





25338 b.
1707 109
2
DISPUTATIO IVRIDICA
DE

**COLLISIONE
PROBATIO-
NUM,**

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORVSSIAE, MARCHIONE BRAN-
DENB. CETERA,

IN REGIA FRIDERICIANA
PRAESIDE

IUSTO HENNINGO Böhmer / D.
PROF. P. ET FACVLT. IVRID. ASSESSORE,

IN

AVDITORIO MAIORI

Ad d. Novembr. M DCC VII.

PVBlico ERVDITORVM EXAMINI
SISTIT

CHRISTOPHORVS FRIDERICVS KOCH,
SANGERH. THVR.

HALÆ MAGDEBVRGICÆ,
Typis JOANN. GRVNERI, Acad. Typogr.



DISPUTATIONIS
DE
COLLISIONE PROBATIONVM

CAPVT I
DE

COLLISIONE TESTIVM INTER SE IN
PROBANDO,

§. I.



Ta res nostræ comparatæ sunt, vt non sufficiat ius perfectum habere, nisi etiam legitimis probationibus debito modo extra omnem controuersiam & dubitationem constitui possit, alioquin obtinebit elegans assertum Iurisconsul-
*Probatto in
lire omne fere
punctum.*
ti in L. 30. ff. de testam. tutel. alien-

tis: tibi non deficit ius sed probatio. Cum itaque omnis ratio ius suum aduersus alios defendendi & asserendi in probatione consistat, & vero modus & media probandi non ita semper aperta sint, sed qualiscunque de-
mum probatio adferatur, per reprobationem aduersarii dubia fieri possit, hinc non raro difficultates in praxi existunt, an & quis inter litigantes probauerit,
cum

A 2



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 cohærere vel satisfacere videntur, si vel maxime patres practantium Mascardum & Menochium in consilium vocaueris, qui plerumque infinitas conclusiones coaceruant, sed in fundamentis genuinis fluctuant. Ante aliquot annos Dn. Præses de *collisione presumptionum* iam eundem defectum circa præsumtionum collisiones annotauit & regulas Menochii, quas de hac materia adduxit, *Cap. 2.* examinauit, aliasque *Cap. 3.* sibi instituit. Inde iudicauit 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. Diss. de collis. presumpt. c. 1. §. 2.* iam satis 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.

Vtut

Vtut itaque vtrique corpori virtus quædam fatis magna inſit, tamen dum altera per alteram ſupprimitur, illa, quæ ſupprimitur, virtutem ſuam amittit. Et talis collifio eo grauior eſſe ſolet, quo magis illa corpora ſibi contrariantur & oppoſita eſſe videntur. Poſtea ad res morales hic terminus applicari cœpit, vbi iſtidem ſignificat concurrſum rerum moralium in vno eodemque caſu, quæ ſimul applicari & ſubſiſtere nequeunt, ſed neceſſario vnum alteri cedere debet. Talis Collifio eſt inter duas præſumptiones in vno eodemque factò concurrentes ſibi que quaſi contradicentes, quarum exempla adducta ſunt in *Diſp. cit. c. 3.* Talis quoque collifio eſt inter leges, de quo themate illuſtris Hertius *de collifione legum* egit, & ſic quoque talis collifio 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 *Quot modis* probandi, veluti per teſtes, documenta, confeſſionem, iuramenta & præſumptiones vrgentiſſimas, ita *Collifio probacionum o-* non dubium eſt, quin variis modis collifio probatio- *viri poſſit.* num contingere queat, quos omnes excutere nimis longum foret. Cum enim quæ de collifionis præſumptione dici poſſint, iam in *cit. Diſput.* explicata ſunt, quæ autem de collifione iuramentorum & confeſſionum dici poſſent, peculiarem requirant laborem, ſuper eſt vt in præſenti Diſputatione tantum *de Collifione Teſtium & Instrumentorum* in probando edifieram, præſertim cum thema diffuſiſſimum per ſe ſit,

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. presenti.* (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.

*Status controversie for-
matur in ca-
su quando re-
suum collisio
adeft.*

§. IV. Ut itaque de collisione testium inter se rectius constet, præmitto sermonem hic nobis esse de eiusmodi casu, quando vterque, & actor & reus plene per testes probauit, ita vt testes directo contrarium inter se asserant. Non itaque primario huc pertinet (I) quando testes alterutrius non sunt omnino maiores, vel alias inhabiles, ita vt 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 pronuntiandum. 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 congeffit, inter quas regulas tamen rursus tanta collisio reperitur, vt non satis

tis confitetur, 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 paucioribus, magisque standum sit depositionibus plurium testium quam pauciorum, quam regulam pluribus Dd. allegatis confirmat.* *conf. Carpz. in Process. tit. 13. art. 3. n. 71. Mynf. cent. 4. obs. 38. n. 6. Richter. ad C. 32. X. de testib. Vultei. Vol. 2. Conf. Marp. 30. n. 14.* Probant communiter hanc regulam ex C. 32. X. de testib. ubi Pontifex pro ratione decidendi sequentia adducit: *Cum igitur plures inde sint testes numero pauciores producti, quos non solum diversa, sed adversa penitus in quibusdam constat testimonia reddidisse &c.* Porro in c. 9. X. de Probat. vers. ex præmissis itidem huc videtur prouocasse Pontifex asserens *testibus numero pluribus potius lucem veritatis affigere ubi enim est maior numerus, ibi maior præsumitur veritas, ut 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, ubi disertis verbis ait: *Non enim ad multitudinem respici oportet, quoque repetit Pontifex in c. 32. X. de testib. aiens: 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,*

*An in collisione
ne testium ad
numerum re-
spiciendum
sit?*

*Reiicitur
sententia,
quod ex nu-
mero testium
fides ponderanda sit.*

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

*Vtterius id
illustratur.*

§. VII. Cognoscitur id vltterius ex limitationibus a Farinacio huic regulæ subiectis, inter quas hæc quoque occurrit, *si pauciores pro reo deposuerint*, quod tunc potius huius probationi standum fit. Hæc limitatio semper in omni casu occurrit, cum necessario alter actoris alter rei partes in omni lite sustinere debeat, si itaque in dubio pro reo semper pronunciandum est, nec minor numerus testium sei 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 partes sustinere debeat, & sic iterum non attento numero testium pro eo, quem fors reum 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* hanc facit: *testibus dignioribus magis creditur quam mi-* ne testium *ad nus dignis* quam regulam colligit *ex c. 32. X. de testib. ubi dignitatem* Pontifex ait: *ad qualitatem testium quoque respiciendum* *testium respiciendum esse* quod etiam quodammodo constare videtur *ex l. 21. spiciendum §. 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 ICrus *in cit. l. 21.* huc collimasse videtur. Sed si de illis testibus sermo est, quibus nihil ulterius obiici potest, quam quod inæqualis conditionis sint, maior ratio dubitandi oritur, an quibusdam præ aliis nonnullis ex sola conditionis diuersitate maior fides habenda sit in collisione testium huiusmodi inter se? & quidem huc collimant Farinacius *cit. l. n. 114. Mynf. Cent. 4. obs. 38. n. 3 & 4. Mornacius in l. 2. de testib.* variasque inde ne- *Conclusiones* scunt conclusiones (1) quod magis credendum sit no- *varie refe-* bilibus quam ignobilibus Hahn. *de iure sing. Nobil. th. runtur.* 32. cum semper pro Nobilibus præsumendum sit, vti 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. 112.* (4) quod digniores plus probent quam humiliores

B

Struu,

Struu: *Ex. 28. 15. 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 forsan foemina sit nobilis Struu. cit. l.* (6) si testes sint omnes foeminae, magis credendum esse volunt virgini quam viduae, Farin. *cit. l. n. 180.* (7) quod testibus clericis maior fides habenda, quam non clericis Farinac. *cit. l. n. 177.* (8) quod testibus mortuis magis credendum sit quam vivis, Farinac. *cit. l. n. 190.* & quae sunt aliae huius generis collisiones, quas omnes referre piget.

*Contrarium
ostenditur.*

§. IX. Enim vero hae 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, quorsum 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 hae qualitates demum existimationem hominum vel augeant vel minuunt. 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: *que argumenta ad quem modum probanda cuique rei sufficiant, nullo recto modo satis definiri potest: sicut 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 denique concludit, iudicem ex aliis circumstantiis æstimare debere, quid credendum sit.

§. X. Nam quoad primam, Nobilitas per se fidem non tribuit, nisi mores nobilitati respondeant, quod ipse Farinac. cit. l. n. 116. agnoscit, asserens, nobilioribus non esse credendum, si ignobiliores magis bonis moribus essent imbuti, atque sic vnice ad mores respiciendum. Si quoad mores æquales sint, ne sic quidem nobiliores præferendos esse crederem, sed alia mox tradenda argumenta consideranda sunt. Quoad secundam, itidem Farinac. cit. l. concedit, ditioribus non esse plus credendum, si pauperiores illis morum grauitate præponderent, & sic rursus non ad diuitias 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 testib. ait, examinandum esse, an testis egens sit sed statim addit: *ut lucri causa quid facile admittat*, tales ergo testes reprobant, qui male morati sunt, vt facile corrupti possint. Sed quid si diues extreme auarus sit, an non sic quoque corruptio in eo metuenda erit? Diuites non semper virtutibus dediti sunt, imo cum diuitiæ plerumque adiunctam habeant omnium malorum radicem auaritiam, fides diuitum sæpe vacillat. Eiusdem farinae est tertia conclusio. Doctor qua talis si dem maiorem non recipit quam alius, qui non est Doctor, cum gradus honoris mores haud mutet. Idem quoad quartam asserendum. Humiliores possunt esse maioribus virtutibus conspicui quam digniores. Si

*Reiiciuntur
speciales ex
inde de du-
te conclusi-
ones.*

dicis: hoc non præsumitur, rehero, me huius præsumtionis nullum deprehendere posse fundamentum, cum boni mores non sint alligati ad honores & diuitias, sed in vnumquemque cadere possint! Sed facile animaduerrere 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. Sicut per humiliores vilissimos homines, h. e. vitiosos intelligas, rursus ratio decidendi non ex dignitate sed ex morum gravitate perenda 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 vitios fœminæ sicuti viri, nec sexus differentia mores format. Constat, patres in sexum sequiorem sæpe iniquiores, quam par erat, fuisse, & inde tantummodo præsumtio 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 absurda est, vt vix mereatur responsonem. 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 fuit. Clerici enim sibi priuatiue omnem pietatem vindicarunt in papatu, quasi tantum spirituales essent, laici vero carnales & seculares. Sed saepe inuersa facies rerum est, cum historiae ecclesiasticae doceant, Clericorum pessimam viuendi rationem laicorum mores deprauasse. Dantur vbi que pii Clerici, sed dantur etiam laici; & sic status hic nihil quoad fidem iuridicam operatur. Ultima denique conclusio se vnice in eo fundat, quod mors sit iuramenti loco Farin. *cit. l. n. 190.* Sed non omnes moriuntur Ioannes Euangelista. Et quid si viuites etiam iuramentum praestiterunt? Certe non apparet ratio cur mortuis magis credendum sit! Et deinde quod mors sit loco iuramenti, est quidem vulgatum assertum Dd. sed non ita comparatum vt huic asserto tuto fides haberi possit. vid. illustr. Dn. Strykii *Diff. de morte loco iuramenti.*

§. XI. Pergo ad aliam regulam: Ait Farinac. *An testibus cit. l. n. 200. testibus affirmantibus magis credendum esse affirmantibus quam negantibus, quam regulam etiam sequitur Myni. magis credendum sit, quam negantibus?* Rationem harum suggerit Fulu. Pacian. *d. probat. lib. I. c. 6. n. 6.* quod affirmatiua sit dignior & praestantior negatiua, quia tamen etiam haec 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 haec ratio tam absurda est

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

*Contrarium
estanditur.*

§. XII. Quantum ego quidem conicio, videntur Dd. in hanc incidisse opinionem ex male intellecta regula vulgata, quod negatiuæ per rerum naturam non sit directa probatio, quam vulgo deducunt ex *l. 23. C. de probat. & l. n. C. de non num. pec. c. 5. X. de re nunc. 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 deficiunt, nihil obstat, quo minus possit æque commode probari, vt quidem negatiua, vt solide & per erudite ostendit Ill. Dn. Cocceius *de directa probat. negatiua.*

gatiue. 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 producuntur, 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 afferunt 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 hæc 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. Müllerum *ad Struu. ex. 28. th. 49. lit. 7.* & Farinacium *cit. loc. num.*

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

Respiciendum erit ad depositiones testium, quæ nam sint verosimiliores.

§. XIII. Reiectis itaque his fundamentis spuris, 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 & testimonius, & quæ rei aptiora & vero proximiora esse compererit.* Idem reperit Pontifex in c. 32. X. de testibus asserens; *respiciendum esse ad testium deposita, quibus potius lux veritatis assistit, ex quibus motum animi sui conuenit iudicem informare.* idem vrget Paulus in l. 114. ff. de R. I. aiens: *in obscuris inspicere solet quod verosimilius est conf. c. inspiciamus 45. de R. I. in sexto.* Hoc fundamentum naturali ratione nititur, cum omnis probatio huc tendat, vt 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 expers rerum & naturæ humanæ minus peritus est, diiudicare nequit, quænam 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 aestimare oportet, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.* Obseruauit hoc fundamentum Pontifex in c. 9. X. de probat. vbi Ecclesiæ Rauennatensis testes ideo præferendos esse iudicauit, *quod aptiora negotio & vero proximiora in suis testimoniis expresserint.*

§. XIV.

§. XIV. Vtut vero quanam depositio sit veroproximi-
 or, magis ex circumstantiis causæ controuersæ
 iudicari possit, tamen quædam generales obserua-
 tiones hic non negligendæ sunt. Primo itaque iudex
 diligenter excutiet & ponderabit dicta testium, & in-
 primis eorum rationes, quibus scientiam suam con-
 firmant, ex quibus facile apparebit, quanam rationes
 magis cohæreant cum negotii ipsius natura, & alias ma-
 gis specificæ sint. Nam qui plures & minutissimas etiam
 rei de qua quæritur, circumstantias optime coniectentes
 adferre potest, huius sine dubio depositio præferenda
 erit contradicentium depositioni, quæ non ita qualifica-
 ta est. Sic ubi disputatur de finibus, communiter ab v-
 traque parte testes produci solent ad fines designandos,
 quibus itaq; fides habenda erit, si ab vtraq; parte produ-
 cti fuerint? Ponamus testes quosdam deponere, fines
 quoque se extendere trans flumen, quod ipsi ita per-
 petuo obseruauerint, & ab antiquis non aliter audiue-
 rint, cum etiam testes de auditu & fama ad proban-
 dos antiquos fines admittantur *c. 13. X. de probat.*
 Alii testes econtrario deponunt, fines tantum sese ex-
 tendere usque ad flumen, huiusque depositionis hanc
 causam adferunt, quod quidem antiquitus fines acto-
 ris sese latius extenderint, sed per alluuiationem sensim
 fundo ipso aliquod detractum & rei agris adiectum
 fuerit, & cum iniuria belli multi agri a possessoribus
 essent deserti, hinc factum fuisse, vt actor partem ali-
 quam agri, quasi suo detractam, occupauerit, ex quo
 deinceps, ad sua redeuntibus possessoribus, variæ con-
 tentiones ortæ fuerint. Horum depositiones sunt ad-
 modum probabiles, quia (1.) naturæ negotii magis
 conueniunt, cum flumina soleant esse communiter ter-
 mini

C

mini

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 destituuntur, quæ omnia (3) per ipsam ocularem inspectionem planiora fieri possunt, vnde in R. I. de anno 1654. §. si. cautum, vt litigantes finium ichnographiam ad acta reponant, ex qua iudex eo rectius informari possit.

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

§. XV. Deinde considerandum, annon testium quorundam depositiones adjunctam habeant præsumtionem iuris, quæ validius pondus eorum depositionibus tribuere possit, prout recte obseruat Farinacius de testib. lib. 3. tit. 7. q. 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 itidem pro se duos testes habeat, eo ipso præsumtionem pro se militantem conseruat illibatam. Mascardus de probat. vol. 3. Concl. 129. n. 7. seqq. ex quo prælaudatus Autor recte infert, in dubio magis credendum esse testibus deponentibus de bonitate alicuius, 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. *Diss. de collis. presunt. c. 3.*

§. XVI. Quod si non satis apparet quænam ^{In dubio te-} ^{stibus rei cre-} ^{dentibus.} ^{stium} depositiones sint vero proximiores, sed vtriusque probatio æqualis roboris esse videatur, tunc magis inclinandum erit ad absoluendum reum, quam ad condemnandum. Carpz. *in Proc. tit. 13. art. 3. n. 75.* Iustus Reuberus *de testibus p. 3. n. 155.* In dubio enim partes rei sunt favorabiliores *l. 125. ff. de R. I. &* ita facilius 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 promptiora 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. §. 99.*

§. XVII. Denique quoque ad ipsam causam ^{Ad causam} respicere debet, de qua disputatur, cum nonnullæ ^{ipsam deniq.} singularem in iure acceperunt fauorem, ac in du- ^{respicendum} ^{de qua di-} ^{sputatur.} ^{bio} pro eis pronounciari debeat. Quando itaque ab vtraque parte testes producti sunt, non potest

non cæteris paribus causa esse dubia, & ita in tali dubio pro causa fauorabiliori pronuncian- dum est, vti ex pluribus textibus iuris hoc perspicuum red- ditur *l. inter pares 38. ff. de re iudic. l. 24. ff. de manu- miss. 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 pronuncian- dum, ex quo prior regula in §. *antec.* adducta limi- tanda 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 ma- trimoniales Pacianus *de probat. lib. 1. c. 63. n. 48.* (2) li- bertas *l. 24. de manumiss.* (3) ecclesiæ *c. 1. X. de probat. Me- uius P. 5. Decis. 317. n. 4.* (4) causa dotis *Meu. P. 5. D. 317.* (5) alimentorum *Carpz. lib. 4. R. 57. n. 5.* (6) in genere causæ piæ, pauperum & miserabilium perso- narum, Studiosorum &c. In hisce itaque causis fauo- rabilibus magis illis testibus fides habenda qui pro dote, testamento, alimentis, matrimonio, libertate &c. deponunt, cum illis iura speciali ratione affi- tant. Atque ita ex his tribus obseruationibus fa- cile constabit, quibusnam testibus in collisione ma- gis fides habenda sit.

CAPVT II.

DE

COLLISIONE TESTIVM ET DOCUMENTO-
RVM INTER SE.

§. I.

Generatim de collisione **M**axima est instrumentorum fides, sed non mi- nor testium, omni exceptione maiorum. *Quan- do*

do igitur oritur collisio inter testes & instrumenta ^{instrumento-}urunque producta, grauis solet esse disceptatio an ^{rum & testi-}testes, an vero instrumenta præualere debeant. Oc- ^{um inter se}currunt enim variæ regulæ iuris, quæ non leuem ^{disseritur.}difficultatem operari videntur. Quandoque æqualis vis ac robur & testibus & instrumentis tribuitur *l. 15. C. de fide Instrum.* Sed præterea tamen nota est sententia Pauli *lib. 5. sentent. tit. 15. asserentis, testes adversus scripturam interrogari non posse*, quorsum 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 *Nov. 73. c. 3.* asseratur, *ea quæ viva voce dicuntur & cum iurejurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere?*

§. II. Ut vero nos legitime ex his dubiis extricemus, præmonendum est, instrumenta esse vel ^{Quales testes, qualia}publica vel privata. ^{Instrumenta}Publica, autoritate publica munita sunt, & ita etiam publicam fidem pro se habent. ^{hic intelligamur.}Quorsum referunt (1) acta siue gesta iudiciaria, & protocol-
la, de quibus vid. Ill. Dn. Stryk. *de iure protocoll.*
(2.) tabulas censuales, seu Catastra, de quibus Ill. Dn. Rherius *de iure Catastr.* (3.) libros ecclesiasticos. (4.) acta publica civitatis (5.) documenta antiqua ex archi-
uis delumta (6.) instrumenta trium integræ fidei testi-
trium subscriptione munita, *l. II. C. qui pot. in pignor.*

(7.) instrumenta a Notario confecta *Const. Maxim. de anno 1512.* Ad priuata instrumenta refero scripturas in fidem gestorum factas, sed absque publica autoritate, quæ, si debite recognoscantur, etiam contra scribentem plene probant *l. 26. §. f. ff. de positi. l. 25. §. f. ff. de prob. l. f. de 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 & in-
strumento-
rum fides æ-
quetur in in-
re.*

§. III. Deinde videndum, quis sit sensus *l. 15. C. de fide instrum.* Imperator rescribit: *in exercendis litibus 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 litibus probandis admittantur tam testes quam instrumenta, atque adeo quoad vim decisivam 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-
mo-

monium ferre, non utique repudiandi sunt, vid. Ioseph. Mascard. *de probat. concl.* 1329. n. 1. præsertim cum hodie sufficiat, intra terminum quindecim dierum articulos saltim 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 ut Cicero *Orat. I. in Verrem*, ait, *omnis spectatio ludicum 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 antiqua obscura, quæ quidem etiam testibus possunt probari, etiamsi tantum sint de auditu, dummodo deponant etiam de fama, quod a parentibus suis nunquam aliter audierint, c. 13. *de probat.* Pacian. *de probat. lib. 1. c. 49. n. 51.* Farinacius *de testibus qu. 69. n. 125. sqq.* 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. sqq.* Roland. a Valle *Vol. 1. cons. 2. n. 59.* Mascard. *de probat. qu. 6. vol. 1. n. 15. 16.* Nam instrumenta rem magis determinant, & certum quid constituunt, imo prout negotium reuera gestum est, euincunt, cum testes in antiquis non aliter

(1) Facta Antiqua magis probantur instrumentis quam testibus.

ter quam de auditu probationem adferre possint, quæ non tam concludens est, vti quidem ipsorum diplomatum & instrumentorum tenor. Quin idem dicendum arbitrantur de priuata scriptura, vtpote cui anti-
Tom. I. Symphor. P. 3. c. 23. n. 86. Schrader. I. Conf. 5.

(II) Si ad negotii essentiam scriptura desideratur, hæc testibus præfertur. §. V. Porro (II) quædam negotia communiter non aliter quam per instrumenta expediuntur, adeo vt ad eorum essentiam quasi scriptura pertinere videatur, & hæc ipsa rursus magis per scripturam quam per testes probantur. Huc igitur pertinent priuilegia, quæ licet ad suam essentiam præcise scripturam non requirant, Gonzalez, Tellez. *ad C. porro 7. X. de priuil. n. 1.* tamen rarissime vel nunquam absque scriptura seu diplomate concedi solent, & inde in probandis priuilegiis ipsa diplomata vnice fere litem dissol-
C. ad audientiam 13. X. de præscript. vbi ait: magis autoritatem priuilegiū quam depositione 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. cod. 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, & extra ordinem, 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 iur. diplom.* & quæ Mabillonius, Papebrochius, Gramon, Leibnitius aliique de re diplomatica commentati sunt. Cæterum ad essentiam negotii quandoque scriptura quoque refertur, ut 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. 1. qu. 6. n. 20.* Interim tamen extra ordinem in casu amissi instrumenti testes admittendos esse constat *l. 1. s. 7. 8. C. eod.* Huber. *ad tit. de fid. instrum. §. 29.* Loquor enim tantum *comparative* & de modo ordinario probandi. Sic ad essentiam testamenti non quidem in genere, sed scripti scriptura ipsa pertinet, atque ideo controuersiæ, quæ originem ex testamento scripto trahunt, *magis ipsa* scriptura quam testibus probari debere expeditum est, ut 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 *quantum* (III.) *Ex natura* quoque unice instrumenta, non testes admittuntur, *quia processus quandoque instrumenta tantum admittuntur,* quorum pertinet *executivus*, quo tantum agi potest, quando quis liquida & guarentigiata instrumenta pro se habet, Carpz. *in Proc. tit. 22. art. 1. n. 25. §. 99.* qui enim debitum per testes probare intendit, ad processum ordinarium confugere debet. Quamuis

D

vero

vero etiam hic exceptiones contra tale instrumentum audiantur, tamen non aliter admittuntur, quam si in continenti probabiles sint, Carpz. *cit. l. art. 4. n. 1. sqq.* & quidem præcise instrumentis hæc quoque probari debent, adeo ut exceptiones, quas per testes reus vult probare, in reconventionem reiiciantur Matth. Coler. *de processu executivo P. 4. c. 2. n. 23.* Zanger *de except. P. 3. c. 26. n. 115.* Cum enim in processu executivo 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 ut itaque §. 3. dictum sit, spolium æque testibus quam instrumentis probari posse, tamen hoc ex præsentis observatione limitandum est, si forsan in processu executivo exceptio spolii obiiciatur, quæ tunc per instrumenta probari debet, Carpz. *P. 1. c. 6. Def. 5.* Cæterum quamvis hæc ordinarie se ita habeant, tamen quandoque etiam exceptiones per testes probari posse non negat Carpz. *in Process. cit. l. n. 36. sqq.* si *iusta causa* adfit, & quidem hoc modo, si excipiens statim testes coram Notario & testibus super exceptione examinari iam fecerit, & intra terminum executioni præfixum instrumentum Notarii producerit. Sed hic casus rursus ad extraordinarium modum probandi referri debet. Similiter huc referunt casum, quando quis sententiam ad iuramentum necessariam laram rescindere intendit, propter instrumenta noviter reperta, nam hoc casu itidem tantum instrumenta admitti aiunt, ad rescindendam rem iudicatam, non etiam testes propter verba *l. 31. ff. de iu-*

iureiur. si quis noua instrumenta se inuenisse dicat, quibus solis usuris sit. Præsertim cum in testibus non leuis subornationis suspicio latitet, quæ falsitas in instrumentis non tam facile committi possit. Berlich. *P. 1. concl. 35. n. 9.* Müller *ad Struu. ex 17. th. ult.* Verum de hac sententia merito dubito cum Menio *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 omne comprehendant, quod instruit causam, nec idonea quoque ratio diuersitatis in contrarium adduci potest. Simili ratione iuramentum in litem est etiam legale, & sic quoque post iuramentum præstitum admittit probationem, si probationes nouæ repertæ fuerint, quæ tamen ad instrumenta haud restringuntur in *l. 4. §. 3. ff. de inlit. iur.* Ad dubia respondeatur in *Diff. Ill. Dn. Strykii de probat. contra præst. iuram. legale c. 3. §. 7.*

§. VII. Denique (IV.) alias quoque ex aliis circumstantiis, natura negotii ita postulante, probatio per instrumenta, exclusis testibus, requiritur, præsertim in rebus, quarum fluxa solet esse recordatio, & quæ vix aliter, quam per scripturam conservari possunt. Huc refero, quando rerum actarum exacte designanda sunt tempora, uti in *probandâ ætate*. Equidem non nego, etiam ætatem per testes probari posse, *l. 2. C. de his qui veniam*, sed tamen comparatiue loquendo, certior & solidior imo distinctior probatio ætatis est per instrumenta quam per testes, quoniam memoria hominum labilis est, & facile dies & hora natiuitatis alicui excidere potest.

est, ut in tempore erret: atq; litera scripta manet. Vbi itaque exacta & præcisa claraque requiritur ætatis probatio, magis instrumenta quam testes produci debent. Et in hunc sensum accipio *l. 3. C. si minor se maior. dix.* Vbi casus occurrit de minore, qui in instrumento per sacramenti religionem se maiorem esse asseuerauerat, cui exclusum quidem dicitur esse beneficium restitutionis in integrum, sed hac adiecta limitatione: *nisi palam & evidenter 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. i. X. de testib. n. 7. in f.* arbitratur: hoc ideo fieri, quia minor cum iuramento se maiorem asseuerat, 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; vt itaque alias testes æqualem fidem habent cum instrumentis, tamen in ætate probanda certiorum & solidiorem ex antea dictis probationem instrumenta faciunt quam testes.

Contra propriam confessionem in

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

stru-

strumento expressam non alia probatio in contra-
 rium admittatur, quam per contrarium instrumen-
 tum secundum *l. 13. C. de non num. pec. l. 25. §. f. ff. de* *instrumento*
probat. In utroque textu supponitur casus, ubi quis *factam pro-*
 propriam confessionem debiti vult impugnare, & *batio per te-*
 causam debendi in instrumento expressam euerte- *stes non ad-*
 re, & indebite promissionem factam ostendere, quod *mittitur.*
 non aliter quam liquidissimis argumentis in scriptis
 habitis fieri posse dicitur. Ratio hæc additur *in cit.*
l. 13. in f. Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua
quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum
infirmare, testimonioque proprio resistere. Testes au-
 tem vel ideo hic excluduntur, quia metus erat, ne
 ita debitores falsos subornarent testes, qui causam
 debendi erroneam vel falsam esse deponerent, quo
 ipso malevoli debitores a solutione debiti facile se
 possent liberare, quæ ratio facile colligi potest ex
l. 18. C. de testib. vbi proinde Imperator ad præcauen-
 das subornationes 5. testes requirit, & sic ordina-
 rium probandi modum per duos testes excludit.
 Cum vero dilucide confessus erat debitor, se reue-
 ra ex hac vel illa causa debere, & confessionem
 suam impugnando in dolo esse videbatur, ad me-
 tum subornationis excludendum non alia probatio,
 quæ esset evidentissima & concludentissima, admit-
 ti potuit, quam per instrumenta alia, veluti si pro-
 feratur instrumentum, in quo creditor confiteatur,
 Chirographum per simulationem tantum esse con-
 scriptum, & causam debendi veram non esse. Sol-
 licite ergo cauendum est, ne ex hisce textibus cum
 nonnullis interpretibus incaute inferamus, quasi
 con-

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
hactenus di-
ctis.

Vbi in anti-
quis colliso
est inter te-
stes & instru-
menta, præ-
feruntur in-
strumenta.

Quid probe-
tur per cen-
sum.

§. IX. Quod si itaque in his casibus præmissis collisio inter testes & instrumenta oriatur, facile apparet, magis instrumento, quod alias nullo vitio laborat, standum esse. Atque ita (1.) in antiquis magis standum erit documentis & diplomatibus quam testibus, ex ratione in §. 4. addita. Et ita planus est intellectus *l. 10. ff. de probat.* ubi Marcellius 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 proferebantur. Sic Marcus Antonius Philo- sophus iussit quoque apud Præfectos ærarii unum- quemque civium natos liberos profiteri intra trice- simum diem, ut refert Capitolinus in *M. Antonino* β) probabatur ius civitatis, uti ex Oratione Ciceron. pro *Archia Poeta* constat. Hoc intuitu Gracchus accusator *Archia*, qui eum civem esse negabat, requirebat tabulas publicas. Ait enim Cicero: *Hic tu tabulas desideras Heracliensium publicas, quas Italico bello, incenso tabulario* (h. e. loco ubi tabulæ publicæ afferuabantur) *interiisse scimus omnes.* Producebat ergo eo nomine Cicero testes, quas tamen respue- bat 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) probabatur modus tributi soluendi *l. 22. §. f. de ann. legat.* δ) alia facta antiqua *l. 7. §. ii. 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 vt libri censuales publica autoritate conscripti fuerint, & quidem debito modo, quod non statim asserendum de libris censualibus nobilium, vt 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. Trentacinqu. lib. 2. var. resol. 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 *c. 13. X. de præsc.* Sic etiam in quæstionibus feudalibus controuersis potissimum ad instrumenta inuestitura respici debet, quæ plene probant, Rosenthal *de feud. cap. 6. concl. 67. n. 2.* & sic in probatione merito

*An scriptura
desumpta ex
Archiuo præ-
feratur tes-
tibus?*

*An instru-
mento inue-
stitura 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 ordinarie per instrumenta expediuntur, aliud quoque hodie dicendum est.

Vbi ex negotii natura præcise scriptura requiritur, hæc testibus præferitur.

§. 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 reprobentur, non possunt quoque contra tenorem instrumenti aliquid euincere.

Treutlerus refutatur, existens, testibus in collisione magis credendum esse.

§. XII. Ex his nunc apparet, non esse admittendam Treutleri sententiam, quod scilicet probatio per testes longe sit dignior, quam per instrumenta, quam affert *vol. 2. Diss. 5. th. 6. lit. a.* ex illa ratione, quod testes deponant cum iuramento. Eandem sententiam etiam antiquiores Jcti secuti sunt ut Baldus in *Rubr. X. de testibus*. Abbas in *c. tertio loco X. de prob. n. 5.* 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 Bachovius in *not. ad Treuth. cit. l. i.* idem grauis pro

instrumentis facit præsumtio, tum quod in his etiam testes adhiberi soleant, tum quod in instrumentis auctoritas personæ, cuius fides publice est approbata, tantoque minus suspicioni obnoxia, interueniat. Accedit quoque hæc ratio, quod ex peculiaribus rationibus potius instrumentis standum sit, uti hæctenus euictum est. Equidem pro Treutlero adduci posset *Nov. 73. c. 3.* ubi 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 (quodque 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, utpote 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 ut hoc certum sit de nonnullis delictis, ut homicidio furto adulterio, quæ magis per testes quam instrumenta probantur primario, tamen alia delicta æque possunt instrumentis probari, veluti proditio, Magia, vsuraria prauitas Gail. *lib. 1. de pac. publ. c. 15. n. 13.* Sic etiam mandatum de delicto committendo probatur literis, quemadmodum etiam omnia delicta, quæ iam iudiciali cognitione excussa sunt, ex actis satis probantur. Daniel Clafen. *ad Const. Crim. Carol. art. 62.*

§ XIII. Progrediendum ergo nunc est ad eius-
 modi casus, vbi tales circumstantiæ, de quibus hæc-
 tenus egimus, instrumenta non comitantur, sed tamen
 testes contra instrumenta deponunt, vbi 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 reprobatum tanquam falsum, hoc vti-
 que fieri posse per testes constat. Est quidem pro o-
 mni instrumento summa præsumtio, tum quod solen-
 nitas debita adhibita fuerit, tum quod veritati confor-
 me sit, §. ii. *I. de inutil. Stipul. §. f. I. de fideic.* Barbofa
in thesaur. lib. 9. c. 72. ax. 3. sed tamen hæc præsumtio
 per fortiorem 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. §. ii. 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 admittan-
 tur: sed cogitandum est, hic non agi de probatione
 contra propriam confessionem, de quo ad alterum
 casum

quando ex-
 tranei testes
 possint impu-
 gnare instru-
 mentum?
 (1) si tan-
 quam fal-
 sum reproba-
 tum.

casum agendum, sed quando instrumentum tanquam falsum in totum reprobatur. Ut autem probatio manifestissima sit, testes debent omni exceptione esse maiores, Trentacinq. *lib. 2. var. resol. ref. 6. n. 9.* Mascard. *cit. l. n. 68.* Quodsi tamen vnus testis causam instrumenti adiuvet, hic duos in contrarium non sufficere constituit Menochius *de A. I. Q. lib. 2. cas. 105. n. 43.* quia sicille vnus testis præsumtionem 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 §. 3. dicta sunt, scilicet testes non esse recipiendos contra propriam confessionem, modo instrumento ex alio fundamento nihil valide opponi possit, quod forsân 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 inferta deprehendantur, ob defectum prælectionis debita, quæ Notariis: tam sollicitè iniuncta est in *Ord. Not. Maxim. de an. 1512. §. 14. sqq.* contra confessionem talè probatio per testes vel iuramentum admitti debet. Sic cum factor quidam feminae cuidam certam pecu-

(2) Quando tenor instrumenti per testes impugnatur.

nix summam donasset *mortis causa*, Notarius vero instrumento inseruerat, quasi donatio esset facta *inter vivos*, & hoc ipsum absque prælectione præuia donans subscripserat, heredes vero fœminæ postea rem donatam peterent, responsum fuit ab hac illustri Facultate Iuridica: donantem, si iurare possët, se ita haud donasse, nec sibi instrumentum legitimo modo prælectum esse, absoluendum esse. Arque 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 possët, instrumentum in hac parte reprobari debere.

*An magis hoc
in casu sit
standum in-
strumentis,
an vero testi-
bus?*

§. 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 forsitan contra tenorem aliquid obiiicitur, 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 comparata sententiæ & regulæ Ictorum antiquorum, vt sæpe ad certam quandam materiam restrin-

fringi debeant, prout ex R. I. corpori Iuris Civilis & 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, *Quot testa* quos refert Gilckenius *cit. l. 1.* Nam etsi Iustin. in *l. 18. requirantur.* *C. de testibus.* contra instrumentum 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 exinde dubium moueri potest. *Omis- Deciso.* *Deciso.* 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. 2.* circa finem exhibui, & imprimis ex circumstantiis iudicandum, quæ vero similia sint. Quodsi nec de hoc constet, standum erit instrumento ob summam præsumptionem, quæ pro illo militat *l. 14. in f. C. de contr. & committ. stipul.* quod exemplo probat Huber.

ber. *ad tit. de fide instrum. §. II.* Diuersum quidem deciditur in *c. 5. X. de testib.* vbi testibus fides præ instrumento habetur, sed ibi suspicio erat, sigillum furtim 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 instrumentarii instrumentum impugnent?

§. XVI. Progredior nunc ad alterum casum, quando testes instrumentarii, qui instrumento vel interfuerunt, vel subscripserunt, contra instrumentum deponunt. Si subscripserunt instrumento, v. c. testamento, tunc recognoscere manum & sigillum vtiq; tenentur, & hætenus tantum quæstio est de casu, si tenor testamenti in dubium vocetur, vel quidam testes deponant, testatorem iam in agone fuisse constitutum, vbi testamentum conderetur, vti pleno haud frueretur intellectui, & 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. Trentaciq. 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, Gilcken. *ad l. 15. C. de fide instrum. n. 18.* & quidem hanc rationem reddere debent, etiam si ne quidem 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, utique illi contra instrumentum probabunt, præsertim cum plerumque sub eiusmodi venditionibus contractus vsurarii latere soleant, 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 solemnibus & necessariis testibus instrumentum, veluti testamentum impugnet. *vid. allegati apud Gilckenium cit. l. 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. §. ff. testam. quemadm. aper.* testamentum fit 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 solemnibus
testibus te-
stamentum
impugnet?

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

CAPVT III.

DE

COLLISIONE DOCUMENTORVM INTER SE.

S. I.

Connexio. **S**uperest nunc tertium collisionis membrum, quando inter instrumenta ad probandum producta conflictus animaduertitur, in quo fere eadem attendi debent præcepta, quæ in collisione testium inter se *Cap. I.* tradita sunt. Vtut vero collisio potissimum tunc oriatur, quando documenta sibi inuicem e diametro aduersantia a diuersis personis producuntur, breuiter tamen præmittendum esse censui, quid iuris sit, si ab eodem talia instrumenta, inter quæ conflictus cernitur, producantur.

S. 3.

§. II. Quod si itaque ab eodem documenta sibi in- *Colliso inter*
 vicem aduerlantia producuntur, tunc fides singulorum *documenta*
 perit, prout disponunt Imperatores in l. 14. C. de fid. in- *ab eodem*
 strum. *Scripturae diuersae sibi inuicem fidem derogantes ab* *producta iis*
una eademque parte prolatae nihil firmitatis habere pote- *omnem fidem*
runt. In Cod. Theodof. eadem lex repetitur in l. 2. de *admit.*
fid. instrum. sed loco verborum *ab una eademque parte*
prolatae, haec habentur, ab altera parte prolatae, quae ipsa
 verba nonnullos deceperunt, vt crederent, eandem quo-
 que decisionem obtinere si a diuersis personis scripturae
 contrariae productae fuerint, quo tamen nihil falsius dici
 potest, cum, vti recte Iacobus Gothofredus ad cit. l. 2. a-
 nimaduertit, verba *ab altera parte* idem denotent, ac *ab*
alterutra parte, i. e. siue ab actore, siue a reo diuersae,
 & contradicentes scripturae proferantur. Eandem de-
 cisionem repetit Pontifex in c. 13. X. de fide instrum. vbi
 simul rationem addit his verbis: *imputari ei potest qui*
contrarias inter se scripturas in iudicio protulit, fidem sibi
ad inuicem derogantes, cum in ipsius fuerit potestate quam
voluerit non proferre. Vtius est hoc ipso argumento Iuli- *Illustratur*
 us I. Episcopus Romanus in epistola ad Eusebianos scripta *Deciso.*
 apud Athanasium apol. 2. p. 580. vbi iis obiicit, quod lite-
 ras aduersus Athanasium inter se dissidentes scripserint,
 & inde concludit, quod *literis eiusmodi contradictoriis nul-*
la fides haberi debeat. Casum hanc legem illustrantem *Casus.*
 huiusmodi affert. 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 documentum, quo ven-
 ditum sibi fundum esse probare conatur, quo ipso huic
 posteriori scripturae fides detrahitur, nam, pergit, non

F

pote-

potest ea scriptura fidem facere, quæ cum altera iam antea a me 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 vnius 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 euitentur, quod potissimum contingit, si leges inter se dissidentes conciliare conantur, cum quæ aperte sibi inuicem contradicunt, non possint aliter, quam *sophistica* interpretatione conciliari.

Ab uno eodemque instrumenta 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 factò, fides instrumenti producti salua hæctenus mansisset, c. 13. X. de *fid. instrum.* ibique Gonzalez. n. 4. quam amittit per productionem contrarii.

Ne-

Neque post productionem facile reuocatio instrumenti repugnantis, cum semel alteri exinde ius quaesitum sit, Boerius *decif.* 352. 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, *Quid si in-* cui iura nullo modo succurrunt: Non enim dubium *strumenta* est, minori, per temerariam productionem instru- *collidencia* mentorum sibi inuicem repugnantium læso, per re- *ab eo profe-* stitutionem esse succurrendum, cum etiam aduersus *rantur, cui* temerariam confessionem restituatur, vtut hoc casu *iuris ignoran-* aduersarius editionem eius urgere & ipse producere *tia non nocet.* 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 Io. Sychardus n. 4. ad d. l. 14. & Salycetus *ibid.* n. 6. (1) quod repugnantia simpliciter 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 qua- *Deciso.* stione statuendum esse videtur, aut enim de malitia rustici vel feminæ apparet ex circumstantiis, aut non: priori casu eis nequiquam succurrendum, cum iura

non succurrant decipientibus sed deceptis. Posteriori vero tota res remittenda ad arbitrium iudicis, qui sua prudentia iudicare debet qualitatem personæ producentis & scripturarum, cum sane rustici sæpe imperiti literarum sint, & in rusticanis iudiciis sæpe varias scripturas proferant, non intelligentes, an sibi præfutura sint nec ne, quin quod contrarietatem non semper diiudicare queant, Menoch. *de arbitr. iud. quest. cons.* 194. n. 60. 61. Id quod etiam de mulieribus simplicibus dicendum esset, hoc scilicet effectu, ut reuocationem vnius scripturæ vrgere possent, quamuis 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.

An idem dicendum sit, si in vno eodemque instrumento repugnantia deprehendantur?

§. VI. Vltimus (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. 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 præpõsteram, quæ reuera contradictionem continet, valere & ita interpretandam esse disponit, ne contradictio appareat, quæ ex errore irreplisse videtur, §. 13. I. *de inutil. stipul.* Si autem aperte pugnantia inter se adsunt, tunc dicendum cum I Cro in l. 158. *pr. ff. de R. I. ubi pugnantia inter se in testamento haberentur, neutrum ratum est,* quin potius tota dispositio tanquam falsa reiicitur l. 13. §. 3. *ff. de reb. dub. l. 16. de condit. instit.* imo merito talis dispositio contra eum interpretanda est, qui clarius loqui & ita ambiguitatem ex contradictione ortam euitare potuisset, qualis autem

tem illa sit, qui clarius loqui debuisset, explicitit Dn. Præses
 Diff. de interpret. faciendâ contra eum qui clarius loqui deb. conf. Gil-
 cken. 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 privatæ 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 cir.
 l. 14. n. 15. ab hac sententia recedit, quamuis enim alias priuati
 documentis fides per publicum instrumentum contrarium sup-
 primatur, si a diuersis personis vtrumque proferatur, tamen
 non idem iuris esse debet, si ab una eademque proferantur,
 cum priuatum documentum contra producentem æque probet,
 ac publicum, conf. Menoch. lib. 1. præf. 45. n. 1. Boerius
 Decif. 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 utilibus, seu in quantum
 sibi profutura esse possint, produxerit, Sichard. ad Cod. cit. l. passibus uti-
 libus instru-
 14. n. 1. Menoch. lib. 2. præf. 45. n. 21. Carpz. P. 1. C. 17. def. 7. & de
 Procès. tit. 14. art. 5. n. 26. sqq. Atque hanc protestationem hoc o-
 perari 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 ordinariæ nullius erit efficaciam, cum ordinariæ instrumen-
 ta parti aduersæ communicari debeant. Proinde plures hanc
 negatiuam tuentur, Goswin ab Esbach ad Carpz. cit. l. n. 4.
 Crauetta conf. 201. n. 6. Berlich. P. 1. concl. 34. n. 21. ex hac ratione,
 quod instrumenta sint indiuidua, & qui illud in uno approbat
 in aliis reprobare nequeat. Distinctione hanc litem tollere sat-
 agit Trentaciu. q. Vol. 2. resol. 3. n. 3. & priorem veram esse exi-
 sti-

• *stimat* in causis plane separatis & instrumento alieno, si aduerfarius protestationi non contradicat, posteriorem vero in cæteris casibus, quam etiam approbare videtur Petrus Gilcken. *cit. l. n. n.* Et hæc sane non caret ratione. Qui enim propria documenta produxerit, non potest ea pro parte improbare aut approbare, nisi forsitan pro illa parte, qua illa reprobatur, manifestum errorem allegare possit, quo ipso hac protestatione illud consequitur, ne contraria protulisse videatur, vtur si aduerfarius iisdem vti velit, postea ex doctrina mox proponenda iudicandum sit, vtum fides ei habenda sit nec ne. Verum si quis instrumenta ab aduerfario producta in certis passibus acceptet, hoc saluo iure suo facere potest, nec statim cetera, quæ sibi aduersantur, probasse videtur, cum potius *κατ' ἀντίπαρον* ita ex concessis contra aduerfarium 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. *cit. l. res. s. n. g.* quod si enim appareat, in posteriori documento recessum esse a contrahentibus a priori voluntate, vel pro parte mutationem susceptam esse, non tam hæc documenta sunt contradictoria quam derogatoria, & sic vltimum demum valet. Sic etiam præterea ex causarum circumstantiis iudicandum, an vera adsit 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 instrumenta inter se colliso sit inter instrumenta a diuersis producta.

An hic ad dignitatem Notarii respiciendum sit.

§. X. Sed pergo ad alterum collisionis membrum, si scilicet tunc fere eisdem regulis utimur, 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. cons. 190. n. 17.* sed quis sit dignior Notarius, non constat. Si hoc ipsum ex diuitiis & ex alijs 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 sint inæqualis roboris, præferendum esse, ceteris paribus, illud, quod maiori fide pollet. Atque hac ratione publicis documentis qui nititur, contra eum probabit, qui priuatis saltim ad suam intentionem fundandam utitur scripturis, Trentacing. lib. 2. var. resolut. resol. 5. n. 11. Possunt tamen aliunde priuatæ scripturæ adminicula maxima accedere, vt æqualem vim cum instrumento publico habeat, nec hoc absolute eisdem præferatur, veluti 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 anteced. Id quod si fieri non possit, æqualis utrique instrumento vis adscribenda, & tunc iudicandum secundum illa, quæ §§. seqq. dicentur.

§. XII. Quando vero instrumenta sunt æqualis roboris, porro (III.) respiciendum ad ipsam causam. Quemadmodum enim cap. 1. diximus pro causa fauorabili esse pronuntiandum in casibus dubiis, idem quoque hic maxime applicandum erit, vt pro illo instrumento iudicetur, quod causæ fauorabili fauet, veluti piæ causæ &c. Trentacing. cit. l. n. 6. Sic cum iura magis faueant liberationibus, quam obligationibus l. Arrianus 47. ff. de Obl. & A. magis quoque in huiusmodi conflictu pro illo instrumento pronuntiandum, 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 est illi documento, quod verosimiliora continet, quemadmodum idem arbitrium iudicis requisimus in collisione testium inter se, quorsum spectat l. optimam 14. C. de contrab. & committ. stipul. & ita in subsidium assumenda illæ circumstantiæ de quibus C. 1. in f. dictum, sed plus hic valet iudicis prudentis iudicium limatum, quam multæ regulæ iudici iudicio carenti præscriptæ. Possumus hic in exemplum adsumere l. Sempronius 47. ff. de leg. 2. ubi casus est talis: Binæ tabulæ eodem tempore scriptæ erant, sed inter se repugnantes, in alteris centum, in alteris

Quod si alterum sit publicum, alterum priuatum.

Respicendum ad causam fauorabiliorem.

Præterea ad verosimilia attendendum.

teris quinquaginta Titio legati sunt. Legatarius petebat centum ex vnis tabulis, heres tantum se quinquaginta soluere obligatum esse dicebat, & hunc in finem alteras producebat tabulas. Erat ergo collisio inter ambas tabulas, & inde quæstio exurgebat, quibus tabulis potius insistendum? respondet Ictus, magis heredi parcendum esse, vt tantum quinquaginta legatarius petere possit, cum in dubio præsumatur defunctus voluisse heredem nimis grauare, qua præsumptione cum adiuentur tabulæ ab herede productæ, illis standū. Semper enim illud documentum, quod maioribus adminiculis 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 dubio pronuncian- dum. §. XIV. Denique quando (V.) nec apparet, quale instrumentum vero proximiora contineat, merito contra eum iudicandū probare debet, qui probare debuit. Neque enim probasse dici potest, qui æqualiter cum aduersario probauit, cum ipsum in probando vincere debeat, ceu in c. 1. inf. dictum. Atque adeo si actor probare debuit, reus absoluentus, si vero huic probatio incumbit, pro actore merito pronuncian- dum. Vt enim alias regula sit, in dubio absoluentus esse reum, tamen hoc suo modo etiam ad actorem recte applicatur, quando reus excipiendo sit actor, l. 1. ff. de except. veluti si compensationem opponat, & debitum fateatur, sic enim dum hanc exceptionem probare debet, quasi actoris vicem intrat, contra cuius probationem actor replicando se defendit, & dum pro eo pronunciat, liberatur ab opposita prætensione aduersarii, Paul. de Castro in l. 14. C. de fid. instrum. inf. Trentacinq. cit. l. n. 8. & 10. Boër. Decif. 252. n. 9.

Conclusio. §. XV. Superesset quidem adhuc, ut 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 destituuntur.





ULB Halle

3

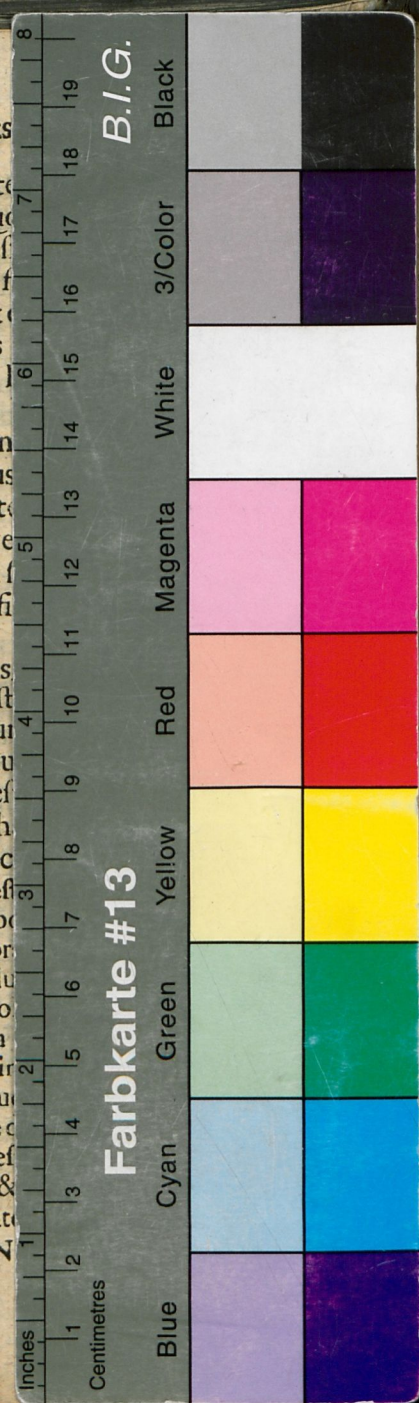
001 512 765



56







25338 b.
1707 *109*
DISPUTATIO IVRIDICA
DE
**COLLISIONE
PROBATIO-
NVM,**

21
QVAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORUSSIAE, MARCHIONE BRAN-
DENB. CETERA,
IN REGIA FRIDERICIANA

PRAESIDE
IUSTO HENNINGO Böhmer / D.
PROF. P. ET FACULT. IVRID. ASSESSORE,
IN

AVDITORIO MAIORI
Ad d. Novembr. M DCC VII.
PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI
SISTIT

CHRISTOPHORVS FRIDERICVS KOCH,
SANGERH. THVR.

HALÆ MAGDEBÜRGICÆ,
Typis JOANN. GRVNERI, Acad. Typogr.