



Wd. 67.



DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS
DE

**PROBABILITA-
TE EJUSQUE EF-
FECTU,**

QVAM

DEO T. O. M. ADNUENTE

*RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,*

DOMINO CAROLO,

*PRINCIPE BORUSSIAE, MARCHIONE BRAN-
DENBURGICO, RELIOIA,*

IN ILLUSTRIS ACADEMIA FRIDERICIANA,

EX DECRETO ET AUCTORITATE ILLUSTRIS ICTORUM ORDINIS

P R A E S I D E

**DN. JACOBO FRIDERICO
LUDOVICI,**

J. U. D. ET PROFESS. PUBL. ORDINAR.

PRO LICENTIA

**SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES ET PRIVI-
LEGIA DOCTORALIA RITE CAPESSENDI,**

In Auditorio, majori horis ante- & pomeridianis

d. Nouembr. A. R. S. MDCCCXIV

PLACIDO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

IO. GERARDUS SCHLITTE, Halberst.

HALÆ MAGDEB, Litteris STEPHANI ORBANI, Acad, Typograph.



DISSERTATIO JURIDICA

PROBABILITAS
IN REBUS
RECTI

DOMINO CAROLO

UNIVERSITATE

PROBABILITAS

JOHANNES SCHULTZE





DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS
DE
PROBABILITATE EJUSQUE
EFFECTU

CAP. I.
De Probabilitate ipsa.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Probabilitas in sensu philosophiæ rationalis opponitur
evidentiæ. Hæc vel ex ostensione, vel demonstrati-
one oritur & scientiam parit, §. I. probabilitas qua-
nam sit? opinio, verosimilitudo. Cause, quare plurimi ho-
mines falsas opiniones foveant, §. II. an fides peculiarem
speciem evidentiæ & probabilitati contradistinctam consti-
tuat? §. III. definitio probabilitatis Aristotelica, cujus ab-
surditas ostenditur, §. IV. tres diversi gradus probabilita-
tis, siue verosimilitudinis logicae, §. V. probabilitas, quate-
nus in philosophia morali consideratur. Conscientia recta,
probabilis, dubia, §. VI. regula prima de conscientia recta
ejusque effectu, §. VII. regula prima de conscientia proba-
bili a Pufendorffio adlata, quæ non adeo accurata esse vi-
detur,

A 2

detur, §. IIX. regula secunda, §. IX. regula tertia. Dissensus Jesuita, Ferdinandi a Castro Palao, ejusque rationes pro stabilenda sententia sua, §. X. refutatio rationum ab ipso adductarum, §. XI. alia ineptie Ferdinandi a Castro Palao, §. XII. XIII. monitum circa regulam tertiam ejusque exceptionem a Pufendorffio adductam, §. XIV. regula quarta de conscientia probabili, qua certo respectu admittitur, §. XV. regula quinta, que etiam admittitur, §. XVI. regula sexta & septima potius ad conscientiam dubiam, quam probabilem referenda esse videtur, §. XVII. transitus ad doctrinam de probabilitate, siue de probabilissimo Jesuitarum. Autores huc pertinentes antiquiores & recentiores, §. XIIIX. summa doctrina Jesuitarum de probabilitate. Absurda encomia Diana, que Carameleidem tribuit. Autores, qui contra probabilissimum scripserunt, §. XIX. Rabbinorum doctrinae convenientia cum doctrina Jesuitarum, §. XX. probabilitas in jure diversis modis accipitur, ut de eo, quod bonus paterfamilias facere consuevit, §. XXI. probabilitas juris quanam sit? §. XXII. probabilitas intuitu facti. Ejus acceptio abusiva, §. XXIII. vera probabilitas exponitur & describitur, §. XXIV. & probabilitas facti & juris ad nos in presenti spectat, §. XXV. probabilitatis synonymum in jure est verosimilitudo, §. XXVI. nec non presumptio. Hoc tamen de presumptione hominis & juris solum intelligendum, non de illa, que juris & de jure dicitur, §. XXVII. probabilitas in jurisprudentia considerata etiam tres diversos gradus habet, §. XXVIII. probabilitas in actis non fundata in processu nihil operatur. Probabilitas judicialis & extrajudicialis, §. XXIX.



S. I.

DE probabilitate & in philosophia rationali, & in morali, & in jurisprudentia agitur. Ante omnia igitur ex philosophia rationali supponendum, quidnam dicatur probabile, quidnam verum, siue evidens. *Evidentia*, siue *veritas*, vel oritur ex ostensione, vel ex demonstratio-

ne. *Offensio* dicitur, quando quis de veritate alicujus adferentis per evidentiam sensuum conuincitur. Hujus intuitu in ostendente peculiaris ars & habilitas non requiritur, nec perceptio ostensæ veritatis, quantum ad percipientem adinet, singulare studium exigit, quoniam ipsi etiam infantes perceptionis hujus veritatis capaces sunt, v. g. quod ignis & urtica urat, &c. illustr. Thomasius in *introduc. log. c. 7. §. 23. seqq.* *Demonstratio* autem est probatio adferentis cujusdam per necessariam ejus cum primo veritatis criterio, aut cum primo cognoscendi principio connexionem, *id. d. c. 7. §. 31. & in introduc. ad philosoph. aul. c. 8. §. 5.* ita primum principium cognoscendi hominem ex ratione, qua præditus est, desumitur, & ergo inferrur, reliqua animalia, quæ ratione destituuntur generi humano ad censerî non posse.

se. Euidencia ergo, siue veritas est, quando certo & plene conuicti sumus, rem ita, prout ostenditur, vel demonstratur, sese habere & eam se aliter habere non posse, eine offenbare/unstreitige Wahrheit/eine Versicherung/eine Bergewisserung. Hæc cognita veritas in percipiente *scientiam* operatur, Joh. Clericus in *log. p. 2, c. 8. §. 2. & 3.*

S. II.

Probabile in se non datur, sed tantum respectu nostri intellectus, Pufendorff. *de J. N. & G. l. 1. c. 3. §. 5.* Est vero *probabilitas* ostensio adfersionis cuiusdam per connexionem non necessariam, illustr. Thomasius *introd. ad philos. aul. c. 8. §. 5.* vel, uti Clericus *log. p. 2. c. 8. §. 3.* dicit, est adensus animi præbitus propositionibus non euidenter primo intuitu veris, neque ex veris necessaria consequentia deductis, sed quæ speciem veri præ se ferre videntur. Vocatur etiam *opinio*, nec non *verosimilitudo*, eine Wahrscheinlichkeit. Supponitur deinde, hanc opinionem veritati consentaneam esse, quamuis ille, qui opinionem fouet, argumenta indubitata & euidencia proferre & ad euidenciam peruenire nequeat, ob imbecillitatem, qua ratio nostra laborat. Ergo, si nulla plane argumenta rationi consentanea adsunt, sed ille, qui opinionem fouet, v. g. ad solam autoritatem doctoris, vel præceptoris sui, prouocat: reuera error adest & falsa opinio, quæ plurimos homines occupauit, unde dicitur, quod mundus regatur opinionibus, id est, quod plurimi homines mediis indagandi veritatem non utantur, sed cæco impetu in hanc, vel illam sententiam ferantur, Causas hujus rei præcipuas ponit Joh. Lockius *de intellectu & hum. l. 4. c. 20. §. 1.* quatuor sequentes: (1) argumentorum

rum defectum, (2) quia argumentis, quæ etiam ad-
sunt, uti nescimus, (3) quia ad id voluntas deest, & (4)
quia mensuris probabilitatis haud rectis utimur.

§. III.

Sed quid *de fide* sentiendum, an illa peculiarem spe-
ciem evidentiæ & probabilitati contradistinctam consti-
tuit? solent nonnulli, inquit Clericus *d.p.2.c.8. §. 4.* his-
ce (nempe scientiæ & opinioni) addere fidem, quæ est
adsensus præbitus rem dicenti, quam ipsi non vidimus,
neque ratiocinatione inuenimus. Verum, recte addit,
aut illa fides nititur collectione necessaria ex evidenti
ratiocinatione deducta, aut tantum opinione verisimili,
ideoque ad superiorum (scientiæ & opinionis) alter-
utram referri potest. Loquimur hic de fide in sensu
philosophico, de fide enim saluifica, quæ ad Theologos
eorumque cathedram spectat, hic dicendi locus non est.

§. IV.

Aristoteles *1. topic. 1.* probabilia ea esse dicit, quæ
videntur omnibus, vel plerisque; vel sapientibus, at-
que his vel omnibus, vel plerisque, vel maxime notis &
claris. Absurditatem vero hujus descriptionis cum jam
ante nos alii ostenderint, nos quoque in præfenti eorum
verbis mentem nostram exponemus. Regula hæc, in-
quit illustr. Thomasius *in dissert. de fide juridica c.1. §.50.*
præjudicium autoritatis, omnem veritatis cognitionem
impediens, stabilit, & nihil aliud, quam fidem cœcæ
& irrationalem inducit, non philosophicam, aut histo-
ricam. Testibus non utimur ad probanda axiomata &
canones intellectus, sed ad probanda facta. Et imo in
ipsis factis testis ineptus est, qui dicit, hoc sibi videri,
hoc a se verum credi, scientia in teste requiritur, non
fides

fides. Ea credimus falsa esse, quæ testis ipse vidit, audiuit, egit, &c. Facit & hæc regula, ut ex duabus propositionibus contradictoriis utraque quis possit credere, quo quid ineptius? Unam enim crederet, quia sic videtur pluribus, alteram, quia ea adridet paucioribus. Regulariter enim, pergit, plures non sunt sapientes, cum sapientes sint paucissimi. Ergo nec ullum usum habet iste canon. Quod si dixissent, verosimile id esse, quod sic videtur pluribus aut potentioribus, sensum saltem habuisset axioma & monstrasset, mundum regi opinionibus multitudinis & potentum, id est erroribus, conf. id. in *introd. log. c. 10. §. 23. seqq.*

§. V.

Probabilitas, seu verosimilitudo, tres diuersos gradus habet. *Summa* dicitur, quando propositiones, aut adsertiones, v. g. historicæ, rarissime fallunt, & vix unam aut alteram exceptionem admittunt. *Media*, quando adsertiones raro fallunt, exceptiones tamen naturaliter contingentes neque potentia maiori adscribendas interdum admittunt. *Infima* denique, quando propositiones, siue adsertiones illæ sæpe fallunt & exceptionibus admodum multis locus est, quæ omnia diuersis exemplis dilucide explicantur & illustrantur in *cit. disp. de fid. iurid. c. 1. §. 53. seqq.* conf. etiam *Clericus logic. p. 2. c. 8. §. 7. seqq.* Hæ obseruationes de probabilitate maximum usum habent in interpretatione legum, testamentorum & contractuum, quid scilicet legislator, testator & contrahens in dubio probabiliter voluerit. Interpretationis fundamenta enim ex vera logica sunt haurienda.

§. VII.

Videamus nunc de probabilitate, quatenus illa in phi-

philosophia morali consideratur & quatenus non nudas propositiones theoreticas, sed ipsas actiones humanas respicit. Occurrit hic terminus probabilitatis in doctrina de *conscientia*, quippe quam in *rectam*, *probabilem* & *dubiam* communiter dispescere consueverunt. *Recta* scilicet conscientia est, quando quis liquido intelligit, persuasionem, quam super agendis, vel omittendis fouet, certis & indubiis principiis niti, seu cum legibus congruere, quæ norma sunt actionum & conscientiæ. Probabilis autem dicitur, quando quis persuasionem suam pro vera quidem & certa habet, nec quare eam in dubiam reuocet, idoneas rationes videt, eandem tamen ad formam demonstrationis deducere non nouit, sed topicis fere argumentis adquiescit, Pufendorff. *de J. N. & G. l. 1. c. 3. §. 5.* quæ descriptio cum iis conuenit, quæ de probabilitate in genere diximus supra § II. *Dubia* denique est, quando iudicium intellectus anceps hæret, & per consequens discernere nequit, bonum aliquid, vel malum, agendum sit, an omittendum, id. *d. c. 3. §. 8.* & de hac plura non addemus, quoniam dubitans nullam plane persuasionem habet, & nec euidentibus, nec probabilibus fundamentis nititur, sed penitus fluctuat. *Conscientia* etiam erronea & scrupulosa sic dicta huc non pertinet.

§. 7.

De conscientia *recta* res expedita est, quod nempe tranquillus sit iste, qui secundum eam actiones suas instituit, e contrario autem omnis actio pro peccato habeatur, quæ contra persuasionem certis & indubiis principiis subnixam spontanee suscipitur. Quod uero conscientiam *probabilem* adinet, pro ea informanda di-

B

uerse

uersæ regulæ a nonnullis tradi solent, quas in compendio exhibet Pufendorff. *de J. N. & G. d. l. i. c. 3. §. 6.* Recensēbimus nos quoque easdem paucis, & simul illas ad trutinam veri reuocabimus.

§. IIX.

Regula prima hæc est: *in conscientia probabili duabus sententiis propositis, quarum cum neutra legi aduersetur, una firmiter rationibus nititur, altera tutior videtur, utralibet suscipi potest.* Hanc regulam non intelligimus. Supponebatur, neutram ex duabus sententiis propositis legi aduersari. Ergo, si hoc, utraque etiam æque tuta erit, quoniam contra legem non impingo, siue hanc sententiam eligam, siue alteram, tutum enim in sensu morali illud dicitur, quod sine peccato suscipere possum. Deinde etiam sententia illa, quæ firmiter rationibus nititur omnino simul tutior dicenda erit, quam altera infirmioribus argumentis superstructa, unde ignoramus, ex quanam ratione illud, quod tutius est, opponatur alteri, quod firmiter rationibus nititur.

§. IX.

Regula secunda: *duabus sententiis propositis, quarum altera infirmioribus rationibus nititur, altera tutior videtur, recte tutior illi præfertur.* Hæc regula omnino recte se habet atque confirmat ea, quæ in §. præc. circa regulam primam nouimus. Quoniam enim altera sententia infirmioribus rationibus nititur, necessario exinde consequitur, alteram firmiter niti rationibus, & ex hoc ipso fundamento eandem pro tutiori haberi debere. Ergo adhuc in illa persisto sententia, quod tō tutius & tō fortiores rationes habens sint unum idemque & nullo modo opponenda, quod tamen in prima regula fiebat.

§. X.

§. X.

Regula tertia: *in conscientia probabili vir doctus eam sententiam sequi potest, quæ sibi probabilissima videtur, etsi aliis forte et alis non videatur, nisi ex eo incommodum aliquod metuatur, quod a communi opinione abeat.* Regula hæc etiam admittenda est. Probabilissima sententia vocatur, quæ fortioribus argumentis nititur, ergo hæc sine dubio alteri præferenda, pro qua infirmiora argumenta adducuntur. Talia argumenta vero sunt, quæ ab opinione aliorum desumuntur. Quilibet rationes ab utraque parte sese offerentes ipse examinare, non vero cæco impetu aliorum sententiam amplecti debet. Dissentit Ferdinandus a Castro Palao *in oper. moral. de virtut. & vit. contrar. part. 1. disp. 2. punct. 2. num. 2.* communis, inquit, est sententia, & mihi probabilior, (etsi supradicta sit fatis probabilis,) eligi posse opinionem minus probabilem & tutam, relicta probabiliori propria & tutori, sic tenet Valens. *l. 2. disp. 2. quest. 14. part. 4.* Vasquez *disp. 62. cap. 4. seqq.* Salas *ibi*, innumeros referens, *tract. 8. disp. unic. sect. 6. num. 66.* *S. hæc opinio.* Petr. Nauarr. *l. 3. de restit. c. 1. dub. 13. num. 237. in nou. edit.* Nauarr. *c. 27. n. 280.* & 288. Sayrus *in clavi regie l. 5. num. 4.* & 8. Thomas Sanchez pluribus (ut mos est) *relatis lib. 1. in decal. cap. 9. num. 14.* Joan. Sanchez illos & alios plures allegans *disput. 42. num. 12.* Hæ sunt autoritates DD. a Ferdinando a Castro Palao adductæ. Jam de rationibus ipsius quoque dispiciamus. Probo primo, pergit, *cum ex opinione probabiliorum operaris, prudenter operaris*: tum quia alii ex illa operantur prudenter, tum & præcipue, quia sæpe opinio, quæ alicui probabilior & tutior adparet, probabilior non est & tutior. Ergo poteris relicta tua opi-

nione probabiliori aliorum probabilem amplecti. Secundo, addit, *si teneris sequi opinionem, quæ tibi probabilior adparet, neque potes ex probabili aliorum sententia operari, mille scrupulis agitari debes & singulis horis obligaberis opus variare, cum jam uni opinioni ut probabiliori adhareas, jam contrariæ, ut bene expendit Salas supra num. 68. in confirmat. 2. argum. 6.*

§. XI.

Misera sane sunt hæc argumenta Ferdinandi a Castro Palao, e Societate Jesu, ut vocant, qui tamquam natu minimus maximus, scilicet Ignatio de Loyla, fortum suum inscripsit, ut verbis ejusdem utamur. Dicit: cum ex opinione probabili aliorum operaris, prudenter operaris; respondemus, hanc esse petitionem principii. Rectius Cicero de clar. orat. cap. 71. *mea quidem conscientia pluris est, quam omnium hominum sermo, item l. 13. ad Attic. epist. 20. in omni vita sua quemque a recta conscientia transuersum unguem non oportet discedere.* Atqui, addit, alii ex illa operantur prudenter; respondemus, adhuc sub iudice litem esse, utrum alii ex illa opinione prudenter operentur. Sed concessio etiam, alios prudenter operari, quoniam illis rationes, quas adlegant, fat probabiles videntur; non tamen sequitur, hæc opinio aliis est probabilis & rationes ipsis sufficientes, ergo etiam mihi illæ sufficere debent. Pergit: sæpe opinionem, quæ alicui probabilior & tutior adparet, probabiliorem non esse & tutiorem; respondemus, sæpe hoc accidere posse, sæpe etiam non, quælibet interim eas rationes sequi debere, quæ ipsi magis sese probant. Neque unico scrupulo ejusmodi homo agitatur, nedum mille scrupulis: eo ipso enim, dum opinio, quam sequitur, ipsi probabilior est, in statu tran-

tranquillitatis viuit, neque ullo tempore obligabitur opus variare, ut cum Ferdinando nostro loquamur, nec possibile est, ut jam uni opinioni ut probabiliori adhæreat, jam contrariæ, semper enim probabiliozem reliquis præfert.

§. XII.

In sequentibus *num. 3.* admodum ineptit Ferdinandus & reuera tamquam natu minimum sese exhibet. Quando autem, inquit, dicitur a D. D. *unam opinionem securiorem & tutiorem esse alia, non de securitate formali, sed materiali loquantur, hoc est, sequens opinionem probabiliozem & tutiorem non solum non attingit formaliter culpam, sed nec materialiter, ut contingit, cum est opinio probabilior obligans ad restitutionem, & est alia opinio probabilis de obligans; in restitutione enim facienda nulla esse potest nec formalis, nec materialis dissonantia menti diuina, quæ dicebat, in tali casu restitutionem esse faciendam. Nunquam tamen obligaris sequi quod in re tutius est. Præterea cum operaris ex opinione probabili, operaris similiter ex probabiliori: nam probabilior opinio est, te posse ex opinione probabiliori relicta probabiliori operari. Ergo, cum ex illa operaris, ex opinione probabiliori operaris: probabilis enim opinio concurrat, v. g. ad te excusandum a restitutione facienda, & probabilior opinio concurrat ad te excusandum, ne obligeris eligere opinionem probabiliozem, quæ tibi dicebat, restitutionem esse faciendam, sic Sanchez supra *num. 72.* Rebare, te dari scio, ted fabare nescio.*

§. XIII.

Similes nugæ sunt, quas docet *d. part. 1. quæst. 2. punct. 3.* scilicet, quod doctor, vel confessorius consulere, vel docere possit opinionem minus probabilem, relicta probabiliori propria. Porro *punct. 4.* quod confessorius possit, & debeat contra pro-

priam opinionem absoluerit eum, qui opinionem probabilem sequitur, nec non punct. s. quod administratione sacramentorum liceat uti opinione probabili, & in re minus tuta, relictæ probabiliori & tutiori, vel omnino certæ. Transeant ergo hæc cum cæteris. Reuertimur ad scopum nostrum & reliquas regulas de conscientia probabili.

§. XIV.

Hoc tamen adhuc ante omnia notandum, quod quamuis regulam tertiam supra §. X. adlatam adprobauerimus: ea tamen valde dubia videantur, quæ subnectit Pufendorffius per modum exceptionis: *nisi*, inquit, *ex eo incommodum aliquod metuat, quod a communi opinione abeat*. Nescio, quale incommodum ex hoc capite metuendum, & posito, quod etiam metui posset, vir sapiens tamen, qui licet non euidentiis, probabilissimis tamen rationibus nititur, ejusmodi incommodum metuere non debet, nec decet ipsum, ut propterea opinioni aduersæ, quæ ipsi æque probabilis non videtur, accedat.

§. XV.

Regula quarta est: *indoctus tutissime sequitur auctoritatem prudentiorum*. Hanc regulam admitto, si prudentior indocto ejusmodi argumenta suppeditat, quibus convinci queat, hoc enim factu, si meliora & fortiora argumenta indocto non suppetunt, absque dubio ille auctoritatem prudentioris sequi tenebitur. Quod si vero prudentior nullas rationes profert, sed indoctus propter solam auctoritatem illi fidem adhibere debet: præjudicium auctoritatis, rei publicæ admodum nocuum, eo ipso stabiliatur, quod idem est, ac in rebus ad religionem spectantibus fides carbonaria.

§. XVI.

§. XVI.

Regula quinta: alterius imperio obnoxius recte potest jussu superiorum agere, quod illicitum certo non novit, etiamsi non ita probabile sibi videatur, Pufendorff. de J. N. & G. l. 1. c. 3. §. 6. Hanc regulam probamus sub conditione adnexa, si subditus illud, quod superior ipsi injungit, illicitum certo non novit. Quid ergo, si superior subdito injungat, ut falsum testimonium dicat, ut innocentem condemnet, & quæ sunt hujus generis alia? sane hic obtinebit notum illud: Deo magis obediendum esse, quam hominibus. E contrario autem, si princeps subdito injungit, ut contra hostes arma capiat, subditus parere tenebitur, quoniam causæ belli a superiore suscepti ipsi satis cognitæ non sunt, nec ipsi, ut de iis cognoscat, leges indulgent. Et hac parte recte sese habent & admitti possunt, quæ tradit Ferdinandus a Castro Palao cit. tract. part. 1. disp. 2. punct. 6. quamvis singulas rationes ab ipso adductas nostras facere nolumus.

§. XVII.

Addimus adhuc sextam & septimam regulam apud Pufendorffium loc. cit. Regula sexta: in rebus parvi momenti, si utrinque sint probabilia argumenta, utrumlibet potest eligi. Regula septima: in rebus magni momenti, si utrinque se ostendant argumenta probabilia, preferenda est pars tutior, seu ubi, si vel maxime a scopo sit aberratum, non adeo graue provenire potest malum, quam si ex altera parte fuisset impactum. Hasce duas regulas ego potius ad conscientiam dubiam, quam probabilem referre malle. Si enim argumenta utrinque æque probabilia sunt, adeo, ut quis nesciat, quænam ex illis reliquis præferri debeat: judicium plane non adest, sed potius suspensio judicii.

dicii. Ergo a fuscipienda actione plane abstinendum erit.

§. XIIX.

Diximus supra §. II. veram probabilitatem exinde provenire, quando quis argumenta evidentialia quidem adducere nequit, interim tamen argumenta, rationi consentanea ipsi suppetunt. Addidimus, quod in eo casu, quando quis ad solam de Honoris alicujus auctoritatem provocat, error & falsa opinio adfit, non vero probabilitas. Notari hic debet perveria Jesuitarum doctrina de *probabilitate*, seu *probabilismo*, ut nonnulli loquuntur. Autores, qui hanc doctrinam foverunt, & antiquiores quidem, Thomam, Bonaaventuram, Vasquezium, Sanchezium, Carenam, Nauarrum, Cordubam, Azorium, Ramirezium, Castannegium, Escobarium, Ledesmam, Valentiam, Castro Palao, (v. supra §. X.) Medinam, Sanctium, Arragonium, Lopezium, Martinezum, Zarasium, Villabolum & Dianam: ex recentioribus vero Honoratum Fabri in *apologia doctrinae moralis Jesuitarum*, Antonium Terillum in *regula merum contra Elicaldum & Amadeum Guimanium in singularibus theologiae moralis* recenset Dn. Buddeus in *histor. jur. natur.* §. 13. plures vero exhibet Ludovicus Montaltius, siue, quod verum ejus nomen est, Blasius Pascal, theologus & mathematicus Parisiensis, in *litteris provincialibus epist.* r. ibique Wilhelmus Wendrockius, sub quo nomine latet Petrus Nicole, theologus Parisiensis, in *notis*, nec non Samuel Rachelius in *examine probabilitatis* c. 10. Addi adhuc potest Franciscus Bordonus de *opinionem probabili contra probabiliorum*. Sane, nonnulli etiam hanc probabilitatem adprobauerunt, qui ex numero Jesuitarum non fuerunt; interim tamen doctri-

doctrina illa Jesuitis propterea principaliter merito tribuitur, quoniam hi istam præ aliis excoluerunt atque magno studio diuulgarunt.

§. XIX.

Summa doctrinæ Jesuitarum de probabilitate hæc est: licere cuique eam opinionem tuta conscientia sequi, quam quatuor, vel tres, vel duo, vel unus etiam gravis doctor tradiderit; itemque consultum de aliquare doctorem posse respondere juxta probabilem aliorum sententiam, quamvis ipse doctor ejusmodi sententiam speculatiue falsam esse certo sibi persuadeat, ex quo axioma profluxit, probabilem omnem opinionem etiam falsam & legi diuina contrariam a peccato coram Deo excusare. Paria ex Ferdinando a Castro Palao jamdum §. X, XII, & XIII. adtulimus. Iam cum notum sit, nullam sententiam tam absurdam esse, quæ non ab uno vel altero defendatur: facile colligi potest, quod admissio illo dogmate Jesuitarum de probabilitate omnia crimina sine nota peccati committi queant. Maxime laudant Jesuitæ, alique eorum principia sequentes doctores illos, qui numerum opinionum probabilium augent, quoniam eo ipso ex eorum supposito peccata minuuntur. Abominanda sunt, quæ in laudem Dianæ scribit Johannes Caramuel apud Rachelium in exam. probil. c. 10. ego, inquit, ingenium Diane viri quidem doctissimi veneror, ejus industria multas opiniones euasisse probabiles, quæ antea non erant: inuidus sit, qui non assermet. Si jam sunt probabiles, quæ antea non erant, jam non peccant, qui eas sequuntur, licet ante peccauerint; ergo si ejusmodi peccata ab orbe literario Diana sustulit, merito dicitur agnus Dei, qui abstulit peccata mundi. Habent Navarrus & veteres

C

ca.

casuista gloriam suam: sunt Leones, & a rigore & severitate laudantur: esto agnus tu, laudandus a benignitate. Ita infans Caramuel. Diutius hisce non immorabor, absurditates enim Jesuitarum jamdum satis detexerunt & refutarunt Montaltius, Wendrockius, & qui idem est, Paulus Irenæus, Samuel Rachelius, alique. Equidem literæ provinciales Ludovici Montaltii A. 1690. Parisiis instinctu Jesuitarum damnatæ fuerunt; verum hoc veritati non officit, sed prudentiores statim judicant, ejusmodi libros damnatos veritate ut plurimum repletos esse, quam adversarii non nisi brachio seculari implorato removeere audent. Taceo, quod multi etiam cœtui pontificiorum additi dogmata illa detestati sint, ut Vincentius Baronius in *theologia morali aduersus probabiliterem*, Gonetus in *dissertatione de probabilismo*, Esclapezius *contra probabilitatem*, alique, quos recenset Dn. Buddeus in *histor. jur. natur.* §. 14.

§. XX.

Hoc saltem adhuc subjungimus, quod, uti Rachelius in *exam. probabil. Jesuitic. c. 1.* probabiliter existimat, Jesuitæ dogma recensitum ex Rabinorum scriptis hausserint. Ita enim referente eo Lipmannus: *integro triennio dissensere domus Schammai & domus Hillel: illi dicebant, juxta nostram sententiam statuendum: hi regerebant, imo vero juxta vestram ferendum est judicium. Egressum est atque auditum oraculum divinum: utraque sunt verba Dei viventis, statuendum vero juxta sententiam domus Hillel.* Porro idem Lipmannus: *etiamsi dicant tibi Rabbini, dextram esse sinistram, ratum erit & verum, quod confirmant,*

mant. Et paulo ante: *adparet legem a Deo S. B. juxta cum tredecim modis argumentandi hoc sine datam, ut quilibet sapiens exponeret eam pro captu ingenii: quin tantum, quo operaretur atque scrutaretur eam, quoad ejus fieri potest, citra pigrum. Quod si visum fuerit Synedrio, juxta legem illosque modos colligendi rem quandam esse mundam, erit manda: & si alii surrexerint post eos, atque his ipsis videatur juxta eandem legem modosque argumentandi, illam ipsam rem esse immundam, habebitur immunda. En fidem carbonariam apud Rabbinos & merum autoritatis humanæ præjudicium, probabilitate improbabili subnixum. Idem deprehenditur omnino in dogmate probabilitatis Jesuitarum.*

§. XXI.

Vidimus hæcenus, quomodo probabilitas in philosophia rationali & morali consideretur, v. §. I. & VI. subnequendum ergo nunc quoque est, quænam in jure nostro probabilitas dicatur. Primo vocabulum illud accipitur de eo, quod bonus paterfamilias facere solet. Ita Ulpianus in l. 7. §. 13. ff. de SC. Macedon. quod dicitur in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare SCtum, ita locum habet, si probabilem modum in mutua non excessit: certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare. Papinianus in l. 31. §. 7. ff. de negot. gest. sed qui sunt necessarios probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet. Hic significatus ad nos in præsentem proprie non spectat.

§. XXII.

Porro probabilitas juris in legibus occurrit, & hinc pro-

probabile dicitur, quod iustum & legibus consentaneum est. Ita in l. 2. §. 7. ff. de vacat. & excus. muner. dicitur, quod munera, quæ consilio prudentis viri obiri possunt, non remittantur, nisi certis & probabilibus, id est, lege adprobatis, causis. in l. 11. §. 2. in f. ff. de iurisdic. habetur, Cassii & Pegasi sententiam probabilem esse, id est, intentioni legis magis conuenientem, qualis locutio etiam in l. 1. §. 5. ff. de exercit. act. occurrit, ibi: *quæ sententia mihi videtur probabilis*. Ex diverso sententia minus probabilis adpellatur, quæ a bono & æquo recedit. Ulpianus in l. 27. §. 2. ff. de recept. qui arbit. recep. stare autem debet sententia arbitri, quam de re dixerit, siue æqua, siue iniqua sit, & sibi imputet, qui compromisit. Nam & diui Pii rescripto adijcitur: *vel minus probabilem sententiam æquo animo ferre debet*. Plura suppeditabit Brissonius de verb. signif. verb. probabilis.

§. XXIII.

Datur etiam probabilitas intuitu facti, quando quaeritur, utrum factum aliquod vere commissum sit, an non. Hic tamen probabile duobus modis accipitur. Aliquando scilicet probabile idem est, ac evidens. Exemplum occurrit in l. 28. inf. C. Teod. de iudicis lib. 16. tit. 8. ubi ita: *parentes tamen sub tali elogio, qui suppeditabunt probabilia & manifesta documenta, solum eis falcidium debita successione relinquunt*. Verum hic quidem significatus in præsentia ad nos non pertinet.

§. XXIV.

Probabile itaque in altero significato nobis hic dicitur, quando de ipso facto iudici euidenter non constat,

stat, argumenta tamen nonnulla adfunt, quæ ipsum movent, ut credat, factum ita, vel aliter sese habere. Interdum enim probabile est, factum ita comparatum esse, prout adserit ille, qui factum illud fundamenti loco supponit; interdum vero judici magis probabile videtur, factum suppositum vero fundamento destitutum esse. Verbo: probabile quandoque est, ream nocentem, quandoque autem innocentem eum esse.

§. XXV.

Hæc probabilitas intuitu facti ad nos in præsentî præcipue pertinet, quippe quæ illis casibus maxime se exerit, quando de imponendo juramento suppletorio, purgatorio, vel de ipsa etiam tortura dictanda agitur, de quo in capite sequenti de effectu probabilitatis uberior differendi occasio occurreret. Interim tamen & probabilitas juris simul consideranda est, de qua paulo ante in §. XVII. diximus. Ita quando quæritur, utrum victus victori ad refundendas expensas teneatur? exceptio a regula affirmativa suppeditari solet, quod expensas refundere non obstringatur victus, si probabilem litigandi causam ille habuit, id est, si existimavit & existimare potuit, adserciones suas, quas agendo, vel excidendo protulit, justas & legibus congruentes esse.

§. XXVI.

Probabile alias in jure & apud DD. quoque vocatur *verosimile*, perinde, ut supra §. II. de probabilitate logica diximus. Nam & in jure illud verosimile dicitur, quod lepidus interpretandi convenit. Ita in l. 9.

C 3

§. 1.

§. 1. ff. und. cognat. qua verisimile non videbatur, tam conjunctum sanguinis defuncti valetudinem ignorasse. Halotander legit: *Tam conjunctum consanguinei defuncti*, in l. 96. pr. ff. de legat. 1. Julianus: *respondi, verosimilius est, patrem familias demonstrare potius heredibus voluisse, &c.* In Nicolai Euerhardi *locis argumentorum legalibus* pecularis etiam locus a verosimili deprehenditur.

§. XXVII.

Probabilitatis synonymum quoque est *præsumtio*. Præsumere interdum est opinari, & præsumtio pro opinione est. Brissouius de verb. signif. voc. *præsumere* & *præsumtio*. Ita in l. 67. §. ult. ff. de legat. 2. ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præsumerat, id est, cui probabile visum erat, matrem liberis reddituram esse, quod pater ipsis reddi voverat. Et hinc etiam citatus Euerhardus in loco de verosimili num. 18. seqq. simul de præsumptione ejusque speciebus agit. Nota tamen, quod quando dicimus, præsumtionem esse probabilitatem, hoc solum ad præsumtionem hominis, quæ vocatur, id est, judicis, & ad præsumtionem juris pertineat. Præsumtio enim, quam juris & de jure esse dicunt, ad euentiam ex dispositione legis magis pertinet, quam ad nudam probabilitatem, quoniam scilicet illa probationem in contrarium non admittit. Non obstat, quod nonnulli probationem contrariam locum habere adserant, si illa non directo, sed indirecte per testes fiat, vel etiam per confessionem adversarii, Euerhard. *loc. cit. num. 20.* hæ enim exceptiones meram

ram contradictionem innotuunt, quia idem est, ac si dicerem: *presumptio juris & de jure non admittit probationem in contrarium & tamen admittit.* Certe, quod directe non licet, nec per indirectum licere debet, quoniam alias tota regula destrueretur.

§. XXIII.

Probabilitas, quando in jurisprudentia consideratur, non raro eisdem tres diversos gradus habet, de quibus supra §. V. diximus, ubi probabilitatem logicè considerabamus. *Summa* adpellari potest, v. g. in materia probationis, quando probatio semiplena major adest, ut duo testes, unus omni exceptione major, alter vero quodammodo suspectus. *Rarissime* enim ejusmodi testimonium fallit. *Media*, quando quis unius testis omni tamen exceptione majoris testimonio munitus est, aut, si mercator, vir integræ vitæ & fidei, librum suum utramque paginam continentem, omnique vitio carentem producit. *Infima* vero, quando unius testis omni exceptione non majoris depositio adest, quo etiam in criminalibus indicia remotiora pertinent, quorum unum solum ad torturam non sufficit, v. *const. crim. Carol. art. 28. 26. 27.* Huc etiam referre posses indicium ex physiognomia, parentum vitæ genere, & similia. An vero in casibus singularibus obuenientibus probabilitas summa, media, an infima adlit, hoc judicis arbitrio ex circumstantiis in actis obuenientibus determinandum est.

§. XXIX.

§. XXIX.

Scilicet iudex secundum acta & probata iudicare
 renetur, & ergo probabilitas quæ in actis fundata non
 est, nullum quoque effectum juridicum producit. Lo-
 quor de probabilitate facti, v. supra §. XXIII. Sæpi-
 us accidit, ut quando contra quempiam inquisitio in-
 stituitur, multis hominibus, qui acta judicialia non in-
 spexerunt, admodum probabile videatur, inquisitum il-
 lud delictum, quod ipsi imputatur, perpetrasse, unde
 etiam dicere solent: es seye seyr probable, sie wösten
 daß juramentum credulitatis daranf abstaten / & quæ
 similes sunt loquendi formulæ; verum enim vero,
 quamvis omnibus, vel pluribus ita videatur, si tamen
 in actis sufficientia indicia non reperiuntur, opinio ho-
 minum non attenditur, sed sententia absolutoria sequi-
 tur. Ex diverso, licet omnibus admodum probabile
 viddatur, inquisitum plane innocentem esse, imo li-
 cet aliquis sese offerat, er wolle darauß schweren / daß
 der Mann unschuldig sey; opinio tamen & præsump-
 tio hæc omni plane effectu destituitur, si ex deposti-
 tionibus testium in actis urgentia indicia deprehendun-
 tur, ut probabile sit, inquisitum delictum ipsi impu-
 tatum perpetrasse. Posses itaque hoc intuitu probabi-
 litatem in *judicialem* & *extrajudicialem* dispescere, qua-
 rum illa effectum post se trahit, hæc vero nullum. Sed
 diutius hisce immorari nolumus, verum ad ipsum pro-
 babilitatis effectum nunc progredimur.

CAP. II.

CAP. II.
De Probabilitatis effectu.
CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Effectus probabilitatis in materia de processu maxime conspicitur, §. I. probabilitas, quod quis mandato instructus sit, licet expressum mandatum producere nequeat, oritur ex consanguinitate intuitu certarum personarum, nec non ex aliis circumstantiis, §. II. non omnes ad fines ad ejusmodi presumrum mandatum provocare possunt, §. III. precipue post adfinitatis dissolutionem, §. IV. probabilitas tamen in hac materia probationi in contrarium cedit, §. V. probabilitas ex semiplena, aut semiplena majori probatione proveniens hoc operatur, quod quis ad juramentum suppletorium admittatur & sic testis in propria causa esse queat, §. VI. exceptionem vulgo addunt, si causa sunt magna & ardua & probatio semiplena solum adest, que tamen exceptio rejicitur, §. VII. in criminalibus probabilitas effectum habere non videtur, quia eorum intuitu probationes luce meridiana clariores requiruntur, §. VIII. sed respondetur ad hoc dubium diversos casus ab invicem separando. Indicia nihil aliud sunt, quam argumenta probabilia, §. IX. differentia a Menochio statuta inter presumptionem, indicium, conjecturam, signum, suspicionem, & adminiculum. Quid iuxta ipsum sit presumptio, indicium & conjectura? §. X. quid signum? §. XI. quid suspicio? tres ejusdem gradus, §. XII. adminiculum vel vehemens, vel non vehemens, §. XIII. rejicitur illa preterea differentia Menochii. Convenientia presumptionis, signi & conjecture, §. VI. signum quoque, suspicio & adminiculum nihil aliud sunt, quam probabilitas, §. XV. argumenta probabilia in criminalibus non semper eundem, sed mox hunc, mox diversum effectum producant, unde res prudentis iudicis arbitrio est relinquenda, §. XVI. effectus probabilitatis est, ut contra inquisitum mox inquisitio, mox territio, mox ipsa etiam tortu-

D

42

ra a iudice decernatur, §. XVII. si nulla probabilitas adest, inquisitus absolvi debet. Nulla vero adest probabilitas, si scamina magis inculcata dicit, se alium in monte Bruclero vidisse, vel ejus rebaptizationi a diabolo susceptae interfuisse, §. XIII. vel si inquisita torti lacrymas fundere non possit, aut si in somnum declinat, aut si nimium religiosa, aut erecta & aperta fronte neminem aspiciat, aut nimium oler, aut canes insolite gesticulantes, vel insolite magnitudinis unice magnifacit & estimat, §. XIX. nulla probabilitas delicti commissi oritur, licet persona suspecta supernateat. Formula adjurationis aque & hominis, §. XX. in delictis, quae pœnam capitis, aut corporis adstrictam non merentur: effectus probabilitatis in eo consistit, ut inquisito vel juramentum purgatorium, vel tertio verbalis distiterit, §. XXI. de innocentia eidenter nondum constat, quamvis quis juramentum purgatorium præstiterit, vel tormentum sustinuerit, sed probabilitas solum adest, unde saltem ab instantia absoluitur reus. Casus quando de innocenti eidenter constat & absolutio ab ipsa inquisitione subsiquitur, §. XXII. confesso rei in causis civilibus eidentiam operatur, non vero in criminalibus, nisi de corpore delicti iudici constet, & hac non solum ad judicialem spontaneam, sed quoque ad extrajudicialem & eam; quae sub tormentis facta, pertinent, §. XXIII. quando plures testes discrepans in testimonio probabilitas interdum a qualitate, interdum a modo depositionis, interdum a numero testium, interdum quoque a negotii qualitate provenit, §. XXIV. probabilitas non oritur, quando testis rationem depositionis reddere nequit, vel quando dicit, se certo recordari, vel si alternatiue respondet, XXV. iudex non debet judicare contra id, quod verosimile, §. XXVI. quando iudex alteram opinionem iudicare esse probabilem, an liceat sequi minus probabilem? negatur, nisi opinio minus probabilis in praxi certo sit recepta, quod exemplo illustratur, §. XXVII. quid, si ex diversis opinionibus altera jure canonico sit approbata? §. XXVIII. si utraque opinio aequè probabilis est, an decur casus pro amico? affirmat Dn. ab Andlera cum aliis, quorum ratiocinia recensentur, §. XXIX. qua tamen remouentur, §. XXX. quomodo iudex in ejusmodi casu obueniente sibi consulere debeat? §. XXXI. an advocatus sententiam minus probabilem sequi possit? affirmat Dn. ab Andlera, non regulariter negandum esse censemus, §. XXX. probabilitatis litigandi causa a refusione expensarum liberat, licet quis injudicio vicus fuerit. Recensentur casus, quando probabilitatis litigandi causa adest dicitur, §. XXXIII. aliæ & probabilitatis exempla per indicem recensentur, §. XXX. Conclusio dissertationis. §. XXXI.

§. I.

Cum actiones juxta *pr. I. de action.* nihil aliud sint, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur, in actionibus vero non solum quærat, an factum aliquod vere sit commissum, sed simul etiam, si commissum, utrum legibus sit conforme, & porro evidentes probationes in omnibus casibus non suppetant: hinc in materia de processu effectus probabilitatis præcipue conspicitur. Deficientibus enim argumentis liquidis ad probabilia est recurrendum.

§. II.

Perlustrabimus nonnullos casus. Primum ex materia de *mandato procuratorum* adferemus. Qui procuratorem alterius se esse & mandatum habere adferit: is adferentem suam probare tenetur, quoniam mandatum facti est. Interim tamen nonnullæ personæ deprehenduntur, quæ præsumtum mandatum habent, & sic ab iis expressam mandatum non exigitur, siue, admodum probabile est, principalem negotium expediendum illis commississe, qui pro procuratoribus sese gerunt. Tales enumerat Ulpianus in *l. 35. pr. ff. de procur. sed & hæc*, inquit, *personæ procuratorum debent defendere, quibus sine mandato agere licet: ut puta liberi, licet sint in potestate; item parentes, & fratres, & adfines, & liberti.* Mandatum illis solet dari, quorum industriam probamus, & ex eo quidem capite, quia probabile esse existimamus, fore, ut hi utilitatem nostram sint promoturi. Quis vero dubitaret de parentum, liberorum, fratrum & adfinium amore nec non studio promouendi correlatorum suorum utilitatem? & ex eodem fundamento etiam

iam confortes litis post litem contestatam, l. 2. C. de confort. ejusd. lit. pariter & illi admittuntur, qui instrumenta ad causam pertinentia penes se habent, si sunt integre vitæ, ut probabile non sit, illos ejusmodi instrumenta insciis & inuitis dominis possidere; aut subripuisse, *ordin. camer. part. 1. tit. 21. §. Weiter setzen 2.*

§. III.

Quod ad fines adinet, hoc in specie adhuc notandum, quod DD. saxonici eorum nomine socerum & generum solummodo intelligant, non vero vitricum & priuignum, Carpzou, *de proc. tit. 5. art. 6. num. 46.* B. Stryk. *us. mod. ff. de procurat. §. 46.* Quamvis vero alii dissentiant, existimantes, quod ipso etiam jure saxonico vitricus & priuignus in hac materia ad finium nomine veniant, subjecta ratione, quod etiam inter priuignum & vitricum quidam parentelæ respectus intercedat; mihi tamen contraria sententia & de jure civili & de saxonico magis sese probat. Inter socerum scilicet atque generum regulariter magna intercedit conjunctio, & hinc probabile est, quod alter alteri expeditionem negotii demandauerit; at vero inter vitricum & priuignum ejusmodi animorum conjunctio rarissime intercedit & per consequens eadem præsumptio atque probabilitas neutiquam adest. Occurrit, fateor, quidam parentelæ respectus; verum enim vero ille respectus, quisquis sit, in nostro casu non præbet fundamentum decisionis. Priuignus ut plurimum persuasus est, vitricum ipsius bonis insidiari, & vitrici etiam non raro bonis illis inhiant; quodnam ergo fundamentum probabilitatis adest, quod vitricus priuigno & ex diuerso priuignus vitrico negotiorum expeditionem demandare voluerit, alter enim alterum ut plurimum odit.

§. IV.

§. IV.

Ex dictis facile etiam deciditur alia quæstio: *utrum dissoluta adfinitate intuita soceri & generi facultas sine mandato expresso experiundi adhuc duret?* affirmat Carpzov. de process. d. tit. 5. art. 6. n. 49. negat vero Berlich. p. 1. concl. 14. n. 49. & post eum Stryk *us. mod. ff. de procur. §. 47.* Huic negatiuæ nos etiam subscribimus. Experientia enim quotidiana testatur, quod dissoluta adfinitate pristina illa conjunctio inter socerum & generum, si non penitus cesset, admodum tamen remissior fit, atque hinc non solum probabilitas ante adducta cesset, sed simul etiam ejusdem effectus. Nostrates non incongrue dicere solent: *Wann das Kind todt ist/so ist auch die Gevatterschafft aus.*

§. V.

Probabilitas cedit probationi in contrarium adlatæ, vel, prout alias dicere solent, præsumtio cedit veritati. Hinc profluit, quod quoties unus ex mandato præsumto aliquid expedire vult, alius vero expresso mandato instructus circa idem negotium expediendum concurrit: hic priori merito præferri debeat, omnis enim probabilitas nuncessat, quoniam euidencia in contrarium adest. Ulpianus in l. 40. §. ult. ff. de procur. in his autem, inquit, *personis, in quibus mandatum non exigimus, dicendum est si forte euidens sit, contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interueniunt, debere eos repelli: ergo non exigimus, ut habeant voluntatem, vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur, quamuis de rato offerant cautionem.* Reliqua ad materiam hanc pertinentia non repetemus, quia vulgo a DD. sub titulo ff. de procuratoribus tradi solent.

§. VI.

In materia *probationis* quoque maximus probabilitatis effectus deprehenditur. Scilicet, qui semiplenam, aut semiplena majorem probationem adtulit, ei, ut notum est, juramentum suppletorium deferri solet. Nonne vero hoc iniquum est, ut hac ratione quis testis in propria causa constituatur? non sane, sed quoniam v. g. actor ejusmodi probatione jam instructus est, urgens exinde probabilitas nascitur, causam ipsius optimo fundamento superstructam, & proinde actorem in supplementum jurantem perjurium commissurum non esse. Et hæc ipsa probabilitas judicem mouet, ut juramentum suppletorium auctori deferat, siue hoc petat actor, siue non, nam ex officio etiam dictari potest. Idem obtinet in reo, qui intuitu exceptionis ejusmodi probationes plene nondum sufficientes adtulit.

§. VII.

Hactenus nullum dubium subest, unde adlegatione legum & DD. non indigemus. Videamus vero de exceptione adfersionis traditæ, quam vulgo subnectere consueverunt, si semiplena probatio solum adest. Regulariter, ducunt, in magnis & arduis causis juramentum necessarium non deferretur propter suspicionem perjurii ratione magni commodi, nisi plus quam semiplene probatum sit. Ita post Alexandrum, Curtium juniorem aliosque Andreas Gallius in *observationibus suis l. 1. obs. 108. num. 11.* quid ergo? juramentum purgatorium parti aduersæ deferendum esse existimant, Dn. Schöpffer *synops. jur. ff. de jurejur. num. 46.* Verum, quod pace dissentientium dictum sit, hæc adfertio nobis admodum dubia videtur. Probabile esse volunt, eum, qui ex præstatione jura-

juramenti suppletorii magnum commodum consecutus est, perjurium commissurum esse, idque ob habendi libidinem, quæ ad acerrimos & maxime stimulantibus adfectus pertinet. Si ergo hic jurat, maximam pecuniæ summam consequitur. Sed quid jam de altero dicendum erit, cui juramentum purgatorium imponere volunt? sane, si hic juramentum purgatorium præstitit, maximam illam pecuniæ summam, de qua diximus, retinet, quam alteri persolvere debuisset, & sic maximum commodum ipsi obuenit. Annon ergo & hoc casu probabile est, eum perjurium commissurum esse? puto eandem subesse rationem, reus enim iisdem, quibus actor, adfectibus agitatur & habendi libido intuitu illius quoque acerrimus adfectus est. Ratio ergo nullius momenti est, quæ contra eum adferebatur, qui juramentum suppletorium præstare debuisset. Ergo ad qualitatem personæ potius respiciendum erit, quoniam scilicet ex partibus litigantibus magis probatæ vitæ & fidei sit, & huic juramentum vel suppletorium, vel purgatorium deferendum, quo ipse inclinare videtur Gailius *loc. cit. n. 10.* quando dicit, in causæ cognitione quoad delationem juramenti suppletorii quatuor esse consideranda, conditionem personæ, naturam causæ, quantitatem rerum & qualitatem factorum. Quod si ratione qualitatis personarum ex utraque parte omnia paria sunt, pro reo iterum pronunciare solent; sed vero non video, quare actor ad suppletorium non sit admittendus, si vir integræ existimationis est, leges enim ad juramentum suppletorium illum admittunt, quoties semiplena probatione est instructus, talis autem hic supponitur. Nec obstat, quod in dubio partes rei sint
fa-

favorabiliores, quam partes actoris; respondetur enim, hanc regulam ad eum solummodo casum pertinere, quando utraque pars probationes adtulit æque probationes sunt æquales; hic vero ejusmodi æqualitas non adest, quoniam non reus, sed actor probavit & hic quidem semiplenam probationem adtulit.

§. IIX.

Quæritur hic: *utrum in criminalibus quoque probabilitati effectus aliquis sit tribuendus?* negandum videtur, quia in ejusmodi causis probationes luce meridiana clariores, ut DD. loqui amant, requiruntur, *l. f. C. de probat. Gail. 2. obs. 24. n. 1. 2.* probabilitates autem & præsumptiones ita claræ dici nequeunt, sed sunt probatio per argumenta probabilia facta dicente Lauterbachio *compend. jur. tit. ff. de probat. & presunt.* Sed talua nihilominus res est, modo diversos casus probe separemus.

§. IX.

Scilicet in criminalibus vel est quaestio de inquisitione instituenda, vel juramento purgatorio, aut ipsa tortura inquisito dicitanda, vel denique de sententia definitiva eaque pœnam capitis interente, concipienda. In ultimo casu omnino probationes luce meridiana clariores requiruntur, in prioribus casibus vero probabilia etiam argumenta locum inveniunt. Indicia contra inquisitum in actis occurrentia sunt hæc argumenta probabilia, quæ in constitutione criminali vocantur *redliche Anzeigung/ Wahrscheinlich/ Argwohn und Verdacht/ item redlich gnugsam anzeigen/ d. const. crim. art. 18. & 16. Argwöhnigkeit der Missethat/ art. 24. argwöhnige That/ oder Stück von Anzeigung peinlicher Frag/ art. 27. & 28.* Indicia itaque nihil aliud sunt, quam argumen-
ta

ta probabilia, quibus iudex mouetur, ut credat, delictum alicui imputatum ab eo reuera commissum esse, seu, ut definit Baldus in l. non hoc. col. ult. C. und. legit. citante eum Menochio de presunt. l. 1. quæst. 7. num. 5. & 6. indicium est conjectura ex probabilibus & non necessariis orta, a quibus potest abesse veritas, sed non verisimilitudo veri, quæ quandoque mentem iudicantis ita perstringant, ut cogant conscientiam iudicis iudicare secundum ipsa.

§. X.

Consideremus hic incidenter ea, quæ Menochius loc. cit. de differentia inter presumptionem, indicium, conjecturam, signum, suspicionem & aduinculum adfert. Multum hæc inter se differre scribit, & omnes ita scribere subiungit. *Presumptio*, pergit, interdum oritur a probabilibus, qualis est presumptio juris, vel hominis, interdum vero a necessariis, qualis est presumptio juris & de jure. *Indicium* solum nascitur a probabilibus. *Conjecturam* num. 21. nasci dicit a probabilibus, sicut & indicium. Adscribamus propria Menochii verba sequentia: quocirca, inquit, idem Baldus in l. 1. column. 3. vers. unde queritur. C. de privileg. dot. scribit, conjecturam idem esse, quod indicium, & rusticos Papienses adpellare indicia conjecturas. Et subiungit Baldus, conjecturas dici, quia conjungitur origini sue, & esse quasi connexas & colligaturas. Et clarius docuit Curt. sen. in l. admonendi. num. 290. ff. de iurejur. conjecturam & indicium esse duo synonyma, quod sentit & Baldus in l. 2. pr. ff. de excus. tut. cum dixit, quod conjectura eque indirecte tangit factum pro.

E

pro.

probandum, ac indicium. Legitamen, addit, apud bene eruditum Liliū Gregorium Giraldum in commentariis symbolorum Pythagoræ, conjecturam esse signum, quod natura ipsa demonstrat, ut lac in puerperu, fumus ex igne. Quod si ita res se habet, dicendum est, conjecturam esse præsumtionem a natura necessariis prouenientem, quam suo loco jam explicauimus. Ego, subnectit, existimo, conjecturam proprie dici, quæ non a necessariis, sed a probabilibus oritur. Nam si a necessariis oritur, non dubia, sed certa res esset, cum tamen conjectura sit de re dubia. Est enim conjectura rei (ut Speusippus ait,) latentis indicium. Et est id, quod per rationes, & signa, & tempora, & huiusmodi conicit, id est, cogitat & colligit.

§. XI.

Signum post M. Tullium *l. i. de inuent.* ita definit Menochius *num. 32.* quod sub sensum aliquem cadit & quiddam significat, quod ex ipso profectum videtur, quod aut ante fuerit, aut in ipso negotio, aut post fit consecutum, & tamen indiget testimoniis & maioris confirmationis, (sunt verba Menochii,) ut eror, fuga, pallor, puluis, & quæ his sunt similia. Hinc itaque, pergit, fit, ut si videmus gladium cruentum, statim argumentabimur, eadem esse factam. Si magnum strepitum audimus in foro, seditionem ortam esse suspicamur. Si vocem audimus amici, cognoscimus, eum adesse: sic ex gustu cognoscitur mel, quia dulce est, ex tactu glacies, quæ frigida est, atque ita de ceteris. Hæc igitur omnia, concludit, quæ a sensibus inducuntur argumenta, vocantur signa.

§. XII.

§. XII.

Suspicionem describit *num. 41.* quod sit passio animi, aliquid firmiter non eligentis, vel juxta Bartolum in *l. admonendi. num. 21. ff. de jurejur.* (quam descriptionem reliquis omnibus præfert,) suspicionem esse, quæ animum judicis aliquo leui argumento in aliquam partem inclinât, etsi non omnem excludit dubitationem, vel adhuc juxta alios, esse speciem quandam probationis inducentem animum judicis ad aliquid credendum, non tamen habere eum probationis gradum, quo fixe applicat judex ille animum ad unam partem, sed eum ambiguum reddere. Hujus suspicionis tres gradus constituit *num. 47. seqq.* *Primus est,* quando indicia leuia admodum sunt, quo casu suspicio temeraria vocatur. *Secundus est,* cum judici fortiora argumenta adparent, & incipit opinari & uni parti adhærere, aliquod tamen dubium modicum adhuc remanet. Hæc vocatur verifimilis & vehemens, cujus exemplum ex Simanca in *praxi contra hæreses tit. 41. num. 2.* adducit, si quis explicite negat aliquas propositiones fidei, quas tenetur ex officio scire, is vehementer quidem suspectus est, fieri tamen potest, ut talis negatio ex ignorantia, vel animi leuitate sit orta. *Tertius gradus est,* quando judici post a se conceptam opinionem alia urgentiora ita superueniunt argumenta, ut constanter & sine dubio uni parti adhæreat. Hæc vocatur violenta, cujus exemplum ex Simanca *loc. iii. num. 4.* adducit, si quis propositiones hæreticas publice adserat, vel ceremonias impiorum faciat. Nam etsi possibile sit, quod errore ductus & sine intellectu, aut sine pertinacia faciat; at-

tamen ecclesia, quæ judicat exteriora, violenta suspitione quadam suspicatur hunc esse hæreticum.

§. XIII.

Quod denique *adminiculum* adinet, illud in genere non describit Menochius, sed *num. 75.* Baldum secutus illud statim in *vehemens* & non *vehemens* distinguit. *Vehemens* juxta illum est suppletio defectus probationis per se solum non operans, sed cum alia cooperatione cooperans. *Non vehemens* autem aliqualis confirmatio rei probabilis, ubi citat *l. 2. §. 1. ff. de excus. tut.* in qua tamen nihil aliud habetur, quam quod *atas probatur aut ex natiuitatis scriptura, aut aliis demonstrationibus legitimis.*

§. XIV.

Hæ sunt differentia illæ a Menochio adductæ, exiguæ sane & quæ nomen differentiarum vix merentur. *Præsumtionem*, quæ juris & de jure esse dicitur, ex numero præsumtionum proprie sic dictarum jamdum *c. 1. §. XXVII.* eliminauimus: ergo ex nostra hypothesi cessat letæ illud discrimen, cujus mentionem injiciebat Menochius (supra §. X.) quod *indicium* a probabilibus solum nascatur, præsumtio autem interdum a probabilibus, interdum vero a necessariis. Quod enim a necessariis argumentis nascitur, stilo Menochii, id non est probabile, sed euidens, & quis hoc ad artificialem probationem referret, quando Lauterbach *comp. jur. tit. ff. de probat. ab init.* in hac propositione: *si 20. Januar. Tubingæ fui, non fui eodem Lipsiæ,* artificium latere existimat. Ego potius hoc ad probationem inartificialem referendum esse censeo, illa enim propositio tamen euidens

dens est, ut nec indoctus de ea dubitare queat. Narrant quidem de diuo Ambrosio, eum mane missam Romæ celebrasse, statim vero eum Mediolani visum fuisse, & de beato Isidoro simile scribunt, Boer. qu. 175. n. 7. Menoch. de A. I. Q. l. 2. cas. 270. n. 11. sed hæc, si vera sunt, ab ipsis autoribus citatis ad miracula referuntur. *Conjecturam* ipse Menochius a probabilibus nasci discit, & hinc eadem cum præsumptione coincidit.

§. XV.

Eadem probabilitas in *signo* subest, de quo ante in §. XI. Dicebat Menochius, hoc quidem sub sensum cadere & quiddam significare, quod ex eo profectum videtur, sed tamen, addebat, *hoc indigere testimoniis, atque*, ut loquitur, *majoris confirmationis*. Hæc ipsa est probabilitas in sensu juridico. De *suspicionem* idem iudicium esto. Dicebat inter alia: suspicionem esse speciem quandam probationis inducentem animum iudicis ad aliquid credendum, non vero habere eum probationis gradum, quo fixe adplicat iudex ille animum ad unam partem, sed eum ambiguum reddere. Eadem & omnia hæcce verba, si recte explicantur, eodem modo ad præsumtionem & probabilitatem quadrant. Et quando post alios tres gradus suspicionis adducit: hi, modo recte explicentur, nihil aliud sunt, quam illi tres probabilitatis gradus, de quibus cap. I. §. XXIX. locuti sumus. *Admiculum* non vehemens describebat Menochius (supra §. XIII.) quod sit aliqualis confirmatio rei probabilis. Ergo si *aliqualis confirmatio* solum est, nonum quidem gradum priori probabilitati superaddit, interim tamen euidenciam nondum constituit, sed probabilitas

adhuc manet. Idem de vehemente dicendum, quia enim hoc solum non operatur, id est, plenam probationem non constituit, ergo in se consideratum nihil aliud est, quam probabilitas & verosimilitudo. Adminiculum vocatur, quoniam præter hanc probabilitatem alia quædam probatio jam existit, v. g. unius testis depositio, cui accedit; ast vero propterea in se consideratum non amittit naturam probabilitatis & præsumtionis.

§. XVI.

Jam in viam redeamus. Diximus in §. IX. in causis criminalibus probationes luce meridiana clariores requiri, quando de sententia definitiva eaque pœnam capitis inferente concipienda agitur; extra hunc casum vero argumentis etiam probabilibus locum esse. Quæritur ergo, quemnam effectum ejusmodi probabilia argumenta producant? respondeo, non semper eundem, sed mox hunc, mox iterum alium, prout diversus probabilitatis gradus adest, minima enim circumstantia & hic rem variat, unde DD. communiter rem prudentis judicis arbitrio relinquunt, v. Menoch. *de arbitr. jud. quest. l. 2. cas. 270. n. 3.* Sed ita vagum, vel, ut aliqui loquuntur, effrenatum erit judicis arbitrium? mox huic occurrere student DD. nostri, & hinc inter alios Scaccia *de judic. l. 2. c. 9. n. 186. seqq.* certas regulas tradit. Judex debet judicare secundum id, quod verosimile est. Recte. Quid vero est verosimile? hoc scilicet, quod convenit juri naturali, quia verosimilitudo est cognata naturæ, Crauett. *conf. 8. n. 5.* Roland a Valle *l. 4. conf. 49. n. 39.* verosimile dicitur illud, quod convenit juri communi, Crauett. *conf. 75. n. 24.* vel rationi, Scacc. *loc. cit. num. 171.* Plures ejusdem farinae regulas referre tædet, quoniam nullius sunt momenti. Regulae

gulæ adlatæ in thesi recte sese habent: verum de eo in præfenti est quæstio: utrum iudex propter indicia in actis obuenientia inquisito torturam dictare possit, & si dictauit: utrum sententia illius juri naturali, communi, imo etiam rationi conformis sit? jam nihil aliud responderi potest, quam quod hoc arbitrio iudicis relinquendum sit, id est, quod iudex juxta regulas interpretationis jus ad factum in actis obueniens adplicare debeat.

§. XVII.

Effectus itaque probabilitatis in causis criminalibus hic est, ut iudex propter indicia, siue argumenta probabilia, mox inquisitionem, mox territionem verbalem, siue realem, mox etiam torturam ejusque vel primum, vel secundum, vel tertium gradum inculpatò dictet, pro diuerso probabilitatis gradu. Atque ut eo melius de illo probabilitatis gradu constet, in prouinciis præsertim saxonis optime receptum est, ut in sententiis, quoties tortura dictatur, omnia indicia sigillatim recenseantur, quæ iudicem ad ejusmodi sententiam ferendam commouerunt. Ita enim & ipse inquisitus & alii etiam judicare possunt, utrum sententia juri communi & rationi conueniat, an minus.

§. XIX.

Quod si nulla adest probabilitas: inquisitus absolendus erit, neque enim tunc inquisitioni, neque torturæ locus datur. Quis v.g. crederet fœminis de magia inculpatis, quæ forsan confitentur, quod Titium, vel Cajam in conuentu sagarum in monte Bructero, dem Blockberg/ vel Brocken/ viderint, vel ejus rebaptizationi a diabolo, prout nugantur, susceptæ interfuerint, nec non, quod Titius idlendida veste indutus fuerit, quod hirco infederit, salta-

u. -

uerit, cetera. Optime Brunneimannus *in proc. crim. c. 4. n. 28.* quando, inquit, confessus garrit de præstigijs satanæ, recta ratio docet, talem confessionem ad inquisitionem, nisi alia indicia concurrant, non sufficere. Et paulo post addit: quis sanæ mentis homo, aut qui aliquem usum sensus communis habet, poterit huic confessioni credere de aliis, nisi alia adsint. Imo *c. 8. membr. 5. num. 6.* ipsos iudices pœna dignos censet, qui veneficas de sociis, quos in dicto monte viderunt, interrogant, confessiones actis adscribunt & ejusmodi præstigijs pro veritate habent.

§. XIX.

Quis porro crederet, indicium magiæ adesse, si prætensa malefica etiam summe in equuleo excruciatâ lacrymas in conspectu judicis fundere non possit, quod credit Sprenger *in mall. malef. p. 3. qu. 15.* Ita nulla probabilitas commissi criminis veneficiæ adest, quando mulieres tortæ omnem sensum doloris amittunt & insomnum declinant, de quo Berlich. *p. 4. concl. 4. n. 167. seqq.* vel, quando quis nimis religiosum in actibus externis cultus diuini sese exhibet ac pietatem præ aliis adfectat, Manzius *in comm. ad art. 44. const. crim. v. 21.* vel quando persona inculpatâ erecta & aperta fronte neminem adspicit, aut nimium olet, aut canes insolite gesticulantes, vel insolitæ magnitudinis unice magnificat & æstimat, quas & similes ineptias recenset Crusius *de indic. delict. p. 2. c. 32.* Sed nolo hisce refellendis diu immorari, cum Cursium similesque jam ex merito notauerit Dn. Bodinus *in disp. de fallac. indic. mag. §. 16. sqq.*

§. XX.

Eadem ratione exploditur etiam indicium a supernatione persone suspectæ desumptum. Quis enim probabilitatam tribueret rationi illi, quod aqua sagam propterea

pterea in sinum suum recipere nolit, quoniam saga foedus in baptismo cum Deo initum violauit? alia ab aliis addu-
 Et rationes ejusdem valoris sunt. Maxima diuini nomi-
 nis profanatio deprehenditur in formula conjurationis
 aquae, quam ex Jureto refert Petrus Heigius p. 2. *quest. 39.*
num. 42. Adjuro etiam te aqua per spiritum sanctum, qui su-
per dominum in te baptizatum descendit, qui te inuisibili san-
ctificatione sacramentum ad animarum purgationem inenarrabi-
le constituit sacramentum, per quam olim & populus israeli-
ticus siccis pedibus transiit, & ex aqua ferrum, quod casu
ceciderat, Heliseus diuina virtute contra naturam natans in
suo manubrio redire fecit, ut nullo modo suscipias hunc homi-
nem, si in aliquo culpabilis est ex hoc, quod illi objicitur, scili-
cet aut opere, aut consensu, seu conscientia, vel quolibet inge-
nio, sed per virtutem domini nostri Jesu Christi rejice ex te &
fac illum natare super te, quatenus cognoscant fideles Christi
nulum praestigium diuinae virtuti posse resistere. Homo in a-
quam proficiendus ita adjuratur: quod si diabolo suadente
celare disposueris & culpabilis exinde es, euanescat cor tuum
incrassatum & induratum, & non suscipiat te aqua incredu-
lum & secundum, ut dicat populus, quia Deus noster judex est,
cujus potestas in secula seculorum. Improbabilitatem præ-
tensi hujus indicii fusius jam ostendit Heigius d. qu. 39.

§. XXI.

Diximis in §. XVII. effectum probabilitatis in crimi-
 nalibus esse, ut judex territionem, vel torturam inquisi-
 to dictare queat. Hoc jam, quantum quidem in specie
 ad torturam ipsam adtinet, ita limitandum est, modo deli-
 ctum ita comparatum sit, ut inquisita confesso, vel conui-
 cto, poena capitis, vel ad minimum poena corporis adstrictum
 distari possit, ne scilicet medium eruendi veritatem gra-
 uius

uius sit, quam ipsa poena dicenda. Ubique vero etiam ad vitam ante actam respiciendum est, ob inquisit eine solche Person sey / zu welcher man sich der That versehen könne / *const. crim. art. 25*. Sed quid iam faciendum, si persona ita suspecta sit, crimen tamen ipsi imputatum poenam corporis addictiuam non mereatur? juramento purgatorio tunc dabitur locus, aut si inculpatus persona admodum leuis sit, iuramenti loco territio verbalis substitui solet. Non tamen hæc ita accipienda sunt, ac si iuramentum purgatorium in iis solum casibus diceretur, quando nec capitalis, nec corporis addictiua poena locum habet. Sane in casu homicidii similisque atrocioris delicti imputati sæpe etiam ultra iuramentum purgatorium non progreditur iudex, quando scilicet indicia remotiora saltem adsunt, nec ex vita ante acta probabile est, inquisitum ejusmodi delictum commisisse.

§. XXII.

Ponimus jam, inquisitum vel torturam sustinuisse, vel etiam iuramentum præstitisse; quæstio est: utrum nunc probabile saltem sit, an vero evidens inquisitum innocentem esse? existimamus, probabilitatem solum adesse, non vero eidentiam. Effectus hujus probabilitatis est, quod nunc quidem ab instantia absoluat hoc modo: dieweil inquisit in der peinlichen Frage (vel, dieweil er vermittelst Eydes) erhalter / daß er v. g. Tirium bößlicher Weise nicht entleibet; So ist nummehr wider ihn ferne nichts vorzunehmen / sondern er wird (pro re nata) der gefänglichen Hafft nummehr erlassen. Hæc itaque probabilitas nihil aliud est, quam præsumptio hominis, siue judicis. Quemadmodum vero præsumptio hominis alias semper probationem in contrarium admittit; Ita etiam

etiam hoc casu, si deinde noua indicia intuitu prioris delicti emergunt, contra inquisitum denuo processus inquisitorius instituitur, & saepe iterum ad torturam deuenitur. Euidencia ergo in sensu iuridico non adest, nisi in illo casu, quando quis innocentiam suam per testes omni exceptione maiores probauit, v. g. per remotionem loci & temporis, si inquisito imputatur, quod die 1. Septembris Halæ furtum commiserit, ille vero probet, se toto illo die non Halæ, sed Lipsiæ, vel in alio loco fuisse, *v. consil. crim. art. 47.* Et hinc nostro quidem iudicio in eiusmodi casu solum pronuntiari potest: daß inquisit von der wider ihn angestellten inquisition zu entbinden.

§. XXIII.

Interdum intuitu rei probatione & conuictione non est opus, sed ipse factum aliquod sponte *confitetur*. Hic causæ civiles a criminalibus probe sunt separandæ. In causis civilibus confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententiâ damnatur, *l. 1. ff. de confess.* ergo hic confessio euidenciam euidencia autem condemnationem operatur. At vero in criminalibus eiusmodi confessio, *etiamsi in iudicio facta fuerit*, ad id non sufficit, ut iudex confitenti penam ordinariam imponere queat. Bene Ulpianus in *l. 1. §. 27. ff. de quest. si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnunquam enim aut metu, aut qua alia de causa in se confitentur*, ubi simul exemplum addfertur de seruo quodam, Primitiuo, qui homicidium in se confingere metu ad dominum reuertendi suspectus erat. Eo itaque respiciendum, an probabilis & verosimilis sit eiusmodi confessio, de quo præcipue ex indagacione corporis delicti, ut vocant, aliarumque circumstantiarum constare potest. Ita v. g. quando *foemina ultro confitetur, se in-*
F 2
fan-

fanticidium commississe, inquirendum est, an illi, inter quos persona confitens versata, signa grauiditatis unquam obseruauerint? an persona illa v. g. tumido utero, deinde vero mox iterum gracilis & pallida visa fuerit? ex ipsa confitente est quærendum: quo tempore partum enixa sit? ubi partum enecatam sepeliuerit? & quæ sunt plura similia alia. Quod si itaque præuia adcurata inuestigatione de neutro horum satis constat, nec etiam cadauer infantis in loco designato, ad quem statim mittere debet iudex, reperitur: pœnæ infanticidii ordinariæ locus non erit, quia non est probabile, delictum vere commissum esse, conf. Zanger. *de quæst. & tortur. c. 5. num. 24. sqq.* Stryk. *us. mod. ff. tit. de confess. §. 10.* Item obseruandum de confessione extrajudiciali, propter quam solam ad tormenta deueniri non potest, nisi ea sit verosimilis: Menoch. *de presunt. l. 1. quæst. 89. n. 17.* Imo etiam intuitu confessionis sub tormentis factæ hoc probe considerandum, quo pertinet locus ex *const. crim. art. 60.* So auff erfundene redliche Anzeigung einer Missethat halb peinlich Frag fürgenommen/ auch auff Bekântniß des Befragten • • fleißige mügliche Erfundigung und Nachfrage geschicht/ und in derselben bekemter That halb solche Waheheit befunden wird/ die kein Unschuldiger also sagen und wissen kunt/ alsdann ist derselben Bekântniß unzweifflicher beständiger Weise zu glauben/ &c. adde Carpzouium *in prax. crim. qu. 126. n. 14.*

§. XXIV.

Quando quis probationem per testes suscipit, sapius euenire solet, ut testes in depositionibus suis varii sint, dum alter factum controuersum negat, alter vero idem adfirmat. Dubium occurrit, cuius major fides adhibenda, vel quod idem est, cujus depositio probabilior?

ICTUS

ICTus Arcadius in l. 21. §. 3. ff. de testib. si vero, inquit, ex his quidam eorum aliud dixerint, licet impari numero, credendum est: sed quod naturæ negotii conuenit, & quod inimicitie, aut gratie suspicione caret: confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis & testimoniis, & quæ uel aptiora & uero proximiora esse compererit: non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, & testimonia, quibus potius lux ueritatis adsistit. Eodem tendit. Paulus, in l. 114 ff. de R. J. dicens, in obscuris inspici solere, quod uerosimilius est, add. c. 32. X. de testib. c. 45. de R. J. in 6. Probabilitas itaque interdum a personarum qualitate: Interdum a modo depositionis: interdum a numero testium: interdum quoque a negotii qualitate prouenit. Ita, si testes malæ famæ sunt & leuis opinionis, nulla uel modica fides eorum dictis est adhibenda, c. 9. X. de probat. Ita nulla probabilitas adest, si testes sibi in serie sui testimonii contradicunt, aut in testimonio sunt singulares, d. c. 9. Præualent itaque testes integræ existimationis & bonæ famæ & qui in depositione concordēs sunt. Si omnes testes sunt ejusdem conditionis: plurium testimonio statum, modo aptiora negotio & uero proximiora in suis testimoniis expresserint, d. c. 9. Ita quoque quia quælibet res præsumitur libera, magis creditur testibus de libertate deponentibus, quam illis, qui de seruitute testantur, Farinac. de test. l. 3. tit. 7. quæst. 65. Mascard. de probat. concl. 1219. n. 21. testes enim, qui de seruitute deponunt, deponunt quod minus uerosimile est, qui de libertate, quod probabilius, cum non fiat uerosimilia, quæ deuiant a naturali cursu, Ægid. Bossius de testib. tit. de opposit. contr. test. n. 96. Plurima igitur & in hac materia a prudentis iudicis arbitrio dependent, qui ex circumstantiis occurrentibus in quolibet casu statuet, quid uerosimilius sit, quid non.

§. XXV.

Addendum & hoc est, quod nulla probabilitas ex dicto illius testis oriatur, qui rationem depositionis suæ reddere nequit, v. l. 4. C. de testib. unde dicere consueverunt, testem, qui adfert sui rationem reddere non potest, non ut hominem, sed ut brutum deposuisse, Seraphin. de Seraphin. de priuil. juram. priuil. 23. num. 211. Alexand. l. 6. conf. 150. num. 18. & plures, quos citat B. Strykius in tract. de jur. sens. proæm. num. 28. sqq. Eodem modo testis depositio probabilis non est, quando is dicit, se certo non recordari, vel alternatiue responderet, Brunnem, ad l. 74. ff. de V. O. num. 6. quo casu autem probabilis, vel improbabilis sit obliuio a teste adlegata, de eo fuisse agit Strykius cit. tract. de jure sens. dissert. 9. c. 2. num. 31. sqq.

§. XXVI.

Progrediamur ad iudicem sententiam ferentem. Generaliter hic dicunt DD. iudicem nunquam iudicare debere contra id, quod est verosimile, Rol. a Valle vol. 4. conf. 25. num. 15. Burlat. conf. 368. num. 40. cum tanta vis dicatur ejus, quod verosimile, ut casum legis pro se habere censeatur, qui verosimile pro se habet, Sixtin. conf. Marpurgens. vol. 3. conf. 7. num. 77. in thesi hæc ita facile dicuntur. Quando autem in applicatione juris ad factum in casibus singularibus versamur, secundum ea, quæ in præcedentibus adtulimus, iudex arbitrari debet, quidnam pro verosimili habendum, quid non.

§. XXVII.

De nonnullis casibus specialibus hic interim dispiciendum erit. Quæritur: quando iudex alteram opinionem iudicat esse probabilem, an liceat sequi minus probabilem? quosdam hoc admittere dicit Dn. ab Andlern in jurispr. publ. & priu. l. 2. tit. 3. n. 73. cum nec temere, nec imprudenter agat, ut-

utpotatione probabili ductus iudex. Cum vero hæc opinio ex doctrina Jesuitarum de probabilismo *cap. I. §. XI. sqq.* a nobis jamdum rejecta profluat; hinc eidem subscribere nullo modo possumus. Rejicit eandem quoque ipse citatus illustris autor. Melior tamen, inquit, est sententia contraria, quod iudicis causam sit dirimere, prout magis consentaneum ipsi videtur, & unicuique jus suum reddere secundum merita causæ, quæ potiora videntur pro illa parte, quæ majorem probabilitatem habet. Sed quid, si opinio minus probabilis in praxi sit recepta? eam hoc casu iudicem sequi posse, addit idem, citans *Zæsum ad ff. de judic. n. 34.* nam, pergit, a sententia communi, nisi ei sit contrarius textus & evidens ratio, non facile discedendum, *Zafius ad l. 23. ff. de LL. sententiæque communes* plerumque sunt in praxi receptæ, *Brunnem. ad l. 23. ff. de LL. num. 2.* ubi monet, juventutem quoque in academiis ad practicas sententias deducendam esse, ne in iudiciis modo deducere debeant priuarias opiniones, quas in academiis audierunt. Hactenus *Dn. ab Andlern.* Si de eo certe constat, quod opinio minus probabilis in praxi sit recepta, ego facile largior, iudicem ab eadem in pronunciando recedere non posse, quia communis est persuasio, ejusmodi receptam opinionem instar legis esse. Ita v. g. minus probabilis est opinio, quod successor singularis conductorem rei emtæ ante finitum tempus conductionis expellere queat, prout solidissime ostendit *Dn. Zollius, ICrus Rintelenfis in dissert. ad l. 9. C. locat. sub rubr. Rauff hebt Withe nicht auf;* interim tamen de eo constat, quod in plerisque nostris iudiciis sententia contraria sit recepta, unde dicunt, *Rauff gehet vor Withe;* & hinc iudex hanc receptam opinionem omnino sequi tenetur, siue probabilis ea ipsi videatur, siue improbabilis. Quando autem de

re-

ceptione certo non constat, iudex secundum illud judicare tenetur, quod ipsi magis probabile videtur. Possunt hic certo modo illustrationis gratia adplicari quæ ad compilatores pandectarum rescripsit imperator in l. 1. §. 6. C. de vet. jur. enucl. sed neque ex multitudine auctororum, quod melius & æquius est, iudicatote, cum possit unus (forsitan) & deterioris sententia & multas & majores in aliqua parte superare. Et quid juuat, si quis ad opinionem communem in praxi certo non receptam prouocat? certe, dantur opiniones communes contra communes, prout inter alios ostendit Hieronymus de Cavallos in speculo aureo opinionum communium contra communes.

S. XXXIX.

Quid si una opinio iure canonico sit adprobata? glossa, prout eam adlegat Stephanus Daoyz in iuris civilis sexto & nouo volumine, sive in indice omnium, quæ in textu & glossa continentur, verb. doctor, dicit: doctorum sententia hodie probabilis est, non tamen necessaria & si sint doctorum contrariæ sententiæ, quarum una iure canonico decisa reperitur, aliis omiſſis secundum eam, quæ iure canonico est adprobata, iudicabitur etiam in terris imperii & foro ciuili. Distinguendum hic est. Si certo constat, dispositionem juris canonici in casu aliquo receptam esse: nullum dubium est, quin iudex eam sequi teneatur, ex recepto enim nos stringit illud jus. Ita v. g. iure ciuili in usucapionibus bona fides ab initio saltem requirebatur, l. 48. ff. de usurp. & usucap. ast vero in c. f. X. de prescript. disponitur, bonam fidem integro tempore adesse debere, & ergo, quia hoc capitulum in praxi receptum, iudex illud omnino sequi tenetur. Quod si autem de ejusmodi receptione certo non constat: juris canonici apud nos nulla est autoritas, nec

nec illius opinio magis probabilis videbitur ex eo solo, quod jure canonico illa sit decisa, siue adprobata.

§. XXIX.

Si utraque opinio est aequae probabilis, annon judici casus pro amico dabitur? adfirmat Dn. ad Andlern in *jurispr. publ. & priu. l. 2. tit. 3. num. 71.* cujus verba, quamuis prolixiora, hic adponere necessum erit, ut deinde eo melius de nostra sententia constare possit. Ita vero ille: equidem, inquit, Theffaur. *decis. 206.* tales casus pro diabolo adpellat, quare alii rem forte dirimendam, quæ tamen sæpius cadit in partem deterioiorem: alii inter partes diuidendam, cum Menoch. *de retinend. possess. remed. 3. n. 77.* Zoef. *ad tit. ff. de jud. num. 32. per textum in l. 41. ff. de hered. instit. alii arg. l. 84. §. fin. ff. de legat. 1. partes ad transactionem cogendas esse existimant. Ast, pergit, quia per diuisionem rei alter, cui res integra debetur, ejus parte defraudatur, neque judex datus est, ut partes inuitas ad transactionem compellat, sed potius, ut judicet, prout ipsi religio suggerit, *l. 79. ff. de judic.* sententia enim & litis decisio ab ipso requiritur, ut ea de causa a judicio abstinere nequeat, nisi collegas habeat, ut in casu *l. 56. ff. de re jud.* hinc, addit, quæstione juris dubii & paribus interpretum opinionibus utrinque agitati, si partes transigere nolint & judicandum sit judici, non dubito, dari casum pro amico, & judicem salua conscientia ad alterutram opinionem se determinare & eam sequi posse, cum Valentia, Seyro & aliis, cum & vi officii sui & justitiæ hoc in casu non teneatur magis uni, quam alteri, fauorabilis judicii bonum adplicare, si enim paria sunt rationum pondera, utramlibet sequi posse judicem, Panormitanus tradit *in c. 1. de constit. n. 15.* quia quamlibet sequendo prudenter operatur, D. Tabarel, *de satis, de judic. c. 5. tit. 12.**

G

11. 2.

n. 2. § c. 6. tit. 3. n. 47. ubi quærit, an iudex peccet, si aliquid accipiat, ut hanc potius, quam aliam sententiam sequatur. Neque hic est respectus personarum, qui impedit iustitiam, qualis tantum improbat in *l. 13. ff. ad S&C. 7. re. bell.* nec alteri infertur injuria, si quæstio secundum hunc determinetur. Nam iudex hic iudicat secundum veritatem iudicalem, credit hunc hominem habere jus, ergo potest pro illo iudicare cum illa æquali probabilitate, Card. Lugo *disp. 37. sect. 10. n. 15.* stante enim æquali probabilitate circa jus utriusque partis, potius est, ut iudex se exponat periculo aberrandi a vero, adjudicando uni, cui voluerit, solidum; quam ut certam & evidentem iniustitiam committat, priuando verum dominum re sua ex dimidia parte. Iudex enim ex officio tenetur in veritatem inquirere & pro ea sententiam ferre, quod non faceret, si pro utroque pronunciaret, illisque bona, in quæ jus habent æque probabile, divideret, cum secundum rei veritatem totius rei dominium sit tantum penes alterum. Cedit enim jus adparens, quod utrique æquale esse videtur, juri reali, quod secundum rei veritatem penes unum est: nec potest tacite eligi jus adparens nisi cum de jure reali evidenter non constat, cum tamen hic supponatur, jus reale alteri parti indeterminate sumtæ ex integro & non tantum ex parte competere. Et hanc sententiam defendunt Sanchez, Sotus, Valentia, Manuel, Ledesma, Vasquez, Azorius.

§. XXX.

Hactenus verba Dn. ab Andlern retulimus. Doleamus, quod vir illustris autoritate Sanchezii, Vasquezii, & similium scholasticorum capitum captus alia defenderit, abstrahendo enim ab illorum autoritate argumenta adducta sufficere non videntur. Nos quidem in concursu opinionum

nionum æque probabilem neque forte rem dirimendam, neque inter partes eam dividendam, neque ad transactionem litigantes cogendos esse existimamus, & ergo quæ contra DD. has opiniones fouentes adducta fuerunt, ad nos non pertinent; nihilominus tamen hic casum pro amico esse non credimus. Iudex debet iudicare. At vero quando iudex casum pro amico statuere vult, tunc non iudicat, sed ex amicitia priuata illi, cui præ altero fauet, aliquid tribuit; hoc autem non pertinet ad iudicem, quatenus talis est, qualis tamen hic esse debebat. Quid est, si hic respectus personarum non est, qui iustitiam quam maxime impedit & per quem alteri omnino infertur iniuria. Dicebatur: *iudicem hic iudicare secundum veritatem iudicalem eumque credere, hunc hominem habere jus, ergo posse iudicem pro illo (amico) iudicare cum illa equali probabilitate*; hoc non comprehendo. Probabilitas, ut supponebatur, ab utraque parte aderat, quomodo itaque iudex in hoc casu secundum veritatem iudicalem iudicare & credere potuit, hunc hominem jus habere, scilicet jus fortius, quam aduersarium ipsius, nam pro aduersario ex supposito æquæ fortes rationes adductæ erant. Porro adducebatur: *Stante equali probabilitate circa jus utriusque partis, potius esse, ut iudex se exponat periculo aberrandi a vero, adjudicando uni, cui voluerit, solidum, quam ut certam & euidentem iniustitiam committat, priuando verum dominum re sua ex dimidia parte*. Miror, quod horum verborum connexionem adsequi non possim. Potius est, ut iudex se exponat periculo aberrandi a vero, (quis hoc crederet?) quam ut certam & euidentem iniustitiam committat, priuando verum dominum re sua ex dimidia parte. Atqui supponebatur mox ab initio, *utramque opinionem æque probabilem esse*. Unde ergo jam adparebit, iudicem

dicem certam & euidentem iniustitiam commissurum esse, si casum pro amico non exercent, nam in hoc, quod probe notandum, status controuersia: positus erat. Atqui, instant, verus dominus re sua ex dimidia parte priuatur, scilicet iterum ex supposito, si casus pro amico non exercetur; atqui, ego respondeo, nondum constat, quisnam ex litigantibus sit verus dominus, & ergo nec constat, ad quemnam vel integra res, vel dimidia ejus pars pertineat, utriusque litigantium opinio enim æque probabilis erat. Valeat ergo Valentia, Seyrus, Vasquetius, Sanchezius, Manuel, Sotus, Ledesma, & reliqui, quos hosce sequuntur.

§. XXXI.

Ergone, inquis, tu vis prudentior esse tot luminibus speculantibus? absit, ego saltem doleo, me ipsorum abstrusas & reconditas speculationes adlequi non posse. Dixi, eos valere debere: valeant adhuc semel iterumque. Sed quid jam statuendum in ejusmodi casu, quando utraque opinio est æque probabilis? respondeo, judicem, cui utraque opinio æque probabilis est, nihil omnino statuere posse, per ea, quæ in simili casu de conscientia dubia dixi *cap. 1. §. VI.* quia qui ex utraque parte rationes æque probabiles habet, plane non iudicat, sed iudicium suum suspendit. Pertinet huc exemplum, quod ex Gellio *l. 12. c. 7.* refert Dn. ab Andlern *loc. cit. num. 72.* quod cum Smyrnæ ejusmodi casus dubius accidisset, delata ad Proconsulem Asiæ Dolabellam quæstione hæsitans Dolabella, quid statui oporteret, rem delatam ad se rejecerit Athenas ad Areopagi cognitionem: Areopagita: autem & accusatorem & reum post centum annos citauerint, differendo damnandi atque absoluedi inexplicabilem cunctationem regentes. Nollem tamen, reum post centum
aut

aut nonaginta nouem anno demum citari, hoc enim tempus regulariter excedit terminum vitæ humanæ; sed res a iudice vel ad superiorem referenda, vel ad unum alterumue collegium Iudiciorum transmittenda, ut hoc causam dubiam decidat. Casus enim non est dabilis, ut in uno eodemque casu rationes ex utraque parte occurrentes omnibus æque probabiles videantur.

§. XXXII.

Succedit quæstio: *an aduocatus sententiam minus probabilem sequi possit?* adfirmat eandem Dn. ab Andlern loc. cit. num. 74. aduocatus, inquit, sententiam minus probabilem sine dubio sequi potest, quia nihil aufert alteri, sed tantum fundamenta juris & facti suo clienti fauentia iudici proponit. Sic tamen, addit, id ei licet, ut clienti veritatem juris causæ suæ aperiat, nec certius illi promittat sententiam, quam debet. Pessime enim illi agunt, qui temper lites & actiones suadent, magnisque scripturarum voluminibus & longa verborum farragine miseris clientibus victoriam pollicentes eos improbe circumducunt, saltem, ut loculos eorum emungant, licet præuideant iniustitiam causæ. Ego quidem nec hanc adfertionem ita simpliciter admittere possum. Dicebatur: *aduocatum nihil auferre alteri*, quamuis sententiam minus probabilem sequatur; mihi secus videtur. Aduocatus minus probabilem sententiam sequens nihil aliud agit, quam ut processum protrahat, &, ut multa paucis dicam, aduersarium vexet. Effectus protractionis litis est, quod aduersarius, qui vexatur, magnaseasque plane inutiles expensas facere teneatur. An non ergo hic multum alteri aufertur? Si aduocatus clienti veritatem causæ aperit: ipsam simul a suscipien-

Da lite dehortari operasque suas denegare tenetur, alias enim hujus aperturae, ut ita loquar, nullus esset effectus. Noui quidem vulgarem praetextum: si ego operas non praesto, alius in promptu erit, eandem praestiturus; verum hic praetextus aequè absurdus est, ac si dicerem: perpetrabo delictum aliquod, quamuis enim ego illud non perpetrem, multi tamen adsunt, qui illud perpetrabunt. Hoc facile concesserim, quod in causis criminalibus quodammodo dubiis advocatus inquisitum defendere possit, quamuis prauideat inquisitum sententiam pure absolutoriam obtinere non posse. Forte enim aliquid occurrit, quod mitigationem poenae operari potest, nec etiam hoc casu aliquid alteri aufertur, nec lis protrahitur. Iudices etiam in causis grauioribus aliis deficientibus ex officio defensorem constituere solent, ne quid praetermittatur, quod ad excusationem inquisiti aliquo modo facere potest.

§. XXXIII.

Pergamus ad alia. Magnus probabilitatis effectus etiam in materia de restitutione expensarum litis deprehenditur. Victum victori ad expensas teneri, notum est ex l. 79. pr. ff. de iudic. Addi tamen solet exceptio, nisi victus probabilem litigandi causam habuerit, l. 78. §. 2. ff. de legat. 2. Quæritur: quænam sit ejusmodi probabilis litigandi causa? adesse eam dicunt, si quis duorum, vel unius excellentissimi Icti responsum pro se producat, Gais. 1. obs. 152. n. 6. Carpzou. p. 1. c. 31. def. 27. n. 5. multo magis ergo, si ab integro Ictorum collegio illud responsum obtinuerit, modo tamen fideliter negotium rerulerit, nec dolose in facto quædam reticuerit, uti optime monet Strykhus in caut. contract. ff. 2. c. 11. §. 18. quamuis in Pomerania in ordinatione dicafterij aulici paulo aliter statutum sit
vit.

tit. 60. §. 3. verb. dabey wir dann die bisher eingeschliche
 Meynung / daß nemlich zweyer Doctorum Beyfall a temeritate
 und folgendis a condemnatione in expensas liberiren solle /
 ausdrücklich verwerffen / und hingegen Unser Hof-
 Gericht anweisen / nicht so leicht die Kosten zu compensiren.
 Porro probabilem litigandi causam habuisse censetur victus,
 si unum testem omni exceptione majorem a sua parte habuit,
 interim tamen propter pluralitatem testium alterius partis succubuit: aut, si actor semiplene
 solum probavit, ubi victus credere potuit, actorem haud juraturum
 esse: aut, si causa ex juramento litisdecisorio a parte delato
 decisa: aut si ab initio obrinuit, in leutatione autem, vel
 adpellatione succubuit: aut, si habuit testes, qui extra
 judicium jactabant, se scire veritatem, at producti in
 judicio recedunt, vel contrarium deponunt, vel judicio
 pendente moriuntur: aut, si habuit pro se instrumentum
 obligatorium, contra quod ostensa fuit solutio, maxime
 si heres ex persona defuncti agat: aut, quando quaestio in
 puncto juris admodum dubia, de quibus & aliis agunt
 Carpzou. p. 1. cõst. 31. def. 27. 28. 29. & 31. & Brunnemannus
 in proc. civ. c. 27. n. 78. an & ab expensarum refusione
 liberands erit, qui de calumnia juravit? affirmat
 Carpzovius d. c. 31. def. 30. negat vero Brunnemannus
 d. c. 27. n. 78. nos Brunnemanno accedimus, quoniam
 juramentum calumniae probabiliter quidem a calumnia
 & dolo liberat, neutiquam vero a temeritate, quae
 culpæ species est.

§. XXXIV.

Bona fides in materia præscriptionis nihil aliud est,
 quam opinio, siue probabilitas, autorem meum rei in
 me translatae dominum fuisse, & hæc acquisitionem
 dominii operatur, si reliqua requisita concurrant. Peritorum

torum in arte testimonium in pronunciando sequitur iudex, quoniam probabile est, eos juxta regulas artis testatos esse: contra verosimile non est, compulsus in urbe inique indebitum soluisse eum, qui claram dignitatem se habere prætendebat: cum potuerit jus publicum invocare, & adire aliquem potestate præditum, qui utique vim eum pati prohibuisset, unde hujusmodi præsumptioni debet apertissimas probationes violentiæ opponere, *l. 23. pr. ff. quod met. caus. ignorantia facti alieni probabilis est, de quo nonnulla lectu digna habet Strykius de jure sens. diss. 9. c. 2. num. 41. §qq.*

§. XXXV.

Quantus vero adhuc differendi campus sese aperit! integrum tractatum eumque non exiguae molis conscribere possem, si modo confusas doctrinas, quæ in libris Menochii de præsumptionibus & arbitrariis iudicium questionibus, nec non in Crusii libro de iudiciis occurrunt, paucis recensere & monita mea binis verbis subjicere vellem. Sed quomodo hoc Augiæ stabulum purgari posset in dissertatione academica, cui angusti limites statuti sunt. Manum ergo nunc de tabula. Si non evidentia, admodum tamen probabilia esse confido, quæ in hocce specimine proposui. Si quis probabiliora me docuerit: probabilia mea derelinquam. Ast propter minus probabilia a probabilioribus meis non discedam, neque enim inter eos nomen profiteor, qui absonum probabilismum effingunt.

Tantum.

SOLI DEO GLORIA.

Ki 778

ULB Halle

3

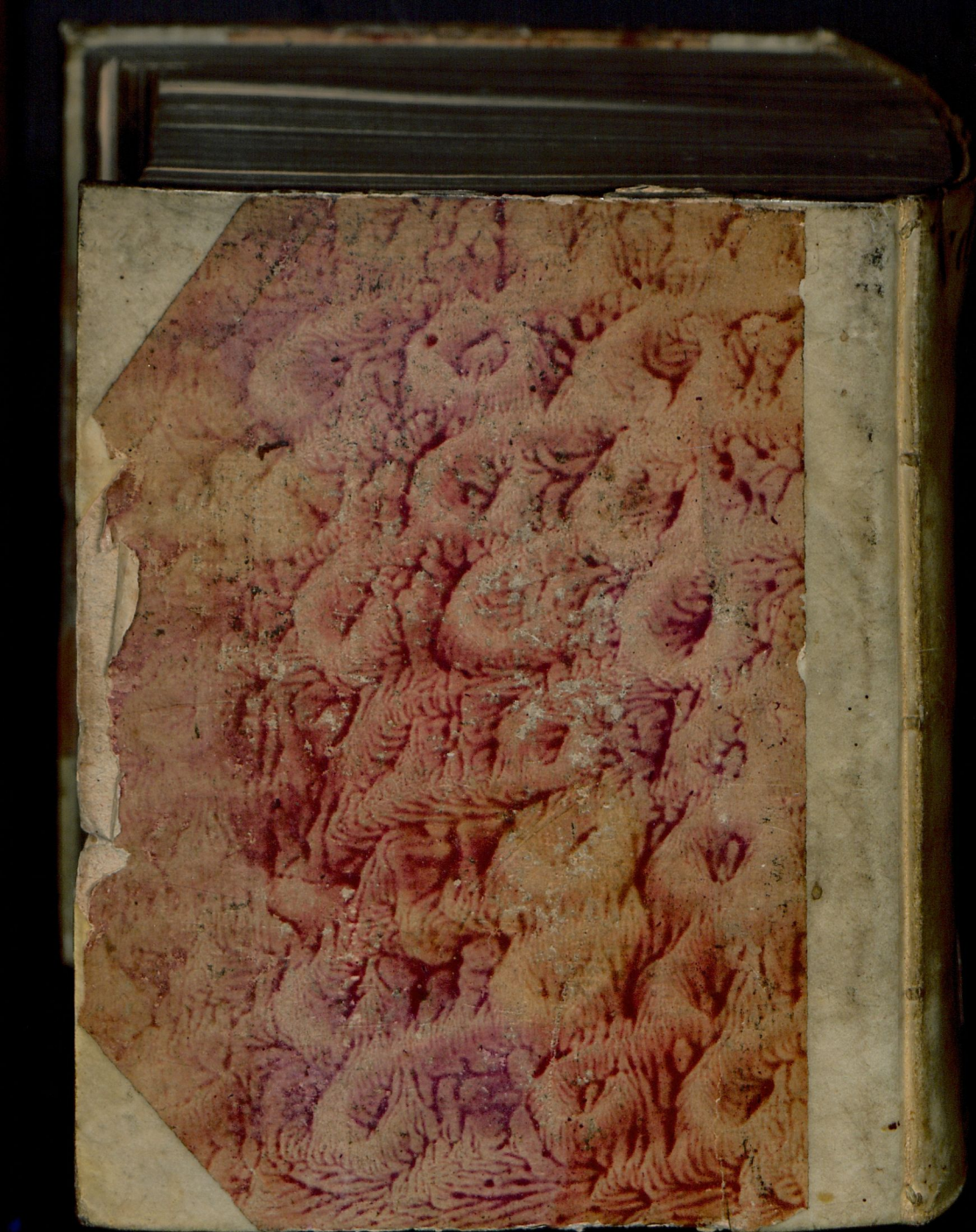
003 905 403



Sb.

1077







20

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

PROBABILITA- TE EJUSQUE EF- FECTU,

QVAM

DEO T. O. M. ADNUENTE

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO CAROLO,

PRINCIPE BORUSSÆ, MARCHIONE BRAN-
DENBURGICO, RELIQUA,

IN ILLUSTRIS ACADEMIA FRIDERICIANA,

EX DECRETO ET AUCTORITATE ILLUSTRIS ICTORUM ORDINIS

P R A E S I D E

DN. JACOBO FRIDERICO LUDOVICI,

J. U. D. ET PROFESS. PUBL. ORDINAR.

PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES ET PRIVI-
LEGIA DOCTORALIA RITE CAPESSENDI,

In Auditorio, majori horis ante- & pomeridianis

d. Nouembr. A. R. S. MDCCXIV

PLACIDO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

IO. GERARDUS SCHLITTE, Halberst.

HALÆ MAGDEB, Litteris STEPHANI ORBANI, Acad, Typograph.

