non autem Clienti, cujus Advocatus per negligentiam elabi permittit illum terminum, nisi hic non esset solvendo, sed tunc daretur restitutio solum ad eos dies, qui per ejus negligentiam lapsi essent, L. 7. §. penult. ff. de dolo malo. Dixi: *nisi hic non esset solvendo*; si enim secus, contra Advocatum, qui per negligentiam prætermittit intra præscriptum terminum, probationes debitas afferre, haberet regressum in eo, quo ejus culpâ damnificatus est. Si quis autem in productione alicujus testis impeditus, impetravit secundum terminum, poterit juxta probabiliorem articulos mutare, augere, & plures etiam alios testes producere; nam in secundo termino idem potest, quod in primo; at in primo id potuisset; igitur etiam potest in secundo.

1480. Quæres 7. an, postquam publicatæ sunt attestations, impediatur ulterior probationum & testium productio, & deductio? Resp. cum distinctione; nam vel attestations earum descriptio producenti nondum fuit exhibita, & communicata, vel jam fuit exhibita, & communicata? si primum? Res. non impediri; secus, si secundum, ex-

ceptis tamen certis casibus, mox subjungendis; hujus ratio sumitur ex Novella 90. c. 4. ubi redditur ratio, quare post testium publicationem, & exhibitionem, deducenti factam, non admittatur ulterior probationum, & testium productio, atq; deductio? quia timetur, ne testes, qui postea producerentur, essent subornati ad deponendum aliquid, per quod everteretur priorum attestations veritas, vel variatio induceretur: hæc autem ratio cessat, ubi necdum innotuit depositio producenti.

De hoc etiam agitur in c. 25. de testibus: ubi dicitur, publicatis attestationsibus, vel factâ utrinque renuntiatione testium, nullam amplius productionem testium super iisdem articulis in eadem instantia admitti, ut colligitur ex illis verbis: *Depositiones publicatæ eorum, vel renuntiatum fuit testibus; & c. Fraternitatis, 17. eod.* ubi habetur, ritè publicatis attestationsibus, seu testimonio dictis, neque in prima instantia, neque in secunda, seu judicio appellationis, testes recipi super articulis iisdem, aut directè contrariis; id, quod etiam dicitur Clem. 2. eod.

Pro hujus c. expositione not. 1. articulum hic sumi pro positione, quæ, ut notat Pereyra in Elucidario n. 1917. est alicujus rei particularis ad causam pertinens assertio; seu brevis verborum formula, mentem proponentis continens, ad veritatem eliciendam concepta. Articulorum & positionum usus est, ut his breviter, & distinctè prolatis ab Authore sub jurejurando, respondeat eodem quoque modo Reus ad singula. Quod, si non facit Reus, articuli in contumaciam pro confessis accipiuntur, per Text. in c. 2. de Confessis, in 6. & ibid. gl. fin. Gail. 3. obs. 80. n. 1. Confitetur enim is, qui contumax est, *interpretativè*; ut tradit gl. in c. nullus, V. confitetur de presumpt. Solum ea continere debent, quæ ad institutam actionem necessariò requiruntur, & quibus probatis constet, intentionem Actoris jure locum habere, ac Reum conventum esse damnandum.

Not. 2. ex Articulis quosdam esse calu-

calumniosos, cum sub diverso loquendi schemate habent aliquid, ad quod si in speciem respondeas, aut negaturus sis, quod prius confessus es: aut contra confessurus, quod paulo ante negasti, non sine discrimine periurii: quosdam *impertinentes*, qui nihil ad rem faciunt, probati non relevant, *gl. c. fin. de Confess. in. 6.* alios *captiosos*, quos si neges, sive confitearis, tuum detegent perjurium, atque ita te decipiunt, & captant, *L. in duobus, 38. §. fin. & L. jurasse, §. si Pater, ff. de iurejur.* alios esse *multiplices*, alios esse *juris*, alios *impossibiles*, alios *super crimine*; quibus omnibus respondere reum cogendum non esse, *glos. in cit. c. fin.* scribit per illum text. & alios.

1484. Not. 3. articulum alium esse *novum*, qui nec propositus fuit, nec ad intentionem partis ullo modo pertinet; talis articulus in omni causa rejicitur; quia probatus, in iudicium adductam causam non adjuvaret; *c. cum contingat, 26. de offic. deleg.* ut si Actor petat centum titulo mutui Cajo facti; & postea titulo promissionis factæ à Cajo: alium *antiquum*, qui antea propositus fuit, ut probaretur; super hoc, si testes recepti, & publicati sunt, iterum super eodem non recipiuntur: alium *non omnino novum*, sed per se conjunctum, & dependentem ab antiquo, nimirum jam proposito, & probato quoad intentionem agentis: alium *directè contrarium*, quod fit, si quis offerat se probaturum, quod directè contrarium est, seu adversans depositioni testium ex parte altera productorum; alium *indirectè*, seu per accidens *contrarium*, ut, si actor posuit absolute, *mutuum esse datum Cajo*, testes autem postea producti deponant de certo tempore, aut loco, hoc casu publicatis attestationibus Cajo reprobare potest dicta testium, & consequenter seu indirectè articulum probatorium Titii infringere, ostendendo per testes à se in contrarium adductos, *sed tunc in loco illo non fuisse.*

1485. Exemplum articuli *novi* dedimus *num. preced.* exemplum articuli *non omnino novi*, sed dependentis est, si Parocho petenti decimas à quibusdam personis, eæ objecerunt privilegium

exemptionis, & idè pro ipsis sententia lata est, sed Parochus appellans proponit, quod per annos 40. privilegio usæ non fuerint, adeoque ipse contra privilegium præscripserit, *c. accedentibus, 15. de privileg.* hoc casu recipitur novus iste articulus per se spectans ad causam in iudicium antè deductam: exemplum articuli *directè contrarii*, est, si Actor per testes probarit, se mutuum dedisse *certo loco, ac tempore*, Reus autem post publicatas attestationes, aut coram Iudice appellationis probare velit, se eo tempore non fuisse *in loco illo*: de indirectè autem contrario jam diximus *num. præcedente.*

Ex his not. 4. publicatis ritè testificationibus neque in prima instantia, neque in secunda testes recipi super articulis iisdem, aut directè contrariis, ut colligitur ex *c. Fraternalitatis, 17. de testib. & attestat. junctâ Clement. 2. eod.* quod intellige, de *antiquis*; & *novis impertinentibus*; non autem *omnino novis*, & *dependentibus*, & solum *indirectè contrariis*; hi enim recipi debent, ut dictum est, & docet Layman in *cit. c. 17. n. 7.* Dixi tamen exceptis quibusdam casibus; nam etiam publicatis, & exhibitis attestationibus conceditur ulterior probationum, & testium productio, & deductio 1. si per evidentiam facti & ocularem inspectionem contrarium constat; tunc enim æquitas naturalis suadet adhuc admitti ocularem inspectionem, & alias testificationes; 2. si Iudex ex officio judicaret æquum esse, ut adhuc testes reciperentur, *c. 10. de fide instrum.* ibi: *non obstante, quod ipsa interrogatio facta fuerit, postquam à partibus existit in causa conclusum, cum Iudex (qui usque ad prolationem sententia debet universa rimari) possit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit*; 3. quando, propter reprobationem adversarii, priorum testium depositio, novis testibus probanda foret; sic Haunoldus *tom. 5. de Just. tr. 4. n. 62.* Quartò, quando publicati sunt testes prius auditi ad perpetuam rei memoriam; 5. si testes auditi in iudicio summano, producuntur in pleno; *c. 38. de testib.* 6. si depositiones testium sint deperditæ, *c. 15. de*

de probat. 7. in causa Ecclesiæ; nam in ea non præsumitur, vel timetur fraus, aut subornatio: 8. si testes in causa principali non fuissent legitimo modo recepti, v. g. examinati omiffis quibusdam articulis, vel non præstito juramento c. 48. de testib.

1487. Præter dicta numerantur sequentes exceptiones. 1. si contra testes, etiam post latam sententiam, objici possit esse corruptos, c. Licet 9. de probat. 2. quòd exceptio peremptoria post attestatationem publicationem opponi queat, c. litem, 5. de dolo. 3. si partes probationibus, ac defensionibus renuntiare non possunt, tunc etiam publicatis testificationibus novi testes, aliæque probationes super iisdem articulis recipiuntur, ut in causa matrimoniali, quæ, ne latâ quidem sententiâ, transire censeatur in rem judicatam propter animæ periculum, si vel separarentur, qui legitime copulati sunt; vel copularentur, qui legitime copulari nequeunt; 4. in causis criminalibus respectu Rei, cum quoad illum, ut ad innocentiam suam ostendendam admittatur, nunquam in causa conclusum censeatur juxta *L. unius. 18. §. cogniturum ff. de quest. ubi dicitur, quòd defensionem, quocumque tempore postulante Reo, negari non oporteat. V. Gail. l. j. observ. 107. n. 11. 5. si Judex ex officio velit post publicatas attestatationes & conclusionem in causa, antequam sententia lata sit, interrogationes, ac positiones formare, & testes recipere, quatenus necessarium videtur ad plenioram, & perfectam causæ cognitionem, juxta c. cum Joannes, 10. ubi Felinus n. 11. de fide instrum. Gail. l. j. observ. 107. n. 6. sextò ad instantiam partis utriusque testes de novo recipi nihil prohibet; cum partes suo favori renuntiare possint; arg. *L. si quis, 29. C. de pactis*, & docet Gail. cit. observ. 105. n. 14.*

1488. Præter hæc not. 1. pro quæstione, quantus esse debeat terminus exhibendis probationibus, à Judice præscribendus? Resp. in jure communi exemplum aliquod proponi *L. j. C. de dilat. ibi: quoniam plerumque evenit, ut Judex, Instrumentorum, vel personarum gratiâ, dilationem dare, rerum necessitate cogatur: spatium instructionis exhi-*

Tom. II.

bende postulatam dari convenit, quod hac ratione arbitramur esse moderandum, ut si ex ea provincia, ubi lis agitur, vel personæ, vel instrumenta poscantur, non amplius, quàm tres menses indulgentur: si verò ex continentibus provinciis, sex menses custodiri justitiæ est. In transmarina autem dilatione novem menses computari oportebit. Cæterum in hoc servanda est legitima locorum, & tribunalium consuetudo, id, quod etiam procedit in quæstione, quoties ex justa causa iterari possit dilatio.

1489.

Not. 2. Elapso termino, non licere purgare moram, etiam contra breve tempus, producendo testes, ac articulos, licet parti nihil nocitum sit; probatur enim *argum. L. 41. §. 12. ff. de fidei commiss. libert. ibi. intra certa tempora conditioni reddendam rationem non paruerunt, postea parati erant; quæsitum est, an perveniant ad libertatem?* respondit, si per ipsos stetisset, quominus intra tempora præscripta conditioni parerent, non idcirco liberos fore, quod postea rationes velint reddere.

1490.

Not. 3. In casu, quo probationes Actoris, & Rei, pares sunt, pro Reo debere Judicem pronuntiare, saltem, ut ab instantia absolvatur, prout absolvitur, quando Actor deficit in probatione: sic Zoësius in *l. 22. ff. tit. 3. de probat. n. 5.* quod verum est, etiam si Reus nihil allegaverit, per *L. qui accusare, C. de edendo; promptiora enim sunt jura ad absolvendum, quàm ad condemnandum*, ut dicitur c. 3. de probat. quod tamen limita, ut non procedat, si Actor causam favorabilem habeat, v. g. *libertatis, matrimonii, Ecclesiæ. &c.* probatur ex eod. c. §. quod si, ibi: *quod si amborum partium testes sunt æquè idonei, possessoris testes præferentur; cum promptiora sint jura ad solvendum, quàm ad condemnandum, præterquam in liberali causa, in qua utriusque partis testes æquales fuerint, pro libertate sententia proferetur; nam possessori probationem aliquando dari juris manifesti est, cum jure cautum sit, quòd qui objecerit præscriptionem longissimi temporis (quam nemo rectè objicit, nisi qui possidet) & eam probaverit, in causa debeat obtinere.*

Bbb

In

In hoc tamen casu potest Actor ex novis probationibus causam redintegrare, si tantum ab instantia Reus sit absolutus; non etiam si definitivè ab ipsa causa, *L. Argentarius, de edendo*. causam enim sopitam resuscitari non fert quies publica. Quod si Reus, fretus jure suo, velit, non audito Actore, suam exceptionem probare, non est prohibendus, quod cuilibet sit liberum juri suo renuntiare, *L. penult. C. de pact.*

1491. Si quæras, an Reus tum in probatione deficiens, Actore nihil probante, sit condemnandus quasi confessus? Resp. negandum id omnino; quia per hoc non potest dici fundata intentio Actoris, cujus probatio desideratur; *L. non utique, de except. Costal. in L. circa, 14. b. t.* allegans tamen solutionem à se factam; si eam non probet, non potest non videri firmasse intentionem Actoris, videtur enim se agnovisse debitorem, *Cujac. in Recit. C. eod.*

1492. Not. 4. Quod probatio dubia, & ambigua, non relevet probantem; quia præsumptio stat pro Reo; sic *gloss. marg. c. in presentia, 8. b. t.* & Joannes Andreas, aliique; hinc, si contra beneficiatum agatur, probatio plena requiritur, ut tradit Abbas, & Felinus n. 4. in *c. veniens, 10. de Testib. & attest.* Effectus autem probationis, si plena, certa, liquida, & non impertinens sit, est, quod faciat secundum se ferri sententiam, *L. si scriptum 11. cum seq. C. b. t.* ut purgatio non sit admittenda, *c. ad nostram 12. b. t.* quando plena sit censenda, & quantum fidei testibus sit habendum? arbitrio Judicis relinquendum est; quia facti hæc res est, ex circumstantiis judicanda.

1493. Not. 5. Id, quod incidenter tantum in aliquo instrumento publico narratur (v. g. Titium, & Cajum esse fratres) non facere probationem plenam; facere tamen præsumptionem, *arg. L. ea vis, C. de testam. militis; sic Felinus in c. Series, 26. de testib. & attestat. n. 3. & 4.* ubi monet, ejusmodi instrumentis multum autoritatis addi ex antiquitate. Et ideo etiam Pontifex, ut dicitur *cit. c. Series*, statuit, in dubio de impedimento consanguinitatis para-

digma derivatæ consanguinitatis, secundum formam canonum, exhibendum, ac inspiciendum esse.

Not. 6. Licet Actor causam suæ petitionis exprimere debeat per *L. 1. ff. de edendo, & c. 2. de libelli oblatione*; ad hoc tamen regulariter non teneri Reum, loquendo de causa exceptionis contra petitionem oppositæ; nam actio tendit ad alterius obligationem; exceptio verò ad liberationem: liberationis autem major favor esse solet, juxta *L. tale, 40. ff. de pactis, L. cum de indebito, 25. in fine ff. de probat. c. si cautio, 14. de fide instrumentorum*; ex quibus juribus habetur, quod confessio debiti, sine expressione causæ, rejiciat onus probandi in creditorem: sed confessio solutionis, aut remissionis sine expressione causæ, absolutè liberet debitorem; excipe tamen, nisi præsumptio sit contra Reum excipientem; tum enim Judex illum ex officio potest cogere ad expressionem causæ; quia id scire, utile est ad causæ expeditionem: quamvis absolutè non necessarium; cum satisfaciat Reus, si testes exhibeat, qui dicant, se tali actui (v. g. renuntiationi sponte factæ) interfuisse, ut colligitur ex *c. super hoc, 5. de Renuntiat.*

Not. 7. Interdum dubitari, an pars possit uti alio genere probationis, v. g. per instrumenta, si pactum iniit de non utendo certo genere, v. g. per testes? &c. ut si conjuges se obligent invicem, non utendo alio genere probandi donationes mutuas, quam confecto desuper inventario? Fagnanus in *c. sicut, de probat. n. 15.* judicat, invalidum ejusmodi pactum, tanquam initum contra bonos mores, eo quod præbeat facilem occasionem fraudibus; ac excludat legitimas probationes alias; cæterum, cum licitè fieri possit, quod quis non utatur omnibus probationibus, quibus uti posset licitè; dici potest, etsi tale pactum sit illicitum; quia tamen ejus executio fieri potest sine salutis dispendio, si tali pacto adjiceretur juramentum, de non utendo alio genere probationis, obligaret, non quidem in vi pacti, & justitiæ, sed in vi jura-

juramenti, & religionis. Plura enim pacta sunt illicita, quorum tamen executio licita est; nam pactum cum meretrice dandi 10. aureos, si admiserit usum sui corporis, illicitum est; & tamen transacto usu corporis licite solvitur promissum; ergo juramentum, non obstante pacto illicito, cujus executio licita est, obligat ad executionem.

1496. Not. 8. in causis civilibus requiri probationes claras, & liquidas, hoc est, clarè, ac indubitanter præstantes, quæ jura exigunt ad plenam probationem, juxta dicta; probatio enim, licet non sit manifestissima, & concludat, ut ajunt, *per necesse*, ex apertissima evidentiâ, prout exigitur in crimine capitali ad vindictam publicam; non tamen sufficit, quòd concludat *per merè possibile*, seu *verba posse habere talem sensum*, quem probans intendit; sed requiritur, quòd concludat *per necesse*, sic, ut ostendatur, *verba in dictis circumstantiis debere habere sensum istum*, & quidem solum, qui intenditur; & non alium, non pertinentem. Hinc non probaret plenè nullitatem testamenti, qui ostenderet confectum esse à *minore*. Nam si confectum sit à minore annis quatuordecim, ubi non competit ei activa factio testamenti; probatio teneret; quia tamen non tantum is, qui nondum habet annos 14; sed etiam is, qui non habet 25, *minor* dicitur, & in hac ætate competit activa factio testamenti: probans *minorem* præcisè, non rectè probaret nullitatem; cum *minor* dicatur, & qui est inferioris ætatis, annis 14; & qui annis 25.

1497. De hoc casu extat *c. in presentia*, 8. *h. t.* quem ibidem sic refert Layman: inter duos Fratres ex una parte, & quoddam Monasterium ex altera parte, coram Ecclesiæ Romanæ Cardinale vertebatur quæstio super bonis, & juribus hæreditatis. Duo illi fratres proposuerunt, quòd frater ipsorum germanus quondam testamentum fecerit, in quo Marcum filium suum hæredem instituit, præcipiens, ut, si sine liberis decesserit, *bona ad fratres suos devolverentur*; quamobrem per actionem hæreditatis petebant, bona omnia

fibi restitui, quæ Monasterium possidebat, atq; insuper imposterum cohiberi à molestationibus: sed Syndicus Monasterii ex adverso opposuit, Marcum se, & omnia sua, Monasterio obtulisse, ideoq; omnia ejus bona ad Monasterium devoluta esse, consequenter petere Monasterium bona, quæ fratres invaserant, sibi restitui, & super cæteris silentium illis imponi. Contra hæc replicabant fratres germani, quòd Marcus, dum se, & sua Monasterio offerret, *minor annis fuerit*; & quòd votum suum, quod ex ætatis infirmitate conceperat, postea maturior factus, revocârit; firmum itaq; manere; quandoquidem Marcus sine liberis decessit, quòd hæreditas ex Patris ejus testamento ad ipsos pertinere debeat.

Ad hæc respondit Syndicus Monasterii: quòd licet dictus Marcus ex Monasterio egressus fuerit, postea tamen iterum se, & sua, humiliter, ac devotè obtulerit; oblationem suam juramento confirmans: quamobrem, licet detur, primæ oblationis tempore, *fuisse minorem natu*; tamen probatum non esse, quòd tempore posterioris oblationis *minor natu* fuerit; præterea verbum istud *minor natu*, seu minor annis, ambiguum sensum habeat; cum & de *minore annis quatuordecim*, seu impubere intelligi possit; & de *minore annis viginti quinque*. Consequenter talis ambigua exceptio Monasterio obesse non debeat; cum dicta donatio valeat, si facta, & juramento firmata sit intra annos pubertatis, ante completos annos viginti quinque. Accedit & id, quòd Marcus censei non possit *sine herede decessisse*, quando Monasterium hæredem suum reliquit: propter hæc, allegata considerans Cardinalis, quòd Syndicus monasterii intentionem suam plenè probârit; at verò ex parte adversa nihil sufficienter probatum sit, ex mandato Papæ sententiam protulit, *fratribus germanis silentium imponendo* super petitione, eosque ad restitutionem condemnando eorum, quæ ex bonis Monasterii occupârunt.

Ex ista decisione sequitur clarè, 1498. quòd dubia, & ambigua probatio non relevet probantem; nam præsumptio

semper est pro Reo convento, donec aliquid contra ipsum ostensum sit; dum autem verbum aliquod, aut sententia *dubia* profertur, nihil ostensum est, cum nesciatur, in quo sensu intelligi debeat. Non autem semper exigi in civilibus causis probationes manifestissimas, patebit in titulis seqq.

ARTICULUS VI.

De probatione facienda in judiciis communibus.

1499. **J**udicia *communia*, seu *duplicia* dicuntur, in quibus quilibet litigantium est Actor, & Reus; consequenter, quilibet subit onus faciendæ probationis, prout contingit in judiciis familiæ heriscundæ, communi dividundo, & finium regundorum. Quæ porro in his judiciis probatio adhibenda sit? diximus à n. 1457. ubi etiam exposuimus, quis obtineat in iudicio *finium regundorum*, ubi scilicet agitur, ut agris, quando litigantes confines agros habent, termini ponantur, ut dicitur §. *quædam actiones*, Institut. de actionibus; &c.

1500. Potissima quæstio est in iudicio, quo agitur de retinenda possessione, utroque litigantium contendente, se in solidum possidere rem eandem, ac petente, sibi possessionem adjudicari, alteri simul imponendo, ut desistat ab ea occupanda, & injuste molestando. De hoc agitur in c. *Licet causam*, q. de probat. ubi dicitur, quod si Actor, & Reus agant in iudicio possessionis retinendæ, is obtineat, qui antiquiorem possessionem, maximè titulo justificatam probat, vel meliores probationes respectu possessionis adducit. Ex quo c. deducitur. i. quod probatâ antiquiori possessione, illa, quæ est junior, clandestina, & turbativa præsumatur, ut colligitur ex cit. c. *Licet*, ibi: *illa procul dubio sine justo titulo*; sic Farinacius p. 1. in recentior. decis. 476. n. 4. Deinde, per exactionem gabellarum probari quasi possessionem jurisdictionis, ut notatur ibidem illis verbis: *aliqua servitia*; sic Menochius 15. remed. recuper. n. 327. Deducitur 3. duobus modis posse agi interdicto *retinendæ pos-*

sessionis; nimirum, vel ut Actor in solidum contendat, & petat, sibi omnem possessionem adjudicari, & adversario præcipi, ut desistat à præsentè molestatione, & in futurum non molester; insuper petendo compensationem damnorum, seu quanti interest, molestationem factam non esse: vel, si unus contendat, sibi competere possessionem aliquam, v. g. ut Domino proprietatis, alter, tanquam usufructuario; & in primo aliter, aliter in secundo esse pronuntiandum. Si enim uterque contendat totam possessionem esse suam, pronuntiare non debet dicendo, *uti possidetis, ita possideatis deinceps* (quia duo non possunt eandem rem in solidum possidere) sed vel habenti antiquiorem possessionem, ut dictum est, vel meliores probationes, debet rem adjudicare; ita c. *licet causam*.

ARTICULUS VII.

Quam vim probandi habeat narratio facti?

Qualiter probetur per *acta iudicii*, rem ita factam esse, prout in illis scriptum reperitur, diximus n. 160; quæstio hic est, quam vim probandi habeant ea, quæ narrantur in literis Pontificis? de hoc casu agitur in Clement. unic. de probat. ubi sic disponitur: *literis Apostolicis*, quibus nos dignitates quaslibet, seu beneficia collationi nostræ, vel sedi Apostolicæ reservasse, aut resignationem beneficii alicujus recepisse, vel recipiendi potestatem alii commisisse, vel aliquem excommunicasse, seu suspendisse, seu aliquem Capellanum nostrum, vel familiarem fuisse, vel alia similia (*super quibus gratia, vel intentio nostra fundatur*) fecisse narramus, censemus *super sic narratis fidem plenariam adhibendam*. Volentes ad præterita, & *pendentia (etiam per appellationem) negotia, hoc extendi*.

Circa hanc dispositionem not. i. eam procedere, quando Pontifex narrat *factum proprium* in literis, super quibus fundatur gratia Papæ, factum proprium narrantis, ut patet ex cit. textu; & ejusmodi verba narrativa, plenam facere

cere probationem, ibi: censemus super sic narrantis fidem plenariam adhibendam: non sic dicendum existimant aliqui, quando Pontifex in ejusmodi literis agit de facto alieno; nam Tiracquell. de retract. §. 1. gloss. 14. apud Barbosa. in dict. Clementin. n. 4. dicit: quod enuntiativa verba summi Pontificis, seu alterius Principis super facto alieno, quamvis super eo innitatur intentio rescribentis, regulariter non probent; quod alii limitant, ut non probent de alieno facto, nisi presumptivè, donec probetur contrarium; sic Mascardus de probat. conclus. 1227. à n. 64. quod verum puto, nisi gratiam fundet in narratis alieni facti, falsâ suggestionem propositi; tali enim casu, & si in literis Papæ per verba narrativa facti proprii, ipsius factum rectè probetur; non tamen probatur veritas eorum, quæ ipsi ab aliis suggesta sunt. Et ideò, producens rescriptum Papæ, super aliquâ dispensatione, rectè quidem probat concessionem; sed solum ex suppositione, quòd vera sint, quæ ad indultum concedendum, tanquam causæ motivæ in literis narrantur; quin eorum veritas dicto rescripto probetur.

1503. Not. 2. ex illis dictæ Clementinæ verbis (literis nostris) deduci, procedere quidem conclusionem ex eadem desumptam in literis summi Pontificis, ut notat Mascardus cit. n. 24. & alii; in aliis tamen, ut notat n. 26. hanc prærogativam inferiorum literis non habere locum. Cæterum, quæ diximus de narratis à Papa quoad factum proprium, censet Parisius de resignat. benefic. l. 8. q. 1. à n. 1. procedere non solum, si attestetur fuisse in suis manibus factam resignationem, & ab eo receptam; sed etiam si attestetur in manibus prædecessoris, & per ipsum acceptatam; non autem si Papa asserit, renuntiationem factam fuisse in manibus Commissarii, aut Ordinarium, vel alterius; quia tunc ejus assertioni non statur; & quamvis Pontifex asserat, renuntiationem talis beneficii esse factam coram se in ejus manibus per Procuratorem, quia tunc, licet probet hujusmodi assertio renun-

ciationem; non tamen probat illum fuisse verum procuratorem, & habuisse legitimum mandatum.

Not. 3. quamvis assertio Papæ attestantis de proprio facto, ita probet, ut in contrarium non admittatur probatio, ut tradit Mascardus cit. de probat. conclus. 1239. ex Glossa tamen in dict. Clementin. V. commississe, ibi: nisi contrarium probetur, deduci, quòd Principis narratio recipiat probationem contrariam per indirectum, ut per Mascard. cit. n. 39. Rot. decis. 523. n. 7. apud Farinacium in 1. collect. novissimarum alias p. 4. divers. ubi decisum constat, quòd contra attestationem Papæ factam motu proprio admittatur probatio in contrarium; hinc etiam inferri solet ad hoc, quòd præsumptio juris, & de jure admittat probationem in contrarium per indirectum, ut tradunt Mascardus conclus. 1371. n. 44. Sanchez de matr. lib. 7. D. 37. n. 33.

Not. 4. tunc censeri Papam intentionem suam fundare super facto proprio à se narrato, quando id, quod per tales literas intendit, supponit factum proprium Papæ; ut, si in rescripto Apostolico Pontifex alicui concedat beneficium, dicens illud se prius sibi reservasse; intentio conferendi tale beneficium, supponit factum Papæ, nimirum ejus reservationem prius factam; unde vi talis rescripti plenè probata manet ejus reservatio. Quamvis autem Pirhing de probat. n. 61. §. coll. 2. idem affirmet de narratione facti alieni, constituens discrimen inter illam, & narrationem facti proprii, quòd hæc plenè probet, quin admittat probationem in contrarium; illa verò esto etiam plenè probet, admittat probationem in contrarium, si Pontifex super alieno facto à se narrato fundet suam intentionem: id tamen videtur limitandum, ut non procedat in facto alieno, de quo agit Pontifex solum ex aliorum suggestionem, ut diximus supra n. 1502.

Dixi: si suam intentionem fundet super facto alieno à se narrato; nam in casu contrario verba narrativa non probant, rem sic esse (nempe sic in veritate se habere alienum factum) prout

ponitur in narratione; exemplum dant aliqui ex *c. si Papa, 10. de Privileg. in 6.* ex quo volunt non probari plene exemptionem, ex verbis rescripti, quo Pontifex incidenter narrat, aliquam Ecclesiam pertinere ad jus, & proprietatem Ecclesie Romanæ; quia suam intentionem non fundat super illis narratis, ut notat *gloss. in cit. Clement. unic. V. fecisse narramus.*

1506. Not. 5. quod dicimus per verba Papæ *proprii* facti narrativa haberi plenam probationem, quando super illis narratis *fundat* suam intentionem, vi textus procedere solum *in causis beneficialibus, & aliis sue jurisdictioni amplissimæ subjectis*; adeoq; non in profanis (nisi respectu subditorum temporali ejus potestati subditorum) nec in his, quæ alieno subdito præjudicium afferunt; nam Pontifex in temporalibus alieni juris nihil disponere directè potest, ut diximus *l. 1. Decret. tit. 2. de Constitut.* ubi non intervenit periculum æternæ salutis, quod cavere, directè, ac jure proprio, pertinet ad summum Pastorem cunctorum Fidelium.

1507. Not. 6. eos, qui volunt verba Pontificis enuntiativa facti proprii, super quo fundat suam intentionem, sic plenam facere probationem, saltem præsumptivè, intelligentes id de præsumptione juris & de jure, quæ scilicet non admittunt probationem in contrarium, hoc limitare, ut intelligatur de *probatione directâ*; admittentes probationem contrariam solum *indirectè*, quâ refellatur Papæ narratio, & consequenter dispositio gratiosa super illa fundata; quod tamen intellige, si probatio illa indirecta fiat circa id, quod est *facti*; & non circa dispositionem *juris*; sic Mascardus de *probat. volum. 1. conclus. 139. à n. 18.*

ARTICULUS VIII.

De probationibus certorum objectorum in specie.

1508. **C**um probatio fieri debeat circa facta, & quidem incerta, vel quoad substantiam, vel modum, qualitatem, aut aliam circumstantiam in iudicium

deductam, & inter litigantes controversam, eamq; probabilem; illæ solum recipiendæ sunt, quæ ad eum finem tendunt, & rejiciendæ impertinentes, aut solum eò tendentes, ut litem prolongent, quo is, qui super possessione v. g. coram Judice conventus est, & valdè probabiliter creditur (imò quandoq; scitur) succubiturus in causa, ulterius conservetur. Hæc enim intentio prorsus iniqua est, & à damno alteri ex continuata possessione, sive restitutione, nullatenus excusari potest. Plura porrò in hoc titulo tanguntur in specie, de quorum probationibus actore vel Reo excipiente præstandis decernitur.

Prima quæstio est, an alleganti *atatem*, in qua fundatur lis partium, incumbat probatio? hujus quæstionis multiplex occasio est. Nam, ubi aliquid petitur, quod concedi, aut dari non solet, nisi constituto *in atate* jure requisita, si dubium, seu incertum sit, allegantem habere illam, prout jure exigitur, illi onus probationis incumbit. Talis casus controversus habetur in *c. in presentia, 8. h. t.* ubi, cum inter duos Laicos, & Monasterium lis orta fuisset in causa hæreditatis de bonis Marci nepotis eorum ex Fratre; difficultas erat resolvenda *ex atate Marci*. Nam illi volebant Marci bona sibi deberi, eò quòd à Patre suo fuerit gravatus in testamento; ut si sine liberis decederet, bona transfirent ad fratres Testatoris superstites; econtra monasterium opponebat, quòd Marcus se, & per consequentiam personæ, omnia sua bona obtulerit monasterio, consequenter ea non illis, sed monasterio esse adjudicanda.

Ad hæc illi duo dicebant, eam Marci dispositionem circa se, & bona sua in monasterium, factam ab illo, dum esset *minor*, consequenter invalidam, adeoq; testamento standum esse: sed Syndicus monasterii duo reponebat i. quòd, licet Marcus tempore primæ oblationis fuerit *minor*; & de monasterio rursus egressus sit; tamen deinde iterum, se suaq; bona secundo obtulerit monasterio oblatione etiam juratâ; deinde, licet ab illis probaretur

cur fuisse *minor*, per hoc tamen non sufficienter probari defectum *ætatis jure requisitæ* ad hoc, ut talis oblatio non valeret; consequenter Monasterio jure adjudicanda Marci bona, & hoc ab ulteriori eorum impetitione absolvendum.

1511. His utrinque propositis, Cardinalis Diaconus S. Eustachii, ejus causæ Auditor à Papa constitutus, considerans, quòd Syndicus Monasterii intentionem suam plenè probaverit, ex parte verò adversa nihil sufficienter probatum sit, ex mandato Papæ sententiam protulit, duobus prædictis fratribus imponendo silentium super his, quæ à monasterio petebant, eosque ad restitutionem eorum, quæ ex Monasterii bonis, propriâ auctoritate occuparunt, condemnando. Ex hac resolutione colligitur, quando Actor fundat suam intentionem *super defectu ætatis jure requisitæ ad valorem dispositionis*, quam irritam esse propter talem defectum contendit, teneri ad probandum defectum ætatis; secus ei silentium ab ulteriore impetitione Rei à Judice imponendum, prout factum in præsentis casu, ubi Syndicus Monasterii Marci oblationem quoad se, & bona sua, factam Monasterio, clarè probavit; & licet Actores invalidam dicerent, & probarent, quòd facta sit, dum offerens esset *minor*, tamen repulsi sunt, quòd probatio *minoris ætatis* non nisi dubia fuerit, de minori ætate, seu defectu ætatis requisitæ ad validè offerendum se, & bona sua Religioni; ratio hujus redditur, quia *minor* dicitur, & qui est infra annos 14. & qui est infra 25. cum autem sola minorennitas in primo sensu impediatur valorem talis oblationis; non autem in secundo; probatâ solâ *minorennitate in genere*, non habetur probata nullitas oblationis, ut diximus n. 1498.

1512. Not. præterea i. olim eum, qui pubertatem egressus est, potuisse se, ac sua bona validè offerre Monasterio factâ professione, per Authent. *Ingressi. C. de SS. Eccles. c. quia ingredientibus*, & *c. si qua mulier*, 19. q. ult. *quamvis*, quantum pertinet ad ætatem in professuro requisitam, hodie jure *Trid. Sess. 25. de*

Regul. c. 15. exigatur annus ætatis decimus sextus completus. Quarè monasterium, si propter bona Professi in ipsum translata impugnetur, Actore contendente professum disposuisse cum defectu ætatis ad ejus valorem de jure requisitæ, v. g. dispositione facta ab impubere; sufficienter ac plenè probat ætatem ad valorem dispositionis, si probet professionem factam; ex hoc ipso enim probatur ætas legitima ad talem actum jure requisita; adeoque non defuisse ætatem juridicam, cum ab ipso professo fieret Religioni oblatio sui, ac suorum bonorum; & ideo in casu *cit. c.* Syndicus Monasterii, oblationem cum requisita ætate juridica factam esse ritè probaturus, intentionem suam fundavit super facta professione; ex hoc ipso enim satis probavit, non esse factam cum defectu ætatis ad ejus valorem necessariæ, nimirum infra pubertatem, cum in ea ætate profiteri non potuerit.

1513. Not. 2. probari ætatem, vel verè, vel præsumptivè; verè probatur exhibendo tempus nativitatis, v. g. per legitimos testes, qui deponant, se scire tali anno, die, natum, à se post nativitatem infantem ex baptismo levatum, vel Parochi testimonio deponentis à se baptizatum, &c. *præsumptivè* autem per conjecturas, id, quod pluribus dicemus tit. 23. de Præsumptionibus. Cæterum cum non obstantè clausulâ testamenti, quâ Marcus à Patre suo jussus est bona sua transmittere ad Testatoris Fratres superstites, si decesserit sine liberis, oblatio facta Monasterio per sententiam Papæ definitivam approbata fuerit exclusis illi substitutis sub dicta clausula, rectè sequitur, gravatum, si sine liberis decesserit, non censeri gravatum pro casu, quo in Religione divino se obsequio per religiosam professionem mancipat, ut fuse probat Thomas Sanchez *l. 7. moral. c. 16. à n. 4.* eò, quòd jure præsumatur, Testatorem, favore Religionis, & divini cultus per Dei servitium, quo salutem animæ certior sibi reddit filius, ad hunc casum dictam clausulam non extendisse, id, quod pluribus ex

ex utroque jure demonstrat Sanchez; ubi tamen excipi debet, nisi substituta sit alia causa pia, quæ gaudet jure potiori, in Dei cultu fundata.

1514. Altera quæstio est de probatione *Virginitatis*, quæ variis subinde casibus præstanda sit, ut si mulier reclamet contra impotentiam Viri, allegans se ab illo nec cognitam, nec cognosci potuisse, etiam sæpius attentatâ matrimonii consummatione. Casus habetur in *c. Proposuisti, 4. h. t.* ubi, cum causa matrimonialis inter Ottonem de Casa nova, & Sobrinam mulierem, à Gregorio VIII. delegata erat Præposito S. Cataldi, coram eo partibus constitutis, mulier allegavit Viri impotentiam, juramento eam confirmans, & septem mulierum testimonio, quæ de ejus Virginitate, ex aspectu testabantur; sed Vir contrarium juratus asseveravit. Super hac re consultus Pontifex respondit; *juramento puella, & septem mulierum testimonio potius fidem habendam esse.* Ex hac decisione deducitur, etiam contra unius juramentum prævalere testimonium plurium, in materia controversa peritorum, contrarium deponentium (hi enim faciunt plenam probationem; unius autem juramentum, duntaxat semiplenam) & rem in judicio dubiam recte probari depositionibus eorum, qui ex inspectione oculari de materia, vel re determinatè deponant, si periti sint, in cognoscendo, seu judicando, an sit, vel non sit in tali materia? de qua litigatur.

1515. Nec obstat dici in *c. continebatur, 6. de desponsat. impub.* Viro cum juramento asserenti, Uxorem esse à se cognitam; id, quod etiam habetur in *3. q. 3. c. si quis 3.* cujus ratio redditur, id dicendum propterea, quòd in talibus, quæ difficilis probationis sunt, major certitudo requiri non soleat, & Viro, qui est caput mulieris, potius credendum sit: Resp. enim talem assertionem refelli posse, si septem mulieres ex aspectu de virginitate testificentur, uti hic & *c. causam, 14. junct. glos. V. mulieres, h. t.* Quoniam autem plerumque dicitur, litem censeri dicisam, si una pars litigantium juramentum præ-

stitit; dicendum est, id procedere in casu, quo Actor cum consensu Judicis Reo derulit juramentum, si non vertatur periculum animæ, prout fieret in casu matrimoniali, quo mulier perpetuò vivere deberet cum impotente; nam in eò casu juramentum haberet vim transactionis, inducentis plenam litis decisionem *arg. L. admonendi, 31. ff. de jurejurand.* secus autem est de juramento uni litigantium delato à Judice; nam in hoc casu alteri non adimitur jus probandi contrarium ei, super quo juratum est, per *L. cum de indebitio, 25. ff. de probat.* & apertè colligitur ex relata decisione in *c. proposuisti*; in mutuis enim petitionibus (seclusâ partium transactione, quam importat delatio juramenti facta uni parti ab altera) prævalere debet ea, quæ potentior est.

Alter casus in hac materia habetur ¹⁵¹⁶ in *c. causam, 14. h. t.* Puella enim quædam matrimonium contraxerat cum juvene, sed post nuptias recessit, & monasterium ingressâ professionem edidit, asseverans, se Virginem mansisse; sed juvenis eam repetebat, allegans, quòd matrimonium cum ipsa consummârit. Cùm autem super hoc consultus esset Pontifex Honorius III. rescripsit, ut puella interim in Monasterio secura permaneat, donec judicialis sententia lata fuerit; & ut judices delegati ex utraque parte probationes recipiant; & specialiter, si vir opponere velit contra mulieres de Virginitate puellæ testificantes, super hoc audiat; deinde cùm obstetricum judicia quandoque fallant, ideo præter mulieres modò adhibitas, aliæ adhuc honestæ ac providæ Matronæ adhibeantur, quæ de Virginitatis privilegio testimonium dent. Ex hac resolutione deducitur. 1. integritatem corporis in muliere rectè probari per matronas, in hac re peritas, & bonæ famæ, quæ deponant, puellam (agentem ad separationem matrimonii propter impotentiam Viri, vel se matrimonio non consummato ingressâ monasterium) adhuc esse Virginem; dixi *bonæ famæ*, ut habetur in textu, *ibi, honestas matronas, providas*, quo notatur, quòd matronæ debeant esse artis peritæ, honestæ, ac bonæ

bonæ famæ, non leves ac viles, ne modico pretio subornatæ falsò deponant; Sanchez l. 7. matr. D. 113. à n. 1. hinc quandoque etiam vel ipsæ, vel illarum attestationses possunt reprobari à Viro per alias probationes (ibi: *si vir opponere velit contra mulieres*) quæ sunt recipiendæ, cum obstetricum judicia quandoque fallant; quo casu adhuc aliæ honestæ, ac providæ matronæ adhibendæ sunt, quæ de Virginitatis privilegio testimonium dent; sufficit autem, quòd deponant de *credulitate*; sic Layman in cit. c. causam, n. 2.

357. Speciale tamen est in hoc c. quòd Viro Uxorem, quæ proprio motu discessit, in judicio repetenti (cùm constaret de nuptiis inter eos initis) non fuerit restitutio facta, sed iussa in monasterio remanere, dum lis finiretur; cùm tamen agenti interdicto retinendæ, tanquam spoliato ante omnia restitutio faciendâ sit, ut dicitur c. ex transmissa, 8. & c. ex parte, 14. de restitut. spoliat. Resp. ut decisio in postremo citatis juribus locum habeat, requiri, quòd prius constet de spoliatione facta, quàm definiatur pro restitutione faciendâ; hinc repetens id, quo se spoliatum dicit, prius probare debet *spoliationem*, id, quod in præsentî Juvenis eam repetens non præstitit. Ex eo enim, quòd mulier nondum à Viro cognita recedat à Viro, & ingrediatur Monasterium, animo profitendi, vel etiam emiserit professionem, non *spoliavit* Virum, negando illi, quod *jure* debitum est; cum gaudeat jure sibi concessio, etiam celebratis nuptiis, sed nondum consummatis, Religionem intrandi, ac in ea profitendi, etiam invito Viro, ut diximus l. 4.

358. Tertia quæstio est, qualiter probanda sit *filiatio*? difficultas est quoad *Patrem*; mater enim semper certa est; sed an prolem, quam enixa est, suscepit ex hoc, vel illo Viro, per frequenter valde incertum est; & ideo quoad *Patrem* probatio filiationis est regulariter difficilis; consequenter solum fieri potest per præsumptiones, seu probabiles conjecturas, ut rectè observat Menochius de *arbitrar. Judic. casu* 89. à n. 3. quæstio igitur est i. an rectè proberetur, saltem præsumptivè, *filiatio* ex eo, quòd

Tom. II.

quis fuerit educatus in domo alicujus? 2. ex confessione, & nominatione parentum? 3. ex sola confessione Patris, vel Matris, dicentis, hunc esse filium suum? sed ad hæc respondimus l. 4. & ad 1. negativè ibi à n. 1476. ex c. Transmissæ, 3. qui filii sint legitimi; ad 2. ibid. n. 1479. diximus affirmativè, quando confessioni parentum propter se factæ accedunt alia indicia; ad 3. ibid. n. 1481. respondi negativè; intellige, seclusis aliis adminiculis.

Alii ponunt triplicem casum, ex quo præsumptivè proberetur filiatio; primum desumunt ex L. filium 6. ff. de his, qui sui, vel alieni: si quis natus sit ex uxore in domo mariti cum ea cohabitantis, & potentis generare; quod procedere volunt, esto constaret, Matrem eodem tempore adulterium cum alio commisisse, modò etiam Vir ei copulatus sit, probantes hoc ex L. miles, 11. ff. ad L. Jul. de adulteriis, §. defuncto; verùm hæc probatio non sufficit, cùm solum dicat, fieri posse, quòd non obstante copulâ adulterinâ, filius natus sit ex copula Viri legitimi; rectius probatur exinde, quòd in dubio pronuntiandum sit pro favore matrimonii, & liberorum: hæc enim causa favorabilis est; sicut enim nativitas ex matrimonio, quamvis præstet præsumptionem *solius juris*; non autem etiam *de jure*: similiter jus præsumit filium eorum, inter quos extat matrimonium, esto fortassis unus conjugum, v. g. mater neget illum susceptum à marito; vel pater, esse à se, quia per suum assertum, nisi hoc aliunde probent, non possunt præjudicare favori, quem juris præsumptione habet nativitas ex conjugio. V. Sylvest. V. *Adulterium, in Summa*.

1519. Alter casus est, si quis ab aliquo *filius* appellatus, & ab eo tanquam *filius* habitus, & tractatus fuit; ex hoc enim constituitur in quasi possessione filiationis; nec dejici debet, nisi contrarium proberetur; id, quod deduci videtur ex c. Pertuas, 10. de probat. de quo tamen videri possunt dicta l. 4. à n. 1476, & 2446. Ex quo vides aliud esse, quòd quis proberetur filius ex *sola* educatione, vel ex *sola* nominatione alicujus; aliud si hæc *conjungantur*. Tertius casus desumitur ex communi fama; sed de hoc V. dicta

Ccc

à n.

à n. 1449. Illud etiam hic addendum ex Barboſa in cit. c. per tuas, n. 3 ſimilitudinem prolis, quam quoad oris, & vultus apparentiam refert cum adultero ſuæ matris (ſi conſtet hanc ſub idem tempus Viro ſuo copulatam eſſe) non præſtare conjecturam probabilem contra juris præſumptionem de talis prolis nativitate ex matrimonio, ſeu legitimo patre; cum ſit perquam fallax, & incerta.

1520. Quarta demum quæſtio eſt, qualiter probentur *confinia*, ſeu *limites* locorum? de hoc agitur in c. *Cauſam* 13. b. t. ubi quærentibus ſuper hac materiareſpondit Honorius III. Mandamus, quatenus ſecundum diſiſiones, quæ per libros antiquos vel alio modo melius probantur, nec non teſtes, famam, & quæcunque alia adminicula hoc negotio procedatis. Ex quo ſequitur, limitum probationem rectè fieri 1. per antiquas ſcripturas; 2. per teſtes; 3. per famam, & alia adminicula: de probatione per famam diximus à n. 1446. de probatione per teſtes agetur tit. *ſequenti*. de ſcripturis. tit. 22.

ARTICULUS IX.

Quam probationem faciant literæ & Judicis ordinarii, vel alicujus Communitatis?

1521. Loquimur de Judice ordinario, non ſupremo, ſed inferiore; circa hanc quæſtionem 1. aliquid habetur in c. *poſt ceſſionem* 7. b. t. Cum enim Innocentio III. ex literis Judicis ordinarii conſtitiffet, quòd Vitus excommunicatus fuerat, quando Procuratoris officium aſſumpſit, ipſum tanquam Procuratorem in judicio recipere noluit; cauſam autem, propter quam illis literis Pontifex fidem habuit, ibidem additur: *quia iſtis credendum eſt, donec contrarium probetur*. Ex quo rectè ſequitur, fidem habendam eſſe literis Ordinarii, *debitè* (nimirum ſigillo, vel ſubſcriptione) munitis. Hinc autem quæſtio naſcitur, an ſigillum literis appoſitum, fidem, ſeu probationem faciat? ſed de his V. tit. de fide instrumentorum. Cæterum decifio, quæ habetur in dicto c. *poſt ceſſionem* (nimirum, quòd literæ Epifcopi, vel alterius Judicis ordinarii ſigillo, vel ſubſcriptione munitæ, faciunt plenam fidem etiam in præjudici-

um alterius) intelligenda venit, quando agitur de modico præjudicio, ut fuit in caſu dicti c. ſecus eſt, ubi contingerent præjudicium grave, v. g. promulgationem excommunicationis, vel caſſationem electionis &c. ſic Abbas in cit. c. *poſt ceſſionem*, n. 6. & *poſt illum Pirbing*. b. t. n. 56.

Quæſtio altera de literis Communitatis, Collegii, vel Monafterii agitur c. *Tertio* 5. b. t. Cum enim quidam Canonicus Regularis amico ſuo ſub ſigillo Conventus alienationem feciffet rerum Eccleſiæ immobilium, & hoc inſtrumentum exhibitum eſſet in judicio; Procurator Monafterii dixit, non eſſe cum Conventus conſenſu conſectum, atque ſigillum adulterinum vel furtivum eſſe, & cum ad hoc probandum introduxiſſet Fratres, qui jurati dixerunt, quotieſcunque de hac alienatione mentio facta fuit, Conventum contradixiſſe; pars autem contraria adverſus hæc teſtimonia nihil probaſſet; Clemens III. reſcripſit, ſecundum dicta teſtimonia fratrum, eſſe judicandum. Ex hac decifione deducitur. 1. quòd excipiens contra inſtrumentum, in judicio productum (opponendo, ſigillum eſſe adulterinum, aut furto ſublatum) ad hoc probandum per teſtes, admitti debeat, ut colligitur ex cit. c. 7. b. t. & c. *Joannes*, 10. de fide instrument. idque non tantum exceptionem probando directe; ſed etiam indirecte, ut ſi probeat Capitulum nunquam conſenſiſſe in id, quòd continet inſtrumentum, munitum ſigillo Communitatis. Deducitur. 2. Clericos in cauſa ſuæ Eccleſiæ, vel Monachos in cauſa ſui Monafterii, poſſe teſtes eſſe; prout clare probatur ex caſu dicti c. *Tertio*; etiam ſi deponant in ejus commodum, ſi teſtentur ſuper factò, vel non factò, ab eis collegialiter, & procedant ut perſonæ ſingulares. Eſt enim propter intereſſe ſunt aliquantum ſuſpecti, quòd membra habent cum conjunctione totius; quia tamen ea, quæ capitulariter aguntur in Capitulo, per extraneos (cum non admittantur) probari non poſſunt, neceſſario admittendi ſunt ii, qui in Capitulo adfuerunt, ne illis negetur via deſenſionis juſtæ.

ARTI-

ARTICULUS X.

De reliquis ad hunc titulum pertinentibus.

1523.

Qualis esse debeat probatio quoad claritatem, & certitudinem, constat ex dict. utrumque enim est necessarium; cum debeat esse concludens per necesse, sic, ut animum Judicis, salvo jure, & justitiâ, atque conscientia movere possit ad assensum; id, quod non præstat probatio, à qua id, quod per ipsam probatum esse deberet, potest abesse; nec sufficiens foret probatio rei solum in genere, quando probanda foret in specie, ut constat ex dict. à n. 1511. Probatio porrò facienda est post litem contestatam; ante enim nihil est, super quo adhibeatur; cum Actor non tam petere, quam petere voluisse videatur: nisi valetudo, vel diuturna futura absentia testium aliud exigat, qua de re in tit. *ut lite non contest.* Dilatoriæ quoque exceptionis probatio ante litis ingressum admittitur, quòd ante eum de illa constare debeat, qua de re infra de exceptionibus.

1524.

In probando autem servandus est ordo, ut primò intentionem suam probet actor, id est, causam, ex qua agit; tum Reus in sua exceptione audiatur, *L. 1. & L. exceptionem, C. h. t.* Deficiente Actore in sua probatione, Reus absolvitur, etiamsi nihil allegaverit, *L. qui accusare, C. de edendo.* Potest tamen Actor ex novis probationibus causam redintegrare, si tantum ab instantia Reus est absolutus; non autem, si definitivè ab ipsa causa, *L. Argentarius, de edendo;* causam enim sopitam resuscitari non fert quies publica. Quod si Reus fretus jure suo velit, non audito Actore, suam exceptionem probare, non est prohibendus, quòd cuilibet sit liberum juri suo renuntiare, *L. penult. C. de pact.* Si autem quæras, an in probatione deficiens, Actore nihil probante, sit condemnandus quasi confessus? respondet Zoësius in *l. 22. ff. tit. 3. de probat. n. 7.* negandum omnino, quòd per hoc non possit dici fundata intentio Actoris, cujus probatio desideratur, *L. non*

Tom. II.

utique, de Except. Costal. in *L. Circa 14. h. t.* allegans tamen solutionem à se factam, si eam non probet, non potest non videri firmasse intentionem Actoris, videtur enim se agnovisse debitorem, *Cujac. in Recit. C. eod.* Actoris igitur intentio prius probanda est, quàm Rei exceptio, ex *L. Exceptionem, 9. C. h. t. & c. Juravit, 6. h. t.* ex quo *c.* etiam habetur, postquam in causa conclusum est, regulariter non esse recipiendos super iisdem articulis alios testes, nisi animæ periculum vertatur; aut vitium sententiæ per partem non sit remissibile.

Quæstio præterea est, quis sit finis probationis? Resp. cum communi, quòd *fidem facere Judici*, ut scilicet intelligere valeat, pro quo, & qualem sententiam ferre debeat, ut dicitur *L. 12. ff. h. t. & L. Eum 79. §. 1. de Judic.* Quare non requiritur, quod *parti adversæ* fiat probatio; nam hæc semper negaret; nec etiam *Notario*; cum probatio directè tendat ad cognitionem Judicis instruendam, ut dicitur *c. Ex literis 13. h. t.* qualis porrò sit effectus probationis tantum semiplenæ? constat à n. 1442. Cæterum probatio legitimè facta non admittit, ut ad purgationem canonicam propositionis negativæ admittatur Reus infamatus, cujus crimen legitimè probari potest per testes, ut habetur in *c. ad nostram 12. h. t.* ubi refertur, quòd in regno Daciæ lex erat, ut, tametsi crimen alicujus per testes legitimè probari posset, tamen Reus ad purgandum se super crimine admitteretur, testes adducendo, qui de ejus innocentia testarentur; cum verò talis lex perversio & corruptela cenferi debeat, quippe omni juri contraria, statuit Honorius III. ut ea à *Clericis non observetur*; atque super ejusmodi negativæ propositionis probatione (videlicet *crimen commissum non esse*) nemo audiatur, si affirmativa probari queat; quod tamen intellige de probatione negativæ directæ; secus indirectæ, propter dicta à n. 1450. Hinc si pro Actore contra Reum affirmante aliquod factum stent sex v. g. testes; & Reus negativam *indirectè* probare velit per testes, audiendus est; &, si totidem

Ccc 2

dem

dem testes idonei negativam indirectè probent, hi præferendi sunt illis; quia causa *Rei* favorabilior est, quàm *Actoris*; sic Layman in *cit. c. ad nostram*, n. 3.

1526. Præter hæc dicta not. i. si statutum loci sit, ut publico officiali cum juramento asserenti credatur, excipiendum esse, nisi contrarium plenius ostendatur; neque enim existimandum est, quòd statutum excludere velit probationem contrarii, sic Panorm. in *c. proposuisti*, 14. h. t. n. 1. Felin. *ibid.* n. 7. & si quæstio incidat de facto, quod Judicis notitiam excedit, tunc peritos in ea re accersere debere, eorumque judicium cum credulitatis juramento requirere; ita sumitur ex *c. cit. & c. Fraternitat. l. 1. ff. de Frigidis. l. 1. ff. de inspiciendo ventre.* Cæterùm si

ex parte consensus utriusque periti adhibeantur, ad discernendum; tunc eorum juramentum necessarium non esse, tradit Felinus hic, n. 9. ubi alios quoque casus recenset, in quibus juramentum peritorum non requiritur.

Not. 2. Quando constat de facto, præsumi legitimè factum; & probationem contrariam incumbere illi, qui negat; sic quando constat ab aliquo esse factam professionem, qui negat illegitimè factam, v. g. nondum habitâ ætate requisitâ, defectum ætatis probare tenetur, ut colligitur ex *L. sciendum*, 30. ff. de V. O. & *L. ab ea*, 5. ff. de probat. Alias etiam probatâ professione, censetur facta legitimè, consequenter in ætate jure debita; ut etiam dictum est supra.

QUÆSTIO XX. IN TIT. XX. DE TESTIBUS, ET ATTESTATIONIBUS.

1527. Postquam actum est de probationibus in genere, sequitur præcipua species probationis, quæ fit per Testes; hoc est, personas, quæ de facto aliquo controverso legitimè evocata testimonium dicant, vel ad ejus faciendam fidem adhibentur. Et sic etiam veniunt non tantùm testes judiciales, de quibus hîc potissimum agitur, sed etiam instrumentales, & testamentarii: cum enim plurimæ causæ deducantur in judicium non aliâ ratione probabiles, nisi per testes; nec tutum sit quoslibet ad testificandum admittere propter frequens periculum falsi, & consurgentia exinde mala quandoque gravissima, quæ in alterum litigantium ex falsis attestacionibus redundant, quandoque irreparabiliter; ad cavenda ejusmodi pericula ex hac probationum specie perfrequenti, plura jure constituta sunt; de quibus in seqq.

ARTICULUS I.

Quid, & quotuplices sint Testes, & attestaciones?

1528. **T**estes, ut ait Sylvester, V. eod. olim

superstites vocabantur, eò quòd *supra causarum statum* proferebant: nunc verò parte nominis ablatâ, *testes* dicuntur à *testando*, id est, sententiam nostram exponendo, & sunt, qui in judicium proferunt, quæ de rei gestæ veritate sentiunt. Dicebatur olim *testis*, *Antistes*; unde *Antistor* quod testificator, *c. forus, de verb. signif.* Assignantur autem variæ divisiones *Testium*; & inprimis apud Lessium *l. 2. c. 30. n. 35.* testes *idonei*, seu alio nomine, *omni exceptione majores*, ii nimirum, contra quos nihil potest jure opponi, cur minus sit illis fides adhibenda: seu cur non sint ad testificandum admittendi. *Minus idonei* sunt, quibus aliquid opponi potest vel ex natura rei, vel ex juris dispositione. *Testis corruptus*, ut habetur ex *L. D. Adrian. ff. de re jud.* dicitur non tantùm, qui pecuniâ, sed qui etiam prece falsum dixisse præsumitur. *Domesticus* testis est, quem accusator de domo producit, & ideo in *L. 2. C. de testib.* ejus fides improbat. *Testis incertus* est, qui audivit: & opponitur testi *oculato*, illi nempe, qui se vidisse dicit id, quod narrat.

Not.