

si per testes reprobari possit instrumentum, possit refelli per ordinarium numerum testium, videlicet duos, aut tres, ex e. in omni 4. e. nec, de testibus: sed requiritur maior testium numerus in hoc textu, ibi: Et plurimum ordinarium testium. Igitur quia instrumentum per legitimam & ordinariam testium probationem elidi, aut refelli non potest.

Qua difficultate ita fulta non obstante, vera est praesens decisio, cujus ratio provenit ex eo, quia nunquam jus amplectitur aliquam probationis speciem, quin admittat aliam meliorem, e. proposuisti, e. causa matrimonii, de probat. e. continetur: & ubi Glossa, de despons. impub. cap. 1. & ibi Glossa de frigid. e. malefic. Pirag. de utroque retrah. tit. 1. §. 4. gloss. 1. per cor. sed probatio qua fit per testes, est dignior, & efficacior, quam facta per instrumenta. Nevel. 77. Justen. cap. 3. alias audent. caust. e. lib. §. si vero, collat. 6. cum magis credendum sit viva voci, quam mortuae. Igitur in concursu utriusque probationis preferenda est probatio, qua testibus fit. Hodie autem adhibenda est distinctio, aut instrumentum publicum confectum est a tabellione legitimo, & bonae fama: & tunc potius si fides adhibetur, si consonat cum originali, quam testibus in eo descriptis, l. 118. tit. 18. par. 3. Si autem tabellio fit improbae fama, testes vero legales, & fide digni, tunc standum est testibus, non instrumentum, l. 115. ubi notat Gregorius Lopez, tit. 18. par. 3. debet autem allegari, & probari testes qui opponuntur instrumento, esse legales, bonae fama: & opinionis, ut notavit Seraphius de privilegiis juramenti, privi. 3.

Nec obstat difficultas supra expensa; nam regula in ea ad ducta procedit, quando testes non opponuntur instrumento, sed diversum ab eo testimonium dicitur: tunc enim praevaleat probatio, qua testibus fit, ut in praesenti casu contingit. Nec secunda difficultas adversatur, pro cuius solutione sciendum est, satis controversum esse, quo teste desiderant ad probandum instrumentum falsitatem? Et duos testes sufficere docuerant in praesenti Panormik. num. 13. Felinus num. 35. idem in cap. 5. de probat. num. 8. ubi Immo. num. 9. Covar. pract. cap. 20. num. 6. & ibi, 2. var. cap. 13. num. 11. Alii docent ad reprobandum instrumentum ut falsum, desiderari quatuor, vel saltem tres testes. Ita docuerunt Glossa verbo Quolibet, in praesenti; Baldus consil. 403. Malcard. consil. 741. num. 2. Cavallos pract. quest. 43. num. 4. Tertia, & verior senten-

tia est eorum, qui docent, hoc relinqui iudicis arbitrio, qui inspicere debet personam tabellionis, an suspecta, vel legalis sit: docent pluribus relatis Menochius de arbit. casu 105. n. 42. Nec ea sententia retenta obstat praesens textus in illis verbis: Et plurimum ordinarium testium. Nam praeterquam quod ea verba non sunt dispositiva Pontificis, sed relativa ipsa pariter, quae non inducunt decisionem: respondetur, requiri in eo textu plures testes contra instrumentum, quia in favore instrumenti aderat depositio ipsius tabellionis, qui illud confecerat, & alterius testis instrumentalis: quo casu requiruntur plures, vel plures testes, ut docent Felinus in praesenti, num. 53. Covar. d. num. 11. Menoch. casu 105. num. 42. Accedit, quia tabellio publicus duorum testium vices sustinet, unde ad refellendam eam testimonium duo testes non sufficiunt, quoniam in pari causa praevaleat debet instrumentum, & leg. cum praecibus, Cod. hoc tit. quare cum in praesenti specie pro instrumento adfuerit depositio tabellionis, & unius testis instrumentalis; ideo maior testium numerus desideratur. Hincque tradita procedunt in reprobande instrumenti per testes extraneos facta: si vero testes sint instrumentales, qui vacillant, negantque, aut non recognoscunt suam subscriptionem, si duo sint, instrumentum omnino infirmum, falsumque creditur, l. 88. tit. 54. p. 4. Gregorius gloss. 7. si vero unus tantum vacillet, redditur instrumentum suspectum, l. 1. §. final. ff. de testam. quem aper.

Sed supra traditis obstat videtur textus in e. ad audientiam, de praescript. ubi probatio instrumenti praesertur probationi, qua fit per testes: igitur verum non est, instrumentum testibus refelli posse, & plenioris fidei adhiberi testibus. Cui difficultati satisfaciendum est asserendo, textum illum procedere instrumenti privilegium, quod ad sui essentiam petit specialiter scripturam, e. porro, de privi. Glossa in e. i. vers. in scriptis, de consub. l. 6. Unde inferitur, quod in omnibus casibus, in quibus de essentia actus desideratur scriptura, non potest instrumentum testibus refelli, sed desideratur aliud instrumentum. Glossa in d. e. ad audientiam, verbo Magis. Quod verum est, quando qui vellet testibus probare contra contenta in ipso instrumento: secus si vellet ipsam ut falsam redarguere, quia tunc poterit falsitatem testibus probare. Baldus in l. 1. Cod. plus valere. Immo. in praesenti, num. 9. Felinus num. 37.

14 Assignatur decidendi ratio.

15 Respondetur difficultati.

CAPUT XI.

Honorius III. Archiepiscopo, Decano, & Archidiacono, a Biturien.

EX parte charissimae in Christo filiae B. quondam Anglorum Reginae fuit propositum coram nobis, quod cum nobilis vir Vv. de Guerschia Nanneten Redon. & Andeg. dicitur ipsam Castro de Segrejo ad eam ratione sui dotalitis pertinere, pro fua voluntate arbitrio spoliavit, & ipsa super hoc contra eum a bonae memoriae I. Papa praedecessore nostro, ad nos litteras impetravit, quia pars adversa spoliatas a nobis inducitur desiliberatoris, & ob tentis, rescriptum Apostolicum, pro eo quod in hac dictione, spoliavit, haec figura O, deeat, asseruerit vitiosum; proponens nihilominus, quod mandatum huiusmodi expiraverat, mortuo mandatore, licet iam a nobis tres citaciones, vel quatuor emanassent: vos tamen admissis huiusmodi exceptionibus frivolis, in ipso negotio procedere distulistis. Nos ergo de discretione vestra non modicum admirantes, cum per praecedentia etiam subsequentera intelligatur, licet ex scriptoris vitio, vel occupatione praedictum O, fuerit omissum, satis vobis potuit de mandatoris intentione constare, nec ejus mandatum in ipsius obitu expiraverat, eo quod res integra jam non erat: ac volentes ut finis litibus imponatur, disc. v. p. A. I. m. quatenus exceptione huiusmodi non obstante, in negotio ipso iuxta priorum continentiam litterarum, sub lato cuiuslibet contradictionis, & ap-pellationis; obstantulo, ratione praevia procedatis.

NOTE.

A Biturien.) Ita supplenda est littera huius testis ex e. 1. de offic. deleg. in quinta compilatione, ubi non recte adiecit Gironius in margine; non ponitur, cum reperitur fragmentum eius textus in praesenti. Tam epigraphen, quam casum huius textus retuli in cap. ex parte, de foro compet. ubi notae, & historiam huius textus adduximus.

b Non obstante.) Rescriptum non vitiat ex defectu unius litterae, vel syllabae, sicut nec testamentum vitiat, quavis in eo error fit in syllaba, l. error, Cod. de testam. leg.

CAPUT XII.

Gregorius IX. Priori a S. Bartholomaei, & Decano de Arcubus London.

GA perpetuus vicarius Ecclesiae de Recham nobis exposuit, quod cum Prior, & Conventus de Ledis eum super decimis coram iudicibus auctoritate Apostolica convenissent, & dictus G. super similibus coram eisdem convenisset eisdem, quia dicti iudicis copiam quorundam instrumentorum communium, quae habebat pars altera, & per quae intendebat intentionem super principali fundare, fieri non faciebant eidem hoc cum instantia postulanti, nostram audientiam appellavit. Ideoque mandamus, quatenus si est ita, revocato in statum debitum, &c.

NOTE.

Sancti Bartholomaei.) Monasterium hoc est in Anglia, in diocesi London. canonicorum regularium D. Augustini, de quo Pennorus l. 2. bisp. canonic. regul. e. 37. n. 9. **b** Perpetuus Vicarius.) Qui beneficium habere dicitur, e. ex-

terpando, §. qui vero, de proband. e. 3. de offic. vicar. e. postulat. de rescript. ubi aliqua addaxi de perpetuis, & temporalibus vicariis.

c Recevississet.) Juxta tradita in cap. 1. de manut. petit. d. Instrumentorum communium.) Haec verba, & praesentem decisionem exposuit in e. 1. de prob.

CAPUT XIII.

Idem.

Imputari ei potest, qui contrarias inter se scripturas in iudicio protulit, fidem sibi ad invicem derogantes: cum in ipsius fuerit potestate, quam voluerat, non proferre.

NOTE.

Idem.) Gregorius videlicet, qui more suo hanc deprompsit decisionem ex l. scriptura, C. de fide instrum. nec consulnus ab alioquo, sed motu proprio praesentem edidit constitutionem, ut de iplo jam notavi in e. fin. de consuec.

COMMENTARIUM.

EX hac decisione frequenter sequens deducitur disputanda assertio: "Quando scripturae contrariae ab eadem parte in iudicio producantur, fidem non faciunt." Probat eam textus in l. scriptura, C. de fide instrum. quae reperitur in C. Theod. l. 111. tit. 18. par. 3. Illustrant ultra congestas Garanna in prof. Barb. in collect. ad hunc textum in d. l. scriptura, Julius Clarus §. instrumentum, quest. ult. Herc. Marefc. l. 1. var. e. 82. n. 6. Faber in suo Cod. l. 4. tit. 16. definit. 4. Treutacina, var. tit. de fide instrum. resol. §. tit. 1. per totam; Parexa, & de instrum. edit. tit. 7. resol. 3. per tot. Cujacius, & Misyngerus in prof. Covar. l. 1. var. e. 2. n. 2. Bronchorst. com. 1. assert. 88. Gillenius in d. l. scriptura, n. 54. Muretus ex §. 12.

Sed pro dubitandi ratione adversus praesentem assertionem ita infero, Testes, & instrumenta aequali jure censentur in iudicio, ut probavi in cap. 1. de testibus: sed si in testibus contrarietas detur, standum est verisimilibus deponentibus, l. si plures, ff. de accusat. l. de carmen, §. si testes, ff. de testibus, l. cum de state, ff. de probat. cap. licet, §. ex promissis, eodem tit. cap. in nostra §. de testibus, l. 40. §. 41. tit. 17. par. 3. adeo ut qui produxit testes, qui postea contraria dixerunt, possit repellere depositiones aliquorum, & licet non personarum, depositiones tamen impugnet, cap. praesentium, de testibus, l. si quis testibus, Cod. ad. tit. Ergo idem dicendum est in instrumentis. Augetur haec difficultas primo ex leg. scriptura, Cod. qui praeter in figura, l. optimam, e. Cod. de contrah. stipul. ubi si duo instrumenta contraria in iudicio producantur, standum est digniori, & veriori. Fulsitur secundo haec difficultas ex e. Inter, vers. caeterum, e. cum Joannes, vers. ad hoc, hoc tit. ubi si instrumenta in iudicio producta sibi repugnare videantur, reddi debere ad concordiam, ut de testibus contrarium deponentibus docetur in e. cum tu, de test. igitur quia fidem faciunt instrumenta, etsi contraria sint. Accedit tandem: nam reus potest in iudicio pluribus uti exceptionibus, etiam contrariis, regul. nullus pluribus, de R. J. in 6. ab specie probat Castrensis consil. 367. n. 2. veluti sic: Mutuum pecuniam non accipi: & simul nec eam debere, quia iam solvi: ut late, & docte probat D. Josephus de Retes l. 7. opul. e. 3. per totum, igitur poterit reus ad sui defensionem diversa instrumenta, quavis contraria, obijcere, & opponere.

Adhuc tamen defendenda est praesens decisio, pro cuius expositione sciendum est, instrumenta sibi contraria esse posse directe, indirecte, aut per reductionem ad impossibile, vel reductionem ad non verosimile. Directe contraria sunt instrumenta, quando in uno continentur, iudicem absolvisse, in alio vero condemnasse: quo casu quia veritas unius tollit veritatem alterius, & neciri potest, quod sit veritas, ideo neutri statur, & inter sollicitudinem, de appel. l. 1. C. de furis, l. ubi repugnancia, ff. de R. J. indirecte contraria sunt, quando duo instrumenta proponuntur, in quorum uno continentur me decem mutasse Romae certa die, & in alio me mutasse eadem die Salmanticae; nam impossibile est per rerum naturam me eodem die utroque in loco adfuisse, l. optimam, 14. C. de contrah. stipul. Per reductionem ad impossibile sunt contraria instrumenta, quando producantur duo, in quorum uno refertur me fundum emisse jure proprio, in alio dicitur me emisse jure livellario, seu usufructus, & simul stare non possunt, l. nisi frui, ff. si usufructus petatur. Per reductionem ad non verosimile contraria dicuntur, quando eduntur instrumenta ut confecta ab eodem tabellione, sed tam litteris, quam signo, & descriptione omnino dissimilia: & ita fides unius per fidem alterius vacillat, ut docet Surdus consil. 141. In his casibus instrumenta non solum non probant, sive ab

CAPUT XIV.

Idem.

Si b cautio, quam a te indebite proponis expositam, indeterminata loquatur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum, quod continetur in ea: sed si causam, propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuae statur, nisi probaveris te id indebite promississe.

NOTE.

Idem.) Gregorius videlicet IX. qui nulli rescribens hanc edidit constitutionem depromptam ex Paulo l. 3. qq. fi

actore, sive a reo edantur: verum & falsi suspensionem patiuntur. Farinacius de falsitate, q. 153. n. 121. Barboza in praesenti, n. 2. unde non solum in articulis illis, in quibus contrarietas datur, verum nec in aliis clausulis fidem faciunt. Faber in suo Cod. lib. 4. tit. 16. definit. 4.

His animadversis ratio praesentis decisionis ex eo provenit, nam allegans contraria in iudicio non est audiendus e. §. si subdelegato, ubi Glossa finalis, de offic. del. in 6. & qui producit instrumenta, censetur ea approbasse, e. cum olim, de consub. l. 18. C. de test. Itaque alterum instrumentum alterius fidem derogat, non tam vi sua, quam utentis professione. Donel. in d. l. si scriptura 14. n. 1. Cod. hoc tit. & imparet sibi litigator, qui cum in potestate haberet uno ex duobus instrumentis uti, utroque usus est, contrarium contrahentibus: quare fides unius vacillavit ex alio. Prosequuntur alias hujus decisionis rationes Vivianus, Misynger, Cujacius, & Garanna in praesenti.

Nec obstat dubitandi ratio ab exemplo testium petita, nam omnino Cujacio in praesenti, qui ex sententia Martini veteris Glossatoris idem jus constituit in testibus, ac in instrumentis, dicendum est, magnum discrimen versari in hac parte inter testes, & instrumenta: nam producentes plures testes, non ideo eorum testimonia probat, cum eorum depositiones, quaequid dicitur fiat, ignoret: nec est, quod ipsi impetunt, quo minus verioribus fides adhibeatur; & vitium aliorum illi non nocet. In testibus fides adhibetur, ob idque testium contrarietas pariter imputanda est, at vero instrumenta producentes certam fidem exorunt lectione, & tenore agnoscere potest quid continent: instrumenta enim eandem vim habent ac testes, quatenus sunt instrumenta. In praesenti vero specie respiciuntur, quia sunt contraria, non quod minorem vim quam testes habeant, sed ex approbatione contrarium facta in ipsa editione. Nec obstat augmentum ejusdem dubitandi rationis, deductum ex d. l. optimam. Nam procedit instrumentum non ab una eademque parte productis, sed a diversis quo casu iudex aestimare debet, cui ex illis fides adhibenda sit. Ex quibus tamen principiis regulandum sit hoc iudicis arbitrium, fuisse exponit Parexa de instrum. edit. tit. 7. resol. 5. per totum: quo casu procedit etiam textus in d. l. Sententia 27. de legat. 2. quem de instrumento a diversis partibus, scilicet herede, & legatario, producto accipiunt Covar. pract. e. 19. n. 2. Gomez var. e. 12. de testam. n. 38. Oualdus ad Donel. l. 15. comment. e. 8. D. Joseph de Retes l. 7. opul. e. 6. §. 1. n. 26. Desid. Heraldus l. unico, emend. e. ult. Neque tandem obstat secundum argumentum, ex d. e. inter, e. cum Joannes: nam praesens decisio procedit quando pugnantia, seu contrarietas instrumentorum adeo est aperta, ut nullam concordiam recipere valeat, alias si possint conciliari, ut contraria non improbantur: docent in praesenti Abbas eolum. 2. Felinus n. 2. Salicetus in d. l. exheredat. num. 3. Cod. hoc tit. Nec adversatur ultimum argumentum; nam licet reus possit uti contrariis defensionibus, non tamen potest uti contrariis probationibus, nisi in continenti proferat diversas scripturas conditionales: unam ut probet se non esse obligatum, & quantum esset obligatus: & producat aliam, qua ostendat se esse liberatum per acceptationem, vel similem modum.

Sed adhuc praesenti assertioni obstat videtur textus in l. 1. §. sed est, ff. de honor. possess. secundum tabulas, in illis verbis: "Sed & si in duobus codicibus simul signatis alios, atque alios heredes scripserit, & utramque stet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est, & supremum utrumque accipiemus." Ex quibus verbis apparet, instrumenta, etsi contraria in iudicio proposita fidem facere, & ex eis bonorum possessionem dari. Igitur quia etsi instrumenta contraria sint, non ideo qui ipsa producit, eorum commodo privatur. Pro cuius textus expositione dicendum est, in eo non agi de instrumentis contrariis, ut voluit Heraldus l. unico, emend. e. 6. sed de duobus instrumentis exemplaribus eandem dispositionem continentibus. Salmastius ad jus Atticum, cap. 7. Parexa d. resol. 5. n. 57. tantum enim testamentum scriptum erat duobus exemplaribus, ut frequenter contingit, l. unum 24. ff. de testam. n. 1. nec ullam pugnantiam continebat.

Respondetur dubitandi rationi.

Responditur l. 1. §. sed est, ff. de honor. poss. sec. de honor. poss. l. 1. §. 1.

facile constabit, si confers filium Pauli cum filio Triboniani, hominis Graeci seioris feculi, neque pura in latinitate veritati; unde eleganter Gregorius in praesenti reposuit indeterminata, pro adverbio illo inludat; idem si cautio emissa fuit sine expressione rationis, propter quam omittitur: nam discernere, pro explari, Tribonianus ipse usurpavit in §. sic itaque, Testis, de actione, novavit iam eruditus vir D. Joseph de Retes l. 8. epist. c. 22.

Conclusio probatur. ³ b cautio idem promissio, seu confessio scriptis facta, stipulatio enim, quae inter praesentes verbis continetur, plerumque in tabulis reletur; & ut cetera quoque negotia contracta scribitur, l. si via qui 123. §. penult. de v. o. l. res 11. §. de duobus reis. Unde & Paulus promissive quam epistolam dixit, postea stipulationem appellavit in l. ea que 57. §. de donat. inter: atque ita promissio, seu confessio verbis facta, modo chirographum, modo epistola, modo cautio dicitur, l. Titia 173. §. de v. o. l. c. de contrah. stipul. l. tunc, §. ult. ff. ad vellet. l. emptor §. ult. ff. de pailis, l. Lucius 29. ff. de o. & a. l. lictus 40. ff. de reb. creditis, l. qui tabulas 27. de iuris, l. 3. c. de v. s. & in facris litteris, Tobias c. 4. ibi: "Indico etiam tibi, filii mi, dedisti, se me decem talenta argenti, cum adhuc infantulus esses, & Gabbello in Rages civitate Medorum & chirographum eius, apud me habeo. Era. 5. Chirographum quidem illius epus, me habeo, quod dum illi offenderis, statim restituet." Et c. 9. notant Robertus l. 4. font. c. 20. Mancinus de scriptis Jur. collat. l. 2. c. 184. Dicitur hac scriptura cautio, a verbo cavere, quia securitatem praestat, l. scilicet ff. ad l. Pompeian. de parricid. ubi notavit Badoas: & ita cautio in genere securitatem sonat, includens promissionem, l. Januarius, c. de v. s. l. §. mandatum 24. §. 1. ff. mandati, l. §. ex cautioe, c. de non n. pecun. aut quia per eam praesentes, & absentes, cautions, certiores redduntur; unde & huiusmodi epistolae cautiones dicuntur, non tantum quia ad abientes mittuntur; nam inter praesentes quoque nonniamquam in modum epistolae concipiebatur, cautions, neque id praeter rem, cum ea mente ita conscriberetur, ut illi postea abftrato, id perpetuo epistola significatur, & epistolae rei fidem factura esset: non etiam quia ad exemplum epistoliarum salutarium cautionibus fere praeparatur, ut l. ult. in fine, ff. mandati, l. Lucius, l. Publius, §. ult. ff. de pailis, l. Lucius, ff. de servit. rust. l. Lucius, l. ad eum, ff. de donat. l. 2. c. de contrah. stipul. l. ult. ff. de creditis, perun, l. Titius, ff. de pignori, ult. & voluit Duarenus l. 1. dispul. c. 45. ut iam notavit Robertus l. 4. font. c. 20. sed quo ex more, & usa frequentiore eadem pene formula conciperetur, qui abientes mentem rei gestae admonere consuevit, atque hac maxime formula: Nolum tibi facio, cujus adhuc superfluit in nostris Auctoribus calcata jam pridem, & ab aliis notata vestigia in d. l. ult. in fine, ff. mandati, l. Lucius 20. l. ult. ff. de donat. & in veteri inscriptione, quam refert Fornerius l. 2. rerum quodlib. c. 7.

COMMENTARIUM.

EX hoc textu communis talis deducitur assertio: "Seri-³ pura debiti nulla sine causa non habet vim contra contentem, nisi actor causam ostendat, ob quam debitum sit; secus si causa exprimitur." Quae assertio singularis est in iure Pontificio: in iure autem Caesareo probatur expresse in d. l. cum de indubito 25. vers. Si autem, de probat. Per argumentum etiam probant eam textus in l. i. §. sine causa, ff. de pailis, l. nuda 26. ff. de donat. l. 2. §. circa, ff. de doli excepti. l. qui pecuniam 30. ff. de reb. creditis, l. nunquam nuda, ff. de acquir. rer. dom. l. 6. §. 4. ff. de pecul. legat. l. non solum 49. in fine, ff. de pecul. c. pervenit, de censibus. Illustrant ultra conceptos a Barbosa, & Garanna in praesenti, Ant. Gomez l. 2. var. c. 11. n. 3. Donnellus l. 25. comm. c. 3. & in l. generaliter, n. 5. Cod. de non n. pecun. & in l. sciendum 30. n. 4. de v. o. Duarenus ad tit. de fide instrum. c. 1. & in prioribus relet. ad tit. de probat. c. 11. & latus in post. Ant. Faber l. 18. consuet. c. 1. in fine, & cap. 20. Coljac. 3. 99. Pailis in d. l. cum de indubito, Pichard. in §. 1. n. 7. Testis, de v. o. Parlad. l. 2. var. quotid. c. 30. ex num. 55. Mendoza l. 1. de pailis, c. 4. n. 45. Colla in l. §. ex cautioe, verbo Si ex causa, c. de non num. pecun. Marinus l. 1. resol. cap. 63. D. Joseph de Retes lib. 8. epistul. c. 22.

Secd pro dubitandi ratione ita insurgo in praesentem assertionem. Non minus fatetur qui sine causa constituit se debere, quam qui cum causa: sed contra illum, qui in instrumento constituit se debere causa expressa, compicit actio, d. l. cum de indubito, leg. generaliter, c. de non numerat. Igitur & contra illum, qui sine causa, & indeterminate fatetur se debere, praecipue cum creditor ipsum ita contentem donare velle; l. Campanus 47. Digest. de oper. liberi, docent Faber de error. decal. 45. error, 3. num. 6. Deinde quia qui se debere fatetur, causam supponit, siquidem iure civili sine causa deberi non potest, & in quolibet actu praesumptum omnia substantia praestitisse, nec interest, quod non exprimitur, quia in negotiis gerendis non minus valent conventiones tacite quam expressa, l. item quisque, Digest. de pailis, l. 3. de reb. creditis. Ergo ille, qui simpliciter fatetur se debere, tamquam causa expressa, confessioni suae stare cogendus est. Rursus ita argumentor. Si a debitor confitente se debere exigatur expressio causa debendi, idem dicendum fore in creditore expressio causa debitoris sibi non teneri, nihilque sibi debere, si causam liberationis non exprimat, quoniam quemadmodum certa sunt causa obligationum, sine quibus nemo debet: ita certa sunt, & constituta causa liberationum, sine quibus nemo liberatur;

sed creditor fatendo debitorem sibi non teneri, non cogitur causam liberationis exprimeret, l. tale pactum, in princip. Digest. de pailis: igitur similiter est debitor nullam expressam debendi causam, efficaciter obligatur. Tandem adversus Gregorium, dum omnis probandi actori imponit, eo casu quo reus fatetur se cautionem scripsisse, sed indebitum fuisse, & sine causa promississe, sic argumentor. Solvere, & promittere in iure aequiparatur, & quod in promissione dicitur, id quoque in solutione locum habet, & eorundem, iuxta textum in l. ult. c. ad l. Falcid. Sed ubi quis solvit, & postea dicit se indebitum solvisse, cogitur probare indebiti solutionem, iuxta textum in l. cum de indubito 25. in princip. vers. Si vero, de probat. c. ult. de solut. ergo ubi quis in cautione promissit, & postea dicit se indebitum promississe, cogitur probare in debitum a se promissum, nec actor cautionem recipere tenetur ostendere debitum fuisse quod in cautione continetur. Ultimo obstat, quod scriptura privata: cum confecta sit a privatis in dubio debet interpretari contra proferentem ipsam, iuxta textum l. veteribus, c. de pailis, leg. quocumque adstringenda, ff. de v. o. quia ille potuit mentem suam aperte exponere; ergo quoties scriptura privata causam non habet expressam contra reum, debet fieri interpretatio, ut sibi imputet, quod eam non expressit, praesertim cum verba accipienda sine ita, ut effectum habeant; argumento textus in c. relatum, de clerici, non pailis. Accedit, nam pactio nuda iure canonico obligatio nem, & actionem parit, c. 1. c. 3. de pail. sed pactio nuda nihil aliud est, quam pactio non habens causam, quare dicitur nuda a causa, l. iuris gentium, §. sed cum nulla, ff. de pailis; ergo & cautio etiam nuda a causa in foro canonico actionem parit.

Adhuc tamen defendenda est praesens Gregorii nostri decisio, pro cuius vera expositione sciendum est, quod licet antiquiores relati a Jafone in l. licta 40. n. 125. ff. de reb. creditis, quos sequitur Gomez d. c. 11. n. 3. Parladorius d. c. 30. ex n. 55. existimaverint, stipulationem factam sine causa nullius esse momenti, contrarium tamen verum esse, videlicet stipulationem ipso iure sine causa interceptam valere, sed doli exceptione in iudicio opposita elidi, docent Mendoza d. c. 4. de pailis, n. 45. & docent in l. qui pecuniam 30. Digest. de reb. creditis, ubi qui se fatetur numerationis promissit futuro creditori, a quo pecuniam numerari sperabat, non sequita numeratione habet doli exceptionem, nisi ipsa stipulatio ita concipiatur: Promissio tibi futuro pecuniam, quam mihi mutabit. Si enim non sequatur numeratio, promissio ipso iure totus est, ob defectum conditionis tacite, vel implicitae, quoniam mentio futuri adus reddit stipulationem conditionalem: quo casu accipi potest textus in d. l. qui pecuniam 30. ubi inquit Paulus: "Qui pecuniam mutuum accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, et accipere se si obstringatur." Quae verba licet vulgo accipiuntur de defectu obligationis in effectu, quia data exceptione doli petitae habeatur, ac si nulla obligatio praestitisset: rectius tamen post Donnellum D. Josephus de Retes l. 8. epist. c. 16. accipit textum illum eo casu, quo promissio facta fuit futuro creditori sub eadem forma; Spondit tibi centum, qua mihi mutaturus es. Tunc enim non sequita numeratione resolvitur stipulatio conditionalis, ex defectu conditionis, & ita in potestate promissoris est non accipiendo pecuniam mutuum ex stipulatione, non se obstringere, tamquam debentem conditione; & tunc numeratio est quae implet stipulationem, l. si quis tit. 226. §. Chryfogonus, ff. de v. o. l. §. si via 6. §. 1. cum in sequenti §. de novat. ut etiam contingit in specie textus in l. stipulationem 27. ff. de iure dot. cum quis promissit certam quantitatem dotis nomine: si enim non sequatur matrimonium ob defectum conditionis tacite, videlicet si nuptiae sequantur, stipulatio evanescit, l. promittente 41. §. de iure §. ff. de iure dot. facit lex plurimique 10. §. qui ante, ff. eod. Similiter & in specie textus in l. 5. §. emancipatus, Dig. de collat. bon. ubi si filius promittat collationem facere spe future hereditatis, & postea hereditatem repudiet, non tenetur ex stipulatione: quia deficiente conditione, ipsa deicit. Prosequitur latus eorum juris expositionem D. Joseph de Retes in priori tractatu de v. o. c. ult. illud, c. 2. ex n. 25. cum seq. & in repetit. ubi illius tituli, c. 1. consuet. 8. n. 36. ubi rectius hac, & alia jura componit, adducta differantia inter stipulationem adjectam chartae bonae fidei, vel stricti juris, ut prima sine causa nulla sit stipulatio iure, secunda vero oper exceptionis eliditur.

Ex his utiliter ad proximam inferitur, instrumentum etiam garantigiacum, ita constitutum, ut debitor obligetur pecuniam solvere, quam mutuum accepturus est, non habere paratam executionem, donec constet pecuniam acceptam fuisse, quicquid non sit purificata conditio, non est certa quantitas, pro qua executio fieri possit, l. 2. tit. 19. l. 4. resp. docent Rodericus Suarez in l. post rem, in declaratione legis regni, limit. 4. n. 2. & limit. 5. ubi plura Valdes, Parladorius l. 2. var. quotid. c. ult. §. 1. n. 12. limit. 6. Gomez in l. 64. Tauri, n. 7. Aviles in c. Pratorium, c. 10. verbo Executionem, n. 57. Azevedus in d. l. 2. resol. n. 166. Carrasco in resp. c. 10. n. 26. & 27. Joan. Hevia in Curia Philipp. 2. p. 57. n. 7. sed si ipsum instrumentum pure constitutum sit, vel renunciantium in eo exceptioni non numeratae pecuniae, executio locum habet, sed intra decem dies executionis probari debet exceptio non numeratae pecuniae, ut alius, de quibus in l. 19. tit. 21. l. 4. resp. docent Covar. l. 2. var. c. 4. n. 3. Azevedus in d. l. 2. n. 85. Idem dicendum est de schedula privata a parte recognita, sed conditionaliter, non absolute, ita ut fateatur schedulam a se constitutam fuisse, sed pecuniam adhuc non fuisse numeratam, ut si dicat: que la hizo en confirmacion

De stipulacione sine causa.

con esperanza de recibir el dinero, el qual nunca le fue entregado. Talis enim recognitio, cum non sit pura, & liquida, executioem paratam non habet, nisi contrarium probetur, sci- licet pecuniam acceptam fuisse. At si instrumentum garantigiacum indebita factum sit expressio causa, aut ratio- nis, propter quam constitutum fuit, non prius mandatur execu- tioni, quam si causa probata sit, si vero causa exprimitur, & reus falsam dicat, infra decem dies ad probandas excep- tiones concessos, probare id debet, alioquin condemnabitur. Olea de coll. iur. tit. 1. q. 14. n. 21.

Sed si hac vera lunt, videlicet stipulationem, cautionem, seu instrumentum nulla debendi causa in eo expressa valere, difficultis est praesens Gregorii constitutio, dum in ea docetur, quod si datur in iudicio cautio, vel chirographum, vel scri- ptura, quae indeterminate continet debitorem teneri, credi- torem debere ostendere, & probare debitum, quod in ea continetur, ac legitimis documentis docere de ratione, & cau- sa ipsius debiti; subiungitque Gregorius, quod si expressa sit causa, propter quam cautio praedita, five illud instrumen- tum constitutum sit, veluti quia emptio, vel similis causa praesetis, standum esse cautioni, nisi reus intra legitimam tempus probaverit se indebitum promississe. Ex qua Gregorii sententia constat, instrumentum vires non habere ex eo lo- cum, quod caret causa, vel ea expressa non fuit: igitur quia stipulatio, seu cautio sine causa facta, nullius momenti est. Quae difficultas superari repetens in praesenti, & con- troversiam amplexus, sequiturque fuisse opinionem antiquo- rum, qui censuerunt, stipulationem, seu cautionem sine cau- sa interceptam, non valere. Sed licet hac interpretatio ad equitatem canonica, rectaque jurisprudentia non abhorret, tamen aliam esse Gregorii mentem facile constabit, si obser- vemus textum hunc transcripum fere esse ex l. cum de indubi- to 25. §. 1. ff. de probat. Unde iuxta illius sententiam, & principia exponendus, & intelligendus est. Paulus igitur in d. l. 25. non agit, an cautio, vel stipulatio sine causa facta valeret, vel non, sed tantum qui incumbat onus probandi indebitam pecuniam fuisse, cum aliquis putans se debere, solvit? Et respondit IC. sub conditione, si is qui accepit pecuniam, negativit se accepisse, illi incumbit probatio debitam fuisse, quia ex quo de mendacio convictus est actor acceptio- nem, praesumptum causa debiti contra ipsum. Ceterum si con- fessus fuit se quidem pecuniam accepisse, sed fidei debitam fuisse asserat, probatio incumbit ei qui repetit, nisi sit per- sona rustica, mulier, aut minor: quod si non condicatur tota pecunia debita, sed pars tantum, quia dicit minus se debuisse, quam solvit, semper probatio incumbit repetenti. Hac cum de probatione pecuniae debiti soluta disputasset lare Paulus, adnexuit tractatum de obligatione sive de cautione in- debite emissa ab eo, qui putabat falso se habere causam, & necessitatem solvendi in favorem alicuius, cui revera non debebat: velati si putavit se debere centum ex causa emptio- nis, de quibus instrumentum condere voluit: in hac quaestione Paulus vult distinctione respondit. Vel cautio, idem scri- ptura, indifferente concepta est, idem sine expressio causa, propter quam constituitur, ita; Promissio me solvaturum tibi centum. Vel loquitur cum expressio causa propter quam fit; & quantum res instrumentum constituitur, ita; Promissio me tibi solvaturum centum, quae tibi debet ex pretio emptiois fundi Tusculani, quem totidem nummis mihi vendidisti. Primo casu, si reus dicat in- strumentum per errorem factum fuisse, & dicat se existimasse se habuisse causam debendi, cum non haberet, transfert onus probandi in actorem: quia ex quo instrumentum constitutum apparerit sine expressio causa, facile praesumitur erroneam causam ad initio existisse, & ob hanc praesumptionem trans- fertur onus probandi in adversarium. Secundo vero casu, quia causa debendi expressa est in ipsa cautione, reus probare tenetur errorem causae, quem allegat, prolato alio instrumen- to, vel quibus testibus, nec paucioribus, solemniter rogatis, quibus probet per errorem constitutum fuisse instrumentum, vel factum ad fiduciam, vulgo dicimus, en confianza, seu fide future numerationis, l. testium 28. cum authent. sequenti, c. de testib. l. generaliter, c. de non num. pecun. docent Donnellus l. 25. comm. c. 3. ubi plures congesti Qualdus duplici littera CC, Cajacius in praesenti, & l. 3. §. 99. Pauli, in d. l. 25. §. ult. ff. de prob. His suppositis pro exceptione Pauli, a quo transcrip- sit Gregorius praesentem decisionem, apparet non recte vulgo deduci ex hoc textu, instrumentum sine causa factum non valere, cum potius contrarium aperte ex Gregorio probetur; siquidem si cautio sine causa facta non valeret, non permittetur creditori, ut de eo, siquidem cautio non constituta, sed statim a iudicio repelleretur, & haberetur cautio pro non constituta. Sed docetur a Gregorio probandam esse causam ab actore, si reus dicat a se instrumentum per errorem factum fuisse, putasse causam, & necessitatem promittendi habuisse, cum revera nullam haberet. Igitur quia instrumentum, etiam si sine causa factum, ipso iure valet.

Sed licet hac fit vera, & propria huius textus sententia, tamen ut iuxta communem accceptionem, & interpretationem procedat commentarium, perveniamus iam ad rationem deciden- di; quare videlicet instrumentum sine causa constitutum vires non habet, ex vulgari opinione? Et Baldus in l. 1. num. 7. Cod. de confessi, quem sequatur Anton. Gomez vari. d. cap. 11. num. 3. Gutierrez de iuramento, cap. 47. exi- stimant idem in terminis huius textus requiri causa expressio- nem, ut ita appareat cautionem fuisse factam ex causa lic-

ta, & a iure approbata, non vero ex causa illicita, & re- probata; quia cum potuerit illa, & ista intervenire; pro- sumitur illicitam, & reprobam adfuisse, ac propterea omni- sam in cautione. Verum intellectus hic facile refellitur: si- quidem in dubio, cessantibus conjecturis praesumi non debet causa illicita, & a iure reprobata, ne delictum praesumatur, contra regulam textus in l. merito, ff. pro socio. Deinde quia iuri, & rationi magis consentaneum erat ad vitandam in- iusmodi praesumptionem inducere donationem potius, & li- beralitatem, ut contingit in textu valde notabili in l. si ser- vus servum, §. si aliam, ff. ad l. Aquil. Aliter acciperentur textum hunc Abbas n. 2. Felinus n. 1. Camanus in l. 2. §. circa, ff. de doli mali excepti, qui docuerunt quod ubi cautio indeter- minata est, nec habet causam expressam, ob quam debetur, praesumitur scripta per errorem, & ita sine consensu scriben- tis, iuxta legem si per errorem 15. ff. de iurisdic. cap. 1. in prin- cip. 29. questio. 1. ac proinde tanquam erronea vim non habet contra reum, quamdiu ab adversario causa non probatur. Verum eodem modo refellitur hac interpretatio, ac senten- tia Baldi; siquidem in dubio quamdiu non probatur, nec apparet, saltem ex conjecturis; error praesumitur, leg. si post divisionem, l. error, Cod. de iuris & facti igno. praesertim in facto proprio, l. ultim. ff. pro socio, cap. Ab excommunicato, de rescriptis. His ergo ommissis, rationem magis principii juris consonam reddit Donellus in dicit. leg. generaliter, num. 5. nam cum nemo possit debere, nisi ex iusta causa, ex qua obligatio nascitur: certe enim sunt, & constitutae causa, ex quibus iure nascuntur obligationes, Parac. ultim. Testis, de oblige. ergo nihil prodest creditori adversus debitorem agenti, si ipe dicit illi non debere, nisi adiciat debere ex hac, vel illa causa, & ex qua nascitur obligatio, Quam probare debet creditor in forma iuris, iuxta textum in l. 2. de probat. neque eam chirographo probare potest, quia in eo non est expressa, ac proinde chirographum ad hanc probationem est inu- tile. Adde quia in chirographo simpliciter non apparet quae actio intenditur, an scilicet mutui, depositi, an alia bonae fidei, vel stricti iuris. Unde quavis actor non tenetur ex- primere nomen actionis, quam intendit, cap. dilecti, de libel. oblat. tenetur tamen factam ita proponere, ut ex propositio- ne constare possit, quae sit obligatio, & quantum actio in- tenditur, ut viretur consilio iudiciorum, ut probavi in dicit. cap. dilecti, de libel. oblat. Ad hunc ergo effectum ultra alios merito desideratur, ut cautio, super qua in iudicio contendi- tur, expressam, & determinatam causam habeat, ut ex eadem appareat, quae sit obligatio rei, & quantum actio actori competat; alias cautio vim non habet quamdiu actor non proponit, & probat subesse causam, & ex ea deberi id, quod in cautione continetur.

Sed si accedat iuramentum huic cautioni, an efficac red- datur cautio, etiam sine causa constituta, quoniam interpretet? Et aliqui negant, propter iuramentum adjectum, cautionem vires obtinere, moti illo vulgari principio, iuramentum te- que naturam actus, cui adharet, l. ult. Cod. de non nume- ratum, cap. quemadmodum, in princip. hoc tit. Sed cautio nulla expressa causa non sufficit. Igitur nec accedente iuramento. Ita docuerunt Gomez tom. 2. varior. cap. 11. num. 5. vers. Et in cautum: Jaso, & Gregorius relati a Gutierrez de iuram. confirm. cap. 47. Contrarium vero, imo propter iuramenti religionem, cautionem, etiam nulla causa expressa, vires habere, docuerunt Covar. in cap. quantumvis, 1. par. §. 2. de pailis, lib. 6. Gutierrez dicit cap. 47. ex num. 16. qui mo- ventur primo ex eo, quia iuramentum ex natura sua pe- tit, ut actus cui adijcitur, sustineatur meliori modo, quo possit, leg. cum pater 79. §. filius matrem, Digest. de legat. 2. sed actus, cui iuramentum adijcitur, in praesenti specie in- finitari poterat expressa causa, vel ea non expressa, si scien- ter cautio emissa fuisset, quia tunc debitor donasse creditur, leg. Campanus, Digest. de operi liberi, igitur propter iuramen- tum cautio sustineri debet meliori modo, quo potest. Secundo ex eo, quia iuramentum semper est observandum, ubi sine dispendio salutaris aeternae, idem abique peccato mortali, vel veniali adimpleri potest, cap. si vero 8. cap. cum contin- gat, de iuramentis, sed iuramentum in hac specie potest ob- servari sine dispendio salutaris aeternae; ergo efficacem reddit cautionem. Verum mihi serio quaestioem hanc consideranti placet ita distinguendum esse, nam vel agimus de cautione, in qua iuramentum est impositum, tamquam causa propter quam debetur, exempli gratia, debeo tibi, quia iuravi me tibi centum daturum: & hoc casu, quia datur causa debendi, & expressa in cautione, procedit secunda pars praesentis assertionis: vel iuramentum ponitur in cautione ad confirma- tionem conventionis, quae si praesentis inter contrahentes, ex- pressa non fuit in cautione: & tunc quemadmodum cautio non expressa causa debendi inefficax est, ita & iuramentum illi adjectum, vel agitur de interpretando iuramento, an scilicet fuerit causa debendi adjectum, vel non: & hoc ca- su praesumitur ex iudicio adjectum causa debendi, & ita ob- servari debet meliori modo quo possit.

Nec obstat prima difficultas, cui ex supra traditis facile satisfacit Donell. in d. l. generaliter, num. 5. asserendo: ve- rum esse, quod tam in prima parte huius textus, quam in secunda debitor confessus est, cum cautionem abique causa, vel cum causa fecit: nam prima confessio sine causa facta non est utilis, utpote nulla causa debendi expressa: & ideo cum confessio inutilis sit, non reputatur a iure ut confessio: quod non procedit, si ille qui cautionem fecit sciens, pruden-

Traditio ratio de- cidenti.

Diffolutio tur prima difficultas.

NOTA

Gregorius videlicet, qui motu proprio presentem edidit constitutionem...

COMMENTARIUM

EX hoc textu communiter deducitur, ex instrumento originali posse levari aliud exemplum...

TITULUS XXIII

De prafumptionibus.

CAPUT PRIMUM.

Salomon in a Parabolis.

Sicut noxius est, qui mittit lanceas, & sagittas in mortem; ita vir qui fraudulenter nocet amico suo...

NOTA

In Parabolis. Id est c. 26. Provi. ubi reperitur verba hujus textus, licet pro varietate versuum...

COMMENTARIUM

EX hoc textu talis deducitur assertio: habens animum delinquendi, si illum explicet opere sequuto...

graphis, in princip. ff. de administrat. tut. autem, ut fratrum filii, §. illud, l. 1. tit. 19. part. 3. l. 3. tit. 9. l. 1. fori...

& Garana, Cujac. lib. 15. c. 24. Gaillus l. 1. de puse, c. 14. n. 13. Duaren. ad tit. de penis, c. 2. Ant. Gomez l. 3. var. c. 2. n. 5. Azeved. in d. l. 2. recipit...

nulloque ad bonum peragendum invitatus adstringitur, c. presens, 20. q. 3. eodem modo in qualibet mala operatione voluntatem spectari...

Ut dicitur in textu, tamen est laudanda voluntas: Hac ego contentus angor esse Deo. Nec facit ut venias pauper quous gratias ad aras...

Constat igitur, maleficia, & quolibet delicta voluntate distingui, & in eis solam voluntatem, animum delinquendi, non interitus exitum spectari debere...

Unde cum illa per actum externum declaratur, iuste puniuntur. Faciunt Seneca l. 4. contra 7. ibi: Omnia honesta opera voluntas inchoat...

Qua ratione interius verba juris utriusque sanctiones, in quibus affectus acta externo explicatur, ac si fuisset actu consummatus, puniuntur...

fratrem Romuli morti traditum fuisse eo quod licet muros non violasset, voluit tamen transgredi. Locus Exodi c. 21. in illis verbis: Qui percuterit hominem volens eisdem...

Nec obstat prima difficultas supra expensa, verum enim est, meram cogitationem crimen non esse, nisi quoad Deum, qui ut inquit D. Cyrp. form. de lapsi videt corda...

Constat igitur, maleficia, & quolibet delicta voluntate distingui, & in eis solam voluntatem, animum delinquendi, non interitus exitum spectari debere...