





DISPVTTATIO IVRIDICA  
DE  
**COLLISIONE  
PROBATIONVM,**

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,  
DN. PHILIPPO WILHELMO,  
PRINCIPE BORVSSIÆ, MARCHIONE BRANDENB.  
DVCATVS MAGDEB. GVBERNAT. &c. &c.

IN REGIA FRIDERICIANA

PRÆSIDE

IVSTO HENNINGO *Höhmer*, D.  
PROF. P. ET FACVLT. IVRID. ASSESSORE,

IN AVDITORIO MAIORI

*ad diem Novembr M. DCCVII.*

Publico Eruditorum Examine submittit

CHRISTOPHORVS FRIDERICVS KOCH,

SANGERH. THVR.

---

HALÆ MAGDEBVRGICÆ 1738.

Typis IOANNIS CHRISTIANI HILLIGERI, Acad. Typog.

222

1707

16d

24

TESTIMONIA SE IN PROPOSITIONE

Hic aditio, in de casu...  
 testes omni exceptione...  
 facti, aditio...  
 collatio...  
 et quidem...  
 4. ob...  
 inde...  
 quibus...  
 cum...  
 etiam...  
 plus...  
 tam...  
 for...  
 propter...  
 aiores...  
 quod...  
 quod...  
 locum...  
 magis...  
 Iam...  
 hanc...  
 CAROLUS...

Conclusions  
 quae referuntur

Typi JOH. CHR. SCHNEIDERI, ACAD. TYPOG.





DISPUTATIONIS  
DE  
COLLISIONE PROBATIONVM

CAPVT I.

DE

COLLISIONE TESTIVM INTER SE IN  
PROBANDO.

§. I.



Ta res nostræ comparatæ sunt, *Probatio in*  
vt non sufficiat ius perfectum habere, *lite omne ferè*  
nisi etiam legitimis probationibus de- *punctum.*  
bita modo extra omnem controver-  
sam & dubitationem constitui possit,  
alioquin obtinebit elegans assertum lu-  
risconsulti in L. 30. ff. de testam. tutel.

*aientis: tibi non deficit ius sed probatio.* Cum itaque omnis  
ratio ius suum aduersus alios defendendi & asserendi in pro-  
batione consistat, & vero modus & media probandi non ita  
semper aperta sint, sed qualiscunque demum probatio ad-

A 2

sera-

222

*Difficultates  
in Collisione  
probationum.*

feratur, per reprobationem aduersarii dubia fieri possit, hinc non raro difficultates in praxi existunt, an & quis inter litigantes probauerit, cum uterque probasse suam intentionem videatur, actor quidem affirmatiuam, reus negatiuam, vnde *Collisiones probationum* oriuntur. Et tamen nihilominus iudicis est, pronunciare vel pro actore, vel pro reo, pro vt ius & iustitia id postulat, non alteri gratificari aut casum pro amico in re dubia admittere, quod a regulis iuris alienum est. Quid autem iudex in tali probationum collisione sequi debeat, hinc inde a Doctoribus quidem tradi solet, sed, quod ingenue fateor, tradita Dd. non semper coherere vel satisfacere videntur, si vel maxime patres practantium Mascardum & Menochium in consilium vocaueris, qui plerumque infinitas conclusiones coaceruant, sed in fundamentis genuinis fluctuant. Ante aliquot annos Dn. Praeses de *collisione praesumptionum* iam eundem defectum circa praesumptionum collisiones annotauit & regulas Menochii, quas de hac materia adduxit, *Cap. 2.* examinauit, aliasque *Cap. 3.* substituit. Inde iudicavi me non inutilem suscepturum esse laborem, si eodem instituto, quid in Collisione probationum sequendum sit, pro modulo ingenii mei disquirerem & praesenti disquisitione enuclearem.

*Quid per Collisionem probationum intelligatur?*

§. II. Quid per collisionem proprie in iure denotetur in dict. *Disp. de collis. praesunt c. 1. §. 2.* iam satis ostentum est, vnde vel binis verbis illud tantum tangendum. Scilicet collisio vi vocis denotat, duorum corporum solidorum adeo grauem concursum, vt necessario vnum alteri cedere & locum relinquere debeat, vbi naturale est, vt quod pondere & virtute alteri praepollet, alterum a se repellat & quasi supprimat, quod tanta virtute non pollet & resistere nequit. Vt itaque vtrique corpori virtus quaedam satis magna insit, tamen

## TESTIVM INTER SE IN PROBATIONE. 25

tamen dum altera per alteram supprimitur, illa, quæ suppressitur, virtutem suam amittit. Et talis collisio eo grauior esse solet, quo magis illa corpora sibi contrariantur & opposita esse videntur. Postea ad res morales hic terminus applicari cœpit, vbi itidem significat concusum rerum moralium in vno eodemque casu, quæ simul applicari & subsistere nequeunt, sed necessario vnum alteri cedere debet. Talis Collisio est inter duas præsumptiones in vno eodemque facto concurrentes sibi que quasi contradicentes, quarum exempla adducta sunt in *Disp. cit. c. 3.* Talis quoque collisio est inter leges, de quo themate illustris Hertius *de collisione legum* egit, & sic quoque talis collisio existere potest in probationibus, quando vterque litigantium probavit, siue quod vtrique probatio iniuncta sit, vt in iudiciis mixtis contingere potest, siue quod actori probatio iniuncta, a reo vero reprobatio sponte suscepta sit.

§. III. Quemadmodum autem varii sunt modi probandi, veluti per testes, documenta, confessionem, iuramenta & præsumptiones urgentissimas, ita non dubium est, quin variis modis collisio probationum contingere queat, quos omnes excurere nimis longum foret. Cum enim quæ de collisionis præsumptione dici possint, iam in *citat. Disput.* explicata sunt, quæ autem de collisione iuramentorum & confessionum dici possent, peculiarem requirant laborem, superest vt in præsentî Disputatione tantum *de Collisione Testium & Instrumentorum* in probando edisseram, præsertim cum thema diffusissimum per se sit, nec admixtionem aliarum doctrinarum facile admittat, & præterea casus harum collisionum frequentiores in praxi existant de quibus disputari possit. Atque talis collisio potissimum tribus modis exserere potest: (I) Quando verinque testes producantur

Quod modis  
Collisio proba-  
tionum  
o.iri possit.

ADS

& depositiones eorum inter se collidunt, de quo agam *Cap. presenti.* (II) Quando hinc testes, illinc instrumenta adducuntur, ut ita inter hanc diversam probationis speciem collisio oriatur, de quo themate agendum capite secundo. (III) Quando inter instrumenta hinc inde ab actore & reo producta collisio oritur, quod thema capite tertio explicandum erit.

*Status controversie formatur in casu quando testium collisio adest.*

§. IV. Ut itaque de collisione testium inter se eo citius constet, pramitto sermonem hic nobis esse de ejusmodi casu, quando uterque, & actor & reus plene per testes probavit, ita ut testes directo contrarium inter se asserant. Non itaque primario huc pertinet (I) quando testes alterutrius non sunt omni exceptione maiores, vel alias inhabiles, ita ut fides illis haberi non possit, sic enim facilis ratio est, decisionem pro alterutro faciendi, de quo nunc non ero sollicitus. (II) quando alter plene probavit, alter semiplene, nam tunc itidem concursus ejusmodi adest, ubi non adeo gravis collisio oritur, sed mox apparebit pro quo pronunciandum. Ille vero concursus est gravissimus, si uterque sufficientem numerum testium pro se adduxerit, quorum personis non adeo quid opponi possit, de quo nunc videndum.

*An in collisione testium ad numerum respiciendum sit?*

§. V. Farinacius *Lib. 3. tit. 7. q. 65.* plures & quidem nouendecim hic regulas concessit, inter quas regulas tamen rursus tanta collisio reperitur, ut non satis constet, quomodo applicari recte possint, ubique enim & limitationes & sublimitationes occurrunt, quæ faciunt, ut regulis præmissis parum fidendum sit. Primam enim regulam hanc constituit *n. 107.* quod *testibus hinc inde contrariis plures numero vincant pauciores, magisque standum sit depositionibus plurium testium quam pauciorum, quam regulam pluribus* Dd.



Dd. allegatis confirmat. conf. Carpzov, in *Process. tit. 13. art. 3. n. 71.* Mynf. *cent. 4. obs. 38. n. 6.* Richter. *ad C. 32. X. de testib. Vultei. Vol. 2. Conf. Marp. 30. n. 14.* Probant communiter hanc regulam ex *C. 32. X. de testib.* vbi Pontifex pro ratione decidendi sequentia adducit: *Cum igitur plures inde sint testes numero pauciores producti, quos non solum diversa, sed aduersa penitus in quibusdam constat testimonia reddidisse &c.* Porro in *c. 9. X. de Probat. vers. ex premissis* itidem huc videtur prouocasse Pontifex asserens, *testibus numero pluribus potius lucem veritatis assistere, vbi enim est maior numerus, ibi maior praesumitur veritas, vti colligunt ex c. 37. X. de elect.*

§. VI. Vereor tamen, ne haec regula parum vel nihil *Rei iuris* proficit. Videtur hoc ipsum agnouisse Arcadius in *L. ob car. sententia, men 21. §. 3. de testibus*, vbi disertis verbis ait: *Non enim ad multitudinem respici oportet, quod ipsum quoque repetit Pontifex in c. 32. X. de testibus* aiens: *quin etiam ad multitudinem tantum respici non oportet, quo ipso indigitat, posse quidem numerum testium tanquam adminiculum aliquod probationi per testes accedere, si aliunde pondus suum iam habeat, per se autem reuera ad praeponderationem testium inter se nihil operari, quo etiam respexit in c. 9. X. de probat.* Si itaque multitudini testium in tali collisione aliud pondus deest, quomodo potest vincere in probando? Accedit quoque haec ratio naturalis, quod ad plenam probationem sufficientiant duo testes, si itaque vtrinque plures quam duo testes producti fuerint, vterque secundum iura plene probavit, licet alter quinque alter octo pro se habeat, vbi vtrinque reuera hoc intuitu probatio aequalis redditur, non itaque ex multitudine testium, sed aliunde multitudini pondus conciliandum est. Praeviderunt hoc dubium Carpz. & Mynsing.

cir.

*cit. l.* & ita hanc regulam ad illum casum restringendam esse, voluerunt, si nulla succurrat ratio, vt iudex in quorundam depositiones magis inclinet. Verum accidere non potest casus, vt non aliunde ex regulis mox dicendis probationi pondus accedere possit, quo ipso fit, vt non ad numerum testium, sed ad aliud respiciendum sit.

*Vtcrius id illustratur.*

§. VII. Cognoscitur id vterius ex limitationibus a Farinacio huic regulæ subiectis, inter quas hæc quoque occurrit, *si pauciores pro reo deposuerint*, quod tunc potius huius probationi standum sit. Hæc limitatio semper in omni casu occurrit, cum necessario alter actoris alter rei partes in omni lite sustinere debeat, si itaque in dubio pro reo semper pronuntiandum est, nec minor numerus testium ei nocebit, nec maior proderit. Nec excipio actiones duplices, vbi quandoque dubium esse potest, quis actoris vel rei partes tueri debeat, cum certum sit, tali casu vel per sortem decidendum esse, quis rei vices sustinere debeat, & sic iterum non attento numero testium pro eo, quem fors reum fecit, pronuntiabitur. Deinde eandem regulam prædictus Farinacius *n. 201.* limitat in casu quando pauciores testes pro affirmatiua stant. Duobus enim testibus affirmantibus magis vult credendum esse, quam mille negantibus. Quæ assertio, si vera est, de quo infra dispiciendum erit, itidem non ex numero testium, sed ex eorum affirmatione vel negatione, quæ in hac collisione semper occurrunt, pondus deduci debet.

*An in collisione testium ad dignitatem testium respiciendum sit?*

§. VIII. Secundam regulam Farinacius *n. 112.* hanc facit: *testibus dignioribus magis creditur quam minus dignis* & quam regulam colligit ex *c. 32. X. de testibus.* vbi Pontifex ait: *ad qualitatem testium quoque respiciendum esse, quod etiam quodammodo constare videtur ex l. 21. §. 3. de testibus.*  
Hæc

## TESTIVM INTER SE IN PROBATIONE. 9

Hæc assertio, si de illo casu intelligitur, ubi concurrunt testes omni exceptione maiores, cum illis, qui tales non sunt, admitti potest, prout etiam ICtus *in cit. l. 21.* huc collimasse videtur. Sed si de illis testibus sermo est, quibus nihil ulterius obiici potest, quam quod inæqualis conditionis sint, maior ratio dubitandi oritur, an quibusdam præ aliis nonnullis ex sola conditionis diuersitate maior fides habenda sit in collisione testium huiusmodi inter se? & quidem huc collimant Farinacius *cit. l. n. 11.* Myns. *Cent. 4. obs. 38. n. 5.* & 4. Mornacius *in l. 2. de testib.* variasque inde nectunt conclusiones (1) quod magis credendum sit nobilibus quam ignobilibus Hahn. *de iure sing. Nobil. th. 32.* cum semper pro Nobilibus præsumendum sit, uti pluribus euicit Andreas Tiraquellus *de Nobilit. c. 20. n. 20.* & hinc eis plus credi debere euincit. *Id. cit. l. n. 36.* (2) quod testibus ditioribus magis credendum sit, quam pauperioribus Farin. *cit. l. n. 117.* (3) quod magis credendum sit testi Doctori quam non Doctori *Id. n. 119.* (4) quod digniores plus probeant quam humiliores Struu. *Ex. 28. th. 49.* quamuis digniores sint numero pauciores *Id. in c. in nostra 32. X. de testib.* (5) quod masculis magis credendum sit quam foeminis Struu. *cit. l. Farin. cit. l. n. 179.* Mising. *cit. l.* nisi forsitan foemina sit nobilis Struu. *cit. l.* (6) si testes sint omnes foeminae, magis credendum esse volunt virgini quam viduae Farin. *cit. l. n. 180.* (7) quod testibus clericis maior fides habenda, quam non clericis Farinac. *cit. l. n. 177.* (8) quod testibus mortuis magis credendum sit quam viuis, Farinac. *cit. l. n. 190.* & quæ sunt alia huius generis collisiones, quas omnes referre piget.

§. IX. Enim vero hæ conclusiones ita comparatæ sunt, *Contrarium ostenditur.* ut parum veritatis in se habere videantur. Vtique Pontifex *in c.*

in c. 32. X. de testib. vult ad qualitatem testium esse respiciendum & Ictus in l. 21. §. 3. ff. de testib. in collisione huiusmodi rationem honestatis & existimationis habendam esse arbitratur, quorum etiam collimare videtur Callistratus in l. 3. pr. §. 1. Et. ff. de testib. Verum per conditionem & existimationem testium Ictum magis ad mores testium & vitæ integritatem respexisse credibile est, cum hæc qualitates demum existimationem hominum vel augeant vel minuunt. Sola dignitas & alia adventitia qualitas fidem per se non conciliat, nisi boni mores simul concurrant, ut sic vita ante acta & inculpati mores demum fidem testibus conciliare debeant. Ad quod etiam Callistratus satis respexit, huncque in finem rescriptum Principis addoxit in hæc verba; *quæ argumenta ad quem modum probanda cuique rei sufficiat, nullo recto modo satis definiti potest: sicut non semper ita sepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas apprehenditur, alias numerus testium, alias dignitas & autoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem.* Et denique concludit, iudicem ex aliis circumstantiis aestimare debere, quid credendum sit.

*Reiciuntur  
speciales ex  
inde deductæ  
conclusiones.*

§. X. Nam quoad primam, Nobilitas per se fidem non tribuit, nisi mores nobilitati respondeant, quod ipse Farinac. cit. l. n. 119. agnoscit, asserens, nobilioribus non esse credendum, si ignobiliores magis bonis moribus essent imbuti, atque sic vnicè ad mores respiciendum. Si quoad mores æquales sint, ne sic quidem nobiliores preferendos esse crederem, sed alia mox tradenda argumenta consideranda sunt. Quoad secundam, itidem Farinac. cit. l. concedit, ditioribus non esse plus credendam, si pauperiores illis morum gravitate præponderent, & sic rursus non ad divitias sed ad morum præstantiam respiciendum erit. Et sane

## TESTIVM INTER SE IN PROBATIONE.

II

sane nulla apparet ratio, cur solæ diuitiæ testi plus fidei tribuere possint. Equidem ICtus in *l. 3. ff. de testibus* ait, examinandum esse, *an testis egens sit*; sed statim addit: *ut lucri causa quid facile admittat*, tales ergo testes reprobant, qui male morati sunt, ut facile corrumpi possint. Sed quid si diues extreme avarus sit, annon sic quoque corruptio in eo metuenda erit? Diuites non semper virtutibus dediti sunt, imo cum diuitiæ plerumque adiunctam habeant omnium malorum radicem avaritiam, fides diuitum saepe vacillat. Eiusdem farinae est tertia conclusio. Doctor qua talis fidem maiorem non recipiat quam alius, qui non est Doctor, cum gradus honoris mores haud mutat. Idem quoque quartam asserendum. Humiliores possunt esse maioribus virtutibus conspicui quam digniores. Si dicis: hoc non præsumitur, rege, me huius præsumptionis nullum deprehendere posse fundamentum, cum boni mores non sint alligati ad honores & diuitias, sed in vnumquemque cadere possint; Sed facile animaduertere licet, unde hæc sententia promanauerit. Ethnici ambitionem in virtutis classem collocabant, humilitatem vero tanquam studio incalescendi contrariam in vitio ponebant, quid ergo mirum, quod dignioribus magis credendum iudicarent quam humilioribus. Si autem per humiliores vilissimos homines, h. e. vitios deditos intelligas, rursus ratio decidendi non ex dignitate, sed ex morum gravitate petenda erit. In quinta conclusione grauior ratio dubitandi adest. Noui ex iure canonico hanc pessimam contra feminas propullulasse præsumptionem, quasi varium & mutabile semper sit femina arg. *c. forus X. de V. S.* Laborant vitiiis feminae sicuti viri, nec sexus differentia mores format. Constat, patres in sexum sequiorem saepe iniquiores, quam patres erant, fuisse, & inde tantummodo

modo praesumptio contra eos promanuit. Cum vero hi ipsi singularem affectarent castitatem & coelibatum praeparent, sexum sequiorem contentui habuerunt, ut eo magis coelibatum suis commendarent. Ast iniquum foret, ex eiusmodi inanibus fundamentis plus fidei tribuere masculis quam foeminis. Sexta conclusio tam absurda est, ut vix mereatur responsum. Unde enim quaeso, virgo plus fidei habebit quam vidua? an quia haec maritum agnovit, illa non? Scilicet quia a patribus virginitas tantis est elata laudibus, hinc existimarunt inepiores, solum statum virginitatis quoad fidem iuridicam aliquod momentum afferre debere. Septima conclusio ex superstitione seculi fuit. Clerici enim sibi privative omnem pietatem vindicarunt in papatu, quasi tantum spirituales essent, laici vero carnales & seculares. Sed saepe inuversa facies rerum est, cum historiae ecclesiasticae doceant, Clericorum pessimam vivendi rationem laicorum mores deprauasse. Dantur ubique pii Clerici, sed dantur etiam laici, & sic status hic nihil quoad fidem iuridicam operatur. Ultima denique conclusio se vnice in eo fundat, quod mors sit iuramenti loco Farinac. cit. l. n. 109. Sed non omnes moriuntur Ioannes Evangelista. Et quid si viui testes etiam iuramentum praestiterunt? Certe non apparet ratio cur mortuis magis credendum sit! Et deinde quod mors sit loco iuramenti, est quidem vulgatum assertum Dd. sed non ita comparatum ut huic asserto tuto fides haberi possit. vid. illustr. Dn. Strykii Diss. de morte loco iuramenti.

An testibus  
affirmanti-  
bus magis cre-  
dendum sit,  
quam negan-  
tibus?

§. XI. Pergo ad aliam regulam: Ait Farinacus cit. l. num. 200. testibus affirmantibus magis credendum esse quam negantibus, quam regulam etiam sequitur Mynf. cent. 4. ob- serv. 38. num. 7. Rationem harum suggerit Falu. Pacian. de prob.

*probat lib. 1. c. 6. num. 6.* quod affirmatiua sit dignior & præstantior negatiua, quia tamen etiam hæc ratio obscura, no-uam superaddit, quod scilicet ens dignius & nobilius sit non ente, iam autem vult, affirmatiuam esse ens, negatiuam autem non ens, Id *cit. l. num. 8.* Ast hæc ratio tam absurda est vt vix mereatur responsonem, quasi propositiones negatiuæ ad nonentia referri debeant. Alii itaque hanc rationem adferunt, quod melius & certius is aliquid nouerit, qui, quod actum sit, asserit, quam qui negat, quod negatiua non ita sensui se offerat Gilhaus, *in arb. iud. cap. 6. p. 1. §. 19. num. 2.* Sed etiam hæc ratio communi sensui repugnat. Ponomus Titium conueniri actione iniuriarum, quod Meuius alapam certo inflixerit tempore: duo testes aiunt, duo negant, & quidem specificè, Titium alapam non inflixisse illo tempore, annon hoc incurrit in sensus, annon etiam testes hi negatiuæ suæ rationem reddere æque bonam possunt, se liti præsentis fuisse, & omnia animadvertisse, rem autem non ita actam fuisse, vt testes referunt. Aliud forsan dicendum esset, si deponerent testes se id non vidisse, & ita nescire, sic enim non actum negant, sed suam tantum ignorantiam profitentur.

§. XII. Quantum ego quidem coniicio, videntur Dd. *Contrarium ostenditur.* in hac incidisse opinionem ex male intellecta regula vulgata, quod negatiuæ per rerum naturam non sit directa probatio, quam vulgo deducunt ex *l. 23. C. de probat. & l. 11. C. de non num. pec. c. 5. X. de renunc. c. f. c. 6. qu. 5. c. 23. X. de elect. c. 11. X. de probat.* quorum textuum tamen sensus magis huc redit, difficiliorem esse negatiuæ probationem quam affirmatiuæ, non ex natura sua, quasi non posset probari, sed ob defectum instrumenti & testium. Sed si testes non deficiunt, nihil obstat, quo minus possit æque

commode probari, vti quidem negatiua, vti solide & per-  
 erudite ostendit Ill. Dn. Cocceius *de directa probat. negati-  
 ue*. Hoc quidem concedi potest, negatiuam indefinitam  
 probari non posse, non quia *negatiua* est, sed quia *indefini-  
 ta* est, sicuti idem dicendum, de affirmatiua indefinita. Ast  
 quando testes pro negatiua producuntur, qui rationem neg-  
 ationis suæ euidenter dare possunt, id quod semper in pro-  
 batione lupponi debet, iam negatiua non amplius est inde-  
 finita, sed satis definita. Ponamus testamentum casu for-  
 tuito incendio periisse. Titius exinde petit legatum & pro-  
 ducit testes, qui asserunt in eo legatum Titio relictum esse,  
 heres hoc negat & pro sua negatiua alios producit testes,  
 qui directo negant, Titio nihil fuisse relictum: Vtriusque  
 tam actoris quam rei testes se fundant in eo, quod testa-  
 mentum legerint, & sic eandem suæ negationis rationem  
 suggerunt, certe non apparet ratio, quare eadem ratio for-  
 tius probare debeat pro affirmantibus quam negantibus,  
 cum eadem ratione affirmantes mentiri possint quam negan-  
 tes. Quemadmodum itaque regula vulgata, quod nega-  
 tiua directo non possit probari, falsissima est, ita quoque  
 hæc conclusio exinde deducta. Si dicis: supponendum esse  
 casum, vbi testes negant, sed rationem suæ negationis red-  
 dere nequeunt, tunc regero, idem quoque dicendum esse  
 de affirmantibus testibus, ast vero in collisione hac testes  
 cum ratione deponentes præsupponuntur, alioquin nihil  
 probant, & sic non oritur inde collisio. Sic nec casus huc  
 pertinet, quando simpliciter ignorantiam suam profitentur,  
 cum sic directo non negent. Vnde etiam huius regulæ tot  
 limitationes coacervant, quæ videri possunt apud D. Mullerum  
*ad Struu. ex. 28. thes. 49. lit. 2. & Farinacium cit. loc. num. 215.*  
*seqq.* quæ ipsam regulam plane tollunt & euertunt.



§. XIII. Rejctis itaque his fundamentis spuris, ex *Respicien-*  
fontibus ipsis veras subiiciamus regulas. Arcadius in l. 21. *dum erit ad*  
*in f. de testib.* hac de re ita loquitur; *Confirmabit index mo-*  
*tum animi sui ex argumentis & testimoniis, & quæ rei aptio-*  
*ra & vero proximiora esse comperit.* Idem repetit Pontifex in *testium, que-*  
*c. 32. x. de testibus* afferens: *respiciendum esse ad testium de-*  
*posita, quibus potius lux veritatis assistit, ex quibus motum*  
*animi sui convenit iudicem informare.* Idem urget Paulus in  
l. 114 ff. de R. l. aiens: *in obscuris inspicit solet quod verisimi-*  
*lius est; conf. c. in spiciamus 45. de R. l. in sexto.* Hoc funda-  
mentum naturali ratione nititur, cum omnis probatio huc  
tendat, ut iudici fides fiat, hæc autem consistit in summo  
probabilitatis gradu, cui sana ratione credi potest. Atque  
inde in iudice iudicium requiritur limatum & exasciatum,  
quo depositiones testium recte possit inter se conferre, &  
ex natura negotii, vel etiam humani generis desuper statue-  
re, qui enim expers rerum & naturæ humanæ minus peritus  
est, diiudicare nequit quænam depositiones testium ma-  
gis veritati accedant. Atque inde recte Imperator Valerio  
Vero in l. 3. ff. de testibus in f. in hæc verba rescripsit: *ex*  
*sententia animi tui æstimare oportet, quid aut credas aut pa-*  
*rum probatum tibi opinaris.* Observavit hoc fundamentum  
Pontifex in c. 9. x. de probat. ubi Ecclesiæ Rauennatensis  
testes ideo præferendos esse iudicavit, *quod aptiora negotia*  
*& vero proximiora in suis testimoniis expresserint.*

§. XIV. Vtut vero quænam depositio sit vero proxi- *Dicta testi-*  
mior, magis ex circumstantiis causæ controuersæ iudicari *um & ratio-*  
possit, tamen quædam generales obseruationes hæc non ne- *nes diligen-*  
gligendæ sunt. Primo itaque iudex diligenter excutiet & *ter pondera-*  
ponderabit dicta testium, & imprimis eorum rationes, qui *ri debent in*  
bus scientiam suam confirmant, ex quibus facile apparebit, *collisione.*  
quæ-

quanam rationes magis cohareant cum negotii ipsius natura, & alias magis specificæ sint. Nam qui plures & minutissimas etiam rei de qua queritur, circumstantias optime connectentes adferre potest, huius sine dubio depositio præferenda erit contradicentium depositioni, quæ non ita qualificata est. Sic ubi disputatur de finibus, communiter ab utraque parte testes produci solent ad fines designandos, quibus itaque fides habenda erit, si ab utraque parte producti fuerint? Ponamus testes quosdam deponere, fines quoque se extendere trans flumen, quod ipsi ita perpetuo obseruauerint, & ab antiquis non aliter audiuerint, cum etiam testes de auditu & fama ad probandos antiquos fines admittantur *c. 13. X. de probat.* Alii testes e contrario deponunt, fines tantum sese extendere usque ad flumen, huiusque depositionis hanc causam adserunt, quod quidem antiquitus fines actoris sese latius extenderint, sed per alluionem sensim fundo ipso aliquod detractum & rei agris adjectum fuerit, & cum iniuria belli multi agri a possessoribus essent deserti, hinc factum fuisse, ut actor partem aliquam agri, quasi suo detractam, occupauerit, ex quo deinceps, ad sua redeuntibus possessoribus, variaz contentiones ortæ fuerint. Horum depositiones sunt admodum probabiles, quia (1) naturæ negotii magis conueniunt, cum flumina soleant esse communiter termini naturales, & rarissime contingere soleat, ut quis particulam ad agrum pertinentem trans flumen possideat: prout autem natura rei se ut plurimum habere solet, hoc probabilius est. (2) Accedit specifica omnium circumstantiarum demonstratio, qua testes contrarii destituuntur, quæ omnia (3) per ipsam ocularem inspectionem planiora fieri possunt, unde in *R. I. de anno 1654. §. 51.* cautum, ut litigantes finium

## TESTIVM INTER SE IN PROBATIONE.

17

finium ichnographiam ad acta reponant, ex qua iudex eo rectius informari possit.

§. XV. Deinde considerandum, annon testium quorundam depositiones adiunctam habeant presumptionem iuris, quæ validius pondus eorum depositionibus tribuere possit, prout recte observat Farinacius *de testibus lib. 3. tit. 7. qu. 65. n. 129.* Tollitur enim quidem presumptio iuris per contrarii probationem a duobus vel pluribus testibus peractam, sed quando is, pro quo est presumptio, in probatione itidem pro se duos testes habeat, eo ipso presumptionem pro se militantem conseruat illibatam. Mascardus *de probat. vol. 3. Concl. 1219. n. 7. seqq.* ex quo prælaudatus Autor recte infert, in dubio magis credendum esse testibus deponentibus de bonitate alicuius, quam contrarium asserentibus. Sic cum ulterius res qualibet præsumatur esse libera, nec seruitutibus obnoxia, magis credendum erit testibus de libertate attestantibus quam de seruitute, Mascard. *cit. l. n. 21. Farinac. cit. l. n. 139.* Reuera enim testes contrarii deponunt, quod minus verosimile est, ceteri autem, quod probabilius est, cum non sint verosimilia ea, quæ deviant a naturali rei cursu, Ægid. Bossius *de testibus tit. de opposit. contr. testes n. 96.* Quodsi pro utraque litigantium parte presumptiones militant, standum essent fortiori presumptioni, quæ in collisione presumptionum prævalet, prout declaratum a Dn. Præs. *Diss. de collis. præsumt. c. 3.*

*Videndum  
annon testes  
adiunctam  
habeant præ-  
sumtionem  
iuris?*

§. XVI. Quodsi non satis apparet quænam testium depositiones sint vero proximiores, sed utriusque probatio æqualis roboris esse videatur, tunc magis inclinandum erit ad absoluendum reum, quam ad condemnandum, Carpz. *in Proc. tit. 13. art. 3. n. 75.* Iustus Reuberus *de testibus p. 3. n. 155.* In dubio enim partes rei sunt fauorabiliores *l. 125. ff. de R. I.*

*In dubio testi-  
bus rei cre-  
dendum.*

C

&amp; ita

085

& ita facilius iudex esse debet ad absoluendum quam ad condemnandum. Facit huc elegans decisio Pontificis in c. 3. X. de probat. ubi ait: quod si ambarum partium testes sunt aequi idonei, possessoris testes preferuntur, cum promittunt iura ad absoluendum quam ad condemnandum. l. inter partes 38. ff. de re iudic. l. si pars 10. ff. de inoffic. testam. l. 47. ff. de Obl. & A. Accedit quoque & hæc ratio, quod ubi actor vincere intendit, validioribus instructus debeat esse rationibus, quæ deficiunt in supposito casu Dn. Præf. in introd. ad Digest. tit. de re iudic. §. 13. Potissimum vero in criminalibus hoc ipsum attendi debet, ubi testibus pro defensionibus reorum adductis, etiam quantenus inhabilibus maior fides habenda quam contra eum deponentibus, Farinac. cit. l. n. 153. §. 97.

Ad causam ipsam denique respiciendum de qua disputatur.

§. XVII. Denique quoque ad ipsam causam respicere debet, de qua disputatur, cum nonnullæ singularem in iure acceperunt favorem, ac in dubio pro eis pronuntiari debeat. Quando itaque ab utraque parte testes producti sunt, non potest non cæteris paribus causa esse dubia, & ita in tali dubio pro causa favorabiliori pronuntiandum est, uti ex pluribus textibus iuris hoc perspicuum redditur l. inter pares 38. ff. de re iudic. l. 24. ff. de manumiss. l. 1. pr. ff. solut. matrim. l. 4. ff. de inoffic. testam. cap. 3. X. de probat. Atque si actor causam huiusmodi favorabilem tuetur, etiam pro ipso erit pronuntiandum, ex quo prior regula in §. antec. adducta limitanda Richter ad c. 32. X. de probat. num. 19. Carpzov. cit. l. n. 77. Quanam autem causæ favorabiles dicendæ, non aliter quam ex determinatione legis iudicari potest, quorum vulgo referri solent (1) causæ matrimoniales Pacianus de probat. lib. 1. c. 63. n. 48. (2) libertas l. 24. de manumiss. (3) ecclesiæ c. 1. X. de probat. Mevius P. 5. Decis. 317. n. 4. (4) causa dotis Mevius P. 5. D. 317. (5) alimento-

## TESTIVM INTER SE IN PROBATIONE 19

mentorū Carpzov. *lib. 4. R. 57. n. 5. (6)* in genere causæ piæ, pauperum & miserabilium personarum, Studioforum &c. In hisce itaque causis fauorabilibus magis illis testibus fides habenda qui pro dote, testamento, alimentis, matrimonio, libertate &c. deponunt, cum illis iura speciali ratione assistant. Atque ita ex his tribus observationibus facile constabit, quibusnam testibus in collisione magis fides habenda sit.

## CAPVT. II.

## DE

## COLLISIONE TESTIVM ET DOCVMENTORVM INTER SE.

## §. I.

**M**axima est instrumentorum fides, sed non minor testium, omni exceptione maiorum. Quando igitur oritur collisio inter testes & instrumenta utriusque producta, grauis solet esse disceptatio an testes, an vero instrumenta præualere debeant. Occurrunt enim varix regulæ iuris, quæ non leuem difficultatem operari videntur. Quandoque æqualis vis ac robur & testibus & instrumentis tribuitur *l. 15. C. de fide Instrum.* Sed præterea tamen nota est sententia Pauli *lib. 5. sentent. tit. 15. afferentis, testes aduersus scripturam interrogari non posse*, quorum etiam collimare videntur *l. 31. C. de Donat. & l. 10. ff. de Probat.* vbi evidentè publica instrumenta testibus præferuntur. Quin quod in ætate probanda instrumenta testibus præferri videantur *l. 3. C. Si min. mai. se dix.* Quid vero est, quod Hadrianus Junio Rufino rescribat in *l. 3. §. 3. ff. de testibus* se testibus non testimoniis crediturum?

C 2

Quid

Quid est, quod testes contra instrumenta admittantur in *l. cum precibus 18. C. de probat.* Quid denique est, quod in *Nov. 73. c. 3.* asseratur, *ea quæ viva voce dicuntur & cum iurejurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere.*

*Qualer testes, qualia instru-  
menta hic in-  
solliantur.*

§. II. Vt vero nos legitime ex his dubiis extricemus, præmonendum est, instrumenta esse vel publica vel priuata. Publica, autoritate publica munita sunt, & ita etiam publicam fidem pro se habent. Quorsum referunt (1) acta siue gesta iudicialia, & protocolla, de quibus vid. ill. Dn. Stryk. *de iure protocoll.* (2) tabulas censuales, seu Catastra, de quibus ill. Dn. Rhetius *de iure Catastr.* (3) libros ecclesiasticos, (4) acta publica ciuitatis, (5) documenta antiqua ex archiuis desumpta, (6) instrumenta trium integræ fidei testium subscriptione munita, *l. 11. C. qui pot. in pignor.* (7) instrumenta a Notario confecta, *Const. Maxim. de anno 1512.* Ad priuata instrumenta refero scripturas in fidem gestorum factas, sed absque publica autoritate, quæ, si debite recognoscantur, etiam contra scribentem plene probant *l. 26. §. f. ff. de positi. l. 25. §. f. ff. de prob. l. f. de consti. pecun.* & sic etiam huc pertinent, quatenus de collisione cum testibus quaestio est. Testes vero non alii hic supponuntur, quam qui legitime probant, h. e. si debito numero consentent & omni exceptione maiores sint. Quod si enim testibus valide quid obiici potest, facile constat, testes in collisione non adeo fidem contra instrumentum facere posse.

*Quo sensu testium & instrumentorum fides æquetur in iure.*

§. III. Deinde videndum, quis sit sensus *l. 25. C. de fide instrum.* Imperator rescribit: *in exercendis libris eandem vim obtinent, tam fides instrumentorum quam depositiones testium.* Agit hic Imperator in genere de modis probandi, non primario de collisione probationum inter se, & simplex adeo huius textus sensus est, quod ordi-

ordinarie in litibus probandis admittantur tam testes quam instrumenta, atque adeo quoad vim decisivam perinde esse videatur, siue quis testes produxerit, siue instrumenta pro intentione sua fundata, conf. c. c. X. de probat. Sic exceptio spoli non minus testibus quam instrumentis probari potest, Carpz. P. 1. C. 6. def. 3. vtr ut enim exceptio spoli intra 15. dies probari debeat, & sic magis per instrumenta quam testes spoli probari debere videatur, cum testes non ita in continenti probent, sed eorum productio tractum temporis desideret, quia tamen testes etiam intra hoc tempus produci possunt, & testimonium ferre, non vtiq; repudiandi sunt, vid. Ioseph. Mascard. de probat. concl. 1329. n. 1. praesertim cum hodie sufficiat, intra terminum quindecim dierum articulos saltim cum nominibus testium iudici offerre, licet probatio intra illud tempus plane non absolvatur, Carpz. cit. l. def. 2. Huc etiam collimat Pontifex in c. 10. X. de fid. instrum. vers. *scitis est, aiens: tanta fides adhibeatur instrumento confecto, quanta foret duobus testibus idoneis adhibenda.* vel ut Cicero *Grut. l. in Verrem* ait, *omnis spectatio iudicum aut in verbis aut in testibus est.*

§. IV. Interim vtr haec regulariter ita se habeant, tamen negari nequit, pro diversa negotiorum natura quandoque facilius testes quandoque vero instrumenta magis desiderari. Sic (1.) huc refero facta antiqua obscura, quae quidem etiam testibus possunt probari, etiam si tantum sint de auditu, dummodo deponant etiam de fama, quod a parentibus suis nunquam aliter audiverint, c. 13. de probat. Pacian. de probat. lib. 1. c. 49. n. 51. Farinacius de testibus qu. 69. n. 125. seqq. maxime si facta memoriam hominum excedunt, quorum imprimis pertinet immemorialis praescriptionis probatio, l. 2. §. idem Labeo. ff. de probat. Facilius tamen facta antiqua per instrumenta probari posse

525

conspicuum est, ita vt magis hic instrumentis & documentis antiquis credatur quam testibus Knichen *de iure superioris. c. 3. n. 12. seqq.* Roland. a Valle *Vol. 1. conf. 2. n. 59.* Mascard. *de probat. qu. 6. vol. 1. n. 15. 16.* Nam instrumenta rem magis determinant, & certum quid constituunt, imo prout negotium reuera gestum est, euincunt, cum testes in antiquis non aliter quam de auditu probationem adferre possint; quæ non tam concludens est, vti quidem ipsorum diplomatum & instrumentorum tenor. Quin idem dicendum arbitrantur de priuata scriptura, vt potè cui antiquitas temporis plenam fidem conciliauit, Gylman. *Tom. 1. Symphor. P. 3. c. 23. n. 86.* Schrader *1. Conf. 5.*

(II) Si ad negotii essentiam scripturam desideratur, hæc testibus præfertur.

§. V. Porro (II) quædam negotia communiter non aliter quam per instrumenta expediuntur, adeo vt ad eorum essentiam quasi scriptura pertinere videatur, & hæc ipsa rursus magis per scripturam quam per testes probantur. Huc igitur pertinent priuilegia, quæ licet ad suam essentiam præcise scripturam non requirant; Gonzalez. *Tellez. ad c. porro 7. X. de priuil. n. 1.* tamen rarissime vel nunquam absque scriptura seu diplomate concedi solent, & inde in probandis priuilegiis ipsa diplomata vni- ce fere licem dissoluunt. Atque huc refero Pontificis assertum in *C. ad audientiam 13. X. de præscript. vbi ait: magis auctoritatem priuilegii quam depositiones testium attendentes.* Cum enim ordinarie priuilegia per diplomata conferantur, ordinarius ea probandi modus magis fideri debet per instrumenta quam testes. Proinde quoque in dubiis casibus ad inspectionem priuilegiorum prouocatur *C. porro 7. X. de priuil.* & qui in exemptione se fundant, priuilegium suum exhibere debere dicuntur *c. 7. eod. in 6.* Interim tamen etiam super admissione diplomatis testes admitti posse non dubitatur, *c. 12. X. de priuil.* Sed hoc





hoc magis videtur ex accidente fieri, & extra ordinem, cum ordinarius & solennis modus, priuilegia probandi, magis expediatur per diplomata, seu literas patentes quibus varia iura & priuilegia ab Imperantibus indulgentur; unde etiam hodie studium rei diplomaticæ tam sollicitè excolitur, cum maxima vis probandi exinde deriuetur. Vid. Dn. Eiferhardt *de iure diplomatum* & Dn. Hertius *Diss. de iure diplom.* & quæ Mabillonius, Papebrochius, Gramon, Leibnitiuſ aliique de re diplomatica commentati sunt. Cæterum ad essentiam negotii quandoque scriptura quoque refertur, vt in causa emtionis venditionis in scriptis contractæ secundum *l. 17. C. de fide instrum.* quod negotium ex sua natura potius per instrumentum quam testes probari debet. Mascard. *de probat. Vol. 1. qu. 6. n. 20.* Interim tamen extra ordinem in casu amissi instrumenti testes admittendos esse constat *l. 1. §. 7. 8. C. eod.* Huber. *ad tit. de fid. instrum. §. 29.* Loquor enim tantum *comparatiue* & de modo ordinario probandi. Sic ad essentiam testamenti non quidem in genere, sed scripti scriptura ipsa pertinent, atque ideo controuersia, quæ originem ex testamento scripto trahunt, *magis ipsa* scriptura quam testibus probari debere expeditum est, vt in casu testamenti amissi, vel si aliud dubium circa scripturam oriatur, testes quoque audiendi sint, qui de tenore testamenti, eiusque validitate testimonium ferant, de quo infra.

§. VI. Vterius (III) ex natura processus quan- (III) *Ex natura*  
doque vnice instrumenta, non testes admittuntur, quorum *proce-*  
sum pertinet *executiuus*, quo tantum agi potest, quando *tura proces-*  
quis liquida & guarentigia instrumenta pro se habet, Carpz. *sus quando-*  
*in proc. tit. 22. art. 1. n. 25. §99.* qui enim debitum per *que instru-*  
testes probare intendit, ad processum ordinarium *menta tan-*  
con- *tuntur.*  
fugere debet. Quamuis vero etiam hic exceptiones con-  
tra

tra tale instrumentum audiantur, tamen non aliter admittuntur, quam si in continenti probabiles sint, Carpz. *cit. l. art. 4. n. 1. sqq.* & quidem præcise instrumentis hæc quoque probari debent, adeo vt exceptiones, quas per testes reus vult probare, in reconventionem reiiciantur Matth. Coler. *de processu executiuo P. 4. c. 2. n. 23.* Zanger *de except. p. 3. c. 26. n. 115.* Cum enim in processu executiuo actor non audiatur, si debitum per testes probare velit, Dan. Moller. *lib. 3. semestr. 39. n. 1.* Carpz. *cit. l. n. 32.* non quoque audiendus est reus, si testes pro sua intentione producere vellet. Vtut itaque §. 3. dictum sit, spoliū æque testibus quam instrumentis probari posse, tamen hoc ex præsentī obseruatione limitandum est, si forsan in processu executiuo exceptio spoliū obiciantur, quæ tunc per instrumenta probari debet, Carpz. *P. 1. c. 6. Def. 5.* Ceterum quamuis hæc ordinarie se ita habeant, tamen quandoque etiam exceptiones per testes probari posse non negat Carpz. *in Process. cit. l. n. 26. seqq.* si *iusta causa* adsit, & quidem hoc modo, si excipiens statim testes coram Notario & testibus super exceptione examinari iam fecerit, & intra terminum executioni præfixum instrumentum Notarii produxerit. Sed hic casus rursus ad extraordinarium modum probandi referri debet. Similiter huc referunt casum, quando quis sententiam ad iuramentum necessariam latam rescindere intendit, propter instrumenta nouiter reperta, nam hoc casu itidem tantum instrumenta admitti aiunt, ad rescindendam rem iudicatam, non etiam testes propter verba *l. 31. ff. de iureiur. si quis noua instrumenta se inuenisse dicat, quibus solus urfurius sit.* Præsertim cum in testibus non leuis subordinationis suspicio laritet, quæ falsitas in instrumentis non tam facile committi possit. Berlich. *P. 1. concl. 35. n. 9.* Müller *ad Siron. ex. 17. ubi.*

## TESTIVM ET DOCUMENTORVM INTER SE. 55

*ult.* Verum de hac sententia merito dubito cum Menio P. 7. *decif.* 95. n. 5. & Carpz. P. 1. C. 15. *def.* 4. n. 5. cum expeditum sit, sub vocabulo *instrumentorum* in materia probationis etiam testes, comprehendi, eo quod instrumenta omne comprehendant, quod instruit causam, nec idonea quoque ratio diuersitatis in contrarium adduci potest. Simili ratione iuramentum in litem est etiam legale, & sic quoque post iuramentum præstitum admittit probationem, si probationes nouæ repertæ fuerint, quæ tamen ad instrumenta haud restringuntur in l. 4. §. 3. ff. de in lit. iur. Ad dubia respondetur in Diss. ill. Dn. Strykii *de probat. contra præst. iuram. legale c. 3. §. 7.*

§. VII. Denique (IV) alias quoque ex aliis circumstantiis, natura negotii ita postulante, probatio per instrumenta, exclusis testibus, requiritur, præsertim in rebus, quarum fluxa solet esse recordatio, & quæ vix aliter, quam per scripturam conseruari possunt. Huc refero, quando rerum actarum exacte designanda sunt tempora, uti in *probanda etate*. Equidem non nego, etiam ætatem per testes probari posse, l. 2. C. de his qui veniam, sed tamen comparatiue loquendo, certior & solidior imo distinctior probatio ætatis est per instrumenta quam per testes, quoniam memoria hominum labilis est, & facile dies & hora natiuitatis alicui excidere potest, ut in tempore erret: ast litera scripta manet. Vbi itaque exacta & præcisa claraque requiritur ætatis probatio, magis instrumenta quam testes produci debent. Et in hunc sensum accipio l. 3. C. si minor se maior. dix. Vbi casus occurrit de minore, qui in instrumento per sacramenti religionem se maiorem esse asseuerauerat, cui exclusum quidem dicitur esse beneficium restitutionis in integrum, sed hac adiecta limitatione: nisi palam & euidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositiones,

D

iones,

nonne, te fuisse minorem ostenderit. Valde solliciti sunt interpretes, ut inuestigent solidam rationem, quare in hoc casu tantum instrumenta & non testes admittantur? Gonzalezius in c. 1. X. de testibus, num. 7. in f. arbitratur hoc ideo fieri; quia minor cum iuramento se maiorem affererat testes autem absque iuramento contrarium ostendere volebant, quibus non crederetur, l. 9. C. de testibus. Sed hæc resolutio est diuinatoria, neque in textu hoc supponitur, quod testes iniurati tantum sint reiiciendi, sed potius quod in genere depositiones testium admitti nequeant. Itaque simplicior responsio hæc est, agi hic de probatione contra proprium iuramentum & instrumentum, contra quod non aliam quam solidam, certam & evidentissimam voluerunt admittere probationem; vbi itaque alias testes æqualem fidem habent cum instrumentis, tamen in atate probanda certiores & solidiores ex antea dictis probationem instrumenta faciunt quam testes.

§. VIII. Ex eodem fundamento dependere videtur, quod contra propriam confessionem in instrumento expressam non alia probatio in contrarium admittatur, quam per contrarium instrumentum secundum l. 13. C. de non num. pec. l. 25. §. f. ff. de probat. In utroque textu supponitur casus, vbi quis propriam confessionem debiti vult impugnare, & causam debendi in instrumento expressam euertere, & indebite promissionem factam ostendere, quod non aliter quam liquidissimis argumentis in scriptis habitis fieri posse dicitur. Ratio hæc additur in cit. l. 13. in f. Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sui quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere. Testes autem vel ideo hic excluduntur, quia metus erat, ne ita debitores falsos subordinarent testes, qui causam debendi erro-

Contra propriam confessionem in instrumento factam probationem per testes non admittitur.

## TESTIVM ET DOCUMENTORVM INTER SE. 27

erroneam vel falsam esse deponerent, quo ipso malevoli debitores a solutione debiti facile se possent liberare, quæ ratio facile colligi potest ex *l. 18. C. de testibus*. ubi proinde Imperator ad præcauendas subordinaciones §. testes requirit, & sic ordinariam probandi modum per duos testes excludit. Cum vero dilucide confessus erat debitor, se reuera ex hac vel illa causa debere, & confessionem suam impugnando in dolo esse videbatur, ad metum subornationis, excludendum non alia probatio, quæ esset euidentiissima & concludentiissima, admitti potuit, quam per instrumenta alia, veluti si proferatur instrumentum, in quo creditor confiteatur, Chirographum per simulationem tantum esse conscriptum, & causam debendi veram non esse. Sollicite ergo cauendum est, ne ex hisce textibus cum nonnullis interpretibus incaute inferamus, quasi contra instrumenta non alia probatio in genere admittatur, quam per contraria documenta, cum tamen hoc tantum restringendum sit ad casum, si quis propriam suam confessionem impugnare velit. Neque pro generali sententia aliquid facit *l. 1. C. de testibus*. quippe quæ non est authentica, sed e Basilicis a Cuiacio restituta, nec ita vim decidendi habet.

§. IX. Quod si itaque in his casibus promissis collisio inter testes & instrumenta oriatur, facile appareat, magis instrumento, quod alias nullo vitio laborat, standum esse. Atque ita (1) in antiquis magis standum erit documentis & diplomatibus quam testibus, ex ratione in §. 4. addita. Et ita planus est intellectus *l. 10. ff. de probat.* ubi Marcellus ait: *Census & monumenta publica, potiora testibus esse Senatus censuit.* Videndum ergo quid per censum seu libros censuales probetur. Scilicet olim a) probabatur ætas *l. 3. pr. l. 4. §. 5. ff. de censib.* quam apud censum profitebantur. Sic Marcus Antonius

*Conclusio ex  
hactenus di-  
ctis.*

*Vbi in anti-  
quis collisio est  
inter testes &  
instrumenta,*

*monumenta pu-  
blica preferuntur  
instrumentis.  
Quid probe-  
tur per cen-  
sum.*

232

Philosophus iussit quoque apud Praefectos ararii vnumquemque civium natos liberos profiteri intra tricesimum diem, ut refert Capitolinus in *M. Antonino*; 3) probabatur ius civitatis, uti ex Oratione Ciceron, pro *Archia Poeta* constat. Hoc intuitu Gracchus accusatur Archiae, qui eum civem esse negabat, requirebat tabulas publicas. Ait enim Cicero: *Hic tu tabulas desideras Heracliensium publicas, quas Italico bello, incenso tabulario* (h. e. loco, ubi tabulae publicae asseruabantur) *interuisse scimus omnes.* Producebat ergo eo nomine Cicero testes, quas tamen respuebat Gracchus: quasi tabulae desiderarentur publicae, in quo tamen recte eum reprehendebat Cicero, licet enim monumenta publica in his negotiis testibus potiora sunt, tamen non plane excluduntur testes, quando ex accidenti tabulae haberi nequeunt, sed tantum in collisione praeferrri debent, (y) probabatur modus tributi solvendi *l. 22. §. f. de ann. legat.* (d) alia facta antiqua *l. 7. & n. C. de fide instrum.* Cum itaque census & monumenta publica potissimum facta antiqua demonstrent, & talia solide euincant, quae non semper per testes probari possint, recte dicit Marcellus, potiora illa esse testibus in collisione, maxime in illis negotiis, cuius rei gratia conscribuntur. Interim tamen requiritur, ut libri censuales publica autoritate conscripti fuerint, & quidem debito modo, quod non statim asserendum de libris censualibus nobilium, uti probat *Carpz. lib. 1. Resp. 61.*

An scriptura  
desumpta ex  
Archivo praef  
feratur testi  
bus?

§. X. Ex hoc nunc porro ad dictum §. inferunt, scripturam sumtam ex Archivo praevalere probationi per testes, *Romanus conf. 319. Trentacinqu. lib. 2. var. resol. resol. 8. n. 10. Gonzalez Tellez ad cap. 13. X. de praescript. n. 6.* quod tamen non ad quaslibet chartas in Archivo repertas extendendum puto, sed ad diplomata & privilegia authentica, quippe quae ita comparata sunt,

TESTIVM ET DOCUMENTOR. INTER SE. 29

sunt, vt ordinarie in scriptura conficiantur, & ita ordinarius ea probandi modus sit scriptura, atque adeo merito hisce standum *c. 13. de presc.* Sic etiam in quaestionibus feudalibus controuersis potissimum ad instrumenta inuestiturae respici debet, quae plene probant, Rosenthal *de feud. cap. 6. concl. 67. n. 2.* An instru-  
 & sic in probatione merito praerogatiuam praeter testibus <sup>mento inue-</sup>  
 habere debent, nisi tales circumstantiae adducantur, <sup>stura ma-</sup>  
 ex quibus manifesto error probari possit. Olim qui- <sup>gis credatur</sup>  
 dem solis Paribus curiae in his libris credebatur, <sup>quam testibus</sup>  
 quippe qui inuestiturae interesse debebant, id quod cum hodie haud necessarium sit, & inuestiturae ordi-  
 ninarie per instrumenta expediuntur, aliud quoque hodie dicendum est.

§. XI. Sic quoque secundum §. 6. 7. & 8. <sup>vbi ex negotii</sup>  
 Vbi ne quidem testes audiuntur, sed praecise ex na- <sup>natura pra-</sup>  
 tura negotii vel ratione speciali instrumenta requi- <sup>cise scriptu-</sup>  
 runtur, facile constat, instrumentis praeter testibus stan- <sup>ra requiritur</sup>  
 dum esse, licet vel maxime testes producti & examina- <sup>haec testibus</sup>  
 ti sint, qui contrarium probent, veluti contra prop- <sup>praesertur.</sup>  
 priam confessionem in chirographo factam, vel si aetas exactissime ex documentis probanda sit. Cum enim ita testes in tali negotio plane reprobentur, non possunt quoque contra tenorem instrumenti aliquid euincere.

§. XII. Ex his nunc apparet, non esse ad <sup>Treutlerus</sup>  
 mittendam Treutleri sententiam, quod scilicet pro- <sup>refutatur,</sup>  
 batio per testes longe sit dignior, quam per instru- <sup>existim n-</sup>  
 menta, quam affert *vol. 2. Disp. 5. ib. 6. lit. a.* ex <sup>testibus in</sup>  
 illa ratione, quod testes deponant cum iuramento, <sup>collusione ma-</sup>  
 Eandem sententiam etiam antiquiores Iuri secuti sunt <sup>gis creden-</sup>  
 vt Baldus in *Rubr. X. de testibus.* Abbas in *c. ter-* <sup>dum esse.</sup>  
*tio loco X. de prob. n. 5.* vbi ait: probationem per  
 D 3 instru-

instrumenta esse quodammodo prodigiosam *vt animalis mori corio credatur cunctis tacentibus*: sed vero hæc ratio irrisione digna est. Nam *vt recte respondet Bachouius in not. ad Treutl. cit. l. i.* iidem grauis pro instrumentis facit præsumtio, tum quod in his etiam testes adhiberi soleant, tum quod in instrumentis auctoritas personæ, cuius fides publice est approbata, tantoque minus suspicioni obnoxia, interueniat. Accedit quoque hæc ratio, quod ex peculiaribus rationibus potius instrumentis standum sit, *vti hætenus euictum est*. Equidem pro Treutlero adduci posset *Nov. 73. c. 3.* vbi imperator disponit, *quod si testes aliter quam in instrumento scriptum est, deponant, maior testium fides esse debeat*, sed vero hoc assertum haud generale esse, sed ad casum illum, quando testes quoque ipsi instrumentis conficiendo firmandoque adhibiti sunt, restringendum esse, ex mox dicendis apparebit. Interim tamen volunt interpretes iuris, esse quædam, quæ non possunt probari per instrumenta, sed tantum per testes, *vid. Ludou. Roman. conf. 349.* Oldrad. *Consil. 199.* quorum potissimum crimina referunt, *vt potest quæ regulariter & sufficienter per solas literas & instrumenta absque alio adminiculo probari non possunt.* Iulius Clarus *lib. 5. sentent. §. fin. qu. 54. n. 1.* Verum *vt hoc certum sit de nonnullis delictis, vt homicidio, furto, adulterio, quæ magis per testes quam instrumenta probantur primario, tamen alia delicta æque possunt instrumentis probari, veluti proditio, Magia, vsuraria prauitas Gail. lib. 1. de pac. publ. c. 15. n. 13.* Sic etiam mandatum de delicto committendo probatur literis, quemadmodum etiam omnia delicta, quæ quam iudiciali cognitione



gnitione excussa sunt, ex actis satis probatur. Daniel Clafen. *ad Confis. Crim. Carol. art. 62.*

§. XIII. Progrediendum ergo nunc est ad eiusmodi casus, ubi tales circumstantiæ, de quibus hactenus egimus, instrumenta non comitantur, sed tamen testes contra instrumenta deponunt, ubi varie Dd. distinguere solere, animaduerto. Res huc redire videtur. Scilicet videndum est, an testes, qui instrumento adfuerunt, illudque subscripserunt, illud impugnent? an vero extranei, seu qui illud haud scripserunt. Posteriori casu instrumentum duplici modo impugnari potest, vel quod in totum falsum sit, vel quod negotium non ita fuerit gestum, prout scriptum est. Si instrumentum reprobatum tanquam falsum, hoc utique fieri posse per testes constat. Est quidem pro omni instrumento summa præsumptio, tum quod solennitas debita adhibita fuerit, tum quod veritati conforme sit, §. u. l. de inutil. stipul. §. f. l. de fideic. Barbosa in thesaur. lib. 9. c. 72. ax. 3. sed tamen hæc præsumptio per fortio-rem elidi potest probationem, si scilicet reus manifestissimis probationibus, vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse, prout ait Imper. in cir. §. II. ex quo evidens est, posse per testes reprobari in totum documentum, sufficienter enim probato, quod reus eo tempore, quo confectum esse dicitur instrumentum, alibi fuerit, manifestissime probatum est, instrumentum falsum & supposititium esse, Mascardus de probat. Vol. 1. qu. 6. n. 60. Equidem in §. 8. dictum est, quod contra propriam confessionem in scriptis factam testes non admittantur: sed cogitandum est, hic

*Quid iuris sit instrumenta testes non prouocant?*

*quanto extranei testes possint impugnare instrumentum?*

*(1) si tanquam falsum reprobatum.*

785

hic non agi de probatione contra propriam confessionem, de quo ad alterum casum agendum, sed quando instrumentum tanquam falsum in totum reprobatur. Vt autem probatio manifestissima sit, testes debent omni exceptione esse maiores. Trentacinq. lib. 1. var. resol. 6. num. 9. Mascard. cit. l. n. 68. Quodsi tamen vnus testis causam instrumenti adiuuet, hic duos in contrarium non sufficere constituit Menochius de A. 2. lib. 2. cas. 105. n. 43. quia sic ille vnus testis præsumtionem pro instrumento firmat, quod tamen ex circumstantiis iudicandum erit.

(2) Quando tenor instrumenti per testes impugnetur.

§. XIV. Quando autem instrumentum totum non reprobatur tanquam falsum, sed tenor tantum quodammodo in dubium vocatur, tunc grauior dispectio est, an & quatenus testes admitti debeant. Et quidem si instrumentum propriam confessionem rei contineat, quid dicendum sit, facile constat ex his, quæ in §. 8. dicta sunt, scilicet testes non esse recipiendos contra propriam confessionem, modo instrumento ex alio fundamento nihil valide opponi possit, quod forsam instrumentum v. c. donationis a Notario confectum sit nomine donantis, nec tamen legitime eidem prælectum fuerit cum debita explicatione eorum, quæ nomine donantis scripta sunt, quæ tamen donans absque explicatione Notarii intelligere haud potuit; licet enim vel maxime donans hoc subscripserit, si tamen contra voluntatem donantis quædam eidem inserta deprehendantur, ob defectum prælectionis debitæ, quæ Notariis tam sollicitè iniuncta est in Ord. Not. Maxim. de anno 1512. §. 14. seqq. contra confessionem talem probatio per testes vel iuramentum admitti debet. Sic cum far-  
tor



## TESTIVM ET DOCUMENTOR. INTER SE 33

tor quidam feminæ cuidam certam pecuniæ summam donasset *mortis causa*. Notarius vero instrumento inferuerat, quasi donatio esset facta *inter vivos*, & hoc ipsum absque prælectione præuia donans subscripserat, heredes vero feminæ postea rem donatam peterent, responsum fuit ab hac illustri Facultate Iuridica: donantem, si iurare posset, se ita haud donasse, nec sibi instrumentum legitimo modo prælectum esse, absoluendum esse. Atque huc quoque collimat aperte *l. cum precibus 18. C. de probat.* vbi itidem, ignorante donante, instrumento donationis quid insertum erat, & ita rescripserunt Imperatores, si hoc ipsum probari posset, instrumentum in hac parte reprobri deberet.

§. XV. Quando vero alia instrumenta, quam quæ confessionem propriam continent, veluti testimonia, protocola, Notarii instrumenta impugnantur, dubium est, an magis sit standum instrumento, an testibus? Equidem Paulus *lib. 5. sent. tit. 15.* generaliter pronunciat, *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, aduersus scripturam interrogari non possunt.* Quibus verbis satis aperte de hoc casu loqui videtur, nam verba: *cum de fide tabularum nihil dicitur*, hunc sanum admittunt sensum, cum instrumentum ipsum falsi non arguitur, sed forsitan contra tenorem aliquid obiicitur, vt proinde Hubero *ad tit. de fide instrum. §. 13.* hoc minus recte cauillatorium esse videatur. Vniuersaliter hanc sententiam admitti haud posse facile patet, sed potius de eiusmodi casibus accipienda erit, de quibus in antecedentibus plenius dictum est. Sunt ita comparatæ sententiæ & regulæ Ictorum antiquorum, vt

*An magis hoc in casu sit standum instrumentis, an vero testibus?*

E

sæpe

sæpe ad certam quandam materiam restringi debent, prout ex R. I. corpori Iuris Ciuilis & Canonici adiectis constat. Concedunt itaque Dd. tale instrumentum per testes impugnari posse, vt fides magis testibus quam instrumentis haberi debeat, Gilcken. ad l. 15. C. de fid. instrum. n. 30. Trentacinq. cit. l. n. 8. sed de numero testium variant. Quidam requirunt tres ad minimum vel quatuor testes, gloss. ad l. 15. cit. verb. in exercendis. Couarruias lib. 2. var. resol. cap. 13. sed plerique duos testes sufficere

Quos testes  
requirantur.

existimant, quos refert Gilckenius cit. l. Nam et si Iustin. in l. 18. C. de testibus, contra instrumentum quinque testes requirat, per quos debiti solutio probari debeat, tamen sciendum est, illa specie non impugnari instrumenti contenta; sed testes ad probandam exceptionem solutionis requiri, & quidem quinque quia maxime improbable est, soluere aliquem debitum, vt tamen (1) instrumentum penes creditorem relinquat, & (2) apocham nullam a Creditore requirat. Sed cum etiam in hac specie hodie duo testes sufficiant, teste Sandio lib. 1. tit. 10. def. 1. Fab. in C. lib. 4. tit. de testam. def. 23. n. 13. eo minus exinde dubium moueri potest.

Decisio.

Omissis itaque aliorum sententiis, approbanda videtur sententia Menochii de Arb. l. 2. cas. 105. n. 42. hoc iudicis arbitrio esse relinquendum, vt ponderet, an maior stet fides pro instrumento, an pro testibus, quem in finem illæ regulæ quoque adhibendæ sunt, quæ supra C. 1. circa finem exhibui, & in primis ex circumstantiis iudicandum, quæ vero similia sint. Quod si nec de hoc constet, standum erit instrumento ob summam præsumtionem, quæ pro illo militat

*l. 14. in f. C. de Contr. & commit. stipul. quod exemplo probat Huber. ad tit. de fide instrum. §. 11. Diversum quidem deciditur in c. 5. X. de testibus. vbi testibus fides præ instrumento habetur, sed ibi suspicio erat, sigillum furtim esse appositum, conf. c. 33. X. de testibus. simile exemplum est in c. 10. X. de fide instrum. sed ibi testibus fides habebatur ex singularibus circumstantiis, quæ ibi occurrunt.*

§. XVI. Progredior nunc ad alterum casum, quando testes instrumentarii, qui instrumento vel interfuert, vel subscripserunt, contra instrumentum deponunt. Si subscripserunt instrumento, v. c. testamento, tunc recognoscere manum & sigillum utique tenentur, & hætenus tantum quæstio est de casu, si tenor testamenti in dubium vocetur, vel quidam testes deponant, testatorem iam in agone fuisse constitutum, vbi testamentum conderetur, vt pleno haud frueretur intellectu, & ita non dubium est, quin illis fides haberi debeat, si certam suæ scientiæ rationem reddere possint, & ita liquido ostendant, aliter fuisse scriptum quam a testatore dispositum, vel actum inter partes. Et huc videtur respexisse Imperator in *Nov. 73. c. 3.* vbi præfert testium depositiones iuramento corroboratas, contentis ipsius instrumenti, quod etiam constare videtur *ex lib. 13. C. de probat. conf. Menoch. cit. l. n. 37. Trentacinq. lib. 2. var. resol. ref. 6. n. 2.* Interim hoc certum est, testes concludentem suæ assertionis rationem reddere debere, scilicet aliud fuisse actum, quam instrumento adscriptum sit, idque testes recte intellexisse, Gilken *ad lib. 15. C. de fide instrum. n. 18.* & quidem hanc rationem reddere debent, Quid si testes instrumentarii instrumentum impugnent?

.pe

etiam si ne quidem de illa essent interrogati. Id *ibid.* Menoch. *de A. I. Q. Cas.* 105. n. 9. Quando enim dubitantes respondent, se non credere ita actum fuisse, sane ista dubitatio non potest conuellere fidem instrumenti. Mascard. *de probar.* Vol. 1. p. 6. n. 41. *seq.* Sane constat, sæpissime hodie contractus usurarios sub prætextu emtionis sub pacto de retrouendendo in scriptis concipi, quibus etiam testes adhibentur, qui tamen, si testantur magis de simplici mutuo actum, & emtionem talem simulatam fuisse, utique illi contra instrumentum probabunt, præsertim cum plerumque sub eiusmodi venditionibus contractus usurarii latere soleant, quo ipso depositio restium redditur admodum probabilis & pondus pro fide instrumentorum recipitur. E contrario si plures testes instrumento essent adhibiti, quidam pro veritate instrumenti pugnarent, quidam eius tenorem impugnarent, hic grauior esset probabilitas pro instrumento, ita eidem standum, quod per se iam fidem summam habet, & præterea testium quorundam fide adiuuatur, Gilcken. *ad cit. lib.* 15. n. 19. Mascard. *de probar.* Vol. 1. qu. 6. n. 39.

Quid si vnus  
ex solemnibus  
testibus testa-  
mentum im-  
pugnet?

§. XVII. Equidem diuersam constituunt de-  
cisionem in casu, si vnus ex solemnibus & necessa-  
riis testibus instrumentum, veluti testamentum im-  
pugnet. vid. allegati apud Gilckenium *cit. l.* n. 23.  
sed duplici ratione ab vno alteroue teste testamen-  
tum impugnari potest, (I) quod neget se subscri-  
pisse, & ita manum suam recognoscere nolit, sic  
enim ex *lib.* 1. §. f. ff. *testam. quemadm. aper.* testa-  
mentum fit suspectum, nisi forsan ex reliquorum  
testium depositione appareat, contradicentem & in-  
ter

TESTIVM ET DOCUMENTOR. INTER SE. 37

terfuisse & subscripsisse, nam tunc recognitio hæc per testes alios commode fieri potest, cum facile vnus alterue testis ab eo, cuius interest testamentum irritari corrumpi possit, vt subscriptionem propriam neget. (2) quando manum quidem recognoscit, sed contenta eius impugnat, siquidem alii ipsi contradicunt, itidem standum est testamento: si autem aliis testibus contenta ignota fuerunt, & ita vnus tantum contenta impugnat, ex causa desuper statuendum erit. Quid enim si Notarius publicus testamentum condidisset? quid si testator illud subscripsisset sua manu; illudque legisset, certe vnus testis depositio non potest facile labefactare fidem instrumenti. Concludo itaque, posse fidem instrumentorum per duos testes labefactari, si negotio interfuerunt, & omni exceptione maiores sint, & certam suæ sententiæ rationem reddere possint, ita vt iudici inde maior fides fieri possit, quam ex instrumentorum tenore.

CAPVT. III  
DE

COLLISIONE DOCUMENTORVM  
INTER SE.

§. I.

**S**uperest nunc tertium collisionis membrum, quando inter instrumenta ad probandum producta conflictus animaduertitur, in quo fere eadem attendi debent præcepta, quæ in collisione testium inter se *Connexio.*



045

se *Cap. 1.* tradita sunt. Vtut vero collisio potissimum tunc oriatur, quando documenta sibi inuicem e diametro aduersantia a diuersis personis producuntur, breuiter tamen præmittendum esse censui, quid iuris sit, si ab eodem talia instrumenta, inter quæ conflictus cernitur, producantur.

*Collisio inter documenta ab eodem producta iis omnem fidem adimit.*

§. II. Quodsi itaque ab eodem documenta sibi inuicem aduersantia producuntur, tunc fides singulorum perit, prout disponunt Imperatores in *l. 14. C. de fid. instrum.* *Scripturæ diuersæ sibi inuicem fidem derogantes ab vna eademque parte prolatae nihil firmitatis habere poterunt.* In *Cod. Theodof.* eadem lex repetitur in *lib. 2. de fid. instrum.* sed loco verborum *ab vna eademque parte prolatae*, hæc habentur, *ab altera parte prolatae*, quæ ipsa verba nonnullos deceperunt, vt crederent, eandem quoque decisionem obtinere si a diuersis personis scripturæ contrariæ productæ fuerint, quo tamen nihil falsius dici potest, cum vti recte Iacobus Gothofredus ad *cit. l. 2.* animaduertit verba *ab altera parte* idem denotent, ac *ab alterutra parte*, i. e. siue ab actore, siue a reo diuersæ, & contradicentes scripturæ proferantur. Eandem decisionem repetit Pontifex in *cap. 13. X. de fide instrum.* vbi simul rationem addit his verbis: *imputari ei potest, qui contrarias inter se scripturas iudicio protulit, fidem sibi ad inuicem derogantes, cum in ipsius fuerit potestate quam voluerit non proferre.* Vñus est hoc ipso argumento Iulius I. Episcopus Romanus in epistola ad Eusebianos scripta apud Athanasium *apol. 2. pag. 580.* vbi iis obiicit, quod litteras aduersus Athanasium inter se diffidentes scripserint, & inde concludit, quod

*Illustratur. Decisio,*



quod *liseris eiusmodi contradictoriis nulla fides haberi debeat.* Casum hanc legem illustrantem huiusmodi *Casus.* affert Iacobus Gothofredus ad *cit. l. 2. C. Theod.* Actor petit a Reo fundum, quasi a rei patre ipsi esset donatus, cumque in finem instrumentum donationis producit. Reus obiiicit defectum insinuationis, & hoc modo repulso actore aliud producit documentum, quo venditum sibi fundum esse probare conatur, quo ipso huic posteriori scripturæ fides detrahitur, nam, pergit, *non potest ea scriptura fidem facere, que cum altera iam antea a me probata colliditur.*

§. III. Atque hæc ipsæ decisiones naturali *Ratio deci-*  
tione fundatæ sunt, cum vel ex Logices constet, *sionis.*  
contradictoria non posse simul esse vera: eo ipso itaque, cum quis contradictoria affert, & ita sibi ipsi contradicit, nihil probat, cum non constet, cui fides habenda sit, sed alterum necessario falsum esse debeat. Et inter eruditos hæc sæpe vrgetur, quoties aliquid publicæ luci exponunt, cum non raro sibi inuicem contradicunt, maxime hi, qui nil proferre possunt, quam quod in locos suos communes congesserunt, quæ, cum non cohæreant, sed hinc inde excerpta sint, a contradictionibus libera esse nequeunt. Dicuntur enim contradictoria, quæ inter se haud cohærent, sed potius euidenter pugnant, ita ut veritas vnus non possit stare cum veritate alterius. Neutiquam ergo contradictiones apparentes huc referimus, quæ ita comparatæ sunt, ut sanam interpretationem admittant. Dico *sanam*, nam sophisticas interpretationes merito excludimus, quæ sæpe adducuntur, ut pugnantia euitentur, quod possi-

tissimum contigit, si leges inter se dissidentes conciliare conantur, quæ aperte sibi inuicem contradicunt; non possint aliter, quam sophistica interpretatione conciliari.

*Ad vno eodemque instrumenta collidentia producenda.*

§. IV. Debet itaque (I) repugnantium instrumentorum productio ab vno eodemque fieri. Et sic fides eis derogatur non tam per se, quam ex accidenti, quod scilicet imprudenter actor vel reus vtrumque pro se produxerit, cum in eius potestate fuisset, alterum, non producere, quo non facta, fides instrumenti producti salua hæctenus mansisset, cap. 13, X. de fid. instrum. ibique Gonzalez. n. 4. quam amittit per productionem contrarii. Neque post productionem facile datur reuocatio instrumenti repugnantis, cum semel alteri exinde ius quasi-tum sit, Boerius *decif.* 252. n. 3. nisi pars aduersa ipsam productionem impugnasset, vel reuocatio fieret re adhuc integra *lib. 3. C. de fide instrum.* Quod si itaque ab vno productio non fuit facta sponte, sed aduersarius per mandata compulsoria editio-nem alterius, quod contrarium est, impetrauit, tunc hic casus huc non pertinet, sed ad alterum mem-brum, quando ab vtraque parte contraria instrumen-ta producuntur.

*Quid si instrumenta collidentia ab eo proferrantur, cui iuris ignorantia non nocet.*

§. V. Præterea (II) productio debet a tali fieri, cui iura nullo modo succurrunt: Non enim dubium est, minori, per temerariam productionem instrumentorum sibi inuicem repugnantium læso, per restitutionem esse succurrendum, cum etiam aduersus temerariam confessionem restituatur, vtut hoc casu aduersarius editionem eius urgere & ipse producere possit. De mulieribus & rusticis quæstio, est, an his

an his quoque succurratur ? quod quidam aiunt, si peritiores consulere non potuerint, quoniam illis error iuris non nocet, l. 25. §. 1. ff. de cond. indeb. Cynus in l. 14. C. de fide instrum. præsertim quod alias quoque rusticitati in iure parcendum esse dicatur, l. 2. ff. si quis in ius vocat. Sed ab hac sententia recesserunt Ioann. Sichardus n. 4. ad. d. l. 14. & Salycetus ibid. n. 6. (1) quod repugnantia simplicitatis excusationem non habeant, cum in tali causa magis malitia quam simplicitas adesse videatur, (2) quod non possit expediri, cui instrumento magis standum sit. Ex casu super hac quæstione statuendum esse videtur, aut enim de malitia rustici vel feminae apparet ex circumstantiis, aut non: priori casu eis neutriquam succurrendum, cum iura non succurrant decipientibus sed deceptis. Posteriori vero tota res remittenda ad arbitrium iudicis, qui sua prudentia iudicare debet qualitatem personæ producentis & scripturarum, cum sane rustici sæpe imperiti literarum sint, & in rusticanis iudiciis sæpe varias scripturas proferant, non intelligentes, an sibi præfuturæ sint nec ne, quin quod contrarietatem non semper diiudicare queant, Menoch. de arbit. iud. quæst. conf. 194. n. 60. 61. Id quod etiam de mulieribus simplicibus dicendum esset, hoc scilicet effectu, vt reuocationem vnus scripturæ vrgere possent, quamuis aduersarius audiendus merito sit, si eius editionem vrgeat, vt illud postea producere possit ad suam intentionem probandam, quo casu quæ sint partes iudicis, in altero huius capituli membro videndum erit.

Decisio

§. VI. Vtterius (III) collisionem requirunt in diuersis instrumentis: Quando enim in vna scriptura

An idem dicendum sit si in vno eodem.

241

*que instru-  
mento repu-  
gnantia de-  
prehendun-  
tur?*

putura illa contingit, vltimam dispositionem attendendam esse existimant, per quam a priori recessum esse videtur. Alii vltimam potius per errorem factam fuisse, aiunt Trentac. *var. resol. lib. 2. resol. 5. n. 4.* Equidem si ex probabilibus coniecturis de errore constat, omnino fani hominis dispositio ita interpretanda, ne contradictio appareat, cum non credendum sit, hominem sanæ mentis in vna dispositione contraria voluisse, vt adeoque magis error quam contrarietas præsumi debeat. Et hac ratione Imperator stipulationem præposteram, quæ reuera contradictionem continet, valere & ita interpretandam esse disponit, ne contradictio appareat, quæ ex errore irrepsisse videtur, §. 13. *l. de inutil. stipul.* Si autem aperte pugnantia inter se adsunt, dicendum cum Icto in *l. 158. pr. ff. de R. l. ubi pugnantia inter se in testamento haberentur, neutrum ratum est*, quin potius tota dispositio tanquam falsa reiicitur *l. 13. §. 3. de reb. dub. l. 16. de condit. insti.* imo merito talis dispositio contra eum interpretanda est, qui clarius loqui & ita ambiguitatem ex contradictione ortam euitare potuisset, qualis autem illa sit, qui clarius loqui debuisset, explicuit Dn. Præses *Dissert. de interpret. facienda contra eum qui clarius loqui deb.* conf. Gilcken *ad l. 14. C. de fid. instrum. n. 9.*

*Quid si in-  
strumentum  
publicum &  
priuatum,  
quæ inter se  
collidunt, ab  
eodem profes-  
santur.*

§. VII. Præterea (IV) requirunt, vt collisio oriatur ex instrumentis eiusdem generis, hoc est, vt vtrumque vel sit priuatum, vel publicum. Si enim publicum & priuatum simul producitur, inter quæ collisio manifesta adest, publico standum esse volunt, quod scilicet fides publica priuatæ scripturæ con-

contrarietatem elidat Accursius in *l. 14. C. de fide instrum. verb. scriptura*, Baldus ad *l. cit. n. 12.* Verum recte Petrus Gilckenius ad *cit. l. 14. n. 15.* ab hac sententia recedit, quamuis enim alias priuati documenti fides per publicum instrumentum contrarium supprimatur, si a diuersis personis vtrumque proferatur, tamen non idem iuris esse debet, si ab vna eademque proferantur, cum priuatum documentum contra producentem æque probet, ac publicum, conf. Menoch. *lib. 1. pres. 45. n. 1.* Boerius *Decif. 252. n. 3.*

§. VIII. Alii quoque (V) requirunt, vt produ- <sup>Quid si pro-</sup> ducens simpliciter & absque protestatione illa pro- <sup>ducens prote-</sup> duxerit. Neque enim producentem sibi præiudica- <sup>statur sit, se-</sup> re arbitrantur, si protestatus fuerit, quod documen- <sup>tantum in</sup> ta tantum in passibus vtilibus, seu in quantum sibi <sup>passibus uti-</sup> profutura esse possint, produxerit, Sichard. ad *Cod. mentum pro-* <sup>duxisse.</sup> *cit. l. 14. n. 1.* Menoch. *lib. 2. pres. 45. n. 21.* Carpz. *P. I. C. 17. def. 7. & de Process. tit. 14. art. 5. n. 26. seqq.* Atque hanc protestationem hoc operari ait Carpzouius, vt in fauorem partis aduersæ instrumentum productum fidem haud faciat. Sed in *Def. seq. 8.* hanc sententiam statim limitat, si altera parte absente, eiusmodi instrumentum cum protesta- tione productum fuerit, id quod sine dubio de ca- su contumaciæ accipiendum est, & inde concludit, quod altero præsentente nihil operetur, & sic secun- dum eius mentem ordinarie nullius erit efficacitæ, cum ordinarie instrumenta parti aduersæ communicari de- beant. Proinde plures hanc negatiuam tuentur, Goswin ab Esbach ad Carpz. *cit. l. n. 4.* Crauetta *conf. 201. n. 6.* Berlich. *P. I. concl. 34. n. 21.* ex hac

F 2

ratio-

ratione, quod instrumenta sint indiuidua, & qui illud in vno approbat in aliis reprobare nequeat. Distinctione hanc litem tollere satagit Trentacing. *Vol. 2. resol. 3. n. 3.* & priorem veram esse existimat in causis plane separatis & instrumento alieno, si aduersarius protestationi non contradicat, posteriorem vero in cæteris casibus, quam etiam approbare videtur Petrus Gilcken. *cit. l. n. 11.* Et hæc sane non caret ratione. Qui enim propria documenta produxerit, non potest ea pro parte improbare aut approbare nisi forsan pro illa parte, qua illa reprobat, manifestum errorem allegare possit, quo ipso hac protestatione illud consequitur, ne contraria protulisse videatur, vtut si aduersarius iisdem vti velit, postea ex doctrina mox proponenda iudicandum sit, vtrum fides ei habenda sit nec ne. Verum si quis instrumenta ab aduersario producta in certis passibus acceptet, hoc saluo iure suo facere potest, nec statim cetera, quæ sibi aduersantur, probasse videtur, cum potius *κατ' ἀνδροπον* ita ex concessis contra aduersarium disputet.

*Quid si instrumenta sint derogatoria, vel apparen-  
ter contradictoria.*

§. IX. Hoc quoque (VI) attendendum, an documenta reuera sibi ipsis contradicant, an vero alterum alteri deroget, id quod ex circumstantiis iudicandum Trentacing. *cit. l. ref. 5. n. 9.* quod si enim appareat, in posteriori documento recessum esse a contrahentibus a priori voluntate, vel pro parte mutationem susceptam esse, non tam hæc documenta sunt contradictoria quam derogatoria, & sic vltimum demum valet. Sic etiam præterea ex causarum circumstantiis iudicandum, an vera adsit con-

contradictio, an vero apparens, quia dispositiones ita intelligi debent, ne contradicant, *cap. inter dilect. 6. X. de fide instrum.* Gilcken. *cit. l. n. 18.* Gonzalez Tellez *ad cap. 13. n. 2. X. de fide instrum.*

§. X. Sed pergo ad alterum collisionis membrum, si scilicet instrumenta inter se collidentia ab utraque parte proferantur, tunc fere eisdem regulis utimur, quæ adductæ sunt in *Cap. 1. de collisione testium inter se.* Sed tamen varias solent adducere conjecturas, ex quibus alterum alteri præferri debeat. Sic (1) volunt, instrumentum a digniori Notario conditum præferendum esse, *Alex. conf. 190. n. 17.* sed quis sit dignior Notarius, non constat. Si hoc ipsum ex diuitiis & ex aliis honoribus, quos possidet, æstimandum sit, tunc illa recurrunt dubia, quæ *capite I. circa testes* mota sunt. Si autem quæstio de Notario sit, qui maiore fide præ altero pollet, ideo quod hic satis de falso suspectus sit ex moribus deperditis, possum concedere, hoc aliquid operari ad infringendum fidem instrumenti ab eo conscripti, velut alia adhuc adminicula accedere debeant.

*Alterum membrum si colliso sit inter instrumenta a diuersis producta.*

*An hic ad dignitatem Notarii respiciendum sit.*

§. XI. Hoc vero (II) facilius concedimus, si instrumenta sint inæqualis roboris, præferendum esse, ceteris paribus, illud quod maiori fide pollet. Atque hac ratione publicis documentis qui nititur, contra cum probabit, qui priuatis saltim ad suam intentionem fundandam utitur scripturis, *Trentacinq. lib. 2. var. resolut. resol. 5. n. 11.* Possunt tamen aliunde priuatæ scripturæ adminicula maxima accedere; vt æqualem vim cum instrumento publico habeat, nec hoc absolute eisdem præferatur, veluti

*Quod si alterum sit publicum, alterum priuatum.*

442

si testes adiunctos habeat, qui interfuerunt instru-  
mento priuato & actui, lic enim idem valebit ac  
instrumentum publicum, quin quod saepe hoc casu  
per testes instrumentum publicum fallitatis conuinci  
possit, iuxta dicta in *capite anteced.* id quod si fieri  
non possit, æqualis vtrique instrumento vis adscri-  
benda, & tunc iudicandum secundum illa, quæ §.  
§. seq. dicentur.

*Respicien-  
dum ad cau-  
sam fauora-  
biliorem.*

§. XII. Quando vero instrumenta sunt æqua-  
lis roboris, porro (II) respiciendum ad ipsam cau-  
sam. Quemadmodum enim *cap. 1.* diximus pro cau-  
sa fauorabili esse pronuntiandum in casibus dubiis,  
idem quoque hic maxime applicandum erit, vt pro  
illo instrumento iudicetur, quod causæ fauorabili fa-  
uet, veluti piæ causæ &c. *Trentacinq. cit. l. n. 6.*  
Sic cum iura magis fauant liberationibus quam o-  
bligationibus *l. Arrianus 47. ff. de Obl. & A.* magis  
quoque in huius modi consuetu pro illo instrumen-  
to pronuntiandum, quod fauet liberationi *Socin. vol.*  
*2. conf. 277. n. 21. Alex. vol. 6. conf. 190. n. 14.*

*Præterea ad  
verosimilia  
attenden-  
dum.*

§. XIII. Si hæc circumstantia deficit, (IV)  
fides habenda est illi documento, quod verosimi-  
liora continet, quemadmodum idem arbitrium iu-  
dicis requisuimus in collisione testium inter se quor-  
sum spectat *l. optimam 14. C. de contrab. & com-  
miss. stipul.* & ita in subsidium assumendæ illæ cir-  
cumstantiæ de quibus *C. 1. in f. dictum*, sed plus  
hic valet iudicis prudentis iudicium limatum, quam  
multæ regulæ iudici iudicio carenti præscriptæ. Pos-  
sumus hic in exemplum adsumere *l. Sempronius 47.  
ff. de leg. 2.* vbi casus est talis: Binæ tabulæ eor-  
dem tempore scriptæ erant, sed inter se repugnantes,



tes, in alteris centum, in alteris quinquaginta Titio legati sunt. Legatarius petebat centum ex vnis tabulis, heres tantum se quinquaginta soluere obligatum esse dicebat, & hunc in finem alteras producebat tabulas. Erat ergo collisio inter ambas tabulas, & inde quaestio ex surgebat, quibus tabulis potius insistendum? responderet Ictus magis heredi parcendum esse, vt tantum quinquaginta legatarius petere possit, cum in dubio praesumatur defunctus voluisse heredem minus grauare, qua praesumptione cum adiuentur tabulae ab herede productae, illis standum. Semper enim illud documentum, quod maioribus adminiculis iuuatur, praefertur Alex. vol. 6. cons. 190. n. 22. Baldus in l. 14. C. de fide instr. n. 12. Huc etiam pertinet, quando alterum ex variis adductis coniecturis suspectum factum est, quae aliquando ad fidem tollendam proficiunt. Jac. Born. de instr. P. 2. cap. 6.

§. XIV. Denique quando (V) nec apparet, quale instrumentum vero proximiora contineat, merito contra eum iudicandum, qui probare debuit. Neque enim probare dici potest, qui aequaliter cum aduersario probauit, cum ipsum in probando vincere debeat, ceu in cap. 1. in f. dictum. Atque adeo si actor probare debuit; reus absoluendus, si vero huic probatio incumbit, pro actore merito pronuntiandum. Vt enim alias regula sit, in dubio absoluendum esse reum, tamen hoc suo modo etiam ad actorem recte applicatur, quando reus excipiendo sit actor, l. 1. ff. de except. veluti si compensationem opponat, & debitum fateatur, sic enim

*Tandem contra eum qui probare debet in dubio pronuntiandum.*

245

enim dum hanc exceptionem probare debet, quasi actoris vicem intrat, contra cuius probationem actor replicando se defendit, & dum pro eo pronuntiatur, liberatur ab opposita prætenfione adversarii, Paul de Castro in l. 14. C. de fid. instrum. in f. Trentacing. cit. l. n. 8. & 10. Boer. Decif. 52. n. 9.

Conclusio.

§. XV. Superesset quidem adhuc, vt quibusdam exemplis regulas traditas illustrarem, sed cum id quidem per temporis angustiam aliasque occupationes non liceat, sufficet, præcepta hic tradidisse. Iudicio vbique opus, quo deficiente sæpe in applicatione errabitur. Neque hi, qui accurato iudicio omnia poterant, exemplis indigent, sicuti parum illis profecerint, qui eo desituuntur.

F I N I S







ULB Halle

001 512 765

3



56







222

1707

10d

24

DISPUTATIO IVRIDICA  
DE  
**COLLISIONE  
PROBATIONVM,**

QVAM  
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,  
*SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,*  
**DN. PHILIPPO WILHELMO,**  
PRINCIPE BORVSSIÆ, MARCHIONE BRANDENB.  
DVCATVS MAGDEB. GVBERNAT. &c. &c.

IN REGIA FRIDERICIANA  
PRÆSIDE  
**IVSTO HENNINGO Böhmer, D.**  
PROF. P. ET FACVLT. IVRID. ASSESSORE,

IN AVDITORIO MAIORI  
*ad diem Novembr M. DCCVII.*  
Publico Eruditorum Examine submittit  
**CHRISTOPHORVS FRIDERICVS KOCH,**  
SANGERH. THVR.

---

HALÆ MAGDEBVRGICÆ 1738.  
Typis IOANNIS CHRISTIANI HILLIGERI, Acad. Typog.

