

1 Et quoniam tempore allegari potest, manifeste docuit Purpur. in d.l. cum quid. num. 15. v. l. vlt. declaratis. ff. si cert. pet. Quocirca allegari potest tempore quo offertur libellus, declarando tamen, ut diximus supra quod ne ab hac secunda in secunda declaratione. Potest etiam allegari tempore, quo positiones dantur. Ita Purpur. in d.l. cum quid. num. 152. post Bart. in l. rem alienam. col. 2. ff. de pignorat. & Alex. in conf. 64. nu. 7. lib. 3. qui tamen vix hoc sensit. Potest etiam allegari post conclusionem in causa, ut tradunt Abb. in cap. dudum. de elect. Alex. in l. vnica. num. 5. C. ut quæ delunt advoca. Dec. in l. cum quid. in 2. lectura. num. 25. ff. si certum petat. & in l. non hoc. in 2. notab. C. vlt. de legit. Claudius Seytelius in l. Celsus. num. 42. ff. de vlt. cap. Purpur. in d.l. cum quid. num. 153. Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 21. num. 2. Potest etiam allegari tempore quo alie allegaciones fiunt. Ita Butr. in c. peruenit. num. 7. de empt. & venditio. Afflic. in decif. 178. nu. 15. post Alexandrum, quem citat Alc. in d.l. cum quid. num. 42. & ibid. Bologn. nu. 66. in fin. Idem respondit Thobias Nonius in consil. 24. nu. 18. in fin. Hinc egregie scripsit Bald. in tract. de pactis. num. 1. debitorum post conclusionem in causa obijcere posse non numeratæ pecuniæ exceptionem, cum exceptio hæc ipso iure probetur ante biennium, & debitor per legem dicitur hæc ipsam exceptionem probare, quam quidem eo ipso probat, quod non probatur contrarium, atque ita iuris præsumptione. 2. C. de non num. pecun. & l. super seruis. C. qui milit. non poss. Ceterum à Baldo dissentiunt Emanuel Costa in repet. l. si ex cautione. in verbo, exceptione opposita. nu. 6. C. de non num. pecun. Ea ratione, & argumento adductus, quod aut debitor est confessus se mutui causa pecuniam debere. Et tunc (ait ille) lex non præsumit, quod ei non fuerit numeratum, imò interim credit veram esse confessionem illam. Aut debitor opponit exceptionem, qua opposita lex incipit præsumere, non fuisse factam numerationem. Et tunc est videndum, quo tempore exceptio ista possit opponi, & dicendum est, opponi debere tempore probationum, cum sit ad fundandam ipsius partis intentionem, non autem ad coadiuvandam.

Hæc consideratio coprobatur potest ex his, quæ diximus supra quod ne ab hac secunda, in prima declaratione, quod iuris præsumptio allegari non possit in libello, nisi reperatur in termino probatorio. Confirmatur quoque ex traditione Bart. in l. eum qui. §. qui ita. num. 4. ff. de verbor. obligat. quam communem ibi appellat Alex. num. 6. & Iaf. num. 12. quarit Bar. an exceptio, quæ opposita non fuit, possit allegari tempore allegationum iuris? Et distinguendo Bart. tandem dixit, quod opponi debuit, intelligo ego in termino probatorio.

Præsumptiones, coniectura, & indicia, sine facta, & dicta, ex quibus illæ oriuntur, quomodo, & quos testibus probari debeant?

S V M M A R I V M.

- 1 Actus omnis regulariter duobus testibus probatur.
- 2 Mutuum duobus testibus probari.
- 3 Divisio patris facta inter filios, duobus testibus probatur.
- 4 Homicidium testimonio duorum, directo, & immediate probari.
- 5 Actus aliqui ad sui probationem directam, principalem, & immediatam, requirunt maiorem testium numerum.
- 6 Testamentum vel confectum, vel reuocatum, septem testibus probari debet, num. 7.
- 8 Codicilli aut confecti, aut confecti reuocari coram quinque testibus debent.
- 9 Substitutio expressa pupillaris, quando non contineat tacitam vulgarem.

10 Testatorem animo compensandi creditori suo legasse quomodo probetur.

11 Probatio ex conuentione partium si non admittitur contra scripturam, per testes vel scripturam aliam, quæ probatio possit admitti.

Q V A E S T I O L I I.

QVAERO quinquagesimo primò quomodo, & quot testibus probentur præsumptiones, coniectura, & indicia, siue facta & dicta, ex quibus illæ oriuntur? Hæc de re varia, diuersa ac non parum perplexa Doctores nostri scripserunt. Crediderim ego distinguendos esse duos casus tantum.

Primus est, quando versatur in illis actibus, qui ad sui probationem directam, principalem, & immediatam, requirunt necessarios duos testes tantum. Id quod regulare est in omnibus actibus, cum in ore duorum, vel trium stet omne verbum. Matthæi cap. 18. relatum in cap. notitide iudicij. Acta itaque inter contrahentes, litigantes, delicta perpetrantes, vel patres disponentes inter filios, & similes duorum testimonio, directo, principaliter ac immediate possunt probari, sicuti manifestum est. Hoc sanè casu, si agatur de probando aliquo actu indirecto, & mediato, ex quo elicitur coniectura, præsumptio, & indicium, quo actus ipse principalis probetur, duo etiam testes sufficiunt. Primum sit exemplum ex Bart. in l. ad monendi. nu. 4. ff. de iureiur. Est certum quod mutuum probatur testimonio duorum, modò si testibus iam constaret mutuum datum esse pecuniam, sed de quantitate non apparet, cum testes ignorarent quæ summa fuerit numerata. Illa quantitas poterit coniecturis & indicij probari, nempe probando, quod debitor iam petierat decem sibi mutuo dari. Hæc petitio, & actus, ex quo oritur coniectura, quod deinde creditor decem numeravit, probari potest, & debet testimonio duorum. Ita Bart. in d.l. ad monendi. nu. 40. quem secuti sunt Alex. in consil. 5. num. 4. lib. 1. Decius in consil. 536. num. 12. qui alios recenset.

Secundum exemplum est in diuisione, quo facit pater inter filios in testamento. Illa enim probari satis potest duobus testibus directo, & immediate. Natta l. hac consultiissima. §. ex imperfecto. numer. 152. C. de testamen. Si ergo dubitatur, an pater eam diuisionem seu testamentum habuerit pro perfecto, atque ita quod suo voluerit disponere, indicij, & coniecturis, siue factis, & dictis, ex quibus coniectura, & indicia suæ voluntatis oriuntur probatur. Hæc facta & dicta, siue indicia, & coniectura, duobus testibus probari satis possunt. Ita censuit gl. notab. in l. vlt. in verbo indicij, C. famil. ercisc. & ibi eam secuti sunt Bar. num. 2. Bald. nu. 3. Et idem Bald. in l. 2. in princ. vlt. extra quæro. ff. de excusat. adductus auctoritate di. l. vlt. scripsit, indicia, & coniecturas tangere factum indirectè, & ob id debere probari duorum testimonio. Et glossam illam ut notabilem, & singularem, secuti sunt Angel. in l. vlt. in fin. princ. ff. quod met. caus. Alex. in consil. 5. num. 4. & in consil. 13. num. 18. lib. 1. Petra sancta in sing. 8. in fine.

Tertium exemplum in delictis, ut puta in homicidio, quod si quidem testimonio duorum directo, & immediate probari potest, vt si duo affirmant, vidisse Caium occidere Sempronium. Modò si directò homicida probari non potest, vt quia nulli aderant testes, sed agatur de probando aliquo actu, ex quo colligi possit indicium, & coniectura quòd Caius occiderit, vt puta, Caij fuga, vel gratis inimicitia, vel simile aliud indicium. Hoc sanè indicium testimonio duorum probari poterit. Ita in specie Ang. in d.l. vlt. in fine princ. ff. quod met. caus. & alij multi, quos referam infra in q. 91. in 2. casu, consil. 13. num. 18. & in consil. 18. col. vlt. lib. 1.

5 Secundus est casus, quando versatur in illis actibus, qui

qui ad sui probationem directam, principalem, & immediatam requirunt necessariò maiorem numerum testium quam duorum, sicuti cõtingit in testamentis, & codicillis. In testamentis enim ad probandum dispositionem ipsam directam, & immediatam testatoris, septem testes necessariò requiruntur, sicuti scribunt omnes, vt Bar. in l. hæres palam. §. si quis post, nu. 4. ff. de testam. & ibidem Castr. nu. 13. Aret. in gl. 1. Idem egregie respondit Oldrad. in consil. 297. num. 7. Qui quidem vno ore affirmant, quòd si quis vult probare Caium confecisse testamentum, & in eo hæredem fecisse Sempronium, hoc testimonio septem testium probare debet, cù tot requirantur ad ipsius testamenti confectioem, l. hac consultiissima. C. de testam. & in l. de testam. in princ.

Ita contra, si quis vult probare Caium testatorem expressum reuocasse testamentum, & se confectum, probare hoc debet septem testibus, sicuti in specie tradunt Doct. in d. §. si quis post.

Nam non minus, quam coram septem testibus potest testator iam a se confectum testamentum reuocare, §. ex eodem, in inflit. quibus mod. testam. inflit. & ibidem Doct. & in Auth. hoc inter liberos. C. de testam. ibi post alios Natta nu. 9. & 10. Idem est dicendum de codicillis qui non possunt confici, vel confecti reuocari expressè, nisi coram quinque testibus. l. vlt. C. de codicillis. & in specie tradunt Aret. in d. §. si quis post, col. 4. vlt. ad primum dictum adde. & Natta in consil. 363. nu. 16.

Hoc itaque in casu, si de reuocatione tacita testamenti, vel codicillorù ageretur, iuxta l. 4. ff. de adm. leg. vbi ob superuenientem inimicitiam inter testatorem, & hæredem, vel legatarium, præsumitur testatorem penitus se suæ dispositionis, atque ita reuocare, seu adimere voluisse legatum, & fideicommissum, si itaque ageretur de probando illa inimicitia, & sic illo actu, ex quo oritur coniectura mutata voluntatis, is inquam actus probari poterit testimonio duorum. Ita scripserunt Aret. in d.l. hæres palam. §. si quis post, in gl. 1.

Est simile quod docuit Bar. in l. 2. num. 39. ff. de vulg. & pupil. substit. cum dixit, quod aliquando ex coniecturata voluntate testatoris substitutio certa pupillaris cõprehensa in expressa vulgari excludit matrem. Et inter alias coniecturas hæc est, vt si testator aliquid dixit extra testam. ex quo dicto possit colligi voluisse, quod mater excluderetur. Et hæc quidem verba extra testamentum prolata, probari possunt testimonio duorum testium. Ita in specie respondit Corn. in consil. 239. col. penult. lib. 2. quem secutus est Paris. in consil. 34. num. 56. lib. 2. & dicemus infra lib. 4. præf. 39. vbi explicabimus, quando mater excludatur ex tacita pupillari substitutione.

Est & alia coniectura, vt quando testator odio habuit matrem illam, sicuti Bar. ibidem, nu. 43. docuit, & quem secuti sunt multi, quos congeram in d. præf. 8. in quinta coniectura. Hæc autem coniectura, seu hic odij actus, probari poterit duobus testibus, quemadmodum affirmant Bar. in l. fideicomis. C. de fideicomis. & apertius Aret. in d.l. hæres palam. §. si quis post, in gl. 1. ff. de testam. & Alex. in consil. 100. nu. 12. lib. 4. qui secutus Bar. in d.l. 2. nu. 40. & 42. ff. de vulg. respondit simili in casu, nempe coniecturam, qua colligitur testatorem voluisse quædam substituere, posse probari testimonio duorum. Et inter alios recenset Alexander eiusdem opinionis Oldradum in consil. 297. in secundo dubio, qui nu. 7. respondit, quod quando agitur de probanda coniectura, qua testatoris voluntas declaratur, duo testes sufficiunt. Est simile quod scribunt Bal. & Salic. in l. quamuis. C. de impuber. & alijs substit. ille, nu. 1. iste, col. vlt. vlt. quæro extra glossam. Cum dixerunt, substitutionem expressam pupillarem, continere tacitam vulgarem cum reuocata coniectura voluntatis testatoris. Quæ quidem coniectura secundum Baldum, Salicetum, & Alexandrum duobus

testibus probari potest. Hic enim agitur solum de probanda coniecturata continencia, quam alias lex facit, quod vulgaris expressa contineat pupillarem tacitam, non autem agitur de probando directò contra voluntatem testatoris, quo in casu loquitur gl. 1. cum proponeretur, de leg. 2. Quæ de re differemus etiam in l. lib. 4. præsumpt. 57. vbi explicabimus, quando & quibus in casibus substitutio vulgaris expressa contineat tacitam pupillarem in prima declaratione.

Est penè simile quod scripserunt Bal. Castr. & Alex. in l. 2. C. de bonorum posses. secund. tab. & ibi Iaf. nu. 13. & Dec. nu. 7. Cum dixerunt, quod si non fuit expressum in testamento patrem reliquisse filio legitimam titulo institutionis, & agatur de probanda coniectura, quod pater titulo institutionis relinquere voluerit, hæc coniectura duobus testibus probari poterit. Et hanc sententiam probauit etiam Ruin. in consil. 1. num. 8. lib. 2.

Est quoque simile quod docuit Alb. in l. filia legatorum. C. de leg. cum dixit, coniectura probari testatorem legasse suo creditori animo compensandi. Et coniecturam illam posse duorum testimonio probari. Et Alb. secutus est Afflic. in decif. 44. num. 16.

Et huius quidem casus, ac traditionum commemoratarum ratio est, quia hic agitur de declaranda testatoris voluntate, an scilicet eius voluntas, & animus talis fuerit, vel non. Quæ sanè ratio cum versetur circa testamentum, vel codicillos iure validos, probari satis potest duobus testibus, vt scripsit Bart. in d.l. hæres palam. §. si quis post, nu. 4. ff. de test. quem secuti sunt Castr. ibid. nu. 13. & Aret. in gl. 1. Idem Aret. in l. ideoque, in l. ff. de lib. & posth. Imol. in l. cū proponeretur, col. 1. vlt. sed aduerte. ff. de leg. 2. Alex. in consil. 54. nu. 5. lib. 3. & in consil. 100. nu. 12. lib. 4. qui eiusdem sententiæ recenset Oldr. in consil. 297. nu. 7. idem responderunt Corn. in consil. 174. in fin. lib. 2. Paris. consil. 27. nu. 25. in consil. 34. nu. 36. & in consil. 94. num. 46. lib. 2. & idem in consil. 13. num. 14. lib. 3.

Prædictis addi etiam illud potest, quod ex Baldo & alijs scripsit Afflic. in decif. 13. nu. 26. quod etsi cõtra scripturam ex partium conuentione non admittitur contraria probatio per aliam scripturam, vel testes, attamen admittitur probatio indirecta, quæ quidem duobus testibus fieri potest. Quod etiam attingemus in l. in q. 65. in fine.

Præsumptionis allegationem, quam aliqui Actor vel Reus prætermisit, suo ex officio iudex supplere an possit, & debeat.

S V M M A R I V M.

- 1 Iudex præsumptionem à parte allegari prætermisam, supplere potest.
- 2 Iudex ea quæ notoria sunt supplet.
- 3 Iudex præsumptionis allegationem omisam, quando non tenetur supplere.
- Et quando sic. num. 4.
- 4 Iudex ea quæ iuris sunt tenetur supplere.
- Et quæ à statutis sancita, num. 6.
- 5 Idem in consuetudine notoria. num. 7.

Q V A E S T I O L I I I.

QVAERO quinquagesimo secundo, si præsumptio illa iuris, quæ à parte ipsa allegari debet, non allegatur, an eam supplere possit, & debeat iudex? Hæc quod duo habet. Vnū an iudex supplere possit? alterū, an debeat? Quoad primum, opinor nullū esse dubium, si quin possit. Ita scripserunt Abb. in c. peruenit. n. 6. de emp. & vendit. & ibidè Ant. Burgos nu. 6. & apertius idè concedunt Dec. in l. cum quid. in 2. lectura, nu. 16. ff. si certum pet. & ibidem Purpur. nu. 150. ex simili traditione Angeli in l. vlt. col. vlt. vlt. nam post ff. de petit. hered. Cum dixit, si iudicem posse supplere ea, quæ notoria sunt. Et idem

quod Angelus docuit, clarius Alex. in l. cum qui. §. qui
ita, nu. 6. ver. & tenendo. ff. de verb. oblig. Quibus acce-
dit Ripa in l. 4. §. hoc autē iudiciū. ff. de damno infecto.
Quocirca malè censuit Afflic. in decif. 345. nu. 7. Cum
dixit, iudicem nō posse allegare hanc præsumptionem.
Ita etiam malè visus est sententia Feli. in c. afferte, nu. 4. de
Præsumpt. dum voluit solum, duobus in casibus iudicem
posse sequi præsumptionem à parte non allegatam, nem-
pe quando præsumptio resultat aliunde, quam ex facto
eius, de cuius favore agitur. Et quando ipsa præsumptio
resultat ex actis, quæ reddunt rem notoriam. Imola verò
in d. c. peruenit, nu. 9. in fi. ver. tu potes dicere, scripsit,
iudicem posse supplere hanc præsumptionem, quando
quis locupletaretur cum aliena iactura.

Quo verò ad secundum, an iudex teneatur supplere
hanc omiffam allegationem præsumptionis iuris, dubi-
tatio est non mediocris. Nam quòd supplere non teneat-
ur, manifestè sentit Purpur. in d. l. cum quid, nu. 5. o. ff. si
cert. pet. Ego verò distinguo duos casus.

3 Primus est, quando pars nullum factum deduxit in
iudicio, ex quo hæc iuris præsumptio colligi possit. Hoc
sanè casu iudex nō solum non habet, sed nec etiam po-
test supplere hanc iuris præsumptionem, cū eam, etiam si
vellet colligere non possit. Et propterea, cum pars non
deduxit factum, videtur quodammodo ei renunciaffe, si-
cuti & alias supra diximus.

4 Secundus est casus, quando pars iam deduxit in iu-
dicio factum, ex quo resultat iuris præsumptio. Hoc in
casu opinor iudicem teneri supplere allegationem ipsam
præsumptionis. Siquidem hæc præsumptio dicitur esse
quid iuris, nō autem quid facti, vt declaravi supra q. 1. r.

5 Atqui iudex tenetur supplere hanc præsumptionem. Il-
la minor probatur ex l. vnica. C. vt quæ desunt aduocat.
& c. Et ad rē propius tradit post alios Ripa in l. 4. §. hoc
autem iudiciū, nu. 3. ff. de damno infecto, quo loci nu.
32. scripsit, iudicem teneri supplere ea, quæ sunt à sta-
tutis sancita, & num. 34. idem esse dixit, quoad consuetu-
dinem prænotoriam. Et ibi rejicit contrariam Alexandri
traditionem, quam pro se Purpur. loco præallegato ad-
duxit. Et huc pertinet exempla, quibus vtitur Ant. Bur-
gos in c. peruenit, nu. 5. de emp. & vend. Et primò dū ait,
q. cum ex possessione de præterito præsumatur possessio
de præterito, vt diximus infra lib. 6. præsumpt. §. 8. sufficit
allegare possessionem præteritam, quia inde colligitur
præsumptio iuris, q. possideat de præterito. Ita etiam &
secundo scribit Ant. Burgos, cum ex diutina præstatione
insurgat præsumptio, quòd ad fuerit causa ita præstandi,
sufficit allegare ipsam præstationem, quia inde resultat
præsumptio, quam sic supplere iudex debet.

6 Atqui iudex tenetur supplere hanc præsumptionem. Il-
la minor probatur ex l. vnica. C. vt quæ desunt aduocat.
& c. Et ad rē propius tradit post alios Ripa in l. 4. §. hoc
autem iudiciū, nu. 3. ff. de damno infecto, quo loci nu.
32. scripsit, iudicem teneri supplere ea, quæ sunt à sta-
tutis sancita, & num. 34. idem esse dixit, quoad consuetu-
dinem prænotoriam. Et ibi rejicit contrariam Alexandri
traditionem, quam pro se Purpur. loco præallegato ad-
duxit. Et huc pertinet exempla, quibus vtitur Ant. Bur-
gos in c. peruenit, nu. 5. de emp. & vend. Et primò dū ait,
q. cum ex possessione de præterito præsumatur possessio
de præterito, vt diximus infra lib. 6. præsumpt. §. 8. sufficit
allegare possessionem præteritam, quia inde colligitur
præsumptio iuris, q. possideat de præterito. Ita etiam &
secundo scribit Ant. Burgos, cum ex diutina præstatione
insurgat præsumptio, quòd ad fuerit causa ita præstandi,
sufficit allegare ipsam præstationem, quia inde resultat
præsumptio, quam sic supplere iudex debet.

7 Nunc dicamus de sola præsumptione iuris, in qua
quidem aliquot casus præter aliorum ordinē distingo.
Primus est casus, quando libellus propositus in actione
personalis pro mutuo, ita conceptus est. Peto, vt mihi re-
stituas centum, quæ tibi mutuo dedi. Hic casus non ha-
bet probabilem dubitationem, quin libellus concludat,
ex quo præsumptio est, q. si tibi mutuo uis, sis adhuc obli-
gatus restituere, atque ita non habent hæc verba inclu-
sam aliquam negatiuam. Ita docuit Bart. in d. l. certum.
§. 1. in fin. ff. de confess. quem secuti sunt Butr. in c. 2. col.
5. ver. communis opinio, de libel. oblat. & ibidem Imol.
col. 3. ver. sic, sed an sufficiat. Sequitur ergo dicendum li-
bellum procedere, cum sufficiat, q. præsumptio è con-
cludat præsumptione iuris, l. omnes. §. Lucius, ff. de his, quæ
in fraud. cred.

Secundus est casus, quòd libellus propositus in actione
personalis pro mutuo ita conceptus fuit. Peto vt mihi
restituas centum, quæ tibi mutuo dedi, ad quæ fuisti obli-
gatus. Hic casus vt habere maiorem dubitationem, ob
illa verba, ad quæ fuisti obligatus. Quæ quidem hūc sen-
sum habere videntur, secundum Cynum relatum à Bar-
tolo in d. §. 1. vt in clusam habeant negatiuam, ac si dixis-
set, ad quæ fuisti obligatus, etsi nunc non sis obligatus.
Nā (ait Bar.) cum de vno tempore pono, de alio videor
negare, l. statuliber. §. 1. de legat. 2.

Ceterum, reiecto hoc sensu Bar. & sequaciū, rectius di-
cere possumus sensum horum verborū, ad quæ fuisti obli-
gatus, esse, ac si dixisset, ad quæ centum mutuo data fu-
isti obligatus eo tempore dati mutui, vt deinde illa resti-
tueres. Atq; ita referuntur hæc verba ad factum, non autē
ad ius. Vel si ad ius referuntur, intelligi pnt ad ius tacitè,
vt l. mutuo suscepto, ius obligationem introduxerit,
vt teneatis suo tpe restituere. Et hic sensus suaderetur,
quia in dubio libellus interpretari debet secundū men-
tem libellantis, l. si quis intertione. ff. de iudic. Mens autē
libellantis creditur illa, ne suus libellus sit à se frustra po-
rectus, sed q. valeat iuxta regulā l. quoties. ff. de reb. dub.
Præterea, si Actor petat centum sibi restitui, manifestè si-
gnificat, se intelligere, q. ille Reus conuentus sit & nunc
obligatus. Alias rationes receperbo infra in tertio casu.

Quocirca in specie huius casus libellum hunc concludere,
& de iure procedere, scriperunt aduersus Bart. Butr.
in d. c. 2. col. 5. ver. pro hoc videtur, de libel. oblat. & ibi-
dem Imola col. 3. ver. sed si dicerem. & Ale. in tract. de
præsumpt. 2. præsumpt. 12. nu. 2. adeo veram esse sentit opi-
nionem hanc, vt eam pro regula admiserit.

Tertius est casus in eadem actione reali pro mutuo,
quando actor ita libellum proponit, dico, quòd ego di-
xi Caio, tolle istam pecuniam, & ipse recepit, quam ne-
gat mihi restituere, ideo peto ipsam mihi condemnari.
Hic casus habet pariter non leuem dubitationem, an li-
bellus iste procedat, & concludat, ob id q. præsumptio
sit, ex illis verbis causatum fuisse mutuum, non autem
donationem, opinio fuit Bartoli in l. cum quid, nu. 13.
ff. si

ff. si cert. pet. hunc libellum non concludere, nec proce-
dere. Et cū eo senserunt Alex. ibi Purpur. nu. 138. Curt.
Iun. & comunè esse asseruit ibidem Bologn. nu. 66. Idem
respondit Alex. in conf. 1. nu. 42. lib. 5. & vberius Imol. in
c. super hoc, nu. 14. de renūc. Ea ratione motus est Bart.
quod dicitur esse factū ipsius partis, ex quo resultat ip-
sa præsumptio facti mutui, quæ præsumptio tamquam à
facto ipsius partis proueniens, allegari debuit, vt multis
exemplis diximus supra q. 36. Verius dicere possumus ex
sententia Imolæ præcitato loco, ac etiam Iasonis in re-
peditio. d. l. cum quid, nu. 26. hoc esse factum quoddam am-
biguum, quod erat à libellante declarandum.

Ceterum ab hac opinione dissentit Rom. in d. l. cū
quid, & ibid. Dec. in 2. lect. nu. 27. & Decium visus est se-
qui Bellon. lib. 2. supput. iur. c. 6.

Primò adducti sunt autoritate eiusdem Bar. in l. Au-
relius. §. Stichus. ff. de liber. leg. quod loci dixit Bar. suffice-
re, quod in libello dictum sit, quod res amouit, quare pe-
tit condemnari de furto. Nā intelligitur, quod res amo-
uit per furtum. Huic tamen considerationi satisfacit
Alex. in d. l. cum quid, dum inquit diuersos esse terminos
traditionis Bar. in d. leg. cum quid, ab illis in d. §. Stichus.
Nam in d. §. Stichus. conclusio libelli declarat, quod ibi
agebatur actione furti, sed in casu nostro ex Bart. in d. l.
cū quid, nec ex expressione causæ, nec ex libelli cōclusio-
ne colligi poterat, an contractum fuerit mutuum. At que
ita etiam declarat Fulgos. in l. si quis nec causam. §. 1. in
fi. ff. si cert. pet.

Secundò monetur Decius ex traditione eiusdē Bar. in
d. l. cum quid, nu. 11. Cum dixit, sufficere, quod testes di-
cāt, se vidisse numerare pecuniam, quia etiā si nil dicant
de mutuo, attamen insurgit præsumptio iuris quòd con-
tractum fuerit mutuum.

Ergo idem est dicendum in libello Actoris, cum vni-
formiter factum se habeat.

Ceterum responderi potest, illud factum à testibus
narratum, suppleri à lege, ex quo nulla adscribi potest
culpa parti non declaranti, sed diuersum est in libello,
qui ab Actore ipso declarari potuit, vt sup. q. ab hac 2.
explicabimus.

Tertiò adducitur Decius autoritate eiusdem Bart.
in d. l. certum. §. 1. ff. de confess. Cum dixit libellum pro-
cedere, in quo Actor dixit se mutuo esse, etsi nil de obli-
gatione dixerit, quia ex iuris præsumptione illa insurgit.
Verum facile potest responderi in casu Bar. in d. l. certū.
§. 1. actus ille mutui narratus in libello quicquam aliud
quam illam obligationem ad restituendum tacitè subin-
tellectam à lege, & eam quidem continuam inferre non
potuisse, sed diuersum in casu nostro, vbi ex illis verbis,
tolle hanc pecuniam, aliud quam mutuum potuit cau-
sari. Ex qua responsione cessat quod dicebat Deci. præ-
sumptionem mutui, & obligationis colligi ex ipso libel-
lo. Nam negari hoc facile potest ex prædictis. Et hac de
dubitatione, quando scilicet aliquis dixit, tolle hanc pe-
cuniam, an mutuo dare, vel donate præsumatur, disere-
mus infra lib. 3. præf. §. 4.

Hunc casum declarat Fulg. in d. l. cum quid, col. vlt. in
princ. ff. si certum pet. & cum eo ibid. Ias. in repet. nu. 32.
& Purp. nu. 148. ver. 2. lmit. vt intelligatur quando pars
opponit. At secus ea non opponente, quia tunc libellis
procedit. Ita dicimus multa præmitti parte non oppo-
nente, quæ alias rejicerentur, vt tradunt Dec. in l. in am-
biguis. §. non est nouum, nu. 9. ff. de reg. iur. & in consil.
479. in fi. Ruin. in cons. 3. nu. 10. lib. 3. & plura similia cō-
gerit Crau. in cons. 3. nu. 2. & in cons. 220. nu. 5. & 6.

Quartus est casus in actione reali, vt in actione rei vē-
dicationis, quando actor dixit in libello, se fuisse domi-
num fundi, quem sibi restitui petit. Hoc in casu non pro-
cedere hunc libellum scripsit Bar. in d. l. certum. §. 1. nu. 7.
2. ver. Cynus respondit. ff. de confess. & cum eo senserunt

Ang. in l. si rem. ff. de rei vend. Comens. in consil. 71. viso
processu. Ful. in c. afferte, nu. 10. propè medium. de præf.
Mouentur ij interpretes ex l. certū. §. 1. ff. de confess. vbi
ille qui fatetur se in præterito fuisse obligatum, negare
dicitur se esse de præterito obligatum. Ea etiam ratio-
ne adducuntur, quod hæc verba habeant inclusam negati-
uam, id est, nunc dominū non esse. Cum. n. (ait Bar.)
de vno tempore pono, de alio videor negare, l. statuli-
berum. §. 1. de leg. 2. Et confert regula leg. cum prætor. in
princ. ff. de iud. & c. nonne, de præf. q. inclusio vnus est
exclusio alterius, qui ergo includit se de præterito fuisse
dominum, excludere dicit, se esse dominum de præterito.

Verum ab hac opinione dissentiunt Spec. in tit. de a-
ctione, seu petitione. §. sequitur, nu. 30. Butr. in c. 2. col.
5. ver. vnde domini, de libel. oblat. qui quidem præter
Spec. & Ioan. Andr. recenset Rotam in conclus. 32. quæ
hodie est in decif. vt. tit. de libel. oblat. in nouis, Quæ sa-
nè Rota censuit, procedere libellum ita formatum, Di-
co fundum ad me pertinuisse, vel pertinere consueuisse,
ideo mihi eum restitui peto. Idem sentit Anch. in c. cum
venerabilis, in 6. notab. de excep. Cū dixit, idē esse quan-
do reus ita asserit in sua exceptione, cum sufficiat, q. præ-
sumptiōe concludit. Et Speculatoris probatione expres-
sus probatur Imola in d. c. 2. col. 3. ver. sed si dicerem,
Barbat. nu. 99. qui multa effudit verba, Marian. Soc. Sen-
col. 29. ver. sed quando deducitur de libel. oblat. Fel. in
c. scribendam, in fine, de præf. & Ale. in d. præf. 12. nu. 2. Ea
est huius sententiæ ratio, quia dum iste asseruit, se fuisse
dominum, ex iuris præsumptione concludit, et tūc se esse
dominum, iuxta l. siue possidetis. C. de probat. cum simi-
libus. Atqui (vt iam diximus) sufficit, q. libellus concludat
præsumptiōe d. l. oēs. §. Lucius. ff. de his quæ in fraud.
cred. & c. præterea accedit, (vt etiam superiore casu dice-
bam) cum petat Actor iste rem hanc sibi restitui signifi-
cat adhuc se esse dominum, ne frustra libellum porrexisset
dicatur. Et rursus, si diceremus illa verba, se fuisse domi-
num, esse negatiua præsentis temporis, in eodem libello
& actu loqueretur contraria & repugnantia, quod eui-
tari, quantum fieri potest, dēt, vt scribunt omnes in c. in-
ter dilectos, & de fide instrum. & alibi sæpè. Non obstant
considerationes Cyni & Bartoli in d. l. certum. §. 1. Nam
is §. 1. loquitur in confessione, quæ ex præsumptione vlt-
tra verba non extenditur contra consistentem, sed pro eo
interpretatur l. inter stipulantem, §. 1. de verbor. oblig. c.
cum ecclesia Sutrina, de causa poss. & proprietaria. & in c.
contra eum, de reg. iur. in 6.

Diuersum est in libello, q. qui pro libellante latissimè
intelligitur, l. solemus. & in l. si quis intentione. ff. de iudic.
Ita respondet & declarat Butrius in d. c. 1. col. 5. in fi.
ver. ad l. certum. post Rotam in d. c. 1. col. 5. in fi.
ver. ad l. certum. post Rotam in d. c. 1. col. 5. in fi.
ver. ad l. certum. post Rotam in d. c. 1. col. 5. in fi.
ver. ad l. certum. post Rotam in d. c. 1. col. 5. in fi.

8. in fine. Nec obstat quod scripsit Alciatus in tract. de
præsumpt. reg. 2. præsumpt. 12. in fin. quod inò nulla sit
differentia inter libellum, & confessionem, cum vtraque
interpretetur ad fauorem confitentis & libellantis. Nam
respondetur, nec nos hoc negare dicimus tamen diuer-
simodè id fieri. Libellus enim interpretatur, vt profit, il-
la verò confessio ne noceat plus quam de præterito. Nō
etiam obstat regula l. statuliberum. §. 1. de leg. 2. quia re-
spondetur ex sententia eiusdem Butrii in d. cap. 2. col. 5.
ver. sic. non obstat, quod verbum, de libel. oblatio. quod
illa procedere potest, quoad ipsum verbum expressè po-
situm de præterito, non autem quoad ad id, quod sequi-
tur ex præterito, vel ex illud concluditur, quia illud non
ponitur in præterito, sed venit, & intelligitur de præsen-
ti, ob iuris præsumptionem, quæ est, quòd olim dominus
præsumatur etiam hodie dominus. Nec etiam urget re-
gula l. cum prætor. ff. de iudic. quòd vnus inclusio sit al-
terius exclusio. q. Nam illa non procedit, quando constat
de contraria voluntate disponentis. Ita declarat Ias. in

Tomus Primus. E 2. l. 1.