

CANCELL*
MARTIS B**
1718*



I. d. i. 76. 65

28. April 16

~~A. J. 17~~

~~XXVIII 9. a~~

DISPVTATIO IVRIDICA
DE
**COLLISIONE
PROBATIO-
NVM,**

Quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORVSSIAE, MARCHIONE BRANDENBVRGI-
CO, DVCATVS MAGDEB. GVBERNATORE, & reliqua,

IN REGIA FRIDERICIANA
PRAESIDE
IVSTO HENNINGO Böhmer/D.
PROF. P. ET FACVLT. IVRID. ASSESSORE,

IN AUDITORIO MAIORI
Ad d. Novembr. MDCC VII.
Publico Eruditorum Examine
sistit

CHRISTOPHORVS FRIDERICVS KOCH,
Sangerh. Thur.

HALAE MAGDEBURGICAE,
TYPIS CHRISTOPH. ANDREAE ZEITLERI, ACAD. TYP. 1711.

DISTRICTO IUDICIA

COLLISIONE

PROBATIO

CONDICITIO

DE RE FORTE

DE RE FORTE

DE RE FORTE

IN RE

DE RE FORTE

DE RE FORTE

DE RE FORTE

DE RE FORTE

DE RE FORTE

DE RE FORTE

DE RE FORTE

DE RE FORTE





DISPUTATIONIS
DE
COLLISIONE PROBATIONVM.

CAPVT I.
De Collisione Testium inter se in
probando.

§. I.



Ta res nostræ comparatæ sunt, ut
non sufficiat ius perfectum habe
re, nisi etiam legitimis probatio
nibus debito modo extra omnem
controuersiam & dubitationem
constitui possit, alioquin obtine
bit elegans assertum Iurisconsul
ti in *L. 30. ff. de testam. tutel. aien
tis: tibi non deficit ius sed probatio.* Cum itaque omnis
ratio ius suum aduersus alios defendendi & asserendi
in probatione consistat, & vero modus & media pro
bandi non ita semper aperta sint, sed qualiscunque de
mum probatio adferatur, per reprobationem aduer
sarii dubia fieri possit, hinc non raro difficultates in
praxi existunt, an & quis inter litigantes probauerit,
cum

*Probatio in
lite omne
fert pun
ctum.*

Difficultates in Collisione probationum.

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 practicantium Mascardum & Menochium in consilium vocaueris, qui plerumque infinitas conclusiones coaceruant, sed in fundamentis genuinis fluctuant. Ante aliquot annos Dn. Præses de *collisione præsumtionum* iam eundem defectum circa præsumtionum 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 & præsentis disquisitione enuclearem.

Quid per Collisionem Probationum intelligatur?

§. II. Quid per collisionem proprie in iure denotetur, in dict. *Disp. de collis. præsumt. cap. 1. S. 2.* iam fatis ostensum 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 præpollet, alterum a se repellat & quasi supprimat, quod tanta virtute non pollet & resistere nequit. Vt

Vtut itaque vtrique corpori virtus quædam satis magna inest, tamen dum altera per alteram supprimitur, illa, quæ supprimitur, 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 idem significat concursum 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 *Disput. 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 probauit, 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 vrgentissimas, ita non dubium est, quin variis modis collisio probationum contingere queat, quos omnes excutere nimis longum foret. Cum enim quæ de collisionis præsumptione dici possint, iam in *cit. 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

Quod modo
Collisio pro-
bationum o-
viri possit.

fit, nec admixtionem aliarum doctrinarum facile admittat, & præterea casus harum collisionum frequentiores in praxi existant de quibus disputari possit. Atque talis collisio potissimum tribus modis sese exferre potest: (I.) Quando utrinque testes producuntur & depositiones eorum inter se collidunt, de quo agam *Cap. præsentis*. (II.) Quando hinc testes, illinc instrumenta adducuntur, ut ita inter hanc diuersam 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.

*Si reus con-
trouersia
formatur
in casu
quando re-
suum collisio
adeft.*

§. IV. Ut itaque de collisione testium inter se eo rectius constet, præmitto sermonem hic nobis esse de eiusmodi casu, quando vterque, & actor & reus plene per testes probauit, 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 probauit, alter semi plene, nam tunc itidem concursus eiusmodi adeft, vbi non adeo grauis collisio oritur, sed mox apparebit pro quo pronunciandum. Ille vero concursus est grauissimus, si vterque sufficientem numerum testium pro se adduxerit, quorum personis non adeo quid opponi possit, de quo nunc videndum.

§. V. Farinacius *Lib. 3. tit. 7. q. 65.* plures & quidem nouendecim hic regulas congescit, inter quas regulas tamen rursus tanta collisio reperitur, vt non satis

tis constat, 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, one testium magisque standum sit depositionibus plurium testium quam pauciorum, quam regulam pluribus Dd. allegatis confirmat. conf. Carpz. in Process. tit. 13. art. 3. n. 71. Myns. 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 præmissis* itidem huc videtur prouocasse Pontifex afferens *testibus numero pluribus potius lucem veritatis assistere vbi enim est maior numerus, ibi maior præsumitur veritas, vti colligunt ex c. 57. X. de elect.*

§. VI. Vereor tamen, ne hæc regula parum vel nihil profit. Videtur hoc ipsum agnouisse Arcadius in *L. ob carmen. 21. §. 3. de testibus*, vbi disertis verbis ait: *quod ex numero non enim ad multitudinem respici oportet, quod ipsum quoque repetit Pontifex in c. 32. X. de testib. aiens: quomero testium 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 præponderationem testium inter se nihil operari, quo etiam respexit in c. 9. X. de probat.* Si itaque multitudini testium in tali collisione aliud pondus deest,

deest, quomodo potest vincere in probando? Accedit quoque hæc ratio naturalis, quod ad plenam probationem sufficiant 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 æqualis redditur, non itaque ex multitudine testium, sed aliunde multitudini pondus conciliandum est. Præiuderunt hoc dubium Carpz. & Mynsing. *cit. l.* & ita hanc regulam ad illum calum restringendam esse, voluerunt, si nulla succurrat ratio, vt iudex in quorundam depositiones magis inclinet. Verum accidere non potest casus, ut non aliunde ex regulis mox dicendis probationi pondus accedere possit, quo ipso fit, vt non ad numerum testium, sed ad aliud respiciendum sit.

Plerius 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 calu occurrit, cum necessario alter actoris alter rei partes in omni lite sustinere debeat, si itaque in dubio pro reo semper pronunciandum 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 iterum fecit, pronunciabitur. Deinde eandem regulam prædictus Farinacius *n. 201.* limitat in casu quando pauciores testes pro affirmatiua stant. Duobus enim

enim testibus affirmantibus magis vult credendum esse, quam mille negantibus. Quæ assertio, si vera est, de qua infra dispiciendum erit, itidem non ex numero testium, sed ex eorum affirmatione vel negatione, quæ in hac collisione semper occurrunt, pondus deduci debet.

§. VIII. Secundam regulam Farinacius *n. 112.* *An in collisione testimonium ad dignitatem testimonium respiciendum* hanc facit: *testibus dignioribus magis creditur quam minus dignis* quam regulam colligit ex *c. 32. X. de testib.* ubi Pontifex ait: *ad qualitatem testimonium quoque respiciendum esse quod etiam quodammodo constare videtur* ex *l. 21. §. 3. de testib.* Hæc assertio, si de illo casu intelligitur, *fit?* 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 testimonium huiusmodi inter se? & quidem huc collimant Farinacius *cit. l. n. 114.* Myns. *Cent. 4. obs. 38. n. 3. & 4.* Mornacius *in l. 2. de testib.* variasque inde neçunt conclusiones (1.) quod magis credendum sit nobilibus quam ignobilibus Hahn. *de iure sing. Nobil. tb. 32.* cum semper pro Nobilibus præsumendum sit, ut pluribus evicit Andreas Tiraquellus *de Nobilit. c. 20. n. 20.* & hinc eis plus credi debere evincit *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 probent quam humiliores

B

Struu.

Conclusio-
nes varia
referuntur.

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.* Mynsing. *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 Farinae. *cit. l. n. 177.* (8) quod testibus mortuis magis credendum sit quam viuis, Farin. *cit. l. n. 190.* & quae sunt aliae huius generis collisiones, quas omnes referre piget.

Contrarium
ostenditur.

§. IX. Enim vero haec conclusiones ita comparatae sunt, ut parum veritatis in se habere videantur. Vtique Pontifex *in c. 32. X. de test.* vult ad qualitatem testimonii 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. & 2. ff. de testib.* Verum per conditionem & existimationem testimonii Ictum magis ad mores testimonii & vitae integritatem respexisse credibile est, cum haec qualitates demum existimationem hominum vel augeant vel minuant. Sola dignitas & alia aduentitia 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 adduxit in haec verba: *quae argumenta ad quem modum probanda cuique rei sufficiant, nullo recto modo satis defini potest: si ut non semper ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur, alias numerus*
testi-

testium alias dignitas & autoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quaritur, fidem. Et demique concludit, iudicem ex aliis circumstantiis æstimare debere, quid credendum sit.

§. X. Nam quoad primam, Nobilitas per se fi- *Reticiuntur*
dem non tribuit, nisi mores nobilitati respondeant, *speciales ex-*
quod ipse Farinac. *cit. l. n. 116.* agnoscit, asserens, no- *inde dedu-*
biliores non esse credendum, si ignobiliores magis *et a conclu-*
bonis moribus essent imbuti, atque sic vnice ad mo- *siones.*
res respiciendum. Si quoad mores æquales sint, ne
sic quidem nobiliores præferendos esse crederem, sed
alia mox tradenda argumenta consideranda sunt. Quo-
ad secundam, itidem Farinac. *cit. l. concedit,* ditiori-
bus non esse plus credendum, si pauperiores illis mo-
rum gravitate præponderent, & sic rursus non ad di-
uitias sed ad morum præstantiam respiciendum erit.
Et sane nulla apparet ratio, cur solæ diuitiæ testi plus
fidei tribuere possint. Equidem Ictus in *l. 3. ff. de te-*
stib. ait, examinandum esse, *an testis egeus sit* sed statim
addit: *vt lucri causa quid facile admittat,* tales ergo te-
stes reprobat qui male morati sunt, vt facile corrup-
pi possint. Sed quid si diues extreme avarus sit, an-
non sic quoque corruptio in eo metuenda erit? Diui-
tes non semper virtutibus dediti sunt, imo cum diui-
tiæ plerumque adiunctam habeant omnium malorum
radicem avaritiam, fides diuitum sæpe vacillat. Eius-
dem farinae est tertia conclusio. Docteur qua talis fi-
dem maiorem non recipit quam alius, qui non est Do-
ctor, cum gradus honoris mores haud mutet. Idem
quoad quartam asserendum. Humiliores possunt ef-
se maioribus virtutibus conspicui quam digniores, Si

dicis: hoc non præsumitur, regero, me hujus præsumtionis nullum deprehendere posse fundamentum, cum boni mores non sint alligati ad honores & diuitias, sed in vnumquemque cadere possint! Sed facile animaduertere licet, vnde hæc sententia promanauerit. Ethnici ambitionem in virtutis classem collocabant, humilitatem vero tanquam studio inclarescendi contrariam in vitio ponebant, quid ergo mirum, quod dignioribus magis credendum iudicarent quam humilioribus. Si autem per humiliores vilissimos homines, h. e. vitiis deditos intelligas, rursus ratio decidendi non ex dignitate sed ex morum grauitate petenda erit. In quinta conclusione grauior ratio dubitandi adest. Noui ex iure canonico hanc pessimam contra fœminas propullulasse præsumtionem, quasi varium & mutabile semper sit fœmina arg. *c. forus. X. d. V. S.* Laborant vitii fœminæ sicuti viri, nec sexus differentia mores format. Constat, patres in sexum sequiorem sæpe iniquiores, quam par erat, fuisse, & inde tantummodo præsumptio contra eos promanauit. Cum vero hi ipsi singularem affectarent castitatem & cœlibatum præoptarent, sexum sequiorem contemptui habuerunt, vt eo magis cœlibatum suis commendarent. Ast iniquum foret, ex eiusmodi inanibus fundamentis plus fidei tribuere masculis quam feminis. Sexta conclusio tam absurda est, vt vix mereatur responsionem. Vnde enim quæso, virgo plus fidei habebit quam vidua? an quia hæc maritum agnouit, illa non? Scilicet quia a patribus virginitas tantis est elata lau-

laudibus, hinc existimarunt ineptiores, solum statum virginitatis quoad fidem iuridicam aliquod momentum afferre debere. Septima conclusio ex superstitione seculi fluit. Clerici enim sibi priuatiue omnem pietatem vindicarunt in papatu, quasi tantum spirituales essent, laici vero carnales & seculares. Sed sæpe inuersa facies rerum est, cum historiæ ecclesiasticæ doceant, Clericorum pessimam viuendi rationem laicorum mores deprauasse. Dantur vbique pii Clerici, sed dantur etiam laici, & sic status hic nihil quoad fidem iuridicam operatur. Vltima denique conclusio se vnice in eo fundat, quod mors sit iuramenti loco Farin. *cit. l. n. 190.* Sed non omnes moriuntur Ioannes Euangelistæ. Et quid si viui testes etiam iuramentum præstiterunt? 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 vt huic asserto tuto fides haberi possit. vid. illustr. Dn Strykii Diss. *de morte loco iuramenti.*

§. XI. Pergo ad aliam regulam: Ait Farinac. *An testibus sit. l. n. 200. testibus affirmantibus magis credendum esse affirmantibus quam negantibus, quam regulam etiam sequitur Mynscent. 4. obs. 38. n. 7. Rationem harum suggerit Fulupacian. d. probat. l. i. c. 6. n. 6. quod affirmatiua sit dignior & præstantior negatiua, quia tamen etiam hæc ratio obscura, nouam superaddit, quod scilicet ens dignius & nobilius sit non ente, iam autem vult, affirmatiuam esse ens, negatiuam autem non ens Id. cit. l. n. 8.* Ast hæc ratio tam absurda est

B3

vt

vt vix mereatur responſionem, quaſi propoſitiones negatiuæ ad non entia referri debeant. Alii itaque hanc rationem adferunt, quod melius & certius is aliquid nouerit, qui, quod actum fit, aſſerit, quam, qui negat, quod negatiua non ita ſenſui ſe offerat Gilhaus. *in arb. iud. cap. 6. p. 1. §. 19. n. 2.* Sed etiam hæc ratio communi ſenſui repugnat. Ponamus Titium conueniri actione iniuriarum, quod Meuius alapam certo inſlixerit tempore: duo teſtes aiunt, duo negant, & quidem ſpecificè, Titium alapam non inſlixiſſe illo tempore, annon hoc incurrit in ſenſus, annon etiam teſtes hi negatiuæ ſuæ rationem reddere æque bonam poſſunt, ſe liti præſentes fuiſſe, & omnia animaduertiſſe, rem autem non ita actam fuiſſe, uti teſtes referunt. Aliud forſan dicendum eſſet, ſi deponerent teſtes, ſe id non vidifſe, & ita neſcire, ſic enim non actum negant, ſed ſuam tantum ignorantiam profitentur.

*Contrarium
oſtenditur.*

§. XII. Quantum ego quidem coniiicio, videntur Dd. in hanc incidifſe opinionem ex male intellecta regula vulgata, quod negatiuæ per rerum naturam non ſit directæ 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. q. 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 deficient, nihil obſtat, quo minus poſſit æque commode probari, uti quidem negatiua, uti ſolide & pererudite oſtendit Ill. Dn. Cocceius *de directæ probat. negatiuæ.*

gatiua. Hoc quidem concedi potest, negatiuam indefinitam probari non posse, non quia *negatiua* est, sed quia *indefinita* est, sicuti idem dicendum, de affirmatiua indefinita. Ast quando testes pro negatiua producantur, qui rationem negationis suæ euidenter dare possunt, id quod semper in probatione supponi debet, iam negatiua non amplius est indefinita, sed satis definita. Ponamus testamentum casu fortuito incendio periisse. Titius exinde petit legatum & producit 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 testamentum legerint, & sic eandem suæ negationis rationem suggerunt, certe non apparet ratio, quare eadem ratio fortius probare debeat pro affirmantibus quam negantibus, cum eadem ratione affirmantes mentiri possint quam negantes. Quemadmodum itaque regula vulgata, quod negatiua directo non possit probari, falsissima est, ita quoque hæc conclusio exinde deducta. Si dicis: supponendum esse casum, vbi testes negant, sed rationem suæ negationis reddere 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 coaceruant, quæ videri possunt apud D. Mullerum *ad Stru. ex. 28. th. 49. lit. 2.* & Farinacium *cit. loc. num.*

215. seqq. quæ ipsam regulam plane tollunt & evertunt.

*Respicendū
erit ad de-
positiones
testium, que
nam sint ve-
rosimilio-
res.*

§. XIII. Reiectis itaque his fundamentis spiritalibus, ex fontibus ipsis veras subiiciamus regulas. Arcadius in l. 21. in f. de testib. hac de re ita loquitur; *Confirmabit iudex motum animi sui ex argumentis & testimoniis, & quæ rei aptiora & vero proximiora esse compererit.* Idem repetit Pontifex in c. 32. X. de testibus asserens; *respicendum esse ad testium deposita, quibus potius lux veritatis assistit, ex quibus motum animi sui convenit iudicem informare.* Idem urget Paulus in l. 114. ff. de R. I. aiens: *in obscuris inspicitur quod verosimilius est conf. c. inspiciamus 45. de R. I. in sexto.* Hoc fundamentum 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 statuere, qui enim expertus rerum & naturæ humanæ minus peritus est, diiudicare nequit, quanam depositiones testium magis veritati accedant. Atque inde recte Imperator Valerio Vero in l. 3. ff. de testib. in f. in hæc verba rescripsit: *ex sententia animi tui astimare oportet, quid aut credes aut parum probatum tibi opinaris.* Observavit hoc fundamentum Pontifex in c. 9. X. de probat. ubi Ecclesiæ Ravennatensis testes ideo præterendos esse iudicavit, *quod aptiora negotio & vero proximiora in suis testimoniis expresserint.*

§. XIV.

§. XIV. Vtut vero quænam depositio sit veroproximior, magis ex circumstantiis causæ controuersæ judicari possit, tamen quædam generales observationes hic non negligendæ sunt. Primo itaque iudex diligenter excutiet & ponderabit dicta testium, & imprimis eorum rationes, quibus scientiam suam confirmant, ex quibus facile apparebit, quænam rationes magis cohæreant cum negotii ipsius natura, & alias magis specificæ sint. Nam qui plures & minutissimas etiam rei de qua quæritur, circumstantias optime connectentes adferre potest, huius sine dubio depositio præferenda erit contradicentium depositioni, quæ non ita qualificata est. Sic ubi disputatur definibus, communiter ab vtraque parte testes produci solent ad fines designandos, quibus itaque fides habenda erit, si ab vtraque 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 adferunt, quod quidem antiquitus fines actoris sese latius extenderint, sed per alluionem sensim fundo ipso aliquod detractum & rei agris adiectum, fuerit, & cum iniuria belli multi agri a possessoribus essent deserti, hinc factum fuisse, vt actor partem aliquam agri, quasi suo detractam, occupauerit, ex quo deinceps, ad sua redeuntibus possessoribus, variæ contentiones ortæ fuerint. Horum depositiones sunt admodum probabiles, quia (i.) naturæ negotii magis conseniunt, cum flumina soleant esse communiter ter-

Dicta testium & rationes diligenter ponderari debent in collisione.

mini naturales, & rarissime contingere solet, vt quis particulam ad agrum pertinentem trans flumen possideat: prout autem natura rei se vt plurimum habere solet, hoc probabilius est. (2) Accedit specifica omnium circumstantiarum demonstratio, qua testes contrarii desituuntur, quæ omnia (3) per ipsam ocularem inspectionem planiora fieri possunt, vnde in R. I. de anno 1654. §. 51. cautum, vt litigantes finium ichnographiam ad acta reponant, ex qua iudex eo rectius informari possit.

*Videndum
annon te-
stes adiun-
ctam habe-
ant præsum-
tionem iu-
ri?*

§. XV. Deinde considerandum, annon testium quorundam depositiones adiunctam habeant præsumtionem iuris, quæ validius pondus eorum depositionibus tribuere possit, prout recte obseruat Farinacius de testib. lib. 3. tit. 7. qu. 65. n. 129. Tollitur enim quidem præsumtio iuris per contrarii probationem a duobus vel pluribus testibus per actam, sed quando is, pro quo est præsumtio, in reprobatione eundem pro se duos testes habeat, eo ipso præsumtionem 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 alicujus, quam contrarium asserentibus. Sic cum vltierus res quælibet 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 deuiant a naturali rei cursu Ægid. Bossius de testib. tit. de opposit. contr. testes n. 96. Quodsi pro

pro vtraque litigantium parte præsumptiones militant, standum esset fortiori præsumptioni, quæ in collisione præsumtionum prævalet, prout declaratum a Dn. Præs. *Diff. de collis. præsumt. c. 3.*

§. XVI. Quod si non satis apparet quænam testi *In dubio te-* um depositiones sint, vero proximiores, sed vtrius- *stibus r: i cre* que probatio æqualis roboris esse videatur, tunc magis *dendum.* 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 favorabiliores *l. 125. ff. de R. I. & ita facili-* or iudex esse debet ad absoluendum quam ad condemnandum. Facit huc elegans decisio Pontificis in *c. 3. X. de probat. vbi ait: quod si ambarum partium testes sunt æque idonei, possessoris testes præferuntur, cum promtiora sint 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 vbi actor vincere intendit, validioribus instructus debeat esse rationibus, quæ deficiunt in supposito casu Dn. Præs. in *introd. ad Digest. tit. de re iudic. §. 13.* Potissimum vero in criminalibus hoc ipsum attendi debet, vbi testibus pro defensionibus reorum adductis, etiam quadantenus inhabilibus maior fides habenda quam contra eum deponentibus, Farinac. *cit. l. n. 153. seqq.*

§. XVII. Denique quoque ad ipsam causam *Ad causam* respicere debet, de qua disputatur, cum nonnullæ ipsam *que respici-* singularem in iure acceperunt fauorem, ac in du- *endum de* bio pro eis pronuciari debeat. Quando itaque *qua dispu-* ab vtraque parte testes producti sunt, non potest *catur.*

Cz

non

non cæteris paribus causa esse dubia, & ita in tali dubio pro causa fauorabiliori pronunciandum est, vti 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 inoff. testam. c. 3. X. de probat.* Atque si actor causam huiusmodi fauorabilem tuetur, etiam pro ipso erit pronunciandum, ex quo prior regula in *§. antec.* adducta limitanda Richter *ad c. 32. X. de probat. n. 19. Carpz. cit. l. n. 77.* Quænam autem causæ fauorabiles dicendæ, non aliter quam ex determinatione legis iudicari potest, quorsum 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. Metius P. 5. Decif. 317. n. 4.* (4) causa dotis Meus. *P. 5. D. 317. [5] alimentorum Carpz. lib. 4. R. 57. n. 5.* (6) in genere causæ piæ, pauperum & miserabilium personarum, Studiosorum &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 obseruationibus facile constabit, quibusnam testibus in collisione magis fides habenda sit.

CAPVT II.

DE

Collisione Testium & Documentorum inter se.

§. I.

*Generatim
de collisione*

Maxima est instrumentorum fides, sed non minor testium, omni exceptione maiorum, Quando

do igitur oritur collisio inter testes & instrumenta v-^{instrumenta}trinque producta, grauis solet esse disceptatio an te-^{torum & te-}stes, an vero instrumenta præualere debeant. Occur-^{sium inter}runt enim variæ regulæ iuris, quæ non leuem difficul-^{se differitur}tatem operari videntur. Quandoque æqualis vis ac robor & testibus & instrumentis tribuitur *l. 15. C. de fide Instrum.* Sed præterea tamen nota est sententia Pauli *lib. 5. sentent. tit. 15. afferentis, testes adversus scripturam interrogari non posse*, quorum etiam collimare videntur *l. 31. C. de Donat. & l. 10. ff. de Probat.* ubi euidenter 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 testib.* se testibus non testimoniis crediturum? Quid est, quod testes contra instrumenta admittantur in *l. cum precibus 18. C. de probat.* Quid denique est, quod in *Nou. 73. c. 3.* asseratur, *ea quæ viua voce dicuntur & cum iureiurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere?*

§. II. Ut vero nos legitime ex his dubiis extri-^{Quales re-}cemus, præmonendum est, instrumenta esse vel pu-^{bes, quæ}blica vel priuata. Publica, autoritate publica munita ^{instrumenta}sunt, & ita etiam publicam fidem pro se habent. Quor-^{hic intelli-}sum referunt (1.) acta siue gesta iudiciaria, & proto-^{gantur.}colla, 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. depositi. l. 25. §. f. ff. de prob. l. f. de constit. pecun.* & sic etiam huc pertinent, quatenus de collisione cum testibus quæstio 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 &
instrumen-
torum fides
æquetur in
iure.*

§. III. Deinde videndum, quis sit sensus *l. 15. 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 ordinarie in libris probandis admittantur tam testes quam instrumenta, atque adeo quoad vim decisiuam perinde esse videatur, siue quis testes produxerit, siue instrumenta pro intentione sua fundanda conf. *c. 2. X. de probat.* Sic exceptio spoli non minus testibus quam instrumentis probari potest, *Carpz. P. 1. C. 6. def. 3.* vtut 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, & testi-
moni-

monium ferre, non vtique repudiandi sunt, vid. Ioseph. Mascard. *de probat. concl.* 1329. n. 1. præsertim cum hodie sufficiat, intra terminum quindecim dierum articulos saltem cum nominibus testium iudici offerre, licet probatio intra illud tempus plane non absoluat, Carpz. *cit. l. def.* 2. Huc etiam collimat Pontifex in c. 10. X. *de fid. instrum. vers. satis est*, aïens: *tanta fides adhibeatur instrumento confecto, quanta foret duobus testibus idoneis adhibenda*, vel vt Cicero *Orat. I. in Verrem*. ait, *omnis spectatio Iudicum aut in tabulis aut in testibus est.*

§. IV. Interim vtut hæc regulariter ita se habeant, tamen negare nequit, pro diuersa negotiorum natura quandoque facilius testes, quandoque vero instrumenta magis desiderari. Sic 1.) huc refero facta ^(1.) *Facta* antiqua obscura, quæ quidem etiam testibus possunt *antiqua magis probantur instrumentis quam* probari, etiamsi tantum sint de auditu, dummodo *deponant etiam de fama, quod a parentibus suis nunquam aliter audiuerint*, c. 13. *de probat.* Pacian. *de probat. lib. I. c. 49. n. 51.* Farinacius *de testibus qu. 69. n. 125. seqq.* maxime si facta memoriam hominum excedunt, quorsum imprimis pertinet immemorialis præscriptionis probatio, l. 2. §. *idem Labeo. ff. de probat.* Facilius tamen facta antiqua per instrumenta probari posse conspicuum est, ita vt magis hic instrumentis & documentis antiquis credatur quam testibus Knichen. *de iure superiorit. c. 3. n. 12. seqq.* Roland. a Vallé *Vol. I. conf. 2. n. 59.* Mascard. *de probat. qu. 6. vol. I. n. 15. 16.* Nam instrumenta rem magis determinant, & certum quid constituunt, imo prout negotium reuera gestum est, euincunt, cum testes in antiquis non aliter

ter

ter quam de auditu probationem adferre possint, quæ non tam concludens est, uti quidem ipsorum diplomatum & instrumentorum tenor. Quin idem dicendum arbitrantur de priuata scriptura, utpote cui antiquitas temporis plenam fidem conciliauit, Gylman. *Tom. I. Symphor. P. 3. c. 23. n. 86. Schrader. I. Conf. 5.*

(II.) Si ad negotii essentiam scriptura desideratur, hæc testibus præferatur.

§. V. Porro (II.) quædam negotia communiter non aliter quam per instrumenta expediuntur, adeo ut 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 vnice fere litem dissoluant. Atque huc refero Pontificis assertum in *C. ad audientiam 13. X. de præscript.* ubi ait: *magis auctoritatem priuilegii quam depositiones testium attendentes.* Cum enim ordinarie priuilegia per diplomata conferantur, ordinarius ea probandi modus magis fieri 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 amissione diplomatis testes admitti posse, non dubitatur, *c. 12. X. de priuil.* Sed hoc magis videtur ex accidente fieri, & extraordinem, cum ordinarius & solennis modus, priuilegia probandi, magis expediatur per diplomata, seu literas patentes, quibus varia iura & priuile-

uilegia ab Imperantibus indulgentur; unde etiam hodie studium rei diplomaticæ tam sollicitè excolitur, cum maxima vis probandi exinde deriuetur. Vid. Dn. Eisenhart. *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 casu 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. I. 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 pertinet, atque id eo controuersæ, quæ originem ex testamento scripto trahunt, *magis ipsa* scriptura quam testibus probari debere expeditum est, vtut 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. Vtcrius (III.) ex natura processus quan- (III.) *Ex natura processus*
doque unice instrumenta, non testes admittuntur, *su quandoque instrumenta tantum admittuntur.*
quorum pertinet *executiuus*, quo tantum agi potest, quando quis liquida & guarentigiata instrumenta pro se habet, Carpz. *in Proc. tit. 22. art. I. n. 25. §qq.*
qui enim debitum per testes probare intendit, ad processum ordinarium confutgere debet. Quamuis

D

vero

verò etiam hic exceptiones contra tale instrumentum audiantur, tamen non aliter admittuntur, quam si in continenti probabiles sint, Carpz. *cit. l. art. 4. n. 1. § 99.* & quidem præcise instrumentis hæc quoque probari debeat, adeo vt exceptiones, quas per testes reus vult probare, in reconuentionem reiciantur Matth. Coler. *de processu executivo 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. 36. n. 1.* Carpz. *cit. l. n. 32.* non quoque audiendus est reus, si testes pro sua intentione producere vellet. Vt 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 obiiciatur, quæ tunc per instrumenta probari debet, Carpz. *P. 1. c. 6. def. 5.* Cæterum quamuis hæc ordinarie se ita habeant, tamen quandoque etiam exceptiones per testes probari posse non negat Carpz. *in Process. cit. l. n. 36. § 99.* 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 iure-*

iur. iur. si quis nova instrumenta se inuenisse dicat, quibus solis usus sit. Præsertim cum in testibus non leuis subornationis suspicio latitet, quæ fallitas in instrumentis non tam facile committi possit. Berlich. P. 1. concl. 35. n. 9. Muller. ad Struv. ex 17. ib. ult. Verum de hac sententia merito dubito cum Mevio P. 7. decis. 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, onane 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 reperta fuerint, quæ tamen ad instrumenta haud restringuntur in l. 4. §. 3. ff. de in lit. iur. Ad dubia respondeatur in Diff. III. 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, ^{(IV) Natura negotii quandoque faciliorem probationem admittunt per instrumenta} *exacte* designanda sunt tempora, vti in *probanda e-* ^{strumenta} *tate.* Equidem non nego, etiam ætatem per testes ^{quam testes.} probari posse, l. 2. C. de his qui veniam, sed tamen comparatiue loquendo, certior & solidior imo distinctior probatio ætatis est per instrumenta quam ^{veluti in ætate probanda.} per testes, quoniam memoria hominum labilis est, & facile dies & hora natiuitatis alicui excidere potest,

est, ut in tempore erret: at littera scripta manet. Vbi itaque exacta & precisa 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, 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 testib. n. 7. in f.* arbitratur: hoc ideo fieri, quia minor cum iuramento se maiorem asseruerat, testes autem absque iuramento contrarium ostendere volebant, quibus non crederetur, *l. 9. C. de testib.* 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 & euidentissimam voluerunt admittere probationem; vrut itaque alias testes æqualem fidem habent cum instrumentis, tamen in ætate probanda certiolem & solidiorem ex antea dictis probationem instrumenta faciunt quam testes.

Contrapropriam confessionem in S. VIII. Ex eodem fundamento dependere videtur, quod contra propriam confessionem in instru-

strumenta expressam non alia probatio in contra-*instrumento* rium admittatur, quam per contrarium instrumen-*factam pro-* tum secundum *l. 13. C. de non num. pec. l. 25. §. f. ff. de batio per te-* *probat.* In utroque textu supponitur casus, vbi quis *stes non ad-* propriam confessionem debiti vult impugnare, & *mittitur.* causam debendi in instrumento expressam euertere & in debite promissionem factam ostendere, quod non aliter quam liquidissimis argumentis in scriptis habitis fieri posse dicitur. Ratio hæc additur *in cit. l. 13. inf.* *Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua 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 subornarent testes, qui causam debendi erroneam vel falsam esse deponerent, quo ipso maleuoli debitores a solutione debiti facile se possent liberare, quæ ratio facile colligi potest ex *l. 18. C. de testib.* vbi proinde Imperator ad præcauendas subornationes 5. testes requirit, & sic ordinarium 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 euidentissima & concludentissima, 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 testib.* quippe quæ non est authentica, sed e Basilicis a Cuiacio restituta, nec ita vim decidendi habet.

*Conclusio ex
hætenus di
ctis.*

*Vbi in anti-
quâ colliso
est inter te-
stes & instru-
menta, præ-
feruntur
instrumen-
ta.*

*Quid pro-
betur per
censum.*

§. IX. Quod si itaque in his casibus præmissis collisio inter testes & instrumenta oriatur, facile apparet, magis instrumento, quod alias nullo vicio 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.* vbi 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 Philopphus iussit quoque apud Præfectos ærarii vnumquemque civium natos liberos profiteri intra tricesimum diem, vt refert Capirolinus in *M. Antonino* β) probabatur ius civitatis, vti ex Oratione Ciceron. pro *Archia Poeta* constat. Hoc intuitu Gracchus accusator Archiæ, qui eum civem esse negabat, requirebat tabulas publicas. Ait enim Cicero; *Hic tu tabulas desideras Heractiensium publicas, quas Italico bello, incenso tabulario (h. e. loco vbi tabulæ publicæ afferuabantur) interiisse scimus omnes.* Producebat ergo eo nomine Cicero testes, quas tamen respuebat Gracchus: quasi tabulæ desiderarentur publicæ,

in

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 tabulæ haberi nequeunt, sed tantum in collisione præferri debent, γ) probatur modus tributi soluendi l. 22. §. f. de ann. legat. δ) alia facta antiqua l. 7. §. 11. C. de fide instrum. Cum itaque census & monumenta publica potissimum facta antiqua demonstrent, & talia solide euincant, quæ 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.

§. X. Ex hoc nunc porro ad ductum §. 5. inferunt, scripturam sumtam ex Archiuo præualere probationi per testes, Romanus cons. 319. Trenta-cinque, lib. 2. var. resol. 8. n. 10. Gonzalez Tellez ad cap. 13. X. de præscript. n. 6. quod tamen non ad quaslibet chartas in Archiuo repertas extendendum puto, sed ad diplomata & priuilegia authentica, quippe quæ ita comparata sunt, ut ordinarie in scriptura conficiantur, & ita ordinarius ea probandi modus sit scriptura, atque adeo merito hisce standum e. 13. X. de præsc. Sic etiam in quæstionibus feudali-bus controuersis potissimum ad instrumenta inuestituræ respici debet, quæ plene probant, Rosenthal de feud. cap. 6. concl. 67. n. 2. & sic in probatione merito

An scriptura

re desunt a

ex Archiuo

preferatur

testibus?

An instrum-

mento inue-

stura ma-

gis credatur

quam testi-

bus.

rito prærogatiuam præ testibus habere debent, nisi tales circumstantiæ adducantur, ex quibus manifesto error probari possit. Olim quidem solis Paribus curiæ in his litibus credebatur, quippe qui inuestituræ interesse debebant, id quod cum hodie haud necessarium sit, & inuestituræ ordinariæ per instrumenta expediantur, aliud quoque hodie dicendum est.

*Vbi ex negotiatur
præcise scriptura
requiritur, hæc
testibus præfertur.*

§. XI. Sic quoque secundum §. 6. 7. & 8. Vbi ne quidem testes audiuntur, sed præcise ex natura negotii vel ratione speciali instrumenta requiruntur, facile constat, instrumentis præ testibus standum esse, licet vel maxime testes producti & examinati sint; qui contrarium probent, veluti contra propriam confessionem in chirographo factam, vel si ætas exactissime ex documentis probanda sit. Cum enim ita testes in tali negotio plane reproben- tur, non possunt quoque contra tenorem instrumenti aliquid euincere.

*Treutlerus
refutatur,
existimans
testibus in
collisione
magis cre-
dendum esse*

§. XII. Ex his nunc apparet, non esse ad- mittendam Treutlerii sententiam, quod scilicet probatio per testes longe sit dignior, quam per instrumenta, quam assert *vol. 2. Diss. s. th. 6. lit. a.* ex illa ratione, quod testes deponant cum iuramento. Eandem sententiam etiam antiquiores Icti secuti sunt ut Baldus in *Rubr. X. de testibus*. Abbas in *c. tertio loco X. de prob. n. s.* ubi ait, probationem per instrumenta esse quodammodo prodigiosam *vt animalis mortui corio credatur cunctis tacentibus*: sed vero hæc ratio irrisione digna est. Nam vt recte respondet Bachouius in *not. ad Treuth. cit. l.* itidem gratis pro- in-

instrumentis facit præsumtio, tum quod in ius 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 peculiariibus rationibus potius instrumentis standum sit, vti hætenus euictum est. Equidem pro Treutlero adduci posset *Nou. 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 instrumento 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.* quorsum potissimum crimina referunt, vtpote quæ regulariter & sufficienter per solas literas & instrumenta absque alio adminiculo probari non posse volunt Iulius Clarus *lib. 5. sentent. §. fin. qu. 54. n. 1.* Verum vtut 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 pæc. publ. c. 15. n. 13.* Sic etiam mandatum de delicto committendo probatur literis, quemadmodum etiam omnia delicta, quæ iam iudiciali cognitione excussa sunt, ex actis satis probantur. Daniel. Clafen. *ad Const. Crim. Carol. art. 62.*

*Quid iuris
si instru-
menta con-
tra testes
non præ-
moleant?*

*quando ex-
tranei testes
possint im-
pugnare in-
strumentū?
(1.) si tan-
quam fal-
sum repro-
batur.*

§. XIII. Progrediendum ergo nunc est ad eius-
modi casus, ubi tales circumstantiæ, de quibus hæte-
nus egimus, instrumenta non comitantur, sed tamen
testes contra instrumenta deponunt, ubi varie Dd. di-
stinguere solere, animaduerto. Res huc redire vide-
tur. Scilicet videndum est, an testes, qui instrumen-
to adfuerunt, illudque subscripserunt, illud impugnent?
an vero extranei, seu qui illud haud subscripserunt. Po-
steriori casu instrumentum duplici modo impugnari
potest, vel quod in totum falsum sit, vel quod nego-
tium non ita fuerit gestum, prout scriptum est. Si
instrumentum reprobatur tanquam falsum, hoc utri-
que fieri posse per testes constat. Est quidem pro om-
ni instrumento summa præsumtio, tum quod solen-
nitas debita adhibita fuerit, tum quod veritati conforme sit, §. 11. I. de inutil. Stipul. §. f. I. de fideic. Barbosa
in thesaur. lib. 9. c. 72. ax. 3. sed tamen hæc præsumtio
per fortiores elidi potest probationem, si scilicet reus
manifestissimis probationibus, vel per scripturam vel per
testes idoneos approbauerit, toto eo die quo conficiebatur
instrumentum, sese vel aduersarium suum in aliis locis
fuisse, prout ait Imper. in cit. §. 11. ex quo evidens est,
posse per testes reprobari in totum documentum, suf-
ficienter enim probato, quod reus eo tempore, quo
confectum esse dicitur instrumentum, alibi fuerit, ma-
nifestissime probatum est, instrumentum falsum & sup-
posititium esse, Mascardus de probat. Vol. 1. q. 6. n. 60. E-
quidem in §. 8. dictum est, quod contra propriam
confessionem in scriptis factam testes non admit-
tantur: sed cogitandum est, hic non agi de probatio-
ne contra propriam confessionem, de quo ad alterum
casum

casum agendum, sed quando instrumentum tanquam falsum in totum reprobatur. Vt autem probatio manifestissima sit, testes debent omni exceptione esse maiores, Trentacinq. *lib. 2. var. resol. ref. 6. n. 9.* Mascard. *c. l. n. 68.* Quodsi tamen vnus testis causam instrumenti adiuet, hic duos in contrarium non sufficere constituit Me. rochius *de A. l. 2. lib. 2. cas. 105. n. 43.* quia sic ille vnus testis præumptionem pro instrumento firmat, quod tamen ex circumstantiis iudicandum erit.

§. 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 forsan 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 debite, quæ Notariis tam sollicitè iniuncta est in *Ord. Not. Maxim. de an. 1512. §. 14. 199.* contra confessionem talem probatio per testes vel iuramentum admitti debet. Sic cum factor quidam feminæ cuiusdam certam pecu-

(2) Quando tenor instrumenti per testes impugnetur.

nix summam donasset *mortis causa*, Notarius vero instrumento inseruerat; quasi donatio esset facta *inter vivos*, & hoc ipsum absque prælectione præuia donans subscripserat; heredes vero sceminae postea rem donatam peterent, responsum fuit ab hac illustri Facultate luridica: 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 reprobari debere.

An magis
in casu sit
standum in-
strumentis
an vero tes-
tibus?

§. XV. Quando vero alia instrumenta, quam quæ confessionem propriam continent, veluti testamenta, protocolla, 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 forsan 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 comparatae sententiæ & regulæ Ictorum antiquorum, vt sæpe ad certam quandam materiam res-
trin-

fringi debeant, 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. c. 13.* sed plerique duos testes sufficere existimant, Quod teste quos refert Gilckenius *cit. l. 1.* Nam etsi Iustin. in *l. 18. requirantur. C. de testibus.* contra instrumentorum quinque testes requirat, per quos debiti solutio probari debeat, tamen sciendum est, in illa specie non impugnari instrumenti contenta, sed testes ad probandam exceptionem solutionis requiri, & quidem quinque, quia maxime improbabile 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 exiade dubium moueri potest. Omis- *Deciso.* sis 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, & imprimis ex circumstantiis iudicandum, quæ vero similliora sint. Quodsi nec de hoc constet, standum erit instrumento ob summam præsumtionem, quæ pro illo militat *l. 14. in f. C. de contr. & committ. stipul.* quod exemplo probat Huber.

ber. *ad tit. de fide instrum. §. II.* Diversum quidem deciditur in *c. 5. X. de testib.* vbi testibus fides præinstrumento habetur, sed ibi suspicio erat, sigillum turrim esse appositum, *conf. c. 33. X. de testib.* simile exemplum est in *c. 10. X. de fide instrum.* sed ibi testibus fides habebatur ex singularibus circumstantiis, quæ ibi occurrunt.

Quid si testes instrumentarij instrumentum impugnent?

§. XVI. Progredior nunc ad alterum casum, quando testes instrumentarii, qui instrumento vel interfuerunt, vel subscriperunt, contra instrumentum deponunt. Si subscriperunt instrumento, v. c. testamento, tunc recognoscere manum & sigillum vtiq; tenentur, & hæcenus 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, ve 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 l. 18. C. de probat. conf. Menoch. cit. l. n. 32. Trentacinq. lib. 2. var. resol. res. 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, *Galcken. ad l. 15. C. de fide instrum. n. 18.* & quidem hanc rationem reddere debent, etiam si nequidem de illa essent interrogati. *Id. ibid.*
Me-

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 probat. Vol. 1. q. 6. n. 41. seq.* Sane constat, sæpissime hodie contractus vsurarios 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, vtique illi contra instrumentum probabunt, præsertim cum plerumque sub eiusmodi venditionibus contractus vsurarii latere solent, quo ipso depositio testium 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. l. 15. n. 19.* Mascard. *de probat. Vol. 1. qu. 6. n. 39.*

§. XVII. Equidem diuersam constituunt decisionem in casu, si vnus ex solennibus & necessariis testibus instrumentum, veluti testamentum impugnet. vid. allegati apud Gilckenium *cit. loc. n. 23.* sed duplici ratione ab vno alteroue teste testamentum impugnari potest, (I.) quod neget se subscripsisse, & ita manum suam recognoscere nolit, sic enim ex *l. 1. §. f. ff. testam. quemadm. aper.* testamentum sit suspectum, nisi forsitan ex reliquorum testium depositione appareat, contradicentem & interfuisse & subscripsisse, nam tunc recognitio hæc per testes alios commode fieri potest, cum facile

Quid si vnus ex solennibus testibus testamentum impugnet?

facile vnus alterue testis ab eo, cuius interest testamen-
tum irritari, corrumpi possit, vt subscriptionem pro-
priam neget. (2.) quando manum quidem recognoscit,
sed contenta eius impugnat, siquidem alii ipsi contradi-
cunt, itidem standum est testamento: si autem aliis te-
stibus contenta ignota fuerunt, & ita vnus tantum con-
tenta impugnat, ex causa desuper statuendum erit. Quid
enim si Notarius publicus testamentum condidisset?
quid si testator illud subscripsisset sua manu, illudque le-
gisset, certe vnus testis depositio non potest facile labe-
factare fidem instrumenti. Concludo itaque, posse fi-
dem instrumentorum per duos testes labefactari, si ne-
gotio interfuerunt, & omni exceptione maiores sint, &
certam suæ sententiæ rationem reddere possint, ita ut
iudici inde maior fides fieri possit, quam ex instrumen-
torum tenore.

CAPVT III.

DE

Collisione Documentorum inter se.

§. I.

Connexio.

SVperest nunc tertium collisionis membrum,
quando inter instrumenta ad probandum produ-
cta conflictus animaduertitur, in quo fere eadem at-
tendi debent præcepta, quæ in collisione testium in-
ter se *Cap. I.* tradita sunt. Vtut vero collisio potissi-
mum tunc oriatur, quando documenta sibi inuicem
e diametro aduersantia a diuersis personis producun-
tur, breuiter tamen præmittendum esse censui, quid
iuris sit, si ab eodem talia instrumenta, inter quæ con-
flictus cernitur, producantur.

§. II.

S. II. Quod si itaque ab eodem documenta sibi in- *Collisio in-*
 vicem aduerfantia producantur, tunc fides singulorum *ter docu-*
 perit, prout disponunt Imperatores in l. 14. C. de *fid. in-*
strum. *Scripturæ diuersæ sibi inuicem fidem derogantes*
ab una eademque parte prolata nihil firmitatis habere pote-
runt. In Cod. Theodos. eadem lex repetitur in l. 2. de *eadem pro-*
fid. instrum. sed loco verborum *ab una eademque parte*
prolate, hæc habentur, ab altera parte prolata, quæ ipsa
 verba nonnullos deceperunt, vt crederent, eandem quo-
 que decisionem obtinere si a diuersis personis scripturæ
 contrariæ productæ fuerint, quo tamen nihil falsius dici
 potest, cum, vt 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 de-
 cisionem repetit Pontifex in *c. 13. X. de fide instrum.* vbi
 simul rationem addit his verbis: *imputari ei potest qui*
contrariis inter se scripturas in iudicio protulit, fidem sibi
ad inuicem derogantes, cum in ipsius fuerit potestate quam
voluerit non proferre. Vtus est hoc ipso argumento Iuli-
 us I. Episcopus Romanus in epistola ad Eusebianos scri-
 pta apud Athanasium *ap. 2. p. 580.* vbi iis obiicit, quod
 literas aduersus Athanasium inter se disidentes scripse-
 rint, & inde concludit, quod *literis eiusmodi contradictoriis*
nulla fides haberi debeat. Casum hanc legem illustrantem
 huiusmodi assert. Iac. Gothofredus ad *cit. l. 2. C. Theod.*
 Actor petit a Reo fundum, quasi a rei patre ipsi esset do-
 natus, eumque in finem instrumentum donationis pro-
 ducit. Reus obiicit defectum insinuationis, & hoc mo-
 do repulso actore aliud producit documentū, quo ven-
 ditum sibi fundum esse probare conatur, quo ipso huic
 posteriori scripturæ fides detrahitur, nam, pergit, non

illustratur
Decisio.

Casus.

F

pote-

*potest ea scriptura fidem facere, quæ cum altera iam antea
ame probata colliditur.*

*Ratio deci-
sionis.*

§. III. Atque hæ ipsæ decisiones naturali ratione fundatæ sunt, cum vel ex Logicis constet, 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 hoc 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 cohærent, sed hinc inde excerpta sint, a contradictionibus libera esse nequeunt. Dicuntur enim contradictoria, quæ inter se haud cohærent, sed potius euidenter pugnant, ita vt veritas vnus non possit stare cum veritate alterius. Neutiquam ergo contradictiones apparentes huc referimus, quæ ita comparatæ sunt, vt sanam interpretationem admittant. Dico *sanam*, nam sophisticas interpretationes merito excludimus, quæ sæpe adducuntur, vt pugnantia euentur, quod potissimum contingit, si leges inter se disidentes conciliare conantur, cum quæ aperte sibi inuicem contradicunt, non possint aliter, quam sophistica interpretatione conciliari.

*Ab vno eodemque in
fragmenta
collidentia
producenda*

§. IV. Debet itaque (1.) 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 facto, fides instrumenti producti salua hætenus mansisset, *c. 13. X. de fid. instrum.* ibique Gonzalez. *n. 4.* quam amittit per productionem contrarii.

Ne-

Neque post productionem facile datur reuocatio instrumenti repugnantis, cum semel alteri exinde ius quaesitum sit, Boerius *decif. 252. n. 3.* nisi pars aduersa ipsam productionem impugnasset vel reuocatio fieret re adhuc integra *l. 3. C. de fide instrum.* Quod si itaque ab vno productio non fuit facta sponte, sed aduersarius per mandata compulsoria editionem alterius, quod contrarium est, impetrauit, tunc hic casus huc non pertinet, sed ad alterum membrum, quando ab vtraque parte contraria instrumenta producuntur.

§. V. Præterea (II.) productio debet a tali fieri, cui iura nullo modo succurrunt: Non enim dubium est, minori, per temerariam productionem instrumentorum sibi iniucem repugnantium laeso, per restitutionem esse succurrendum, cum etiam aduersus temerariam confessionem restituatur, vtut hoc casu aduersarius editionem eius urgere & ipse producere possit. De mulieribus & rusticis quaestio est, 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 lo. Sychardus *n. 4. ad d. l. 14.* & Salycetus *ibid. n. 6. (1.)* quod repugnantia simplicitatis excusationem non habeant, cum in tali casu magis malitia quam simplicitas adesse videatur, (2.) quod non possit expediri, cui instrumento magis standum sit. Ex causa super hac quaestione statuendum esse videtur, aut enim de malitia rustici vel feminae apparet ex circumstantiis, aut non: priori casu eis neuiquam succurrendum, cum iura

Quid si instrumenta collidentur ab eo proferrantur, cui iura ignorantia non nocet.

Deciso.

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 prætura sint nec ne, quin quod contrarietatem non semper diiudicare queant, Menoch. *de arbitr. iud. quæst. conf.* 194. n. 60. 61. Id quod etiam de mulieribus simplicibus dicendum esset, hoc scilicet effectu, ut reuocationem vnius scripturæ vrgere possent, quamvis aduersarius audiendus merito sit, si eius editionem vrgeat, ut illud postea producere possit ad suam intentionem probandam, quo casu quæ sint partes iudicis, in altero huius capituli membro videndum erit.

Idem dicendum sit, si in uno eodemque instrumento repugnancia deprehendatur?

§. VI. Vterius (III.) collisionem requirunt in diuersis instrumentis: Quando enim in vna scriptura 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 sani hominis dispositio ita interpretanda, ne contradictio appareat, cum non credendum sit, hominem sanæ mentis in vna dispositione contraria voluisse, ut 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 irreplisse videtur, §. 17. *I. de inutil. stipul.* Si autem aperte pugnantia inter se adsunt, tunc dicendum cum Icto in *l. 158. pr. ff. de R. I. vbi pugnantia inter se in testamento haberentur, neutrum verum est*, quin potius tota dispositio tanquam falsa reicitur *l. 13. §. 3. ff. de reb. dub. l. 16. de condit. instir.* imo merito talis dispositio contra eum interpretanda est, qui clarius loqui & ita ambiguitatem ex contradictione ortam evitare potuisset, qualis autem

tem illa sit, qui clarius loqui debuisset, explicuit Dn. Præses
 Diss. de *interpret. facienda contra eum qui clarius loqui deb.* conf.
 Gilcken. *ad l. 14. C. de fid. instrum. n. 9.*

§. VII. Præterea (IV.) requirunt, vt collisio oriatur ex
 instrumentis eiusdem generis, hoc est, vt vtrumque vel sit pri-
 uatum, vel publicum. Si enim publicum & priuatum simul pro-
 ducitur, inter quæ collisio manifesta adest, publico standum ef-
 fe volunt, quod scilicet fides publica priuatæ scripturæ con-
 trarietatem elidat Accursius in *l. 14. C. de fide instrum. verb. scri-*
pturæ 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 sup-
 primatur, si a diuersis personis vtrumque proferatur, tamen
 non idem iuris esse debet, si ab vna eademque proferantur,
 cum priuatum documentum contra producentem æque pro-
 bet, ac publicum, conf. Menoch. *lib. 1. præf. 45. n. 1.* Boerius *De-*
cis. 252. n. 3.

§. VIII. Alii quoque (V.) requirunt, ut producens simpli-
 citer & absque protestatione illa produxerit. Neque enim pro-
 ducentem sibi præiudicare arbitrantur, si protestatus fuerit, quod
 documenta tantum in passibus vtilibus, seu in quantum sibi profutura
 esse possint, produxerit, Sichard. *ad Cod. cit. l. cum in pas-*
24. n. 1. Menoch. *lib. 2. præf. 45. n. 21.* Carpz. *P. 1. C. 17. def. 7. & de sibus utili-*
Procesf. tit. 14. art. 5. n. 26. sqq. Atque hanc protestationem hoc
 operari ait Carpzouius, vt in fauorem partis aduersæ instru-
 mentum productum fidem haud faciat. Sed in *Def. seq. 8.* hanc
 sententiam statim limitat, si altera parte absente, eiusmodi in-
 strumentum cum protestatione productum fuerit, id quod sine
 dubio de casu contumaciæ accipiendum est, & inde concludit,
 quod altero præsentem nihil operetur, & sic secundum eius men-
 tem ordinarie nullius erit efficaciz, cum ordinarie instrumen-
 ta parti aduersæ communicari debeant. Proinde plures hanc
 negatiuam tuentur, Goswin ab Esbach *ad Carpz. cit. l. n. 4.*
 Craueria *conf. 201. n. 6.* Berlich. *P. 1. concl. 34. n. 21.* ex hac ratione,
 quod instrumenta sint indiuidua, & qui illud in vno approbat
 in aliis reprobare nequeat. Distinctione hanc litem tollere sat-
 agit Irenæus. *Vol. 2. resol. 3. n. 3.* & priorem veram esse exi-

stinat 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 reprobatur, 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 necne. Verum si quis instrumenta ab aduersario producta in certis passibus acceptet, hoc saluo iure suo facere potest, nec statim cætera, quæ sibi aduersantur, probasse videtur, cum potius κατ' ἀνθρώπων ita ex concessis contra aduersarium disputet.

Quid si instrumenta sint derogatoria, vel apparenter contradictoria.

§. IX. Hoc quoque (VI.) attendendum, an documenta reuera sibi ipsis contradicant, an vero alterum alteri deroget, id quod ex circumstantiis iudicandum Trentacinq. *c. l. ref. s. n. 9.* quodsi 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 contradictio, an vero apparens, quia dispositiones ita intelligi debent, ne contradicant, *c. inter dilect. 6. X. de fide instrum.* Gilcken. *cit. l. n. 18.* Gonzalez Tellez. *ad c. 13. n. 2. X. de fide instrum.*

Alterum

membrum, si collisio sit inter instrumenta a diuersis producta. An hic ad dignitatem Notarii respiciendum sit.

§. X. Sed pergo ad alterum collisionis membrum, si scilicet instrumenta inter se collidentia ab vtraque parte proferantur, tunc fere eisdem regulis vtimur, quæ adductæ sunt in *Cap. 1.* de collisione testium inter se. Sed tamen varias solent adducere coniecturas, ex quibus alterum alteri præferri debeat. Sic (I.) 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 1. 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

aliquid operari ad infringendam fidem instrumenti ab eo conscripti, vtut alia adhuc adminicula accedere debeant.

§. XI. Hoc vero (II.) facilius concedimus, si instrumenta *Quod si al-* sint inæqualis roboris, præferendum esse, ceteris paribus, illud, *terum su pu-* quod maiori fide pollet. Atque hac ratione publicis docu- *blicum, al-* mentis qui nititur, contra eum probabit, qui priuatis saltim *terum pri-* ad suam intentionem fundandam vtitur scripturis, Trentacinq. *uarum.* *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 absoluto eisdem præferatur, veluti si testes adiunctos habeat, qui interfuerunt instrumento priuato & actui, sic enim idem valebit ac instrumentum publicum, quin quod sæpe hoc casu per testes instrumentum publicum falsitatis conuinci possit, iuxta dicta in *capite antecede.* Id quod si fieri non possit, æqualis vtrique instrumento vis adscribenda, & tunc iudicandum secundum illa, quæ *§§. seqq. dicentur.*

§. XII. Quando vero instrumenta sunt æqualis roboris, *Respicien-* porro (III.) respiciendum ad ipsam causam. Quemadmodum *dum ad cau-* enim *cap. 1.* diximus pro causa fauorabili esse pronuncian- *sam. fauo-* dum in *casibus dubiis*, idem quoque hic maxime applicandum erit, vt *rabiliorum.* pro illo instrumento iudicetur, quod causæ fauorabili fauet, veluti piæ causæ &c. Trentacinq. *cit. l. n. 6.* Sic cum iura magis faueant liberationibus, quam obligationibus *l. Arrianus 47. ff. de Obl. & A.* magis quoque in huiusmodi consuetu pro illo instrumento pronuncian- *Vol. 2.* dum, quod fauet liberationi Socin. *Vol. 2. conf. 277. n. 21. Alex. vol. 6. conf. 190. n. 14.*

§. XIII. Si hæc circumstantia deficit, (IV.) fides habenda *Præterea ad* est illi documento, quod verosimiliora continet, quemadmo- *verosimilia* dum idem arbitrium iudicis requisimus in collisione testium *attendenda-* inter se, quorum spectat *l. optimam 14. C. de contrab. & com-* *mitt. stipul.* & ita in subsidium assumendæ illæ circumstantiæ de *dum.* quibus *C. 1. in f.* dictum, sed plus hic valet iudicis pudentis iudicium limatum, quam multæ regulæ iudici iudicio carenti præscriptæ. Possimus hic in exemplum adsumere *l. Sempronius 47. ff. de leg. 2.* vbi casus est talis: Binæ tabulæ eodem tempore scriptæ erant, sed inter se repugnantes, in alteris centum, in al- *teris*

teris quinquaginta Titio legati sunt. Legatarius petebat centum ex vnīs tabulis, heres tantum se quinquaginta soluere obligatum esse dicebat, & hunc in finem alteras producebat tabulas. Erat ergo collisio inter ambas tabulas, & inde quæstio exsurgebat, quibus tabulis potius insistendum? respondet JCtus, magis heredi parcendum esse, vt tantum quinquaginta legatarius petere possit, cum in dubio præsumatur defunctus voluisse heredem nimis grauare, qua præsumptione cum adiuuentur tabulæ ab herede productæ, illis standum. Semper enim illud documentum quod maioribus administriculis iuuatur, præfertur, Alex. vol. 6. conf. 190. n. 22. Baldus in l. 14. C. de fide instrum. n. 12. Huc etiam pertinet, quando alterum ex variis adductis coniecturis suspectum, factum est, quæ aliquando ad fidem tollendam proficiunt. Jacob Bornitius, de instrum. P. 2. c. 6.

*Tandem
contra eum
qui probare
debet in du-
bio pronun-
ciandum.*

§. XIV. Denique quando (V.) nec apparet, quale instrumentum vero proximiora contineat, merito contra eum iudicandum qui probare debuit. Neque enim probasse dici potest, qui æqualiter cum aduersario probauit, cum ipsum in probando vincere debebat, ceu in c. 1. in f. dictum. Atque adeo si actor probare debuit, reus absoluendus, si vero huic probatio incumbit, pro actore merito pronuntiandum. Vt ut enim alias regula sit, in dubio absoluendum esse reum, tamen hoc suo modo etiam ad actorem recte applicatur, quando reus excipiendo fit actor, l. 1. ff. de except. veluti si compensationem opponat, & debitum fateatur, sic enim dum hanc exceptionem probare debet, quasi actoris vicem intrat, contra cuius probationem actor replicando se defendit, & dum pro eo pronuntiatur, liberatur ab opposita prætensione aduersarii, Paul. de Castro in l. 14. C. de fid. instrum. in f. Trentacinq. cit. l. n. 8. & 10. Boër. Decis. 252. n. 9.

Conclusio.

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

* (o) *



99 A 6925

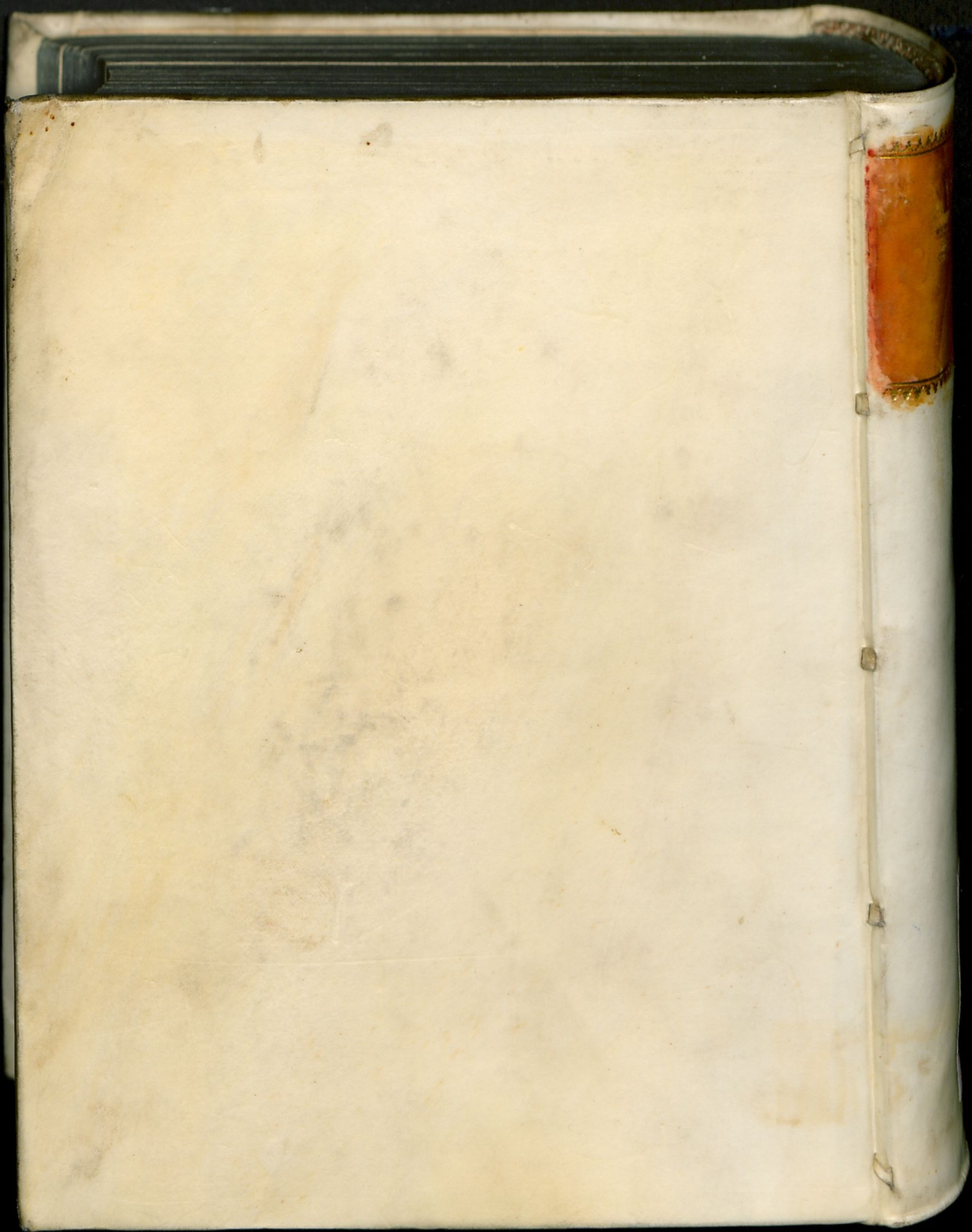
ULB Halle 3
002 546 892

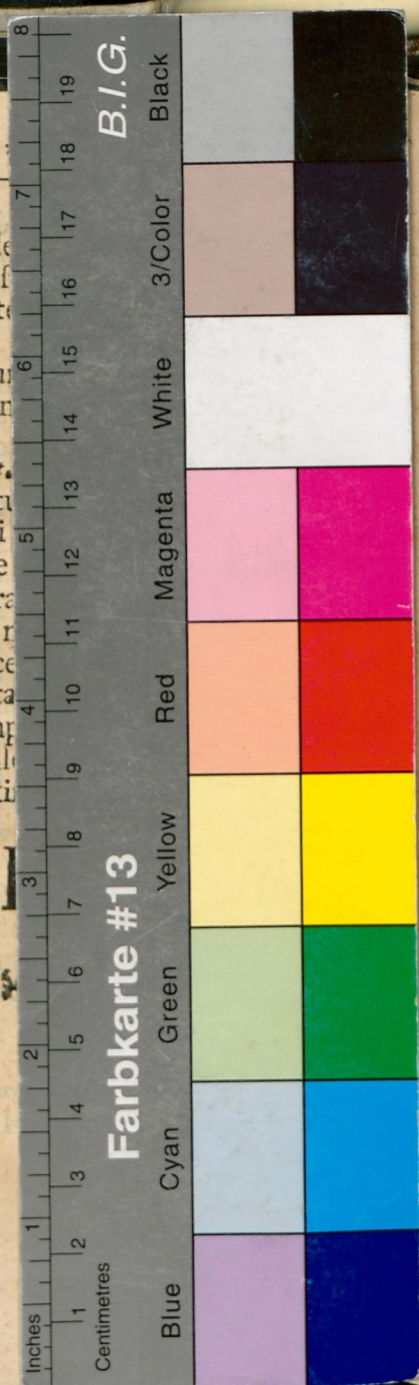


sa

Vb 17







75

DISPUTATIO IVRIDICA
DE
**COLLISIONE
PROBATIO-
NUM,**

Quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORUSSIAE, MARCHIONE BRANDENBURGI-
CO, DVCATVS MAGDEB. GVBERNATORE, & reliqua,

IN REGIA FRIDERICIANA
PRAESIDE
IVSTO HENNINGO Böhmer/D.
PROF. P. ET FACVLT. IVRID. ASSESSORE,

IN AUDITORIO MAJORI
Ad d. Novembr. MDCC VII.
Publico Eruditorum Examine
sistit

CHRISTOPHORVS FRIDERICVS KOCH,
Sangerh. Thur.

HALAE MAGDEBURGICAE,
TYPIS CHRISTOPH. ANDREAE ZEITLERI, ACAD. TYP. 17 11.

