

pturæ aliquod commune negotium referentes, quemadmodum essent libri administrationis initæ societatis, vel documenta ipsum contractum continentia. Pariter c) scripturæ communes censentur esse instrumenta et testamenta inter hæredes et legatarios. 2º) Actor et reus possunt vicissim obligari ad edenda instrumenta necessaria ad probandam actionem, vel exceptionem. Hinc uterque potest exigere ut sibi monstrentur authenticæ et primitivæ scripturæ, quando juridicum exemplar non habeatur. Juxta *cap. 5. h. t.* hæc manifestatio fit a iudice, vel a viris prudentibus destinatis ab ipso iudice, qui actori vel reo postulanti editionem, perlegere debent vel totum instrumentum, vel particulam, in qua cadit controversia. 3º) Nonnulli docent edenda esse instrumenta etiam a reo, quando actor probare potest se amisisse sua instrumenta absque culpa et ex infortunio. Pariter edenda esse instrumenta a reo tradunt, quando actor est persona privilegiata, scilicet Ecclesiæ, hospitalia, pupilli, fiscus. Innituntur *l. 2. ff. de jure fisci.*

15. *Quæritur* utrum qui amisit instrumentum, possit alio modo supplere ejus defectum.

Amitti potest instrumentum vel ex casu fortuito, vel ex facto proprio allegantis, vel ex facto adversarii, qui illud subripuit, laceravit, vel mutilavit.

In genere juxta *l. 1. Cod. de fide Instrum.*, non adeo necessaria sunt instrumenta, ut non possint suppleri per alios legitimos modos probationis. Hinc ex. gr. si adsint duo testes fide digni, qui præsentés fuerunt in confectione instrumenti, quique deponant veritatem actus celebrati, et tenorem instrumenti, valent ad conficiendam probationem, præsertim si etiam accedat testimonium notarii. Ratio est quia vis probativa instrumenti non est in charta et membrana, sed in fide notarii et testium.

Quo posito, si de primo casu sermo sit, probandum est infortunium, seu casus fortuitus, nec non tenor instrumenti. Jamvero ad probandum tenorem instrumenti, sufficiunt simpliciter testes fide digni, si producantur testes, qui præsentés fuerunt negotio de quo confectum est instrumentum. Quod si vero afferantur testes, qui legerunt vel viderunt instrumentum jam confectum, non sufficiunt quicumque testes, sed requiruntur testes periti, quique pares sint ad cognoscendum instrumentum, et ad detegendos ejus defectus substantiales, si fuerint. Hinc testari debent non solum de

rebus et dispositionibus in instrumento expressis, sed etiam deponere debent de valore ipso formali instrumenti.

16. In secundo casu qui allegat amissionem ex facto suo derivantem, præter tenorem instrumenti, debet probare ipsum factum amissionis, nec non excludere fraudem ab eadem amissione.

17. In tertio autem casu, qui allegat amissum instrumentum debet ostendere solummodo factum iniquum adversarii; in reliquis standum est juramento ipsius allegantis, quo declarat tenorem instrumenti. Et hoc in pœnam fraudis *Cf. l. Si de successione Cod. De Prob.*

18. Quid si producatúr constitutio dubia Romani Pontificis præsertim ad probandum privilegium?

Respondet *cap. 8. h. t.*, ubi Pontifex distinguit inter casum, quo constitutio est consona juri communi, et casum in quo non consonat. In primo casu potest recipi, quemadmodum recipitur ipsum jus commune; in secundo casu debet dubium proponi ad dissolvendum ipsi Romano Pontifici. Princeps enim est, qui legem suam dubiam interpretatur juxta *l. ult. Cod. de Legib.*

De instrumentis impugnandis.

19. Variis modis potest impugnari instrumentum. 1º) Ratione causæ efficientis, scilicet notarii. Et a) quidem si revera notarius publicus non fuit qui scripsit instrumentum, neque saltem titulum coloratum habuit. b) Si notarius ob aliquod iniquum facinus publicam amplius fidem non mereatur. Nam *arg. cap. 4. de hæreticis*, hominis indigni nec scripturæ recipiuntur. At videndum est utrum ante crimen notarii, vel post illud exaratum fuit instrumentum. Si post crimen haberi merito debet ceu suspectum. Si præcedenti tempore per se et in genere haberi nequit instrumentum uti suspectum, nisi gravia indicia et præsumptiones dubium ingerant de mala fide notarii.

20. 2º) Impugnari potest instrumentum ex parte formæ publicæ, seu ex causa formali, si deficiant solemnitates requisitæ ad publicum instrumentum habendum.

21. 3º) Ratione causæ materialis. Quod triplici in sensu accipi potest a) si quidem instrumenti materia talis sit, de qua non poterat contractus celebrari ex. gr. quia res est extra commercium posita. b) Quia falsum est, quod in instrumento continetur. c) Quia abrasum est vel corruptum in partibus substantialibus. De utroque hoc altero vitio aliquid dicendum. Et

22. *Quæritur* 1^o) quomodo probari potest falsum esse quod in producto instrumento continetur.

Probatio hæc regulariter fit per testes et a) si testes, qui describuntur in instrumento, quique dicuntur *instrumentarii* sint adhuc viventes, et omnes negent se interfuisse confectioni instrumenti ipsius, vel dicant rem aliter contigisse, quam in instrumento descripta legitur, corrumpitur instrumentum, et fides testium præfertur scripturæ *Cap. 10. h. t. et 5. De Probat.* Ex quibus locis deducitur principium 'probationem legitimam per testes in scriptura adhibitos, prævalere posse probationi per ipsam scripturam'. Ratio est quia testes proprie adhibentur in scriptura, ut compleatur fides instrumenti.

Quid vero si aliqui tantum instrumentarii testes negent se interfuisse instrumenti confectioni, aut aliter rem se habuisse referant?

Distinguendum est inter instrumentum in quo testes adhibentur ad substantialem solemnitatem actus, et instrumentum in quo testes adhibentur præcipue ad effectum probationis actus. In primo casu unus etiam testis, qui instrumento contradicat reddit suspectum ipsum instrumentum. Exemplum affertur in *l. 1. §. 1. ff. Quemadmod. testam. aper.*; in qua traditur suspectum esse testamentum, ideo quia unus ex septem testibus a lege requisitis, dixit suum non esse sigillum in testamento repertum. In secunda hypothesisi si longe major sit numerus testium adversantium instrumento, præ aliis, qui eidem adhærent, instrumentum corrumpitur. *Arg. c. 33. §. ult. de Testib.* Quod si aliqui tantum testes contradicant instrumento, et major pars eidem adhæreat, aut saltem tot testes adhæreant, ut habeatur numerus sufficiens et legitimus testium ad probandum valorem actus, instrumentum sustinetur. Ratio est, quia ob fidem publicam notarii, præsumptio militat pro valore instrumenti, et contra fidem instrumenti non nisi valida et proprie dicta probatio admittenda est, *l. cum precibus. Cod. de Probation.*; cujus summarium est '*stat. instrumento, donec probetur contrarium*'. Cui rationi et alia consonat. Scilicet depositio testium qui favent instrumento, quia positiva est, magis per se facienda est præ depositione adversantium testium, quia negativa est.

23. Etiam testes extranei ab instrumento possunt admitti ad probandam falsitatem instrumenti; sed si directe impugnare satagunt instrumentum, debent probare se interfuisse toti negotio, de

quo agitur in instrumento, designando circumstantias, quæ peractum negotium determinant, simulque edicere debent negotium aliter gestum fuisse, ac in instrumento exhibetur, id est declarare debent falsitatem instrumenti. *Cap. 5. De Probat. et gl. fin. ib.* Hæc omnia necessaria sunt, secus posset assertio testium referri ad aliud instrumentum, distinctum ab eo quod impugnant. Indirecte autem extranei testes possent impugnare instrumentum, si demonstrent vel unam ex partibus principalibus, vel testes, vel ipsum notarium, tempore confecti instrumenti, alibi commoratos fuisse. *Abb. in cap. 10. h. t. Cum Joannes.* Testes vero extranei ut vires instrumenti elidant, illudque falsum esse demonstrent, debent esse a) omni exceptione majores, *l. Optimam. Cod. de contrahend. Stipulat.*; b) eam probationem præferre debent, quæ superet probationem, quæ militat pro valore juridico instrumenti. Hinc si testes descripti in instrumento adhuc vivant, quique cum notario deponant pro valore instrumenti, ad impugnandum instrumentum saltem una plures personæ requiruntur omni exceptione majores, *l. 14. Cod. de contrahend. stipul.* Quod si mortui sint notarius et testes in instrumento descripti, communiter tenent, duos vel tres testes sufficere ad scopum. Ratio est quia agitur de concursu probationum contrariarum in quo major excludit minorem. Jamvero magis creditur duobus vel tribus testibus omni exceptione majoribus, qui sub fide jurisjurandi deponant, quam chartæ mortuæ, in qua licet adsint scripti testes, tamen sub juramento interrogari non possunt, utrum revera præsentis fuerint in confectione instrumenti, et utrum cognoverint omnia rite processisse. Ita Panormitanus in *cap. 10. h. t.*

24. Quid dicendum si scriptura privata impugnetur tamquam non scripta, vel subscripta ab eo cui tribuitur?

Cognitio et probatio authenticitatis vel falsitatis scripturæ fieri debet 1^o) per testes omni exceptione majores, qui si producantur ad probandam veritatem privatæ scripturæ, debent testari de actu externo confectionis scripturæ, simulque de ejus tenore. Si vero deponant de falsitate ejusdem, sufficit ut indirecte probent tali die et loco confici non potuisse scripturam, de qua quæstio est.

2^o) Cognitio et probatio fieri potest per collationem literarum, seu peritiam calligraphorum. Hæc probatio olim sufficiens reputata fuit ad probandum juxta *l. 20. Cod. h. t.* At post *Aut. Cod. At si contractus eod. titul.* recipitur ceu semiplena probatio, ob facilem imitationem literarum, quæ fieri potest.

25. Ex vitio in ipsa materia instrumenti redditur suspectum instrumentum, et proinde impugnari potest, si fuerit corruptum, abrasum, vel deletum in partibus substantialibus, non vero si vitium hoc in accidentalibus reperiatur. Prior pars conclusionis evincitur ex *cap. 6. h. t. et 7. De Religiosis domibus*. Secunda pars conclusionis probatur ex *cap. 3. h. t. et cap. ult. de crimine falsi*.

Jamvero partes substantiales instrumenti censentur esse designatio loci et diei confecti instrumenti, nec non contrahentium nomina, contractus et pacta, seu conditiones contractui appositæ.

TITULUS XXIII.

De Præsumptionibus.

1. Ut factorum veritas in tuto et aperto poneretur, præter proprie dictas probationes, a legibus introductæ sunt *præsumptiones*, quæ verum facerent apparere et agnoscere, ante ipsam probationem. Generica notio præsumptionis est, ut dici possit 'rationalis conjectura rei dubiæ collecta ex argumentis et indiciis, quæ per rerum naturam frequenter eveniunt'. Scilicet positis quibusdam adjunctis, rationalis persuasio in animo nostro gignitur, rem ita se et non aliter habuisse.

2. Præsumptio alia est *juris*, alia *hominis*. Præsumptio juris, quæ etiam dicitur *canonis et legis*, ea est, quæ in legibus ipsa expressa legitur. Scilicet quando argumenta et indicia considerantur ab ipsa lege, et vi legis faciunt arguere rem ita contigisse et non aliter. Præsumptio hominis seu judicis est, quæ in lege non designatur, sed judicis prudenti arbitrio remittitur, ut ex qualitate circumstantiarum rationalem facti conjecturam concipiat, et persuasionem sibi in animo firmet.

3. *Queritur* quid valeant in judicio præsumptiones tum hominis tum juris.

Sit primum de præsumptione hominis. Præsumptio hæc alia est *levis*, alia *gravis*, alia *violenta*, seu *gravissima*. Levis ea est, quæ concipitur ex indiciis, quibus positis, vix aliquando contigit id, quod præsumitur evenisse, ex gr. si quis videns hominem cum muliere colloquentem, illico crimen adulterii præsumeret. Jamvero cum hæc præsumptio ex causis prorsus insufficientibus concipiatur, temeraria dicitur, et potius dicenda est suspicio, quam

vera præsumptio. Quare merito rejicitur *in can. oves. c. 6. q. 1. et cap. 43. De sent. excomm.*, quia judex non ex temeritate, sed ex prudenti consilio procedat oportet.

4. Præsumptio gravis est ea, quæ concipitur ex adjunctis et indiciis, quibus positis, experientia docet ordinario contigisse id, quod præsumitur. Hinc si aliter se res haberet, esset casus extraordinarius, et præter consuetam regulam experientiæ. Præsumptio hujusmodi vere rationalis est, et quia veram probabilitatem eventus profert, dicitur etiam probabilis. Præsumptio hæc arg. *cap. 43. de Sent. excomm. § fin.; et cap. 13. h. t.* probationem veram non facit, sed solummodo semiplenam probationem. Indicia enim per se et ordinaria experientia propriam cognitionem facti non gignunt, nec proinde sufficienter instruunt judicem, qui procedere debet juxta acta et probata. Quare posita probabilis præsumptione, judex vel poterit juramentum suppletorium deferre parti pro qua militat præsumptio, vel ei contra quem militat præsumptio intimare poterit, jure communi inspecto, purgationem canonicam ab impacta accusatione, vel melius, juxta hodiernam praxim exigere ab eodem ut sese defendat.

5. Præsumptio gravissima, quæ etiam dicitur vehemens et violenta, ea est, quæ licet a legibus non prævideatur, tamen concipitur ex adjunctis et indiciis adeo proximis et evidentibus, ut illis positis, non solum res, ita soleat evenire, sed etiam si aliter eveniret, esset casus prorsus inverosimilis. Præsumptio hujusmodi licet non excludat probationem in contrarium adductam, tamen in civilibus transfert onus probandi in adversarium, et pro certitudine habetur, quoadusque evidentissime non constiterit contrarium; scilicet nisi evidenter probetur contrarium, præsumptio violenta veram probationem affert, et concludere facit in causa. *Cap. veniens 3. de Presbyt. non baptiz. et cap. 12. h. t.* Exemplum hujusmodi præsumptionis affertur *in cap. 2. h. t.* deductum ex judicio Salomonis, qui ex violenta præsumptione sententiam tulit sapientissimam. Exemplum etiam reperiri potest *in cap. 10. h. t.* Hinc ex præsumptione adulterii si vir fuerit repertus solus cum sola muliere, et nudus cum nuda in eodem lecto, potest decerni divortium et dotis restitutio. *Cap. 12. h. t.*

6. Dixi *in civilibus* nam in criminalibus violenta etiam præsumptio non recipitur, ceu sufficiens ad sententiam ferendam, et ad applicandam pœnam juxta articulum codicis criminalis. *Cap. 14.*