



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Universitätsbibliothek Paderborn

Theologia Moralis

Antehac ex probatis Auctoribus breviter concinnata

Busenbaum, Hermann

Coloniæ Agrippinæ, 1707

Q. 265. Quid addendum sit circa Judicis obligationem, quando pro utraque parte litigante est probabilitas.

urn:nbn:de:hbz:466:1-42600

dicunt *Dicast.* de just. l. 2. t. I. d. 5. n. 285. & nonnulli apud *Dianam*, qui hanc sententiam censet probabilissimam; *Baldus* putat non teneri quidem, attamen posse ex charitate, sed *Vasq. Sanch. Castrop.* t. I. d. 2. p. 10. n. 9. *Burgh.* cent. 2. cas. 94. aliique communiter & probabilius dicunt peccare graviter, si faciat, quia debet se gerere tanquam personam publicam in omnibus & tantum procedere ex scientia publica vel per partes hausta, uti docet *S. Tb.* 2. 2. q. 67. a. 2.; deinde debet tantum judicare ex allegatis & probatis per partes ipsas; denique debet esse imparialis & indifferens ad utramque partem, nec agere unius Advocatum, ergo.

1479 Q. 264. *Quid facere debeat, qui per Iudicem cogitur bis solveere.* R. Qui solvit, & probare non potest, quia non petiit vel amisit apocham, si condemnatur à Iudice, tenetur iterum solveere, & hoc quidem in conscientia, uti habet communis, quia hæc sententia Iudicis est æqua, *Suar. Burgh.* cent. 2. cas. 15. Si tamen certus sit se antea solvisse, poterit postea uti occultâ compensatione, *Sot. Less. Sanch.* in Decal. l. 3. c. 17. n. 15.

1480 Q. 265. *Quid addendum sit circa Iudicis obligationem, quando pro utraque parte litigante est probabilitas.* R. Seqq.

§. I. Putarunt *Med. Salas, Sayr. Dicast. Diana* aliique multi apud *Moyam* T. 1. tr. 2. q. 7. n. 2. & 12. Iudicem posse pro parte probabili ferre sententiam, licet contrariam iudicet probabilioem: idem cum multis alijs tenuit *Mendo* d. 13. à n. 207. in materijs juris, sed opiniones illæ amiserunt probabilitatem, quia *Innoc. XI.* damnavit hanc 2. prop., *probabiliter iudico Iudicem posse judicare juxta opinionem etiam minus probabilem.* Cur autem id non possit, rationes afferunt *Eliz.* l. 6. q. 21. §. 6. & *Teril.*

Teril. in Reg. q. 20. ass. 2. , 1. Quia Iudex tenetur tanquam persona publica dicere unicuique jus suum pro æquitate, hinc *Exodi* 23. v. 3. dicitur Iudici, *pauperis non misereberis in iudicio* : idem dicitur à *S. Ambr.* in Ps. 118., *Isid.* de summo bono l. 2., item *L. Rem non novam*, 14. Cod. de iudiciis, ubi præscribitur, ut juret se ex majore præsidio dirempturum litem. 2. Iudex habet se ut arbiter, qui tenetur dicere, quod sentit. 3. Est tacitus contractus cum Rep. ex vi officii suscepti, ut sententiam ferat secundum æquitatem & majora motiva rationum. 4. Aliàs pateret semper janua acceptioni personarum, posset enim, prout vellet, favere amicis vel dantibus munera. 5. Princeps non teneretur statuere peritos Iudices, quia quivis ferè sufficet ex Advocatorum relationibus aut deductionibus judicare probabilitatem esse utrimque, tumque procedet licitè, prout vollet. 6. Aliàs melius foret constituere sortes ad terminandas lites, fors enim faveret æqualiter omnibus, nec requireret tantas expensas. Vide l. I. n. 360. & 364.

Obj. Si Iudex vellet, prudenter posset assentiri parti minùs probabili, secundum relata l. 1. n. 415., ergo etiam pro ea potest sententiare. *R. N.* conseq., obstant enim rationes jam datæ.

§. II. Non tantum Iudex Superior sed etiam inferior tenetur sententiare secundum motiva, quæ judicat probabiliora, quamvis credat suam sententiam esse reformandam à Superiore, ad quem appellari poterit, *Arr. T. 3. d. 24. n. 27. Laurent. T. 2. tr. I. d. 4. à n. 4; 8.* Et rationes jam insinuatæ sunt, debet enim ipse satisfacere officio suo : & quamvis prævideat alium aliter judicaturum, non ideo licitum est ipsi procedere contra conscientiam suam, sed permittere debet, ut alias etiam sequatur suam. Ac-

D d d 3

cedit,

cedit, quòd pars adversa fortè non appellabit: dein-
de fortè Superior visâ sententiâ ipsius rem meliùs
considerabit & in aliquo saltem favebit eidem parti,
ergo. Si autem Judex Superior mandaret inferiori,
ut sententiam ferret secundùm opinionem, quam in-
ferior judicat minùs probabilem, Superior autem ju-
dicat probabiliorem, si inferiori sit certum, quòd sua
sit probabilior, non potest obedire, quia manda-
tum Superioris est de re, quæ sine peccato fieri non
potest: si verò inferiori sit incertum, an sua an Supe-
rioris opinio sit probabilior, tenetur ferre secundùm
opinionem Superioris, quia est præsumptio pro Su-
periore, & ubi non cernitur manifestè peccatum, te-
netur subditus parere Superiori, sive sit in materia
dubia sive in probabili, secundùm dicta l. I. à n. 432.
Quòd si Superior judicaret suam opinionem esse mi-
nùs probabilem, inferior etiam incertus, an sua sit
probabilior necne, adhuc non posset obedire, quia
hæc sententia etiam esset illicita, *Carden.* in 2. crisi,
diff. 3. à n. 21.

1482 §. III. Judex tenetur sequi probabiliora etiam
in sententiis interlocutoriis circa præparatoria litis,
circa examen testium, citationem, confessionem
Rei, concessionem termini &c., *Carden.* n. 62. con-
tra *Tap. Hoꝝ. Laurent.* n. 422. Ratio est 1. Quia da-
mnatio non distinguit inter sententiam interlocuto-
riam vel definitivam: 2. Quia aliàs posset Judex in
interlocutoriis habere acceptionem personarum, a-
gere ut privata persona. 3. Id esset graviter damno-
sum alteri parti, quia sententiæ interlocutoriæ com-
muniter parant viam ad definitivam, ergo si non
licet in hac, nec licebit in illis sequi minùs probabilia.

1483 §. IV. Licet per Judicem fieri debeat divisio,
vel per partes ipsas transactio, quando est æquale jus
utrimque, uti dicitur n. 1492., tamen dividi non
debet,

debet, nequidem pro rata, quando pro uno est jus probabilius, & pro altero probabile, sed totum debet adjudicari habenti jus probabilius, tum quia leges ita disposuerunt, tum etiam quia cum res verè ad unum tantum pertineat, æquum fuit omnes in hoc consentire, ut qui haberet jus probabilius, haberet totum.

§. V. *Lumbier & Filguera* post damnationem 1484
relatæ propositionis adhuc docent Judicem in criminalibus saltem debere ferre sententiam pro reo, etiam juxta opinionem minus probabilem, sed rectè docet *Carden.* n. 31. distinguendum esse inter opinionem directam & reflexam, quamvis enim directa sæpe sit minus probabilis, tamen reflexa erit probabilior, v. g. pone hanc opinionem esse minus probabilem, *Judex tenetur admittere appellationem in causa capitis*, nihilominus non fert sententiam secundum illam opinionem directam, sed secundum istam reflexam, *hæc sententia, quod Judex teneatur admittere appellationem in causa capitis, est in praxi tenenda*, quia nempe est reo favorabilis, in praxi autem teneri debet sententia reo favorabilis, secundum regulas juris relatas n. 1473., quia in dubio sequenda sunt benigniora semperque favendum reo: atque hoc ultimum judicium practicum, quod Judex sequitur, est certum vel saltem certò probabilius. Vide etiam *Lugo* de just. d. 16. n. 100.

§. VI. Si *Cajus* ob rationes probabiliores pretendat proprietatem rei, & *Titius* probare non possit possessionem legitimam, Judex stare debet pro *Cajo*, quia cum pro neutra parte probetur possessio, judicare debet secundum probabiliorem: è contrà si *Titius* probet possessionem, quamvis respectu proprietatis ratio secundum se probabilior sit pro *Cajo*, debet adjudicari *Titio*, quia certum est titulum le-

gitimæ possessionis prævalere, ideoque possidentem non posse spoliari ob jus probabile aut ob proprietatem probabiliorem alterius: si tamen Judex censeret proprietatem hujus esse certam, deberet pro hoc stare, quia contra proprietatem certam alteri competentem nulla valet possessio, nisi præscriptio accedat. Denique si controvertatur uterque articulus & proprietatis & possessionis, debet ferri sententia secundum probabiliorem de proprietate, quia ubi possessio non est certa, & proprietate alterius est probabilis, debent perpendi rationes utriusque articuli, & stari pro jure probabiliore, *Carden.* à n. 38.

§. VII. Putat *Eliz.* §. II. nunquam licere Judici ferre sententiam, nisi ipsemet prius mente judicaverit & discreverit, ad quem jus pertineat: addit non sufficere, si ferat sententiam pro illa parte, quæ apparenter est probabilior, sed requiri, ut verè justum dignoscatur, censequenter ut tamdiu sententiam differat, donec elucescat veritas, sed *Teril.* n. 21. eum rectè confutat, id enim esset facere lites perpetuas: neque verum est nos teneri semper operari secundum verum, sed satis est operari, saltem secundum probabilius, uti dictum est l. 1. à n. 298. Etiam verum non est, quòd operans debeat semper elicere judicium directum circa operabile, sed satis est, quòd eliciat reflexum, uti dictum est l. 1. n. 387.

§. VIII. Sententia omnium Judicum non est constringenda, neque ad solam majorem probabilitatem intrinsecam, neque ad solam extrinsecam, sed ferri debet secundum illam opinionem, quæ omnibus motivis intrinsecis & extrinsecis pensatis videtur esse absolutè probabilior, *Carden.* n. 11. Et *Grotius* de jure pacis & belli in prolog. n. 38. meritò damnat, si Judex in controversiis definiendis sequatur,

eur, aut exempla pauca non semper probanda, aut etiam auctoritatem novorum Iuris-consultorum in responsis, quorum non pauca ad gratiam consulentium, non ad æqui bonique naturam sunt composita. Quòd si pro una parte sit minor probabilitas extrinseca & pro ea sint meliores rationes intrinsecæ, Iudex bene intelligens potest stare pro parte habente rationes intrinsecas, quia hæc meritò intellectum ipsius magis convincent: è contrà si sit Iudex minùs intelligens, qui non satis sciat rationes intrinsecas discernere, poterit præcipuè attendere ad auctoritatem extrinsecam, cùm enim non satis fidere possit proprio iudicio, prudenter stat majori parti alienorum, *Carden. n. 12.*

§. IX. Si opinio aliqua sit usu recepta, quamvis spectatâ fortè ratione vel auctoritate non videatur esse probabilior, difficilè tamen intelligitur, quomodo non videatur esse probabilior, uti rectè *Carden. à n. 13.*, nam si sit recepta praxi & moribus civium, hoc ipso est probabilior imò quandoque certa, nam consuetudo recepta sæpe habet vim abrogandi vel inducendi legem: si autem ideo dicatur usu recepta, quòd in foro externo soleat secundùm illam ferri sententia, hoc ipso iterum est probabilior & quandoque certa, nam censei debet esse legitima interpretatio legum, ideoque *Bald. in Cap. Ne innotaris*, & alii innumeri cum *Moya tr. 2. q. 7. n. 13.* dicunt, quòd recepta consuetudo omnium tribunalium vim habeat legis, ubi deficit lex; & idem dicit *Carden. de opinione in aliquo tribunali recepta*, docentque etiam *Barb. & Luca de benef. d. 67. n. 7.*, quòd per solam binam iudicaturam alicujus supremi tribunalis inducatur consuetudo ac stylus iudicandi.

§. X. Si Iudex certus sit opinionem suam esse
Ddd 5 pro-

probabiliorem, non potest sententiam ferre secundum iudicium aliorum etiam peritorum aliter sententium, quia quando certus est de maiore sua probabilitate, etiam certus est de obligatione ferendae sententiam secundum illam, uti ex damnatione relatae propos. constat: è contrà si non sit certus, quòd sua opinio sit probabilior, potest auditis aliorum fundamentis iudicium suum subicere alieno, & iudicare propter auctoritatem aliorum iudicum, quòd opinio sua sit minus probabilis, quia ubi non cogit evidentia veri, potest quis existimare iudicium plurium aliorum æquè peritorum esse melius & probabilius suo.

¶490

§. XI. Iudex circa materiam Sacramenti debet ferre sententiam secundum opinionem tutiorem, quamvis de se sit minus probabilis, quia certum est nos debere sequi tutiorem, quamvis directè minus probabilem, in conferendis Sacramentis, iudicium enim reflexum, quòd illa opinio sit tum practicanda, est omnino certum, uti dicitur l. 6., ergo Iudex accommodans se opinioni illi tutiori iudicat secundum opinionem certam, *Carden.* à n. 43.

¶491

§. XII. Quod dictum est de Iudice, valet de Principe quoad indictionem belli vel impositionem tributorum, nempe ut partem probabiliorem sequatur, *Vasq. Sanch. Mendo Moya* tr. 1. q. 7. n. 11. Ratio est, 1. quia etiam sub simili pacto suscepit administrationem: 2. In his censetur esse constitutus à populo velut Iudex, qui probabiliora tenetur sequi. 3. Subditi sunt in certa possessione suarum rerum, ergo ob bella vel tributa privandi non sunt ex ratione probabili Principis, si pro possessione subditorum sit probabilior; quia tamen circa hæc vix haberi potest certitudo, ne Resp. exponatur certis periculis, satis est, si Princeps amplectatur hoc, quod sibi auditis

ditis aliorum judiciis & expensis omnibus videtur probabilius, *Moya* n. 8. 4. Non est licitum ferre sententiam secundum minus probabilem, uti hactenus dictum est, ergo multò minus licitum est exequi sententiam, bellum autem vel exactio tributorum est quædam executio sententiæ, ergo. 5. Plerique admittunt saltem in quæstionibus facti procedendum esse secundum probabiliora, uti dicitur n. 1493., sed quæstiones circa bellum & tributa ordinariè sunt facti, v. g. an facta sit injuria, data causa sufficiens &c., an tributa ordinaria sufficiant &c. ergo. Vide dicta l. 3. p. 1. n. 869. item *Camargo* p. I. l. 2. controv. 4. à n. 643. & *Terill.* in Reg. q. 20. à n. 36.

§. XIII. Si jus duorum sit æquè probabile, Judicem posse adjudicare cui volet, docuerunt multi cum *Diana* p. 2. t. 13. R. 3., quam sententiam *Carden.* in 1. crisi d. 64. c. 5. vocavit valde probabilem: Idem dixit *Ill.* t. 1. d. 1. à n. 84., quando utriusque partis rationes se probabiliter invicem vincunt, & neutrius est certa victoria, nec à lege determinatur, cui sit adjudicandum. *Castrop.* t. 1. d. 2. p. 10. n. 2. dixit, si partes sint certò æquè probabiles, pro neutra determinatè esse judicandum, sed dividendum aut aliter transigendum: si autem tantum probabiliter sint æquè probabiles, putavit n. 5. cum aliis multis dari locum favori, quia in jure dicitur, utile esse in arbitrariis habere Judicem gratiosum, ideoque dicuntur aliqui casus esse pro amico: sed cum hæc videantur intelligenda tantum pro casibus, in quibus non agitur de justitia commutativa nec de præjudicio tertii, verum tantum de favore uni adjudicando vel denegando, oppositum videtur probabilius & absolutè tenendum cum *Bann. Suar. Gran. Côn. Laym. Busenb.* aliisque plurimis, 1. Quia aliàs daretur locus acceptioni personarum. 2. Pauperes plerumque ca-

1492

derent

derent causâ, quia voluntas in obscuris potest multum inclinare intellectum, adeoque facillè fiet, ut Judex sentiat rationes esse æquales, & tum decernat pro eo, cui favet. 3. Judex non ageret tanquam persona publica sed velut privata, & cum continuo respectu ad circumstantias commodorum suorum, amicorum, inimicorum &c. 4. Possent Judex eandem causam inter diversas partes agitatam diversimodè decidere, quod esset evertere vel confundere modum ordinarium judiciorum, in quibus pro similibus causis est similiter decidendum. Rationes plures videri possunt apud *Eliz.* §. 10.

7493

§. XIV. Jam dicta valent, quando est major probabilitas, non tantum juris sed maximè facti, uti communiter notant omnes, ita ut opposita sententia aliquorum apud *Teril.* de *Consc.* q. 23. videatur improbabilis, uti rectè *Illf.* n. 82. Excipe tamen casus, in quibus leges favent uni præ alio, uti favent reo in lite circa matrimonium, dotem, libertatem, possessionem, pupillum, peregrinum, viduam, causam piam, ex *Cap. fin. de sent. & re judic.* Tum autem dicitur probabilitas juris, quando motiva petuntur ex legibus, consuetudine, Doctoribus, ratione connexa cum re ipsa; facti, quando petitur ex fama, testibus, scriptura aliisque signis.

7494

§. XV. Certum est stante æqualitate rationum non licere acceptare munera pro sententia in favorem unius ferenda, nam *Alex. VII.* damnavit hanc 26. prop., *quando litigantes habent pro se rationes æquè probabiles, potest Iudex pecuniam accipere pro ferenda sententia in favorem unius præ alio: Vide Mendo diff. 6. à n. 50.* Si tamen uni adjudicaret, deberet alter in foro externo acquiescere, nisi appellaret, aut probare posset factum iniquum, quia præsumeretur Judicem tulisse sententiam secundum hoc,

hoc, quod putabat esse probabilius: in conscientia tamen teneretur satisfacere parti læsæ. De acceptione munerum dicentur plura à n. 1499.

§. XVI. In lite circa beneficia Ecclesiastica, quando est æqualitas rationum, tum maximè potest Iudex facere compositionem, secundùm dicta à n. 556., aut etiam adhibere sortes, uti dictum est n. 558. Quòd si partes nec in compositionem nec in sortes consentire velint, & maneat rationum æqualitas, potest beneficium applicare, cui volet, quia ita habet consuetudo Ecclesiæ, cùm beneficium dividi non debeat.

§. XVII. Si Iudex putet opinionem pro una parte esse moraliter certam, non potest suadere compositionem, quantumcumque magna appareat probabilitas pro parte altera, sed tenetur adjudicare parti habenti moralem certitudinem, quia compositio tantùm habet locum, quando jura sunt controversa & incerta, *Carden. in 2. crisi diff. 3. n. 10.*

An Iudex possit punire operantem secundùm opinionem minùs probabilem, vide *Carden. in 1. crisi d. 15. c. 15. a. 4.*

Q. 266. *An Iudex punire possit probabiliter tantùm nocentem.* R. Si quis sit accusatus & non sufficienter convictus, non potest affici pœnâ ordinariâ, *Less. Sanch. Lugo de just. d. 37. s. 12.* Nec obstat, quòd Iudex ex probabilibus indiciis judicare possit eum esse reum, nam ad sententiam publicam & externam requiruntur plura, uti rectè *Lugo d. 14. n. 30.*, cùm ex hac sequantur longè majora incommoda, & quoad hanc teneatur observare leges, quæ verant damnari nisi plenè convictum. Putant tamen *Less. & Lugo n. 28.* ad leviolem pœnam imponendam sufficere Iudici probabilitatem, v. g. unum testem, sicuti ad torturam sufficit; sed in hoc est disparitas, nam tortura non infligitur per modum pœnæ,