



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Judicium Ecclesiasticum Seu Decretalium Gregorij IX.
Pont. Max. Liber II.**

Schmalzgrueber, Franz

Ingolstadii, 1726

Titulus XIX. De Probationibus.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-74990](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-74990)

proxima est, & propterea erroneam confessionem revocari prohibet. Quæ, & plura latius prosequitur Hiltrop, l. cit. à n. 2. qui n. 8. notat, ea, quæ dicta sunt de confessione erronea, non tantum procedere in reo negante, vel confitente aliquid

aliter, quam res se habeat, sed etiam in actore, qui si in libello suo non ex veritate narraret, vel deduceret, posset id ipsum impune revocare ante litem contestatam, post contestationem litem autem non aliter, quam si errorem doceret.

TITULUS XIX.

De Probationibus.

Inter Positiones Actoris reus aliquas confitetur; alias negat: quas confitetur, probare non debet Actor, sed Rei confessione à probatione earum relevatur: quas negat, probare oportet; nam ut bene Zœf. hic n. 1. inanis est actio, nisi indubitata probationis fide liqueat vera esse, quæ ad-

ducuntur. Potest autem illas probare vel per testes, vel per instrumenta, vel ex præsumptionibus, aut Juramento suppletorio probationis: ad quas probationum species antequam descendatur, non inconvenienter Titulus de Probationibus in genere hic præmittitur. Sit igitur

§. I.

De Probationis Natura, Varietate, Effectu.

SUMMARIUM.

1. 2. 9. Definitio Probationis, & hujus explicatio.
4. 5. 6. Forma.
7. 8. 9. Varietas.
10. 11. 12. 13. Species Probationis plene & ejus effectus.
14. 15. Species, & effectus Semiplene probationis.

16. 17. Quando duo Semiplene faciant unam plenam?
18. 19. 20. 21. Inspectionis Ocularis modus, & vis.
22. Quid sit Fama?
23. Modus istam probandi.
24. Effectus in Criminalibus causis.
25. In Civilibus.

Quaritur 1. quid sit Probatio? *Probatio*, prout huc pertinet, communiter definiri solet, quod sit *rei dubie, seu controversæ per legitima argumenta facta ostensio*. Ita Accurf. ad Rubr. C. h. tit. Host. in Summ. hic n. 1. Mascard. de probat. Procem. q. 2. n. 8. Pirh. n. 1. hic. Schambog. n. 1. & plures alij. Faciunt aliqui difficultatem, quod non conveniat Probationi per testes, & instrumenta; quia hæc propriè argumenta non sunt: Verum hæc difficultas facile solvitur, si dicatur Vocem *Argumentum* hic sumi latè pro quocunque medio utili ad probandum. Vel si extendere hoc modo vocem *Argumentum* non libeat, dic cum alijs: *Probatio est Actus Judicialis, quo per instrumenta, aut testes, aut idonea argumenta Judici de re, aut factò dubio, & controverso sit fides*. Dicit hæc definitio quoad sensum idem, quod prior, sed clarior aliquando est, eamque defendunt Wesenbec, ff. h. tit. n. 2. Struv. Syntagm. i. bid. n. 2. Pirh. l. cit. König n. 2. Wiest. n. 2. cum alijs.

Dicitur 1. *Actus Judicialis*; quia probationes sunt post litem contestatam, à qua propriè Judicium incipit, ut Tit. 5. n. 1. supra dictum est: quod intelligendum est ordinariè; nam aliquando Attestationes recipiuntur ante litem institutam, vel contestatam; de quo Tit. 6. à n. 2. differui latius.

Dicitur 2. *Judici*; nam huic, non parti facienda probatio est; parti enim nunquam satis probaretur, etiamsi quis ipsum Solem pro ostendenda veritate in manibus gereret l. quingenta 12. in fin. & ibi Gloss. V. *Judici ff. h. tit.* Similiter nec Probatio fieri debet Notario; quia hujus non est qualitatem Probationis examinare, nisi hoc eidem delegeret à Judice. Sed quamvis hoc verum sit, in præsentia tamen utriusque fieri debet: Adversarij quidem, ut respondere objectis possit; Notarij autem, ut in acta eandem referat c. ex litteris 3. h. tit.

Dicitur 3. *per argumenta idonea*, sc. talia, quæ ad causam propositam faciant, & necessariò concludant, seu inferant id, quod per Probationem intenditur; nam finis Probationis est, ut Judici fidem faciat l. quingenta cit. & ut is intelligere possit, qualem sententiam ferre debeat: quorum neutrum fieret, si Probationes concludentes non forent.

Dicitur 4. *de re, aut factò*; nam ea, quæ Juris sunt, quia jam antecedenter Judici censentur nota, idcirco probatione non indigent. Excipitur, nisi sint Juris specialis, aut consuetudinarij; hæc enim, quia peritissimos latere possunt, ab allegante probanda sunt. P. Wiest. hic n. 2. fin.

Dicitur 5. *dubio, & controverso*; quia mani-

manifesta, & evidentia probatione non indigent *can. manifesta 15. caus. 2. q. 1. & c. evidentia 9. de accusat.* Excipe, si tantum sint manifesta parti ea alleganti; hæc enim probari debent, ut usus quotidianus habet, quo factorum priorum, si ea in Judicio allegentur, ab allegante probatio petitur, cum tamen nihil magis manifestum sit alleganti, quam factum proprium. Imò quandoque etiam non sufficit, si id manifestum sit etiam Judici, quando eidem privatim innotuit. *Sichard. in Rubr. C. b. t. n. 10. Perez cod. n. 2. Haun. tom. 5. tr. 4. n. 8. Wiest. hic n. 3.* Ratio est, quia Judex, cum iudicat, gerit personam publicam, & secundum scientiam publicam, quæ per allegata & probata obtinetur, ferre debet sententiam.

Quæritur 2. quæ sit forma Probationis? *2.* Forma Probationis consistit in legitima rei controversæ ostensione, & probatione. Ut autem talis sit, plura requiruntur. 1. Debet esse clara, perspicua, & certa, quæ Judicem de assertione, atque intentione litigantium plenè instruat *c. in presentia s. b. t. Vivian. ibid. in ration. Barbol. n. 18. Valleng. hic §. 5. n. 1. Pirh. n. 70. König n. 28.* Ratio est, quia animum Judicis ad sententiam ferendam movere debet.

Fieri debet secundum formam Libelli. *Hofl. Summ. b. tit. n. 5. §. qualiter, Wesenbec. ff. cod. n. 2. Pirh. n. 70. hic.* Ratio est, quia secundum formam Libelli pronuntiarum debet. Et hinc impertinentes articuli merito rejiciuntur, ne inanes sumptus litigatores faciant.

3. Non debet fieri in transcurso, sed citata ad ejus receptionem adversâ parte *arg. l. nam ita 39. ff. de adoption. l. de unoquoque 47. ff. de Rejudic. Auth. sed §. siquis C. de testib. Wesenbec. l. cit. König n. 25.*

4. Institui debet post litem contestatam *tot. tit. Ut lit. non contest. Valleng. hic §. 4. n. 1. Zoel. n. 7. Pirh. n. 71. König n. 26.* Excipitur, nisi valetudo, senium, aut instans longa absentia testium suadeat depositiones testium ante litem contestatam recipi, ut dictum est *Tit. 6. à n. 4.* Item si probandæ sint Exceptiones Dilatoriae; nam hæc, uti regulariter ante litem contestationem proponuntur, ita etiam regulariter statim probari debent.

5. Fieri debet intra terminum à Judice assignatum. *Wesenbec. n. 3. cit. Vall. §. 4. n. 2. König n. 27.* Interest tamen plurimum, an terminus simpliciter ad probandum, an ad probatum habendum assignatus sit. *Priori casu* sufficit testes productos jurasse infra terminum Dilationis, licet non fuerint examinati, & poterunt examinari post terminum; *posteriori casu* intra terminum testes produci, & examinari debent, nec possunt postea, eo quod lapsus termini sic dati vim conclusionis in causa habeat. *Haun. tom. 5. tr. 4. n. 58.*

6. Post publicata Testimonia, & Conclusionem in causa non est admittenda alia probatio super iisdem articulis, sed sententia ferenda est secundum priorum testium depositiones. Sumitur *ex c. juravit 6. b. tit. & Auth. at qui semel C. cod.* Ratio est, quia per Conclusionem in causa censentur partes renuntiâsse probationibus.

7. In probando servandus est ordo; primò enim intentionem suam probat actor, tum reus in sua exceptione auditur. *l. exceptionem 19. C. b. t.*

8. Denique acta Judicij, & Sententia lata in causa scripto debet excipi à Notario, vel alijs duobus viris idoneis, qui Notarij locum subeant; aliàs fides non habetur processui, & Judicij actis *c. quoniam 11. b. tit.* Proceditque hoc non tantum in Judicio plenario, sed etiam summario; neque refert, an causa agitur coram Judice ordinario, an coram delegato: imò & quando agitur coram arbitris compromissarijs, Constitutio hæc locum habet; quia arbitria ad formam Judiciorum redacta sunt *l. compromissum 1. ff. de recept. qui arbitr.* Excipiuntur causa exigua, & leviores, quæ necessariò scribendæ non sunt, sed in illis creditur simplici assertioni, seu relationi Judicis sine scriptura *Auth. nisi breves C. de sent. ex brev. recit.*

Quæritur 3. quotuplex sit Probatio? *2.* tres potissimum divisiones assignari. 1. Dividitur secundum Aristotelem in Topicis in Artificialem, & Inartificialem. *Artificialis* est, quæ arte & industriâ probantis conficitur per argumenta, ex ipsis rei visceribus, ac locis intrinsecis petita; unde & *Institam* vocant. Huc præcipuè Præsumptiones spectant. *Inartificialis* est, quæ non ex visceribus rei, aut locis intrinsecis, sed extrinsecis assumitur à testibus, instrumentis, confessione, juramento &c. *Hltrop. p. 3. tit. 8. §. de speciebus probat. n. 1. Wesenbec. ff. b. tit. n. 4. Haun. tom. 5. tr. 4. n. 10. Valleng. hic §. 2. n. 1. Zoel. n. 2. Pirh. n. 3. Wiest. n. 4.*

2. In *Judicialem*, quæ in Judicio post contestationem litis; & in *Extrajudicialem*, quæ extra litem, & ante litem contestationem fit. *Ital. cit. Haun. n. 12. Valleng. n. 5. Pirh. n. 4. Wiest. n. 5.*

3. Et principaliter in *Plenam*, & *Semiplenam*.

Tertiam hanc divisionem cum *Duareno*, *Donello*, *Paciano*, *Giphano*, ut commentitiam explodit *Wisenbach. ff. hic D. 48. n. 3.* & probari hoc videtur 1. ex *l. Jurisjurandi 9. §. simili 1. C. de testib.* ubi Imperator, *Nunc*, inquit, *manifeste sancimus, ut unus omnino testis* (cujus depositio secundum nos *n. 14.* infra Probationem semiplenam efficit) *responsio non audiat, etiam si præclare Curie honore fulgeat.* Ergo Probatio semiplena in Judicio vim nullam ad probandum habet; cons. revera non est probatio

batio. 2. l. siquidem 9. C. de except. Imperatores rescribunt, reum defensione non indigere, quando actor in probanda intentione sua defecit. Atqui iste in intentione sua deficere censendus tamdiu est, quamdiu illam non plenè probavit; tamdiu enim sine effectu est omnis ejus probatio. Ergo &c. 3. l. fin. C. de R. V. & l. negantes 9. C. de O. & A. constitutum est, casu, quo actor intentionem suam non implevit, reum, etsi ex parte sua nihil præstiterit, absolvendum esse. Non censetur autem intentionem suam implevisse, nisi plenam probationem fecerit. Ergo &c.

9 Sed recedendum non est ab unanimi cæterorum Doctorum sensu, qui omnes Probationis divisionem in plenam, & semiplenam agnoscunt, & faciunt. Videantur Gaill. l. 1. obs. 108. n. 6. Mynsing. cent. 1. obs. 68. Hiltrop. cit. §. de specieb. probat. n. 2. Mascard. de probat. præm. q. 4. n. 15. Pax Jordan. tit. 17. n. 12. Wefenbec. ff. h. tit. n. 4. Sichard. ad Rubr. C. eod. n. 4. §. 5. Perez. ibid. n. 4. &c. Et hinc Primum argumentum pro retinenda hac divisione est maximus DD. in hoc consensus. 2. Quia ex Divino, humanoque Jure duo testes omni exceptione majores faciunt plenam fidem. Ergo unus illorum semiplenam; nam quod Juris est in toto quoad totum, id est etiam in parte quoad partem: conf. datur semiplena probatio. 3. Quia si nulla daretur semiplena probatio, nunquam locus esset Juramento suppletorio probationis; nam plenè probandi deferri non potest, ut dicitur infra n. 12. & nihil probanti non proficit, ut explicabitur Tit. 24.

Neque obstant Argumenta contraria. Ad 1. textus ille intelligendus est, vel de re singulari singularitate obstativa, vel de casu, quo unus testis depositio alijs adminiculis non adjuvatur; nam tali non creditur ad ferendam sententiam: interim tamen sufficere ad deferendum Juramentum suppletorium, quo præstito, fiet Judici plena fides. Ad 2. Semiplena probatio, ut modo dixi, effectum probationis plenæ potest acquirere per Juramentum suppletorium, vel alia adminicula. Ad 3. si ista non accedant, reus est absolvendus; secus est condemnandus, saltem in causa Civili.

10 Queritur 4. quid sit Plena probatio, quæ ejus species, & quis effectus? Plena probatio illa dicitur, quæ plenam fidem facit Judici de re in Judicium deducta, & ita eundem in causa instruit, ut nullo alio ulterius requisito, sententiam ferre, & controversiam definire possit. Ita supra cit. cum alijs.

Quatuor præcipuè sunt ejusdem Species. 1. Testimonium, seu depositio duorum testium omni exceptione majorum super uno, eodémque articulo. 2. Instrumentum publicum, vel alia Scriptura Authen-

tica huic quoad probandi vim æquiparata. 3. Præsumptio Juris, & de Jure, & quandoque etiam alia. 4. Juramentum, quod à parte litigante sibi delatum pars adversa præstat. Addunt aliqui duas alias, Confessionem ipsius rei, & Evidentiam facti, quæ ex notorietate ejusdem, vel inspectione oculari acquiritur. Verùm hæc probationes revera non sunt; sed confessio potius est relevatio probationis, ut dictum est Tit. præc. facti evidentia autem magis est facti demonstratio.

Effectus Plenæ Probationis triplex est maximè. 1. Quod juxta illam sit ferenda sententia. Hinc condemnare Judex reum debet, si Actor intentionem suam plenè probaverit; absolvere autem, si Actor nihil, aut reus contra plenè probaverit l. si scriptum 11. §. l. seq. C. h. tit. l. qui accusare 4. C. de edend. l. si inferiorem 2. C. de R. V. & l. domum 5. C. eod. alioquin Judex litem faciet suam, & in id, quod litigatoris interest, condemnabitur. Hiltrop. tit. 8. cit. §. de probation. n. 6. Wefenbec. ff. h. tit. n. 10. Vallens. hic §. 5. n. 3. Zoesl. n. 10. Pirh. n. 73. Könign. 73. Sannig. c. 3. n. 3. Quodsi uterque, actor & reus, plenè probaverit, is vincet, qui pro se habet præsumptionem c. ex litteris 3. §. quodsi ambarum h. tit. alioquin in pari causa, & probationum æquilibrio ejus absolvitur c. ex litteris cit. c. inter dilectos 6. in fin. de fid. instrum. & l. Arrianus 47. ff. de O. & A. nam hujus in Jure melior est conditio.

2. Quod Actor, qui plenè probavit intentionem suam, non teneatur Juramento eam confirmare, sed oblatum à Judice recusare possit, ut statuitur c. sicut consuetudo 2. h. tit. & ratio est, quia cum Juramentum sit species quædam probationis, adhibetur tantum, quando causa nondum est probata sufficienter l. maximum 1. ff. de Jurejur. imò in nostro casu licet deferri, & præstari non potest; quia jus naturale, & Divinum est exigi Juramentum, ubi illud non est necessarium. Hinc quando l. manifesta 38. ff. de Jurejur. dicitur, quod manifeste turpitudinis, & confessionis sit nolle jurare in Judicio, id intelligendum est de casu, quo actor non plenè adhuc probavit intentionem suam; nam plena probatione facta, recuset illud recusat, cum iniquum sit aliquem superfluis probationibus onerare. Proceditque hoc, etsi immemoriali consuetudine invaluisset; ut præter probationem plenam exigeretur Juramentum ab Actore; nam consuetudo hæc potius corruptela foret, cum nulla profus consuetudo contra Legem naturalem, & Divinam prevalere possit. Neque dicas, etiam in Testamento ultra plenam probationem, quæ obtineri posset per duos testes, requiri pleniorum per testes septem: negatur enim paritas inter Juramentum & testes; nam ut illud præstari

licite possit, requiritur necessitas: è contrario ut plures producantur testes, quam aliàs Jure naturæ aut gentium sit necessarium, sufficit utilitas; habetur autem in productione plurium testium hæc utilitas, ut per plures clarius veritas innotescat.

13. 3. Quod is, contra quem plenè probatum est, non amplius admittatur ad Purgationem Canonica *c. ad nostram* 12. *b. tit.* Ratio est, quia Purgatio Canonica tantum conceditur suspecto, & non convicto; fit enim per Juramentum, quod cum offerri non soleat, ubi periculum est perjuri, convicto offerri non decet, quem pronum est ad liberandum se pejerare. Interim tamen sic convictus admitti potest ad purgationem, & probationem propositionis negativæ indirectam, quæ non fit per Juramentum, sed per testes deponentes non de credulitate solum, sicut compurgatores, sed de veritate, sinimirum reus contra testes actoris, seu accusatoris, deponentes ipsum commississe crimen, ex adverso alios producat testes, qui deponant, & indirectè probent crimen non esse commissum à reo; talis enim purgatio, & probatio contra priorem est licita, & admitti debet juxta *c. ex tenore* 35. *de testib.* Neque obstat, etsi forte testes adducti ab actore, vel accusatore videantur esse magis idonei; nam adhuc testes, qui pro innocentia Rei deponunt, ijs præferuntur, ut notat Abb. in *c. ad nostram* cit. n. 3. in fin.

14. Queritur 5. quid sit Probatio Semiplena, quæ ejus Species, & effectus? 1. Semiplena Probatio, quæ etiam Imperfecta dicitur, est, quæ aliqua, non tamen plena fides Judici fit, nec sufficit, ut ex illa moveri possit ad ferendam sententiam pro hac, vel illa parte. Ita l. *citt.* Hiltrop. n. 3. Mascard. q. 4. n. 17. Vallenf. n. 4. Engln. 9. cum alijs supra relatis.

Species illius sunt. 1. Deposito unius testis, vel plurium singularium aut duorum etiam concordantium, sed non legitimum, sed omni exceptione majorum. 2. Instrumentum, seu Scriptura privata. 3. Comparatio litterarum, quando de scripto dubitatur. 4. Juramentum, quod Suppletorium nuncupatur. 5. Præsumptio verisimilis, sive probabilis. 6. Fama.

Ex his aliquæ faciunt Probationem præcisè Semiplenam, ut dictum unius testis omni exceptione majoris; aliæ Plusquam Semiplenam, ita ut cum quodam adminiculo, vel indicio conjunctæ plenam conficiant, ut depositio personæ valdè excellentis; nam si accedat testimonium alterius testis non omnino integræ fidei, ex superabundanti illius habilitate istius defectus suppletur. aliæ denique Minus, quam semiplenam, ut Præsumptio levior, quæ indicium duntaxat faciat, nec sufficit ad deferendum Juramentum suppletorium probationis. Hinc etiam Probatio non plena pro horum graduum diversitate diversos operatur Effectus.

Effectus Probationis, quæ præcisè est 15 Semiplena, plures enumerantur.

1. Dat locum Juramento suppletorio *c. sicut consuetudo* 2. *b. tit. c. fin. v. sanè de Jurejur. l. in bone* 3. *C. de reb. credit.* 2. Liberat aliquando ab ulteriori onere probandi, & illud in Adversarium rejicit *arg. l. verius* 21. *ff. & l. sive possidetis* 16. *C. b. tit. 3.* Conjuncta alteri semiplenæ conficit plenam probationem: quod latius examinabitur n. seq. 4. In uno, vel altero casu sufficit ad ferendam sententiam, ut si agatur de matrimonio contrahendo; nam impedimento semiplenè probato, Judex per sententiam interdicere Matrimonium potest *c. præterea* 12. *de sponsal. c. super eo* 2. *de Consang.* Alij videri apud alios possunt.

Minus, quam Semiplena. 1. Facit adminiculum, & alijs juncta aliquando plenam, aliquando semiplenam, nonnunquam plus quam semiplenam probationem efficit *arg. l. proprietatis* 4. *C. b. tit.* 2. Quando reliquæ probationes à partibus allatæ æquales sunt, facit, ut pars illa obtineat, pro qua stat ulterior Probatio minus, quam Semiplena. Menoch. l. 1. *de præsumpt. q. 87. n. 9.* Berlich. *concl. 36. n. 125.* 3. Ex multorum sententia præbet occasionem Juramento Judiciali. 4. Eum, contra quem assertur, suspectum reddit, ut adversus eundem inquiri possit. Menoch. l. cit. n. 6. 5. Facit, ut eidem Juramentum purgationis injungi possit *c. quotiens* 5. & *c. ex tuarum* 8. *de purgat. can.* 6. Interdum sufficit ad apprehensionem ita suspecti.

Probatio plus quam Semiplena denique id speciale habet, quod aliquando in causis Civilibus sit idonea ad ferendam sententiam, etiam si adminiculum nullum accedat: in alijs autem casibus, si adminiculo quocumque minus vehementi suffulciatur, redintegretur, & fiat plena probatio, ut post Alexandrum, Paulum de Castro, Pactanum &c. adstruit Miller. *ad Struv. Exercit. 28. th. 5.* quem citat, & sequitur R. P. Schmier *de Process. Judic. c. 7. n. 155.*

Queritur 6. an, & quando duæ 16 semiplenæ probationes faciant unam plenam? Ratio dubitandi est; quia duo imperfecta non faciunt unum perfectum. Igitur nec duæ semiplenæ probationes faciunt unam plenam probationem.

Sed hoc non obstante, dicendum omnino facere posse plenam probationem, si conjungantur, & ad unum, eundemque finem tendant, sive deinde sint ejusdem, sive diversi generis, ut unus testis cum Juramento, præsumptiones non adeo urgentes cum fama publica &c. Ita Gloss. in *c. cum causam* 13. *v. adminicula* b. tit. Gloss. in *c. veniens* 10. *v. illorum de testib.* Bartol. in l. *admonendi* 31. *ff. de jurejur. n. 48.* Mynsing. *cent. 2. obs. 100. n. 3.* Menoch. l. 1. *præf. 41. n. 1.* Hiltrop. *§. de speciebus probat. n. 6.*

Berlich. *concl.* 36. *cit.* à n. 147. Sichard. *in Rubr. C. b. tit. n. 6.* Perez. *cod. n. 5.* Haun. *tr. 4. cit. n. 11.* Honor. *hic n. 22.* Pirh. *n. 3.* Schamb. *n. 1.* Wiest. *n. 8.* & colligitur ex *c. cum causam cit. c. praterea 27. de test. c. fin. de success. ab intestat.* quibus textibus testes, fama, & quaecumque alia adminicula ad plenam probationem recipiuntur. Ratio est, quia quæ non probant singula, collecta juvant.

Excipiunt communiter Doctores. 1. *Causas criminales*, in quibus, etsi duæ semiplenæ probationes sufficiant ad effectum torquendi, inquirendi, suspendendi, non tamen sufficiunt, ut procedi ad condemnandum possit, nisi tales sint, quæ conjunctæ pariant moralem de crimine, de quo in reum inquiritur, certitudinem; quia ut *l. fin. C. de probation. habetur*, in ijs causis requiruntur probationes luce meridiana clariore.

2. Cause Matrimoniales; nam quia ibi vertitur periculum animæ, plena probatio requiritur. **3. Cause Civiles arduæ**, si tales sint, ut quoad pondus, & gravitatem criminalibus æquiparentur; & hoc ob grave præjudicium. Menoch. *l. cit. n. 10. § 11.*

Ad rationem dubitandi dico duo imperfecta non facere unum perfectum, quando tendunt ad diversa; secus, si tendant ad unum, eundemque finem, sicut duæ semiplenæ probationes ad hoc tendunt, ut Judici fidem faciant, qui informari in causa debet non ex uno solum probandi genere, sed ex pluribus & diversis *l. testium 3. §. ejusdem 2. ff. de testib. Bartol. l. cit. n. 49. Pirh. hic n. 3.*

18 Quaritur 7. quid sit *Inspectio ocularis*, & quomodo sit peragenda? *Inspectio Ocularis*, Germanicè *Augenschein / Augenscheinliche Besichtigung / Beweisung* / *ic.* est probatio saltem latius accepta, quæ Judici de re dubia, vel facto controverso per ipsam rei, in, vel extra Judicij locum oculis subjectæ, intuitionem fides conciliatur.

Ad eam recurritur sæpissimè, & aliquando etiam necessariò recurri debet in causa homicidij, aut vulnerationis, in novi operis nuntiatione, in causa damni infecti, in controversia de limitibus Parochiarum, Oppidi, Territorij, in objectione impotentie dirimentis matrimonium &c. Videatur Engl *hic n. 11. Wiest. n. 24. Schmier Proc. Judic. c. 13. n. 35. § seqq.* alique ab hoc *cit.*

19 Ut ad Causæ definitionem proficiat, peragenda est 1. à Judice competente per se, vel per aliam personam, quæ ipsius vices gerat, adhibito Judicij Notario, qui, si res patiat, universa, quæ aguntur in ipsa inspectione, fideliter conscribat. Brunnem. *Proceff. c. 22. n. 10.* Stryck. *tr. de Jur. sens. D. 1. c. 2. n. 14. P. Wiest. l. cit. n. 25. P. Schmier n. 48.*

2. Præcedere debet aliqua causæ

cognitio, num expediat, rem, de qua agitur, oculis usurpari, num proficuum sit hos, vel illos artis peritos, an alios ad id vocare *l. si irruptione 8. §. ad officium 1. ff. fin. regund. ibi: Si ita res exigit.* Stryck. *l. cit. n. 2. § 4. P. Schmier n. 42.*

3. Citari ad eam debent partes, quibus etiam prius auditis, plerumque decernitur. *Excipitur*, nisi fortè Judex ex officio clam ad suam tantum informationem suscipere illam velit. Gaill. *l. 1. obs. 26. n. 10. Brunnem. c. 22. cit. n. 6. Stryck. n. 11. P. Engl. hic n. 12. P. Wiest. n. 26. P. Schmier n. 44. § 45.* Ratio est, quia de Jure ad actum vocandi sunt omnes, quorum interest *l. de unoquoque 47. pr. ff. de Re judic.* interest autem partium, inter quas controversia vertitur; oculari inspectioni præsentem esse, cum per eam controversia sit decidenda. Ergo &c.

4. Ad illam ducendi sunt testes ab alterutro litigantium producti; quia in re præsentem se melius explicare, & Judicem informare possunt. Engl *l. cit.*

5. Adhibendæ plerumque sunt aliæ personæ rei, de qua agitur, specialiter peritæ, ut Medici, & Chirurghi ad explorandam gravitatem vulneris, obstetrices, & aliæ Matronæ honestæ, cum dubitatur de impotentia mulieris, Architecti, cum de novi operis nuntiatione, aut damno infecto ex ruinosis vicini ædibus, Agrimensores, cum de finibus & limitibus controversis agitur. Engl. Wiest. Schmier *l. cit.*

6. His de eo, quod verum esse cognoverint, sincerè edicendo deferendum est Juramentum, nisi hoc generaliter præstitissent in susceptione officij, ad ejus, quam profiterentur, artis, ut loquimur, jurati essent Magistri. Ita supra *cit.*

7. Pro ea faciendâ dandum est tempus, quod aliàs statutum est faciendis probationibus: imò largius; potest enim admitti etiam post publicata attestata, & ipsam conclusionem in causa, imò etiam post rem judicatam. Berlich. *concl.* 47. à n. 27. Ratio est, quia ocularis inspectio, cum habeatur ab experientia sensuum, habetur pro veritate; veritati autem semper locus esse in Judicio debet.

Si cum his requisitis peracta sit, 11 probationum omnium validissima est *arg. l. si irruptione 8. fin. ff. fin. regund. & l. pediculis 32. §. Neratius 5. ff. de aur. § arg. legat. Gaill. l. 1. obs. 26. n. 9. Berlich. concl. cit. à n. 14. Wiest. hic n. 27. aded*, ut locus habeat etiam casu, quo lege, vel statuto aliæ probationes non admittuntur, nec sententia respectu illius in rem judicatam transeat, sed per aliam sententiam rescindi possit, & debeat. Mascard. *de probat. Procem. q. 3. n. 16.* Quod verum est, si per ocularem inspectionem obtineatur facti evidentia; non enim semper obtinetur, quod sæpè sal-

latur oculus, & ejus, quæ investigatur, veritatis indicia certa desiderentur. Wiest, n. 28. apud quem vide plura, quando in causis Matrimonialibus sit adhibenda.

Quæritur 8. quid sit *Fama*, & quæ illius vis ad probandum? *Fama* alia hominis, alia inter homines dicitur. *Fama hominis* est ipsius existimatio, seu dignitatis illesæ status, Legibus, ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate Legum aut minuitur, aut consumitur, ut loquitur Callistratus l. cognitio-num 5. S. existimatio i. ff. de extraord. cognit. *Fama inter homines* est populi, sive alicujus Provinciæ, vel loci hominum commune, constans, & publicum judicium, & assertio de re aliqua. Huic affinis est *Rumor*, qui definiri potest, quod sit de re aliqua opinio, & sermo non communis, sed particularis, sive paucorum: quo à *Fama* distinguitur.

Ut *Fama* in Judicio fidem faciat, non allegari, sed probari debet. Probari autem potest 1. per privilegia, & instrumenta antiqua, intellige, si plura in eandem rem conveniant; nam unicum non sufficit, nisi sit Privilegium Papæ, vel alterius Summi Principis, aut Instrumentum tale super ipsa fama confectum esset. Mascard. concl. 752. à n. 1. 2. Per Scripturas authenticas, & litteras virorum probatorum: quæ & ipsæ non unæ esse debent, sed plures, & diversorum, Mascard. l. cit. n. 2. 3. Per testes, saltem duos; nam hi communiori DD. calculo sufficiunt. Mascard. concl. 750. n. 1.

Ut verò per istos *Fama* rite probetur, requisita varia ponunt Mascard. concl. 750. cit. per totam, Stryck, de Jur. sens. dissert. 3. c. 4. Haun. tom. 5. tr. 4. à n. 333. Engl. hic à n. 14. Wiest. ibid. n. 34. & novissimè R. P. Schmier Process. Judic. c. 13. à n. 10. 1. Enim debent deponere de auditu, quod audiverint à potioribus de communitate, rem ita se habere arg. c. qualiter 24. de accusat. c. præterea 27. de testib. 2. Debent assertionem suam confirmare Juramento; quia sicut in alijs casibus testi non jurato non creditur, ita nec in famæ probatione, nisi fortè 10. vel plures unanimiter de fama deponerent; tunc enim numerus supplet, quod in duobus periculosum videbatur. 3. Debent reddere rationem suæ scientiæ, seu nominare personas aliquas, à quibus fama ducat originem. Excipitur, nisi res essent minoris momenti, & præjudicij, vel facta antiqua, quæ hominis memoriam & ætatem excedunt; quia in talibus admittuntur probationes minus accuratæ. 4. Debent saltem in confuso, & superficialiter scire, & si interrogentur à Judice, dicere posse, quid sit fama. Dixi, in confuso, & superficialiter; non enim est necesse, ut explicent eam per verba Juris, sed sufficit, si expriment per ver-

ba facti. E. g. si testificentur de fama possessionis, non est opus, ut dicere possint, quid sit possessio, & quomodo hæc, & fama, de qua testificantur, Juridicè describatur, sed sufficit, si dicant, se audivisse communiter talem tenere rem, & fructus ex illa colligere. Mascard. n. 35. 5. Denique testificationes de ea deponentium debent esse concordantes, ita, ut se mutuo adjuvent: item debent esse benè morati, & bonæ famæ, non muliercula, & homines viles, de quorum fide & depositionibus dubium merito fieri possit, Mascard. n. 37.

Effectus *Famæ* pro diversitate causæ diversus est. In Criminalibus, quamvis legitime probata, in ordine tamen ad pœnam infligendam probationis nec plenæ, nec semiplenæ vim habet; quia ad hunc effectum requiruntur probationes liquidæ, & luce clariore l. fin. C. de probat. Imò si alijs indicij, & adminiculis non adjuvetur, aut valde vehemens sit, nec ad torturam personæ eâ gravatæ sufficit. Mascard. concl. 755. n. 6. Carpov. præf. crim. p. 3. q. 120. n. 27. Stryck. de Jur. sens. Diss. 3. c. 4. n. 30. P. Engl. hic n. 18. P. Wiest. n. 36. & hoc teste communiter DD. Non tamen omni effectu in causis his destituta est; nam 1. Procedi potest ex ea ad inquisitionem specialem in personam diffamatam c. qualiter 17. c. cum oporteat 19. & c. qualiter 24. de accusat. 2. Aliquando dat locum incarcerationi, quando persona de fuga suspecta, nec adeo propter antè actam vitam honesta est. 3. Indici sic diffamato Purgatio Canonica potest can. Presbyter 5. caus. 2. q. 4.

In Civilibus plerumque obtinet vim semiplenæ probationis, conf. accedente alia probatione semiplena, plena efficitur, ut colligitur ex c. præterea 27. de testib. & l. testium 3. S. ejusdem 2. ff. eod. Mascard. concl. 754. n. 11. Haun. tr. 4. cit. n. 354. Stryck. c. 4. cit. n. 22. Engl. n. 18. Wiest. n. 38. Dixi plerumque; nam aliquando plenam efficit fidem, aliquando Semiplenâ minorem. Plenam facit, quando factum est occultum, & difficilis probationis; quando agitur de vitando peccato v. g. ut impediatur Matrimonium propter impedimentum Consanguinitatis, vel aliud dirimens inter personas contrahentes intercedens; quando res est modici præjudicij &c. de quibus vide Mascard. concl. cit. à n. 7. Semiplenâ minorem vim habet in causis, quæ valde arduæ, & magni sunt præjudicij; imò quando fama à malevolis, maledicis, aut levibus hominibus orta est, vel propagata; quando testes de ea deponentes non sunt omni exceptione majores; quando vis ejus argumentis, & præsumptionibus in contrarium militantibus infirmatur &c. P. Wiest. n. 40.

De Personis ad probandum obstrictis.

SUMMARIUM.

26. 27. Cui incumbat onus probandi?
 28. 29. 30. 31. 32. Quando reo, & non a-
 ctori?
 33. 34. 35. 36. 37. 38. Quando neganti?
 39. 40. Cui in Judicijs Duplicibus?
 41. 42. An reus edere Actori debeat Instrumen-
 ta sua?
 43. 44. 45. 46. Exceptiones.

26

Quæritur 1. cui incumbat onus probandi? *¶* generaliter is probare debet, qui dicit, seu affirmat rem dubiam in Judicio in alterius præjudicium, nec habet pro se præsumptionem Juris. Conveniunt in hoc omnes DD. & expressè statutum est *l. ei incumbit 2. ff. & l. ut creditor 1. C. de Probat. sine dubio* idèd, quia si aliquid petere, & non probare sufficeret, nihil esset tam injustum, quod non peti, nulla innocentia tanta, quæ non opprimi posset. Hinc quia Actor plerumque affirmat, reus negat, regulariter onus probandi incumbit Actori, non verò reo neganti, *l. verius 21. ff. b. tit. l. frustra 8. l. actor 23. C. eod.* Quod adèd verum est, ut actore non probante reus absolvi debeat, etsi nihil præstiterit, i. e. nullam defensionem, vel probationem pro se attulerit, ut decernitur *c. fin. §. sanè de Jurjur. c. un. Ut Eccl. Benef. sin. dim. confer. l. qui accusare 4. sin. C. de edend.*

27

Extenditur hoc 1. ad omnes causas, non tantùm Civiles, sed etiam Criminales, nec ad profanas solum, sed etiam ad spirituales, & Beneficiales; nam in his omnibus procedit assertio. *Extenditur 2.* etiam ad casum, quo Judex ex officio inquirat; tum enim ipse probare debet contenta, & asserta in Inquisitione, quia succedit loco actoris, seu accusatoris. *Pacian. l. 1. de probat. c. 7. n. 2.* *Extenditur 3.* etiamsi constet, quòd reus nullum jus in causa, vel re habeat, ut quia res aliena est, quam possidet: nam nisi actor, qui dicit, se esse dominum, vel quasi dominum illius rei, hanc suam intentionem probaverit, in eo Judicio molestari reus non debet; quia in tali casu non quid Juris reo, sed quid actori competat, æstimandum est, ut rectè advertit *Pacian. l. cit. n. 55.* Dixi autem *regulariter onus probandi incumbere actori*; nam plures sunt casus, in quibus illud incumbit reo. Et hinc

28

Quæritur 2. quando onus probandi incumbat non actori, sed reo? *¶* his præcipuè casibus istud ex communi DD. sententia reo incumbere. 1. Si opponat Exceptionem affirmativam, h. e. si excipiendo

47. Responsiones ad Argumenta.

48. Utrum valeat pactum, quo inducitur necessitas utendi certo probationum genere?
 49. An si illud Juramento sit confirmatum?
 50. Quid agendum cum actis prioris Judicij, si causa ad alium Judicem devolvatur?
 51. Quomodo probari possint, si illa sint perditata?

aliquid asserat, e. g. si petitus solutionem à creditore dicat, se jam solvisse; tunc enim suscipit in se onus actoris quoad oppositas à se Exceptiones *l. in Exceptionibus 19. ff. b. tit. & ibi Gloss. V. velut intentionem.* Ratio est, quia *agere is videtur, qui exceptione utitur, & reus exceptione fit actor l. agere 1. ff. de Except. præscript. & præjud.* Dixi autem, *si exceptio sit affirmativa*; nam si reus excipiendo neget, ut fit in Exceptione non numerata pecuniæ, eâ propositâ, non reus, sed actor probare debet numerationem pecuniæ factam esse *l. si ex cantione 3. C. de non numerat. pecun.*

2. Si præsumptio Juris stet pro actori 29 re; tunc enim non actori affirmanti, sed reo neganti incumbit probatio. Ratio est, quia universim hæc vis, & potestas Præsumptionis est, ut ab onere probandi relevet, & illud in Adversarium, contra quem præsumitur, transferat *c. un. Ut Eccl. Benef. sin. dimin. confer. l. fin. pr. ff. quod met. caus. l. generaliter 24. §. sed etsi 8. in fin. ff. de fideicom. libert.* Imò si præsumptio hæc sit Juris, & de Jure, ille, adversus quem stat talis præsumptio, pro convicto habetur, cum contra hujusmodi præsumptionem nulla admittatur probatio, ut infra dicitur *Tit. 23. de Præsumpt.* Proceditque hoc, etiamsi pars adversa sit in possessione: ubi tamen distinguendum est, an possessor hujusmodi sit capax possessionis, vel non; nam si hoc *secundum*, uti est Laicus respectu Juris eligendi, decimandi &c. justificare possessionem suam adversus actorem, pro quo præsumptio Juris militat, debet, nisi possessio ejus immemoralis sit, & conf. præsumptionem privilegij à Principe concessi habeat. Si *primum*, à probandi onere eundem liberabit possessio longi, vel longissimi temporis; quia cum ejusmodi possessio sit idonea ad pariendam præscriptionem, etiam idonea erit ad infringendam præsumptionem, quæ possidenti obstat.

3. Si Actor sit persona privilegiata, 30 e. g. pupillus, minor, mulier, vel fortè vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, rusticus, & rerum forensium expertus; nam si talis persona

sona indebitum solutum queratur, is, qui accepit pecunias, probare debet se bene eas accepisse, & debitas sibi fuisse solutas; aliàs si non probaverit, redhibere tenebitur *l. cum de indebito 25. §. si autem 1. ff. b. tit.* Eodem modo, si major à minore emat bona immobilia, & postea minor, volens recedere ab emptione, pratendat non intervenisse Decretum Judicis, is non tenebitur probare defectum hujus solennitatis, sed emptor docere debet, quòd intervenerit *l. quæcumque 13. §. fin. ff. de Publician. in rem action. Neque obstat*, quòd aliàs præsumantur omnia solenniter acta, nisi contrarium ostendatur *l. sciendum 30. ff. de V. O.* nam hoc in minore, & pupillo non procedit ob horum favorem.

31 4. Si reus negans Juris sui fiduciâ onus probandi ultrò subeat *l. circa eum 14. §. si quis autem junct. Gloss. V. Juris ff. b. tit.* & ratio est, quia Juri suo potest renunciare, Circa lationem sententiæ tamen hoc casu distinguendum est, an reus hujusmodi post susceptum in se onus probandi legitime probet intentionem suam, an verò nec ipse suam, nec actor suam sufficienter probaverit, *si primum*, pro ipso positive est ferenda sententia. *Si secundum*, absolvetur reus tantum à Judicio illo, causam tamen non amittet, nisi ita in se onus probandi susceperit, ut simul ad amissionem causæ se obligarit, casu quo non probaverit.

32 5. Si Judex ex justa causa onus probandi in reum transferat, ut si deserat reo Juramentum in Judicio; debet enim tunc reus parere, & onus illud suscipere, ac præstitum loco probationis habebitur *l. manifestæ 33. ff. de Jurejur.* Vide Gloss. in *c. un. V. actor non probante Ut Eccl. Benef. sin. dimin. conf.* Durand. *Specul. tit. de prob. §. 1. à n. 10.* Hiltrop. *p. 3. tit. 8. §. cui incumb.* Sichard. *in l. 23. C. b. tit. à n. 3.* Jordan. *l. 14. tit. 17. à n. 17.* Haun. *tom. 5. tr. 4. à n. 24.* Vall. *hic §. 3.* Pirh. *à n. 5.* Wiest. *à n. 10.* & alios ab his cit.

33 Queritur 3. an & quando negans teneatur probare? *34.* distinguendum inter Propositiones negativas; nam triplicis generis esse possunt, una facti, alia Juris, alia qualitatis. *Negativa facti* dicitur, quæ negat aliquid factum fuisse, ut *Non occidi Titium, non contraxi cum Sempronio* &c. *Negativa Juris*, quando negatur aliquid de Jure fieri posse, vel de Jure factum fuisse, ut si quis neget Titium posse esse Procuratorem, vel posse contrahere matrimonium; vel si quis neget testamentum, electionem, emancipationem &c. esse jure factam. *Negativa qualitatis* denique, quando negatur aliqua qualitas in subjecto; quæ duplicis generis esse potest; nam aliquæ insunt homini communiter, & naturaliter, v. g. aliquem esse compotem mentis, legitimum, sobrium, pacificum, probum,

potentem ad coitum &c. aliæ solum insunt accidentaliter, & non communiter, v. g. aliquem esse Nobilem, Doctorem Theologiæ, vel Juris &c. His suppositis,

Certum est 1. Si propositio sit *negativa* 34 *va qualitatis*, quæ communiter, & naturaliter inest omnibus, eam probari debere à negante illam qualitatem. Gloss. in *c. bonæ 23. V. per rerum naturam de elect.* Pacian. *de probat. l. 1. c. 36. n. 29.* Hiltrop. *§. cui incumb. cit. n. 23.* & seqq. Pirh. *hic n. 13.* Engl. *n. 6.* Sannig *c. 2. n. 8.* Schamb. *n. 7.* Wiest. *n. 18.* Ratio est, quia qualitas, quæ communiter, & naturaliter inest homini adesse à Jure semper præsumitur. At si negetur qualitas, quæ solum accidentaliter, & non communiter inest, distinguendum est, an agatur de aliquo promovendo, vel admittendo ad Dignitatem, Beneficium &c. in quo qualitas illa requiritur; an verò de eo, qui promotus, vel admittus est, ob carentiam ipsius removendo. *Si primum*, non negativa, sed affirmativa propositio probanda est ab allegante; & si non probetur, non præsumitur adesse *arg. l. Magistros 7. C. de Profess. & l. un. C. de Profess. urb. Constantin.* *Si secundum*, onus probandi defectum talis qualitatis neganti incumbit, cum Adversarius ejus per possessionem muneris, quod talem qualitatem requirit, constituatur etiam in quasi possessione ipsius qualitatis, Pacian. *l. cit. n. 23.*

Certum est 2. si propositio sit *negativa* 35 *Juris*, & id, quod negatur, sit de genere permissorum, ut fit in exemplis supra allatis, eam propositionem probandam à negante *l. ab ea parte 5. ff. h. tit.* Hiltrop. *n. 19.* & seqq. Zœf. *hic n. 6.* Pirh. *n. 12.* Engl. *n. 6.* quia omnia præsumuntur de Jure licita esse, nisi prohibita esse probentur. At, quando negantur ea, quæ sunt de genere prohibitorum, e. g. cum negatur hominem aliquem jure occidi potuisse, non negans suam negativam, sed affirmans affirmativam probare debet, ut rectè advertit Pirh. *l. cit.* nam in materia communiter prohibita observari debet Regula: *Quod concessum non reperitur, eo ipso prohibitum censei debet.*

Controversia solum est de *Propositione negativa facti*: sed etiam hæc ope distinctionis decidi potest; nam triplex hujusmodi propositio num species est, videlicet 1. *Propositio negativa pura, simplex*, & *indefinitiva*, quæ non habet determinationem loci, temporis, vel alterius circumstantiæ, e. g. cum reus dicit: *Non contraxi, non mutuavi, non sum citatus* &c. 2. Est *Negativa facti determinata*, quæ limitata est certo loco, tempore, & alijs circumstantijs, ut si testis, vel actor dicat, Titium contraxisse matrimonium cum Bertha tali loco; tempore &c. 3. Denique *Propositio negativa pregnans*; quia se, virtualiter, & implicite

continet in se propositionem affirmativam, ut si quis dicat se non spontè renuntiâsse Beneficio; nam hic implicite asserit sibi vim illatam in renuntiatione Beneficij.

37 Ex his *Ultima* à negante probari potest, & debet *c. super hoc 5. de renunt. c. fin. v. nos causam de success. ab intest. l. si filius 8. ff. h. tit. Pacian. de probat. l. 1. c. 36. n. 20. & seqq. Honor. hic n. 11. Pirh. n. 11. Schamb. n. 7. König n. 24. Wiest. n. 19.* Ratio est, quia asserenti incumbit Probatio, sed qui utitur Propositione negativa prægnante, asserit aliquid. Ergo &c. *Secunda*, seu *Negativa determinata* à negante probari indirecè potest, si se. probet se eo tempore in alio loco, cum alijs personis fuisse &c. sed probari ab ipso non necessariò debet *c. ex tenore 35. de testib. l. optimam 14. v. etsi inter C. de contrah. stipul. Pacian. c. 37. n. 24. & seqq. Hiltrop. §. cui incumb. n. 7. & 34. Pax Jordan. tit. 17. n. 34. Henr. Canif. in c. 11. b. tit. n. 2. Laym. ibid. n. 1. Zoef. n. 6. Pirh. n. 10. Engl. n. 6. Sannig c. 2. n. 8. cum alijs supra.* Excipe, nisi super ejusmodi propositione negativa eam allegans fundet intentionem suam; tunc enim illam probare debet, cum regula generalis sit, quemlibet obligari ad probandum id, quod est causa, & fundamentum intentionis suæ.

38 *Prima*, seu *Negativa pura* non potest probari *l. actor 23. C. h. tit. & c. bone 23. de elect. Hiltrop. n. 35. Wefenbec. ff. h. tit. n. 6. Pacian. c. 36. n. 6. Pax Jordan. n. 34. Vallenf. §. 3. n. 3. Pirh. n. 8. König n. 22. Schamb. n. 6. Wiest. n. 21.* cum alijs relatis. Ratio est, quia negationis, utpote non entis, nullæ sunt causæ, nullæ differentia, nullæ proprietates, à quibus sicut definitiones, ita & probationes desumenda sunt, cum probatio nihil aliud sit, quam vera alicujus facti definitio, & demonstratio. Conf. quia non apparet, quo genere probari possit: non *per testes*; quia testis deponens super asseritione merè negativa non coarctata loco, & tempore fit suspectus de falso, ut notat Gaill. *l. 1. obs. 64. n. 4.* Non *per instrumenta*: quia Instrumenta erigi solent super affirmatione, non negatione, si illa sit merè indefinita. Non *per Juramentum*; quia hoc non defertur reo, nisi in defectum, & supplementum probationis. Non *per præsumptionem*; quia ista in propositione merè negativa locum non habet, nisi quatenus onus probandi rejicit in Adversarium, quod non est probare, sed relevari à probatione. Potest quidem fides de ea fieri per confessionem; sed hæc, ut sæpe dictum est, iterum non est probatio ejus, quod prius negatum erat, cum Adversarium relevet ab onere probandi, quod pars adversa confitetur.

39 Queritur 4. quis probare debeat in Judicij duplicibus, qualia sunt familiae heriscundæ, de communi dividendo, finium regundorum &c. *v. in his probare de-*

bet uterque litigantium; & ea pars tandem vincet, quæ melius probaverit: quòd si æquè probet pars utraque, absolvendus est possessor.

Ita Vivian. *in c. ex litteris 3. h. tit. Laym. ibid. n. 2. Gonzal. n. 8. & seqq. Barbof. n. 1. & 13. Wagner. in Exeges. Pax Jordan. n. 31. Perez in C. h. tit. n. 20. Brunnem. in l. 2. eod. n. 5. Vallenf. hic §. 3. n. 5. Zoef. n. 5. Honor. n. 8. Pirh. n. 14. & seqq. Engl. n. 4. Schamb. n. 8. Wiest. n. 11.*

Dixi 1. in his Judicij utriusque litigantium onus probandi incumbere.

Ita statuitur *c. ex litteris cit. l. in tribus 13. & l. seq. ff. de Judic. l. Judicium 10. ff. fin. regund. l. inter 44. §. qui familie 4. ff. famil. herisc. Ratio indicatur cit. textibus; quia in his uterque litigantium est simul actor, & reus. Hinc etiam *Actiones mixte*, & *Judicia duplicia* appellantur *l. actionis 37. §. mixte 1. ff. de O. & A.* Intelligendum tamen hoc solum est quoad onus probandi, & alios effectus Judicij; nam quoad ista solum in his Judicij uterque pro actore, & reo habetur: quo non obstante, ut lis facilius, & commodius ordinetur, & sciatur, pro quo sit pronuntianda sententia casu, quo uterque vel æquè, vel nihil probaverit, salubriter introductum est, ut etiam in his Judicij unus actoris, alter rei vicem sustineat: & actoris quidem vicem sustinebit is, qui primus provocavit in Judicium *l. in tribus cit. junct. Gloss. V. videri actorem.* Si non appareat, quis primò provocaverit, forte dirimendum est, quis principalis actor dici debeat, *sed cum ambo 14. ff. de Judic.**

Dixi 2. in casu equalis probationis absolvendum possessorem: quod clarè constat ex *c. ex litteris cit. v. quodsi*, ubi ratio redditur, quòd *promptiora sint jura ad absolvendum, quam ad condemnandum.* Conf.

nam ubi actor nihil probavit, pro reo ferenda sententia est *l. qui accusare 4. fin. C. de edend. sed reus plerumque possessor est; quia minorem habet causam provocandi.* Ergo rectè dicitur pronuntiandum esse pro possessore. Excipitur *v. quodsi cit.* si agatur de liberali causa; in hac enim, si utriusque partis probationes æquales sint, pro libertate sententia proferri debet etiam contra reum, & possessorem. Extendit exceptionem hanc Gloss. *in c. cit. V. in liberali* etiam ad alias causas favorabiles, cujusmodi est matrimonium, dos, testamentum; nam testes, qui pro ijs deponunt, præferuntur alijs testibus, etiam si fortè hi secundi priores excederent ob aliquam qualitatem, veluti quia Clerici sunt, illi Laici, ut notat Barbof. *in c. 3. cit. n. 8.*

Queritur 5. an in defectu probationum pars parti contra se instrumenta, & rationes edere, seu exhibere teneatur? Videtur standum pro affirmativa, ita ut non tantum actor reo, sed etiam reus actori ostendere, & exhibere instrumenta, ac rationes debeat, prout opus est ad probandam intentionem alte-

alterutrius. Ratio est 1. quia non debet probationibus præcludi via, & earum facultas coangustari *l. quoniam 21. in fin. C. de heretic. l. nec quid 7. v. de his ff. de incend. ruin. Sc.* sed nullo modo veritas clarius constare potest, quam per instrumenta *l. 1. C. de edend.* igitur actor reo, & reus actori ea tenentur edere.

2. Aequalitas servari debet inter actorem & reum. Sed omnium sententiâ actor reo edere debet instrumenta sua. Ergo etiam reus actori. 3. Reus cogitur respondere positionibus actoris, ut *Tit. præc. n. 44.* dictum est: item cogitur scribere, ut per litterarum comparationem possit actor probare Chirographum confectum manu propria Rei conventi. *Novell. 73. c. 1.* igitur etiam tenebitur edere instrumenta.

42 Sed his non obstantibus, vera est communis doctrina, quæ distinguit inter actorem, & reum, & de actore quidem concedit, quod edere reo instrumenta sua debeat, negat autem, quod ea debeat edere reus actori. Ita Abb. *inc. ex epistole 1. b. tit. n. 14.* Henr. Canif. *ibid. n. 1. § 2.* Fagn. *n. 1.* Laym. *n. 1. § 2.* Gonz. *n. 7. § seqq.* Barbol. *n. 1. § 13.* Wagner. *not. 1. Vall. §. 3. n. 6.* Zoes. *n. 9. Pirh. n. 22.* Schamb. *n. 13.* König. *n. 17.* & constat ex Juris utriusque textibus: Canonici quidem *c. ex epistole cit.* Civiles autem *l. in speciali 73. ff. de R. V. l. nimis grave 7. C. de testib. l. cogi 11. C. de petit. hered. l. qui accusare 4. & l. fin. C. de edend.* Ratio est 1. quia reus invitatus trahitur ad Judicium, & ibi comparatur non ad laedendum alium, sed ad tuendum se; actor vero in potestate sua positum habet Adversarium convenire.

Igitur mirum non est, quod majori favore Jus prosequatur reum, quam actorem, & eundem absolvat, si contra ipsum actor nihil probaverit, non autem in plus condemnet, quam iste ex instrumentis, quæ secum affert, ostenderit. 2. Quia Actor hoc ipso, quod in potestate ejusdem sit Adversarium convenire, ad Judicium instructus, & paratus debet accedere. Igitur probationes suas secum afferre debet, & non debet illas à domo Adversarii petere, vel causam suam super alienis documentis fundare.

E contrario æquissimo jure reus, à quo aliquid petitur, sibi rationes Adversarii, quibus se instruat, promi desiderat; debet enim ad has respondere. Igitur easdem sibi notas habere debet, quod non esset, si eidem non exhiberentur. 3. Quia nec Juris, nec æquitatis permittit ratio, ut quis contra se, & proprium commodum instruat Adversarium; nam ut pulchrè *e. ex epistola cit.* Gregorius loquitur, *nulli dicendum est, Ea, quæ contra te sunt, apud te ipsum debes documenta requirere, atque hæc pro me in medium proferre, ut emendatius ibidem legit Gonzalez.*

43 Excipiuntur tamen ab hac universali doctrina complures casus, quibus etiam reus actori edere instrumenta debet. Et 1.

quidem si instrumenta non sint propria unius, sed communia utrique parti *c. G. Perpetuus 12. de fid. instrum.*

Ratio est; quia tunc edit illud non ut suum proprium, sed ut instrumentum ipsius etiam actoris. Proceditque hoc, sive instrumentum sit commune ratione proprietatis, & ipsius chartæ, quo modo instrumenta defuncti sunt communia omnibus hæredibus; sive ratione actûs contenti, quo modo instrumentum emptionis venditionis est commune emproi, & venditori, quorum rogatu à Notario est confectum; sive denique ratione officij publici, quo modo communes sunt rationes argentariorum, libri censuales, acta Judicialia, & alia ad publicam utilitatem scripta *l. si que 5. ff. fam. l. heretic. l. argentarius 10. ff. l. is apud 2. & l. procurator 7. C. de edend. & passim DD.*

2. Si actor intentionem suam jam habet fundatam, e. g. si jam probavit, quod fundus reo sit venditus, sed nesciat, quomodo, & quibus conditionibus ea venditio facta sit, & quousque se extendat; tunc enim cogitur reus edere instrumenta sua ad adjuvandam intentionem actoris jam fundatam, & probatam, cum non petat ad principaliter impugnandum; adeoque cesset ratio, ob quam prohibentur instrumenta à reo peti *l. Titius 48. & l. creditor 52. pr. ff. de action. empt. & vendit.*

3. Si reus ipse utitur instrumentis suis, illaque producit in Judicio *l. quia 1. §. edenda 3. ff. de edend.*

Ratio est, quia quando alicujus intentio fundatur in aliquo instrumento, vel privilegio, tunc Adversarius petere potest, ut illud edatur sibi, non ut instruat ad probationem pro se præstandam, sed ut deliberare possit, an agere velit.

4. Si Actor demonstrat se suas rationes, & instrumenta amisisse citra suam causam, videlicet incendio, ruina, naufragio &c. tunc enim æquitas, & commiseratio suadet eidem succurri à Judice cogente reum, ut sua in subsidium instrumenta edat *arg. l. siquis 6. §. prohibet 9. ff. de edend.*

5. Potest actor petere à reo, ut exhibeat, quæ necessaria sunt ad probandam suam replicationem; nam Replicatio est quædam exceptio Actoris contra Exceptionem rei. Sicut igitur actor reo edere instrumenta sua debet ad fundandam exceptionem illius, ita pariter æquum est, ut reus actori edat instrumenta sua, quæ necessaria sunt ad fundandam replicationem illius. Abb. *in c. 1. cit. n. 15.*

6. Usurarij, si negent usuras se exercere, aut exercuisse, compelli possunt etiam per Censuras Ecclesiasticas, ut edant libros suos, seu instrumenta rationum suarum ad probandam intentionem actoris. *Clem. un. §. ceterum de usur.* Extenditur communiter ad similes personas, quæ frequenter fraudes committunt in contractibus, quales sunt Judæi, Publicani, Nummularij, cau-

pones &c. & hoc in odium fraudis, quæ auctori suo prodesse non debet.

45 7. Reus cogitur edere instrumenta sua fisco contra se agenti, idque ex speciali privilegio, quo gaudet fiscus, ut possit de domo Rei sumere probationes ad firmandam ex illis intentionem suam *l. ex quibusdam 2. §. Divus Adrianus 1. §. seq. ff. de Jur. fisc.* Id autem solum procedit in causa civili, non vero in criminali, saltem capitali; quia cum tunc agatur de præjudicio Rei multo graviore, quam in iudicio civili esse possit, is edere fisco instrumenta non cogitur: & ratio est, quia nimis durum foret agentem criminaliter ad poenam capitalem exigere probationes de domo Rei.

8. Privilegium hoc multi cum Abb. *in c. 1. cit. n. 19. Decio ibid. n. 15. Felin. n. 11.* extendunt etiam ad Ecclesias, & Hospitalia, aliæque loca pia, quibus proin concedunt, ut petere instrumenta à reopossit ad intentionem suam fundandam. *Rationem* dant, quia fiscus, & Ecclesia æquiparantur, saltem in materia favorabili: ideoque fisco concessa privilegia etiam ad Ecclesiam extenduntur ob paritatem rationis, cum utrobique verferetur publica utilitas, & Jura pari favore Ecclesiam & fiscum prosequantur.

46 9. Denique sunt nonnulli, qui idem privilegium trahunt etiam ad causas matrimoniales, vel alias, in quibus vertitur favor pieratis, ut sunt causæ alimentorum, dotis, legati ad pias causas, & generaliter ad omnes causas favorabiles, in quibus proin auctori à reo convento edi debere instrumenta volunt, saltem quando non adest copia, seu facultas probandi. *Abb. n. 19. Decius n. 16. Felin. n. 10. & 11. Wagn. not. 2. §. limitatur 3. Pirh. n. 26.* qui tamen notat, hoc in praxi non videri ubique receptum esse. Quidquid sit de ista praxi, hoc verum est, posse ob favorem causæ piæ Judicem imperare, ut edantur instrumenta à reo, quando res aliter probari non potest, ut rectè advertit Laym. *in c. 1. h. tit. n. 9. in fin.*

Videri de his Exceptionibus possunt *Abb. in c. cit. à n. 7. Decius à n. 13. Felin. à n. 9. Vivian. in ration. ibid. Canif. à n. 4. Laym. à n. 3. Wagnereck not. 2. Vall. hic §. 3. n. 6. Zœf. n. 9. Pirh. à n. 23. Schamb. n. 13. König n. 17. Sannig c. 4. n. 2.*

47 Sic limitatæ responsioni non obstant Argumenta opposita in contrarium. *Ad 1.* etsi verum sit, quòd probationum facultas non sit coangustanda, & propterea plura specialia in Jure permittantur, id tamen verum est solum, si legitimis medijs probatio fiat, & modis à Jure statutis. Sed non est modus à Jure approbatus è domo Adversarij probationes petere, nisi in casibus suprà exceptis; jus enim neminem compellit ad veritatem dicendam, nisi sit testis, ut habetur *c. intimavit 28. de testib.* vel nisi alias æquum videatur Judici, ut reum interroget *l.*

ubicunque 21. ff. de interrog. in Jur. faciend. quod hodie fit per positiones Auctoris in libello propositas. *Ad 2.* Principium illud, quòd æqualitas sit servanda inter auctorem, & reum, ut bene Henr. Canif. *l. cit. n. 11.* advertit, procedit tantum quoad probationem, ut sicut auctor intentionem, ita reus exceptionem suam probare debeat; non autem quoad editionem instrumentorum, unde probatio elicitor. *Ad 3.* disparitas est, quia respectu confessionis, quæ reus ad positiones responderet, non potuit auctor venire paratus, cum illa non sit in potestate sua; potuit autem venire paratus respectu instrumenti, cum potuerit sibi ab initio præcavere: & ideo ipse sibi imputare debet, si instrumenta idonea ad probationem causæ sibi non comparavit; nam vigilantibus, non dormientibus Jura subveniunt *c. vigilantis 5. de præscript.*

Queritur 6. utrum valeat pactum, quo inducitur necessitas utendi certo probationum genere? Fieri hujusmodi pacta nonnunquam solent à Sponsis, antequam matrimonium contrahant, dum inter pacta nuptialia cætera etiam istud ponunt, ut in annullorum, torquium, & aliorum cimaliorum repetitione soluto matrimonio non alia adhibeatur probatio, quam per instrumenta v.g. inventarium. Et quidem si pactum hoc ita sit in initum, ut superstes illa duntaxat restituere teneatur, quæ in Inventario descripta sunt, *P. Wiest, hic n. 22.* valere judicat, & meritò; nam quæ inventario descripta non sunt, superstiti relicta censentur per donationem morte confirmatam.

Si verò ita sit in initum, ut ex solo Inventario, & non aliunde probatio sumi possit, quæ res, soluto matrimonio, restitui debeant, quæ non, Pactum hujusmodi invalidum est, ut cum Ant. de Butrio notat *Fagn. in c. sicut 2. h. tit. n. 9.* Ratio est, quia bonis moribus adversatur, & difficiliorem probationem efficit, dum pacifcens intendit alias legitimas probationes excludere, fortè quia sperat probationem per instrumenta facile everti, vel impediri posse.

Dubium est, an Juramentum tali pacto additum obligatorium sit? Durand. 49 *Specul. de Probat. §. videndum 3. n. 6.* quem sequitur Haun. *tom. 5. tr. 4. n. 74.* putat illicitum quidem illud esse, sed de re licita, conf. instar ejus, quòd de Ufuris solvendis foeneratori præstatur, obligatorium *arg. c. debitores 6. de Jurejur.* Rationem dat Haunoldus; quia tale Juramentum sine peccato, & tertij præjudicio observari valet, consequenter locum habet *Regula c. cum contingat 28. de Jurejur. & c. quamvis 2. de pact. in 6.*

Sed dicendum tale Juramentum non minus, ac ipsum pactum viribus carere. Ita *Fagnan. in c. sicut n. 16. §. seqq.* ubi pro se allegat Fulgof. Alex. Imol. Seraphin. Ratio est, quia cum etiam ipsum ad occulta-

tio-

tionem veritatis tendat, à bonis moribus alienum non minus est, quam pactum, cui adjicitur: & hinc sicut pactum tale non tenet, ita nec juramentum obligat. Accedit, quia Juramentum, quod fit contra Jus publicum, obligatorium esse non potest. Tale esset in casu nostro, quo adstringeretur partes ad certum probationis genus e. g. per Instrumentum, exclusa probatione per testes, cujus usus per Jus publicum tanquam necessarius laudatur, & recipitur *l. testimonium 1. ff. de testib.*

Hinc, quæ in contrarium afferuntur, hoc ipso corrunt, & sequitur, non obstante hujusmodi pacto, & Juramento, quod ei additum est, alias probationes ad veritatem probandam adhiberi posse, si probationes pacto expressæ deficiant.

50 Quæritur 7. Si causa ad alium Judicem devolvatur, quid agendum cum actis Processus, & Judicij prioris? *xy. tunc remitti ad Judicem, ad quem causa devoluta est, debent, & eidem exhiberi, ut habetur c. causam 11. de testib. & sumitur ex c. bone 15. h. tit.* Ex quo sequitur acta in priore Judicio valere etiam in posteriore, & in hoc ex actis prioris Judicij procedendum esse, ut notant Vivian. in *c. bone cit. Laym. ibid. n. 2. Barbof. n. 1. Wagn. in Exeges. ejusd. cap.* Ratio est, quia idem Judicium, & tribunal esse censentur. Hinc repeti non debent a-

cta prioris Judicij; quia sufficienter fidem faciunt etiam in Judicio posteriore inter easdem partes litigantes: quod tamen intellige de actis instructorijs causæ tantum, & de decisorijs litis; nam ordinatoria litis, uti est citatio, libelli oblatio, Juramentum calumniæ, litis contestatio, datus terminus dilationum &c. si in alio Tribunali causa sit agitanda, repeti debent, quod non ad fidem faciendam, sed ad ordinem Judicij pertineant, qui in quocunque Tribunali servandus est. Plura de hoc *Tit. seq.*

Dubitatur, quomodo Acta Judicij, si perdita sint, probari possint? *xy. pro-* bari posse per duos testes, qui deponant se illa antea inspexisse, & legisse: imò sufficet quandoque confessio partium. Hinc si partes litigantes propria voce confiteantur litis contestationem esse factam, licet in actis illud non reperiatur, standum erit confessione illarum, ita, ut repetere illam non sit necesse, ut notat Abb. in *c. fin. h. tit. n. 2. Pirh. hic n. 69.* & ratio est, quia etsi aliàs confessio partium in his, quæ non dependent ab earum arbitrio, fidem non mereatur, fidem tamen meretur, si aliunde sit præsumptio, uti est in casu nostro; cum enim litis contestatio sit de substantia processus, merito præsumitur esse facta *l. sciendum 30. ff. de V. O. Abb. n. 2. cit. Felin. ibid. n. 2. Pirh. l. cit.*

§. III.

De Objecto Probationis.

SUMMARIUM.

52. Quid sit probandum?

53. 54. 55. Quomodo probandi sint Limites locorum?

56. 57. 58. 59. 60. Quomodo Filiatio?

61. 62. 63. Quomodo Aetas?

64. 65. 66. Virginitas?

52 **Q**uæritur 1. quid sit probandum? *xy.* in genere loquendo probatio versatur circa factum controversum, ad causæ decisionem pertinens, & quod directè probari possit, sive deinde criminale illud fuerit, sive civile. *Hiltrop. p. 3. tit. 3. §. cui incumb. n. 46. Welsenbec. ff. h. tit. n. 7. Pirh. hic n. 31. König n. 18. Sannig c. 4. n. 4.* Dixi 1. circa factum: quia, quæ sunt Juris, cum certa illa, & nota Judici præsumantur, non probantur in Judicij, sed allegantur ad inferendum aliquid aliud, quod in facto, aut faciendo consistit, prout notavi *suprà n. 3.* Excipiuntur ea, quæ sunt Juris municipalis, vel consuetudinarij; quia hæc æquiparantur quæstionibus facti: Item quæ sunt Juris communis quidem, sed dubij, quod Leges aliquo modo videantur esse contrariæ: tunc enim sensus Legis ex communi DD. opinione probari potest, &

debet. Dixi 2. *controversum*; nam facta notoria probatione non indigent: de quo vide *n. 3. cit.* Dixi 3. *ad causæ decisionem pertinens*; nam impertinentium probatio, utpote inutilis, non est recipienda, nedum decernenda. *Hiltrop. l. cit. n. 53.* cum reliquis *suprà.* Dixi 4. *quod directè probari possit*, saltem per conjecturas, vel Juramentum, cujusmodi sunt, quæ suapte naturâ occultæ, & clam remotis arbitris fieri solent; nam ea, quæ nullam omnino probationem suscipiunt, ut sunt propositiones merè negativæ, non coarctatæ certo loco, & tempore, nec debent, nec possunt probari. *Welsenbec. Pirh. l. cit.* Dixi 5. *sive criminale fuerit, sive civile*, cum hoc tamen discrimine, quod in civilibus causis sufficiant probationes minores, in Criminalibus autem requirantur plenissimæ, ob gravitatem præjudicij, quod secum trahunt *l. fin. C. h. tit.*

L 1 3

Quæ-

53 **Quæritur 2.** quomodo probandi sint *Con fines*, seu *Limites* Diocesium, Parochiarum & aliorum locorum? **R.** modus refertur *c. cum causam 13. h. tit.* & tradunt ibi DD. **1.** enim probari possunt per Libros, & scripturas antiquas *c. cum causam cit. & l. Tutius 48. ff. de action. empt.* Quænam scripturæ antiquæ dici debeant, controvertunt DD. aliqui putant sufficere **40.** annos; aliqui requirunt tempus excedens hominum memoriam: optimè illud relinquitur arbitrio Judicis, qui pro temporum, & rerum circumstantiis, quod æquum est, statuet.

2. Per Monumenta vetera *l. in finibus 11. ff. fin. regund.* Talia sunt historiæ antiquæ, & Chronica, si tamen illis à majoribus nostris fides sit adhibita; lapides terminales, cippi, & tabulæ aereæ, quibus fines, & formæ agrorum inscriptæ leguntur; arma sculpta affixa, vel depicta in monumentis, domibus, & capellis; item Inscriptiones, seu Ephitaphia antiqua &c. nam his, nisi fraus probetur, plena adhibetur fides, cum locum Instrumenti publici habeant, ut cum alijs docet Gonzal. *in c. 13. cit. n. 5.*

3. Per testes *c. cum causam cit.* **Ex** istis in hac materia finium maximè idonei sunt ij, qui in vicinis, & circumjacentibus locis habitant *arg. l. ait Prætor 1. §. flumen 1. ff. de flumin.* item rustici, qui plerumque terminos adeunt, & loca ipsa vident *l. si chorus 79. §. his verbis 1. ff. de fideicom.* **3.** Neque interest, etsi testes isti sint domestici, ut fusè probat Mascard. *concl. 395. à n. 9.* & ex eo docet Gonzal. *in c. 13. cit. n. 6.* sufficiunt etiam testes de auditu, modò expressè testentur se id audivisse à suis Majoribus, & eorum aliquot nominent Abb. *in c. 13. cit. n. 1. not. 2.* Ratio est, quia cum probatio per testes deponentes de visu in factis antiquis, quæ vitam hominum excedunt, sit impossibilis, major probatio, quàm per auditum requiri non potest.

4. Per famam publicam. **Imol.** *in c. 13. cit. n. 5.* **Felin. ibid. n. 9.** *Neque obstat 1.* quòd regulariter sola fama per se sine alijs adminiculis non probet; nam hoc non procedit in factis antiquis, ubi admittuntur leviores probationes. **Non obstat 2.** quòd *in c. cit.* ultra famam requirantur quæcunque adminicula ad probandum in rebus antiquis; quia ut rectè textum hunc explicat **Barbof. l. cit. particula Et** accipi debet non copulativè, sed disjunctivè, sicut subinde accipitur juxta subjectam materiam, de qua agitur.

5. Denique per Præsumptiones, con-
55 jecturas, & indicia, si plures jungantur simul, & ob diuturnitatem temporis res alio modo difficulter probari possit: imò etiam duæ ejusmodi præsumptiones, vel conjecturæ hoc casu faciunt plenam fidem; quia quæ non profunt singula, juncta juvant, **Gloss. fin. in c. 1. cit.**

Videatur de hoc Abb. *in c. 13. cit. n. 1.* Vivian. *ibid. in Ration.* **Henr. Canif. n. 1.** Laym. *à n. 1.* **Gonzal. à n. 4.** **Barbof. à n. 3.** **Hiltrop. p. 3. tit. 8. §. de specieb. probat. n. 4.** **Perez in C. h. tit. num. 11.** **Pirh. à num. 52.**

Quæritur 3. quomodo probanda sit **56** *Filiatio*? **R.** Filiationis probationem esse duplicem, aliam videlicet veram, & aliam præsumptam. **Vera**, & certa tantùm datur ex parte matris *l. quia semper 5. ff. de in jus vocand.* ex parte patris filiatio probari potest præsumptivè tantùm. **Ratio est,** quia mater semper est certa, pater autem non item. **Hinc** adhiberi in subsidium debent conjecturæ, & præsumptiones. **Istæ** autem ex varijs indicijs & causis nascuntur: de quibus passim DD. præsertim Abb. *in c. per tuas 10. h. tit. à n. 1.* **Felin. ibid. à n. 1.** **Vivian. in ration.** **Mench. de arbitr. cas. 89.** **Mascard. de probat. concl. 788. §. seqq.** **Laym. in c. 10. cit. à n. 2.** **Gonzal. à n. 10.** **Fagn. à n. 1.** **Henr. Canif. n. 1. §. seqq.** **Barbof. n. 1. §. seqq.** **Pirh. n. 44. §. seqq.** **Schamb. n. 12.** **Wiest. n. 60. §. seqq.** & novissimè **R. P. Schmier Proc. Judic. c. 7. n. 138. §. seqq.**

Et 1. quidem si quis natus sit ex **57** uxore in domo mariti cum ea cohabitantis, & potentis generare; tunc enim filius ipsius esse præsumitur *l. filium 6. ff. de his, qui sui, vel alien. Jur. l. si vicinis 9. C. de Nuptijs.* Est- que præsumptio ista Juris, & de Jure ita, ut adversus eam non admittatur probatio: **& Extenditur 1.** ut procedat, etiam si constet matrem eodem tempore cum alio viro onfuetudinem habuisse, adeoque adulterium commisisse; nam etiam eo casu filius talis præsumitur genitus ex legitimo marito potius, quàm ex adultero: idque tum ob favorem matrimonij, tum quia universim in dubio benignior, & favorabilior præsumptio, & interpretatio est facienda *c. estote 2. de R. J. Gonzal. in c. 10. cit. n. 3.* **Laym. ibid. n. 2.** **Barb. n. 3.** **Wiest. n. 60.** **Neque** obstat, etsi filius ita natus præferat similitudinem non mariti, sed adulteri; adhuc enim mariti esse creditur, quòd similitudo ista non attendatur, & ex alijs causis oriri possit. **Extenditur 2.** etsi uxor habitaret extra domum mariti; nam si hic quandoque ad illam solebat accedere, præsumi debet pro legitima natiuitate, cum fieri potuerit, ut is genitus fuerit ex marito. **Pirh. n. 46.** **Schambog. n. 12.** **Wiest. n. 63.** & apud hunc **Paleot. de Noth. §. spur. c. 24. n. 1.** **Mench. l. cit. n. 25.** **Extenditur 3.** etsi mater dicat, se filium talem ex adultero concepisse; quia adhuc standum est Juri præsumenti ipsum esse legitimum, donec probetur contrarium: quod non fit per assertionem matris; tum quia est testis singularis; tum quia deponit de propria turpitudine, & propterea ei credendum non est. **Extenditur 4.** etiam ad natum ex concubina; nam qui domi eam habuit, præsumi-

fumitur esse pater filij ex ea nati. Laym. in c. 10. cit. n. 4. Barbof. *ibid.* n. 2. Ratio est, quia hoc favorabilis, & melius est filio, quam ut dicatur vulgò conceptus, atque incerto patre.

2. Siquis ab aliquo filius appellatus, ut filius habitus, educatus, & tractatus fuit c. per tuas 10. b. tit. tunc enim constituitur in quasi possessione filiationis, ut verè filius præsumatur, & censeretur, donec contrarium probetur. Ratio est, quia, ut l. generaliter 13. C. de non num. pec. Imperator loquitur, *Nimis indignum est, ut quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem ipsum casum infirmari, testimoniòque proprio resistere possit.* Dixi autem, siquis ab aliquo filius appellatus, ut filius habitus &c. sola enim nominatio filij non probat aliquem esse filium, ut colligitur ex c. per tuas cit. ubi ultra nominationem Innocentius alia adminicula expendit: & ratio est, quia nominatio non concludit aliquem esse filium, sed multoties incidenter, & in alium finem plerumque potius blandiendi, quam veritatis inducendæ gratiâ fieri solet. Hinc, ut ex nominatione probetur filiatio, alia adminicula debent concurrere: qualia sunt, si aliquis nominetur filius eo modo, atque in eo actu, ut non nisi filio conveniat ea nuncupatio, ut est emancipatio, exhereditatio &c. siquis in iudicio confessus sit esse filium suum, vel extra illud datâ operâ præsentem nominavit filium suum; si filium suum nominavit in instrumento publico, vel in privato diem natiuitatis ejusdem filij annotavit; si educavit, aluit, & tractavit ut filium &c. In his enim casibus nominatio magnam præsumptionem facit, & parit probationem saltem semiplenam, ita ut onus probandi rejiciatur in Adversarium, & sic compellatur, & tractatus constituitur in quasi possessione filiationis, quâ non privabitur, est postea pars altera etiam jurata, neget esse filium suum, ut patet ex c. per tuas cit. Ratio est, quia jus acquisitum in filio sine ejus factò ab eo auferri non potest l. id quod nostrum 11. ff. de R. J. alioquin parentes faciliè possent ad suum placitum, & pro libitu filios proprios à sua cura, & successione repellere, negando eos esse filios suos addito Juramento proprio, quod durissimum foret. Excipitur 1. nisi pater probabiliter probet, quòd errore deceptus eum pro filio suo habuerit; tunc enim, detecto errore, ac veritate, cessat præsumptio filiationis arg. c. transmissæ 3. qui fil. legit. P. Wiest. hic n. 66. Excipitur 2. si filius, postquam ab eo, qui ipsum aliquot annis filium nominavit, & ut talem tractavit, tanquam extraneus ejectus fuit, hujusmodi repudationi acquievit, & in alterius domum se contulit, etque tanquam patri adhæret; nam eo casu non tam ejicientis, quam suo factò possessionem filiationis perdidit, cum censeatur Juri suo ren-

nuntiâsse. Felin. in c. per tuas cit. n. 14. Palæot. de Noth. & spur. c. 25. n. 7. Menoch. de arbit. cas. 89. n. 75. Wiest. hic n. 66. cit.

3. Ex communi fama, & opinione, præsertim domesticorum, consanguineorum, ac vicinorum, testantium, quòd talis communiter sit nominatus habitus, & tractatus ut filius. Et quidem si hujusmodi fama alijs adminiculis, puta filij nominatione, unius testimonio &c. corroborata sit, certum est per eam plenè filiationem probari; quia fama ita corroborata vim probandi plenè habet etiam in alijs Causis Civilibus. An verò etiam plenè probet filiationem, si adminicula ista non accedant, controversatur inter DD. Affirmant Ant. de Butrio in c. transmissæ cit. Palæot. c. 23. n. 2. Menoch. casu cit. n. 86. & alij apud istum. Moventur 1. verbis c. per tuas cit. ibi: *Filius ejus nominatus communiter fuit*, ubi vox communiter videtur vindicare famam communem. Cum igitur Pontifex in eo textu deciderit Patris contrarium deponentis Juramento illo casu standum non esse, dicendum erit, per hujusmodi famam plenè probari filiationem. 2. c. transmissæ cit. ubi vicinæ fama in filiationis probatione ab Alexandro III. rejecta est propter contrariam viri, & mulieris negationem. Igitur per argumentum à sensu contrario, negatione illa seclusa, filiatio per famam legitimè fuisset probata. 3. l. si mater 6. ne de stat. defunct. ubi famæ, seu communi opinioni adstruitur vis aliquem constituendi in quasi possessione ingenuitatis. Igitur constituere etiam poterit in quasi possessione filiationis. Sed dicendum, famam ejusmodi, si alijs adminiculis suffulta non sit, non habere majorem vim probandi, quam semiplenam. Abb. in c. transmissæ cit. n. 10. Felin. in c. per tuas cit. n. 15. Decius *ibid.* n. 8. Gonzal. n. 14. Wiest. hic n. 69. Ratio est, quia fama de Jure rei fidem solummodo confirmat l. testium 3. §. ejusdem 2. ff. de testib. igitur sola fidem plenam non facit. Accedit, quia vis plenè probandi filiationem nullo Jure famæ concessa est. Vide dicta supra n. 22. & tribus seqq. Neque contrarium probant Argumenta adversæ sententiæ. Ad 1. verba illa *Filius communiter nominatus fuit*, non ad viciniam, sed ad concubinariorum, virum, & mulierem, referri debent, ita, ut sensus sit, eum, de cujus filiatione agebatur, communiter, h. e. ab ambobus ita nominatum, & pro tali habitum fuisse. Ad 2. si fama sola vim habet probandi plenè, in causa c. cit. debuisset prævalere inficiationi viri & mulieris, factæ in causa liberorum: quod tamen noluit l. cit. Pontifex. Ad 3. in casu l. si mater cit. quasi possessionem ingenuitatis non induxit fama sola, sed conjuncta cum quinquennij præscriptione, de qua toto Titulo illo agitur.

4. Ex Civitatis, vel oppidi actis, si in his,

his, quinam prolium in lucem editarum parentes sint, ab Officiali publico adnotetur; ex libris Parochialibus, in quibus scribuntur, atque notantur nomina, parentes, patrini Baptizatorum; ex annotationibus ipsorum parentum, in quibus isti scripserunt diem natiuitatis suarum prolium; ex alijs instrumentis antiquis, quamvis verba enuntiativè duntaxat concepta sint &c. Barbof. in c. 10. cit. n. 4. Gonzal. *ibid.* n. 14. in fin. Pirh. n. 48. circa fin. Wiest. n. 70.

Quocunque ex his modis probata sit filiatio, eam vim probatio ista habet, ut is, qui probatus sic est esse filius alicujus, contrahere nequeat Matrimonium cum consanguineis sic probati patris, ut patet ex c. 10. cit. in fin. & habet Gloss. *fin. ibid.* Henr. Canif. n. 4. Laym. n. 1. Pirh. n. 44. idque ob morale periculum incestus.

61 Quæritur 4. an, à quo, & quomodo probanda sit Ætas? R. distinguendum inter tres præcipuè casus. *Primus est*, quo ætas certa ab agente allegatur ad fundandam intentionem suam, ut si petens admitti ad Professionem Religiosam, dicat se jam complevisse annum ætatis decimum sextum; si suscepturus Sacerdotium asserat, se annum vigesimum quintum jam attingisse; si implorans beneficium restitutionis in integrum, asserat se adhuc minorem esse &c. *Secundus*, quo ætas allegatur ad impediendam promotionem, seu admissionem alterius ad officium, Beneficium, Ordinem &c. e. g. si Titio, quem Procuratorem suum in Judicio consultuit Cajus, pars adversa opponat, quòd 25. annis minor sit; si Mavio, in Episcopum eligendo unus ex Capitularibus opponat, eum non implevisse annum ætatis trigessimum &c. *Tertius*, quo ætas allegatur ad impugnandum actum jam perfectum, ut si ad impugnandam collationem Beneficij Curati Adversarius dicat, eum, cui collatio illius facta est, annum 25. ætatis nondum inchoasse, vel ad impugnandam electionem Episcopi jam factam præterdat Electum habere defectum ætatis Jure requisitæ &c.

62 In quolibet horum Casuum ætas, vel defectus ætatis requisitæ probari debet ab eo, qui intentionem suam fundat in ætate, vel defectu ætatis asserto, prout patet ex c. in presentia s. b. tit. sed cum discrimine; nam in primo casu debet probare ætatem requisitam is, qui intentionem suam in ea fundat; & ratio est, quia etsi ista aliàs sit qualitas naturalis, cum tamen in continuo progressu sit, & cursu temporis semper varietur, ideò Jus eandem non præsumit. In secundo casu non à promovendo, vel admittendo ætas, sed ab Adversario defectus ætatis probandus est ob generalem regulam, quòd excipiens probare debeat exceptionem suam. Atqui is, qui ad impediendam promotionem, electionem &c. allegat defectum requisitæ

ætatis, hac pro exceptione utitur, & in ea se fundat. Ergo &c. Neque obstat, quòd exceptio hæc, quâ opponens dicit, promovendum non esse constitutum in ætate requisita, videatur esse negativa, & conf. probari non debeat; est enim negativa prægnans, quia implicite affirmat hunc, qui aspirat ad officium, esse in ætate minori, conf. probari potest, & debet. Excipitur, quando ex promotione alicujus, qui ætatis requisitæ defectum habet, sequeretur dispendium animarum propter actus nullitatem; nam tunc ad istud avertendum teneretur promovendus ætatis defectum aperire. In tertio casu ætatem, vel defectum ætatis probare debet ille, qui actum jam perfectum impugnat; quia præsumptio Juris est actum antecedentem rite, & rectè celebratum esse. Accedit, quia principium generale est, quòd quisque probare debeat id, in quo fundat intentionem suam.

Probari autem Ætas potest 1. 63 Testimonio ipsorummet Parentum, propinquorum, domesticorum, quibus ea, quæ domi contingere, notiora sunt, quàm extraneis. 2. Per librum Parochi, in quo inscribi solent infantes baptizati. 3. Per depositionem obstetricum, quæ interfuere partui, vel parturientium, qui susceperunt infantem ex baptismo &c. 4. Per alia indicia, & conjecturas sumptas ex habitu corporis &c. Mascard. concl. 668. Et seqq. Menoch. l. 2. præsumpt. 51. Antonell. tr. de temp. Legal. l. 2. c. 12. per tot.

Quæritur 5. quid judicandum casu, 64 quo mulier tam Juramento proprio, quàm testimonio plurium mulierum, ex aspectu corporis testificantium eam esse virginem, se virginem dicit; vir autem per Juramentum asseverat eam se cognovisse? Casus hic ponitur c. proposuisti 4. h. tit. Videtur judicandum pro viro; quia can. si quis 3. caus. 23. q. & c. continebatur 6. de despons. impub. dicitur, si vir dixerit, quòd uxorem suam cognoverit, idque Juramento firmaverit, & mulier id negaverit (etiam cum Juramento) pro viri standum Juramento esse, quòd vir sit caput mulieris, & hinc magis ipsi credendum sit, quàm mulieri. Accedit, quia fallaces sunt inspectiones omnes, ut propterea virginittatis Judicium difficile, ac impossibile judicetur. Neque confirmat hoc Juramentum mulieris; quia mulier, dum novas nuptias appetit, facile pejerat l. ambiguitates 2. C. de indict. viduit.

Sed his non obstantibus, decidendum 65 pro uxore. Ita factum c. proposuisti cit. & docent Vivian. *ibid.* in rational. Henr. Canif. n. 1. Et 2. Laym. n. 2. Barbof. n. 1. Wagnereck in Exegef. Pirh. hic n. 39. Sannig c. 4. n. 5. Ratio est, quia in concursu probationum sibi contrarium semper plenior prævalet c. licet 9. h. tit. c. in nostra 32. de testib. l. ob carmen 21. S. fin. ff. eod. sed in casu c. pro-

proposuisti cit. probatio mulieris plenior fuit, cum præter Juramentum à se depositum assertionem suam firmaret testimonio septem matronarum, quarum iudicio, cum perita in arte fuerint, plurimum deferendum fuit. Ergo &c. Sed neque requiritur tantus numerus testium matronarum; nam sufficit, si pro virginitate deponant duæ, vel tres mulieres, modò fuerint honestæ, & artis peritæ, ac testimonium juratæ dicant, ut tradit Gloss. in can. nec aliqua 4. V. obstetricum caus. 27. q. 1. Henr. Canif. in c. proposuisti cit. n. 7. & 9. Barbof. ibid. n. 7. cum alijs.

tra viri Juramentum proponitur depositio jurata uxoris tantum, non verò, quando huic suffragantur etiam alia testimonia; tunc enim plenior, ut dixi, est uxoris probatio, & cons. præferenda Juramento mariti. Ad Conf. etli fallax sit inspectio obstetricum, tamen juncta tam harum, quam ipsius mulieris Juramento parit fidem plenior, quam Juramentum solius mariti, affirmantis se mulierem cognovisse: unde illi potius, quam huic deferendum est, ita tamen, ut admittatur probatio in contrarium, quod fieri potest per inspectionem ab alijs mulieribus æquè peritis faciendam.

TITULUS XX.

De Testibus, & Attestationibus.

Post tractationem de Probationibus in genere descendendum ad harum Species. Inter istas prima, & utilissima occurrit, quæ defumitur ex Testimonio, & depositione Testium,

cumque viva istorum voce fiat, præ alijs excellentiorem, & efficaciorē probandi modum continet. Hinc ante alias Probationum species hic de Testibus, & Attestationibus agitur.

§. I.

De Natura, & Qualitate Testium.

SUMMARIUM.

1. Definitio, & Varietas Testium.
2. Admittuntur Testes omnes, qui Jure non prohibentur.
3. 4. Jure naturali prohibentur furiosi, infantes &c.
5. 6. Jure positivo removentur primò impuberes.
7. 8. Secundo cæci, surdi, & muti cum limitatione.
9. 10. 11. Tertio Servi propriè dicti.
12. 13. Quarto corrupti pecuniâ pro dicendo Testimonio.
14. Qui etiam datorum non acquirunt dominium.

15. Nisi pro expensis itineris &c. data sint.
16. Sexto infames.
17. Cum exceptione.
18. 19. Septimò criminosi.
20. Casus excepti.
21. 22. 23. Octavo Accusati, & incarcerati ob crimen grave, & infamiam irrogans.
24. 25. Nonò perjuri.
26. Decimò Excommunicati.
27. Testimonium tamen ipsorum valet.
28. Undecimò Persona viles.

Quæritur 1. quidnam sint Testes, & quid eorum Attestationes? Respondetur sunt Persona, quæ de re, aut factò aliquo dubio & controverso legitime evocata testimonium dicunt; vel generalitèr: quæ ad fidem alicujus rei faciendam adhibentur. Attestationes verò sunt ipsorum testium depositiones, seu asseverationes super factò aliquo. Testium alij sunt Judiciales, qui in Judicio; alij Instrumentarij, qui in instrumento; alij Testamentarij, qui in Testamento adhibentur. In hoc Titulo potissimum agitur de Testibus Judicialibus, De his c. placuit 1. h. tit. decernitur, ut sint idonei, fideles, & jejuni.

Dicitur 1. Idonei, i. e. qui non prohibentur testificari. Et hi non unius sunt

generis; nam aliqui ex his dicuntur omni exceptione majores, qui videlicet nulla legitima exceptione à Testimonio deponendo repelli possunt; alij minorem fidem merentur, quia tamen eorum defectus alijs adminiculis suppleri potest, in certis casibus etiam ipsi permittuntur testificari.

Dicitur 2. Fideles: qua voce quidam Interpretes putant excludi Infideles, Judæos, Hereticos &c. sed meliùs apud Gonzal. in c. placuit cit. n. 2. & alios idem sonat, quod Fide digni. Consonat huic Interpretationi expositio Gratiani, qui ubi in Decretalibus l. cit. habetur Fideles, ipse can. placuit 2. caus. 4. q. 3. in suo Decreto posuit Fideliores.

Dicitur 3. Jejuni: hoc autem solum est de honestate, & decentia ob reverentiam

Mm

tiam