



UNIVERSITÄTS-  
BIBLIOTHEK  
PADERBORN

**Judicium Ecclesiasticum Seu Decretalium Gregorij IX.  
Pont. Max. Liber II.**

**Schmalzgrueber, Franz**

**Ingolstadii, 1726**

§. II. De Personis ad probandum obstrictis.

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-74990](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-74990)

## De Personis ad probandum obstrictis.

## SUMMARIUM.

26. 27. Cui incumbat onus probandi?  
 28. 29. 30. 31. 32. Quando reo, & non a-  
 ctori?  
 33. 34. 35. 36. 37. 38. Quando neganti?  
 39. 40. Cui in Judicijs Duplicibus?  
 41. 42. An reus edere Actori debeat Instrumen-  
 ta sua?  
 43. 44. 45. 46. Exceptiones.

## 47. Responsiones ad Argumenta.

48. Utrum valeat pactum, quo inducitur ne-  
 cessitas utendi certo probationum genere?  
 49. An si illud Juramento sit confirmatum?  
 50. Quid agendum cum actis prioris Judicij,  
 si causa ad alium Judicem devolvatur?  
 51. Quomodo probari possint, si illa sint per-  
 dita?

26

**Q**uæritur 1. cui incumbat onus probandi? *¶* generaliter is probare debet, qui dicit, seu affirmat rem dubiam in Judicio in alterius præjudicium, nec habet pro se præsumptionem Juris. Conveniunt in hoc omnes DD. & expressè statutum est *l. ei incumbit 2. ff. & l. ut creditor 1. C. de Probat. sine dubio* idèd, quia si aliquid petere, & non probare sufficeret, nihil esset tam injustum, quod non peti, nulla innocentia tanta, quæ non opprimi posset. Hinc quia Actor plerumque affirmat, reus negat, regulariter onus probandi incumbit Actori, non verò reo neganti, *l. verius 21. ff. b. tit. l. frustra 8. l. actor 23. C. eod.* Quod adèd verum est, ut actore non probante reus absolvi debeat, etsi nihil præstiterit, i. e. nullam defensionem, vel probationem pro se attulerit, ut decernitur *c. fin. §. sanè de Jurjur. c. un. Ut Eccl. Benef. sin. dim. confer. l. qui accusare 4. sin. C. de edend.*

27

*Extenditur hoc 1.* ad omnes causas, non tantùm Civiles, sed etiam Criminales, nec ad profanas solum, sed etiam ad spirituales, & Beneficiales; nam in his omnibus procedit assertio. *Extenditur 2.* etiam ad casum, quo Judex ex officio inquirat; tum enim ipse probare debet contenta, & asserta in Inquisitione, quia succedit loco actoris, seu accusatoris. *Pacian. l. 1. de probat. c. 7. n. 2.* *Extenditur 3.* etiamsi constet, quòd reus nullum jus in causa, vel re habeat, ut quia res aliena est, quam possidet: nam nisi actor, qui dicit, se esse dominum, vel quasi dominum illius rei, hanc suam intentionem probaverit, in eo Judicio molestari reus non debet; quia in tali casu non quid Juris reo, sed quid actori competat, æstimandum est, ut rectè advertit *Pacian. l. cit. n. 55.* Dixi autem *regulariter onus probandi incumbere actori*; nam plures sunt casus, in quibus illud incumbit reo. Et hinc

28

Quæritur 2. quando onus probandi incumbat non actori, sed reo? *¶* his præcipuè casibus istud ex communi DD. sententia reo incumbere. 1. Si opponat Exceptionem affirmativam, h. e. si excipiendo

aliquid asserat, e. g. si petitus solutionem à creditore dicat, se jam solvisse; tunc enim suscipit in se onus actoris quoad oppositas à se Exceptiones *l. in Exceptionibus 19. ff. b. tit. & ibi Gloss. V. velut intentionem.* Ratio est, quia *agere is videtur, qui exceptione utitur, & reus exceptione fit actor l. agere 1. ff. de Except. præscript. §. præjud.* Dixi autem, *si exceptio sit affirmativa*; nam si reus excipiendo neget, ut fit in Exceptione non numeratæ pecuniæ, eâ propositâ, non reus, sed actor probare debet numerationem pecuniæ factam esse *l. si ex cantione 3. C. de non numerat. pecun.*

2. Si præsumptio Juris stet pro actori 29 re; tunc enim non actori affirmanti, sed reo neganti incumbit probatio. Ratio est, quia universim hæc vis, & potestas Præsumptionis est, ut ab onere probandi relevet, & illud in Adversarium, contra quem præsumitur, transferat *c. un. Ut Eccl. Benef. sin. dimin. confer. l. fin. pr. ff. quod met. caus. l. generaliter 24. §. sed etsi 8. in fin. ff. de fideicom. libert.* Imò si præsumptio hæc sit Juris, & de Jure, ille, adversus quem stat talis præsumptio, pro convicto habetur, cum contra hujusmodi præsumptionem nulla admittatur probatio, ut infra dicetur *Tit. 23. de Præsumpt.* Proceditque hoc, etiamsi pars adversa sit in possessione: ubi tamen distinguendum est, an possessor hujusmodi sit capax possessionis, vel non; nam si hoc *secundum*, ut est Laicus respectu Juris eligendi, decimandi &c. justificare possessionem suam adversus actorem, pro quo præsumptio Juris militat, debet, nisi possessio ejus immemoralis sit, & conf. præsumptionem privilegij à Principe concessi habeat. Si *primum*, à probandi onere eundem liberabit possessio longi, vel longissimi temporis; quia cum ejusmodi possessio sit idonea ad pariendam præscriptionem, etiam idonea erit ad infringendam præsumptionem, quæ possidenti obstat.

3. Si Actor sit persona privilegiata, 30 e. g. pupillus, minor, mulier, vel fortè vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, rusticus, & rerum forensium expertus; nam si talis persona

sona indebitum solutum queratur, is, qui accepit pecunias, probare debet se bene eas accepisse, & debitas sibi fuisse solutas; aliàs si non probaverit, redhibere tenebitur *l. cum de indebito 25. §. si autem 1. ff. b. tit.* Eodem modo, si major à minore emat bona immobilia, & postea minor, volens recedere ab emptione, pretendat non intervenisse Decretum Judicis, is non tenebitur probare defectum hujus solennitatis, sed emptor docere debet, quòd intervenerit *l. quæcumque 13. §. fin. ff. de Publician. in rem action. Neque obstat*, quòd aliàs præsumantur omnia solenniter acta, nisi contrarium ostendatur *l. sciendum 30. ff. de V. O.* nam hoc in minore, & pupillo non procedit ob horum favorem.

31 4. Si reus negans Juris sui fiduciâ onus probandi ultrò subeat *l. circa eum 14. §. si quis autem junct. Gloss. V. Juris ff. b. tit.* & ratio est, quia Juri suo potest renunciare, Circa lationem sententiæ tamen hoc casu distinguendum est, an reus hujusmodi post susceptum in se onus probandi legitime probet intentionem suam, an verò nec ipse suam, nec actor suam sufficienter probaverit, si primum, pro ipso positive est ferenda sententia. Si secundum, absolvetur reus tantum à Judicio illo, causam tamen non amittet, nisi ita in se onus probandi susceperit, ut simul ad amissionem causæ se obligarit, casu quo non probaverit.

32 5. Si Judex ex justa causa onus probandi in reum transferat, ut si deserat reo Juramentum in Judicio; debet enim tunc reus parere, & onus illud suscipere, ac præstitum loco probationis habebitur *l. manifestæ 33. ff. de Jurejur.* Vide Gloss. in c. un. V. actor non probante Ut Eccl. Benef. sin. dimin. conf. Durand. Specul. tit. de prob. §. 1. à n. 10. Hiltrop. p. 3. tit. 8. §. cui incumb. Sichard. in l. 23. C. b. tit. à n. 3. Jordan. l. 14. tit. 17. à n. 17. Haun. tom. 5. tr. 4. à n. 24. Vall. hic §. 3. Pirh. à n. 5. Wiest. à n. 10. & alios ab his cit.

33 Queritur 3. an & quando negans teneatur probare? 34. distinguendum inter Propositiones negativas; nam triplicis generis esse possunt, una facti, alia Juris, alia qualitatis. *Negativa facti* dicitur, quæ negat aliquid factum fuisse, ut *Non occidi Titium, non contraxi cum Sempronio* &c. *Negativa Juris*, quando negatur aliquid de Jure fieri posse, vel de Jure factum fuisse, ut si quis neget Titium posse esse Procuratorem, vel posse contrahere matrimonium; vel si quis neget testamentum, electionem, emancipationem &c. esse jure factam. *Negativa qualitatis* denique, quando negatur aliqua qualitas in subjecto; quæ duplicis generis esse potest; nam aliquæ insunt homini communiter, & naturaliter, v. g. aliquem esse compotem mentis, legitimum, sobrium, pacificum, probum,

potentem ad coitum &c. aliæ solum insunt accidentaliter, & non communiter, v. g. aliquem esse Nobilem, Doctorem Theologiæ, vel Juris &c. His suppositis,

*Certum est 1.* Si propositio sit *negativa* 34 *va qualitatis*, quæ communiter, & naturaliter inest omnibus, eam probari debere à negante illam qualitatem. Gloss. in c. bonæ 23. V. per rerum naturam de elect. Pacian. de probat. l. 1. c. 36. n. 29. Hiltrop. §. cui incumb. cit. n. 23. & seqq. Pirh. hic n. 13. Engl. n. 6. Sannig c. 2. n. 8. Schamb. n. 7. Wiest. n. 18. Ratio est, quia qualitas, quæ communiter, & naturaliter inest homini adesse à Jure semper præsumitur. At si negetur qualitas, quæ solum accidentaliter, & non communiter inest, distinguendum est, an agatur de aliquo promovendo, vel admittendo ad Dignitatem, Beneficium &c. in quo qualitas illa requiritur; an verò de eo, qui promotus, vel admittus est, ob carentiam ipsius removendo. Si primum, non negativa, sed affirmativa propositio probanda est ab allegante; & si non probetur, non præsumitur adesse arg. l. Magistros 7. C. de Profess. & l. un. C. de Profess. urb. Constantin. Si secundum, onus probandi defectum talis qualitatis neganti incumbit, cum Adversarius ejus per possessionem muneris, quod talem qualitatem requirit, constituatur etiam in quasi possessione ipsius qualitatis, Pacian. l. cit. n. 23.

*Certum est 2.* si propositio sit *negativa* 35 *Juris*, & id, quod negatur, sit de genere permissorum, ut fit in exemplis supra allatis, eam propositionem probandam à negante *l. ab ea parte 5. ff. h. tit.* Hiltrop. n. 19. & seqq. Zœf. hic n. 6. Pirh. n. 12. Engl. n. 6. quia omnia præsumuntur de Jure licita esse, nisi prohibita esse probentur. At, quando negantur ea, quæ sunt de genere prohibitorum, e. g. cum negatur hominem aliquem jure occidi potuisse, non negans suam negativam, sed affirmans affirmativam probare debet, ut rectè advertit Pirh. l. cit. nam in materia communiter prohibita observari debet Regula: *Quod concessum non reperitur, eo ipso prohibitum censei debet.*

Controversia solum est de *Propositione negativa facti*: sed etiam hæc ope distinctionis decidi potest; nam triplex hujusmodi propositio num species est, videlicet 1. *Propositio negativa pura, simplex*, & *indefinitiva*, quæ non habet determinationem loci, temporis, vel alterius circumstantiæ, e. g. cum reus dicit: *Non contraxi, non mutuavi, non sum citatus* &c. 2. Est *Negativa facti determinata*, quæ limitata est certo loco, tempore, & alijs circumstantijs, ut si testis, vel actor dicat, Titium contraxisse matrimonium cum Bertha tali loco; tempore &c. 3. Denique *Propositio negativa pregnans*; quia se, virtualiter, & implicite

continet in se propositionem affirmativam, ut si quis dicat se non spontè renuntiâsse Beneficio; nam hic implicite asserit sibi vim illatam in renuntiatione Beneficij.

37 Ex his *Ultima* à negante probari potest, & debet *c. super hoc 5. de renunt. c. fin. v. nos causam de success. ab intest. l. si filius 8. ff. h. tit. Pacian. de probat. l. 1. c. 36. n. 20. & seqq. Honor. hic n. 11. Pirh. n. 11. Schamb. n. 7. König n. 24. Wiest. n. 19.* Ratio est, quia asserenti incumbit Probatio, sed qui utitur Propositione negativa prægnante, asserit aliquid. Ergo &c. *Secunda*, seu *Negativa determinata* à negante probari indirecè potest, si se. probet se eo tempore in alio loco, cum alijs personis fuisse &c. sed probari ab ipso non necessariò debet *c. ex tenore 35. de testib. l. optimam 14. v. etsi inter C. de contrah. stipul. Pacian. c. 37. n. 24. & seqq. Hiltrop. §. cui incumb. n. 7. & 34. Pax Jordan. tit. 17. n. 34. Henr. Canif. in c. 11. b. tit. n. 2. Laym. ibid. n. 1. Zoef. n. 6. Pirh. n. 10. Engl. n. 6. Sannig c. 2. n. 8. cum alijs supra.* Excipe, nisi super ejusmodi propositione negativa eam allegans fundet intentionem suam; tunc enim illam probare debet, cum regula generalis sit, quemlibet obligari ad probandum id, quod est causa, & fundamentum intentionis suæ.

38 *Prima*, seu *Negativa pura* non potest probari *l. actor 23. C. h. tit. & c. bone 23. de elect. Hiltrop. n. 35. Wefenbec. ff. h. tit. n. 6. Pacian. c. 36. n. 6. Pax Jordan. n. 34. Vallenf. §. 3. n. 3. Pirh. n. 8. König n. 22. Schamb. n. 6. Wiest. n. 21.* cum alijs relatis. Ratio est, quia negationis, utpote non entis, nullæ sunt causæ, nullæ differentia, nullæ proprietates, à quibus sicut definitiones, ita & probationes desumenda sunt, cum probatio nihil aliud sit, quam vera alicujus facti definitio, & demonstratio. Conf. quia non apparet, quo genere probari possit: non *per testes*; quia testis deponens super asseritione merè negativa non coarctata loco, & tempore fit suspectus de falso, ut notat Gaill. *l. 1. obs. 64. n. 4.* Non *per instrumenta*: quia Instrumenta erigi solent super affirmatione, non negatione, si illa sit merè indefinita. Non *per Juramentum*; quia hoc non defertur reo, nisi in defectum, & supplementum probationis. Non *per præsumptionem*; quia ista in propositione merè negativa locum non habet, nisi quatenus onus probandi rejicit in Adversarium, quod non est probare, sed relevari à probatione. Potest quidem fides de ea fieri per confessionem; sed hæc, ut sæpe dictum est, iterum non est probatio ejus, quod prius negatum erat, cum Adversarium relevet ab onere probandi, quod pars adversa confitetur.

39 Queritur 4. quis probare debeat in Judicij duplicibus, qualia sunt familiae heriscundæ, de communi dividendo, finium regundorum &c. *v. in his probare de-*

bet uterque litigantium; & ea pars tandem vincet, quæ melius probaverit: quòd si æquè probet pars utraque, absolvendus est possessor.

Ita Vivian. *in c. ex litteris 3. h. tit. Laym. ibid. n. 2. Gonzal. n. 8. & seqq. Barbof. n. 1. & 13. Wagner. in Exeges. Pax Jordan. n. 31. Perez in C. h. tit. n. 20. Brunnem. in l. 2. eod. n. 5. Vallenf. hic §. 3. n. 5. Zoef. n. 5. Honor. n. 8. Pirh. n. 14. & seqq. Engl. n. 4. Schamb. n. 8. Wiest. n. 11.*

Dixi 1. in his Judicij utriusque litigantium onus probandi incumbere. Ita statuitur *c. ex litteris cit. l. in tribus 13. & l. seq. ff. de Judic. l. Judicium 10. ff. fin. regund. l. inter 44. §. qui familie 4. ff. famil. herisc. Ratio indicatur cit. textibus; quia in his uterque litigantium est simul actor, & reus. Hinc etiam *Actiones mixte*, & *Judicia duplicia* appellantur *l. actionis 37. §. mixte 1. ff. de O. & A.* Intelligendum tamen hoc solum est quoad onus probandi, & alios effectus Judicij; nam quoad ista solum in his Judicij uterque pro actore, & reo habetur: quo non obstante, ut lis facilius, & commodius ordinetur, & sciatur, pro quo sit pronuntianda sententia casu, quo uterque vel æquè, vel nihil probaverit, salubriter introductum est, ut etiam in his Judicij unus actoris, alter rei vicem sustineat: & actoris quidem vicem sustinebit is, qui primus provocavit in Judicium *l. in tribus cit. junct. Gloss. V. videri actorem.* Si non appareat, quis primò provocaverit, forte dirimendum est, quis principalis actor dici debeat *l. sed cum ambo 14. ff. de Judic.**

Dixi 2. in casu equalis probationis absolvendum possessorem: quod clarè constat ex *c. ex litteris cit. v. quodsi*, ubi ratio redditur, quòd *promptiora sint jura ad absolvendum, quam ad condemnandum.* Conf. nam ubi actor nihil probavit, pro reo ferenda sententia est *l. qui accusare 4. fin. C. de edend.* sed reus plerumque possessor est; quia minorem habet causam provocandi. Ergo rectè dicitur pronuntiandum esse pro possessore. Excipitur *v. quodsi cit.* si agatur de liberali causa; in hac enim, si utriusque partis probationes æquales sint, pro libertate sententia proferri debet etiam contra reum, & possessorem. Extendit exceptionem hanc Gloss. *in c. cit. V. in liberali* etiam ad alias causas favorabiles, cujusmodi est matrimonium, dos, testamentum; nam testes, qui pro ijs deponunt, præferuntur alijs testibus, etiam si fortè hi secundi priores excederent ob aliquam qualitatem, veluti quia Clerici sunt, illi Laici, ut notat Barbof. *in c. 3. cit. n. 8.*

Queritur 5. an in defectu probationum pars parti contra se instrumenta, & rationes edere, seu exhibere teneatur? Videtur standum pro affirmativa, ita ut non tantum actor reo, sed etiam reus actori ostendere, & exhibere instrumenta, ac rationes debeat, prout opus est ad probandam intentionem alte-

alterutrius.

Ratio est 1. quia non debet probationibus præcludi via, & earum facultas coangustari *l. quoniam 21. in fin. C. de heretic. l. nec quid 7. v. de his ff. de incend. ruin. Sc.* sed nullo modo veritas clarius constare potest, quam per instrumenta *l. 1. C. de edend.* igitur actor reo, & reus actori ea tenentur edere. 2. Aequalitas servari debet inter actorem & reum. Sed omnium sententiâ actor reo edere debet instrumenta sua. Ergo etiam reus actori. 3. Reus cogitur respondere positionibus actoris, ut *Tit. præc. n. 44.* dictum est: item cogitur scribere, ut per litterarum comparationem possit actor probare Chirographum confectum manu propria Rei conventi. *Novell. 73. c. 1.* igitur etiam tenebitur edere instrumenta.

42 Sed his non obstantibus, vera est communis doctrina, quæ distinguit inter actorem, & reum, & de actore quidem concedit, quod edere reo instrumenta sua debeat, negat autem, quod ea debeat edere reus actori. Ita Abb. *inc. ex epistole 1. b. tit. n. 14.* Henr. Canif. *ibid. n. 1. § 2.* Fagn. *n. 1.* Laym. *n. 1. § 2.* Gonz. *n. 7. § seqq.* Barbol. *n. 1. § 13.* Wagner. *not. 1. Vall. §. 3. n. 6.* Zoes. *n. 9. Pirh. n. 22.* Schamb. *n. 13.* König. *n. 17.* & constat ex Juris utriusque textibus: Canonici quidem *c. ex epistole cit.* Civiles autem *l. in speciali 73. ff. de R. V. l. nimis grave 7. C. de testib. l. cogi 11. C. de petit. hered. l. qui accusare 4. & l. fin. C. de edend.* Ratio est 1. quia reus invitatus trahitur ad Judicium, & ibi comparatur non ad laedendum alium, sed ad tuendum se; actor vero in potestate sua positum habet Adversarium convenire. Igitur mirum non est, quod majori favore Jus prosequatur reum, quam actorem, & eundem absolvat, si contra ipsum actor nihil probaverit, non autem in plus condemnet, quam iste ex instrumentis, quæ secum affert, ostenderit. 2. Quia Actor hoc ipso, quod in potestate ejusdem sit Adversarium convenire, ad Judicium instructus, & paratus debet accedere. Igitur probationes suas secum afferre debet, & non debet illas à domo Adversarii petere, vel causam suam super alienis documentis fundare. E contrario æquissimo jure reus, à quo aliquid petitur, sibi rationes Adversarii, quibus se instruat, promitti desiderat; debet enim ad has respondere. Igitur easdem sibi notas habere debet, quod non esset, si eidem non exhiberentur. 3. Quia nec Juris, nec æquitatis permittit ratio, ut quis contra se, & proprium commodum instruat Adversarium; nam ut pulchrè *e. ex epistola cit.* Gregorius loquitur, *nulli dicendum est, Ea, quæ contra te sunt, apud te ipsum debes documenta requirere, atque hæc pro me in medium proferre, ut emendatius ibidem legit Gonzalez.*

43 Excipiuntur tamen ab hac universali doctrina complures casus, quibus etiam reus actori edere instrumenta debet. Et 1.

quidem si instrumenta non sint propria unius, sed communia utrique parti *c. G. Perpetuus 12. de fid. instrum.*

Ratio est; quia tunc edit illud non ut suum proprium, sed ut instrumentum ipsius etiam actoris. Proceditque hoc, sive instrumentum sit commune ratione proprietatis, & ipsius chartæ, quo modo instrumenta defuncti sunt communia omnibus hæredibus; sive ratione actûs contenti, quo modo instrumentum emptionis venditionis est commune emptori, & venditori, quorum rogatu à Notario est confectum; sive denique ratione officij publici, quo modo communes sunt rationes argentariorum, libri censuales, acta Judicialia, & alia ad publicam utilitatem scripta *l. si que 5. ff. famul. heretic. l. argentarius 10. ff. l. is apud 2. & l. procurator 7. C. de edend. & passim DD.*

2. Si actor intentionem suam jam habet fundatam, e. g. si jam probavit, quod fundus reo sit venditus, sed nesciat, quomodo, & quibus conditionibus ea venditio facta sit, & quousque se extendat; tunc enim cogitur reus edere instrumenta sua ad adjuvandam intentionem actoris jam fundatam, & probatam, cum non petat ad principaliter impugnandum; adeoque cesset ratio, ob quam prohibentur instrumenta à reo peti *l. Titius 48. & l. creditor 52. pr. ff. de action. empt. & vendit.*

3. Si reus ipse utitur instrumentis suis, illaque producit in Judicio *l. quia 1. §. edenda 3. ff. de edend.* Ratio est, quia quando alicujus intentio fundatur in aliquo instrumento, vel privilegio, tunc Adversarius petere potest, ut illud edatur sibi, non ut instruat ad probationem pro se præstandam, sed ut deliberare possit, an agere velit.

4. Si Actor demonstrat se suas rationes, & instrumenta amisisse citra suam causam, videlicet incendio, ruina, naufragio &c. tunc enim æquitas, & commiseratio suadet eidem succurri à Judice cogente reum, ut sua in subsidium instrumenta edat *arg. l. siquis 6. §. prohibet 9. ff. de edend.*

5. Potest actor petere à reo, ut exhibeat, quæ necessaria sunt ad probandam suam replicationem; nam Replicatio est quædam exceptio Actoris contra Exceptionem rei. Sicut igitur actor reo edere instrumenta sua debet ad fundandam exceptionem illius, ita pariter æquum est, ut reus actori edat instrumenta sua, quæ necessaria sunt ad fundandam replicationem illius. Abb. *in c. 1. cit. n. 15.*

6. Usurarij, si negent usuras se exercere, aut exercuisse, compelli possunt etiam per Censuras Ecclesiasticas, ut edant libros suos, seu instrumenta rationum suarum ad probandam intentionem actoris. *Clem. un. §. ceterum de usur.* Extenditur communiter ad similes personas, quæ frequenter fraudes committunt in contractibus, quales sunt Judæi, Publicani, Nummularij, cau-

pones &c. & hoc in odium fraudis, quæ auctori suo prodesse non debet.

45 7. Reus cogitur edere instrumenta sua fisco contra se agenti, idque ex speciali privilegio, quo gaudet fiscus, ut possit de domo Rei sumere probationes ad firmandam ex illis intentionem suam *l. ex quibusdam 2. §. Divus Adrianus 1. §. seq. ff. de Jur. fisc.* Id autem solum procedit in causa civili, non vero in criminali, saltem capitali; quia cum tunc agatur de præjudicio Rei multo graviore, quam in iudicio civili esse possit, is edere fisco instrumenta non cogitur: & ratio est, quia nimis durum foret agentem criminaliter ad poenam capitalem exigere probationes de domo Rei.

8. Privilegium hoc multi cum Abb. *in c. 1. cit. n. 19. Decio ibid. n. 15. Felin. n. 11.* extendunt etiam ad Ecclesias, & Hospitalia, aliæque loca pia, quibus proin concedunt, ut petere instrumenta à reopossit ad intentionem suam fundandam. *Rationem* dant, quia fiscus, & Ecclesia æquiparantur, saltem in materia favorabili: ideoque fisco concessa privilegia etiam ad Ecclesiam extenduntur ob paritatem rationis, cum utrobique verferur publica utilitas, & Jura pari favore Ecclesiam & fiscum prosequantur.

46 9. Denique sunt nonnulli, qui idem privilegium trahunt etiam ad causas matrimoniales, vel alias, in quibus vertitur favor pieratis, ut sunt causæ alimentorum, dotis, legati ad pias causas, & generaliter ad omnes causas favorabiles, in quibus proin auctori à reo convento edi debere instrumenta volunt, saltem quando non adest copia, seu facultas probandi. *Abb. n. 19. Decius n. 16. Felin. n. 10. & 11. Wagn. not. 2. §. limitatur 3. Pirh. n. 26.* qui tamen notat, hoc in praxi non videri ubique receptum esse. Quidquid sit de ista praxi, hoc verum est, posse ob favorem causæ piæ Judicem imperare, ut edantur instrumenta à reo, quando res aliter probari non potest, ut rectè advertit Laym. *in c. 1. h. tit. n. 9. in fin.*

Videri de his Exceptionibus possunt *Abb. in c. cit. à n. 7. Decius à n. 13. Felin. à n. 9. Vivian. in ration. ibid. Canif. à n. 4. Laym. à n. 3. Wagnereck not. 2. Vall. hic §. 3. n. 6. Zœf. n. 9. Pirh. à n. 23. Schamb. n. 13. König n. 17. Sannig c. 4. n. 2.*

47 Sic limitatæ responsioni non obstant Argumenta opposita in contrarium. *Ad 1.* etsi verum sit, quòd probationum facultas non sit coangustanda, & propterea plura specialia in Jure permittantur, id tamen verum est solum, si legitimis medijs probatio fiat, & modis à Jure statutis. Sed non est modus à Jure approbatus è domo Adversarij probationes petere, nisi in casibus suprà exceptis; jus enim neminem compellit ad veritatem dicendam, nisi sit testis, ut habetur *c. intimavit 28. de testib.* vel nisi alias æquum videatur Judici, ut reum interroget *l.*

*ubicunque 21. ff. de interrog. in Jur. faciend.* quod hodie fit per positiones Auctoris in libello propositas. *Ad 2.* Principium illud, quòd æqualitas sit servanda inter auctorem, & reum, ut bene Henr. Canif. *l. cit. n. 11.* advertit, procedit tantum quoad probationem, ut sicut auctor intentionem, ita reus exceptionem suam probare debeat; non autem quoad editionem instrumentorum, unde probatio elicitor. *Ad 3.* disparitas est, quia respectu confessionis, quæ reus ad positiones respondet, non potuit auctor venire paratus, cum illa non sit in potestate sua; potuit autem venire paratus respectu instrumenti, cum potuerit sibi ab initio præcavere: & ideo ipse sibi imputare debet, si instrumenta idonea ad probationem causæ sibi non comparavit; nam vigilantibus, non dormientibus Jura subveniunt *c. vigilantis 5. de præscript.*

Queritur 6. utrum valeat pactum, quo inducitur necessitas utendi certo probationum genere? Fieri hujusmodi pacta nonnunquam solent à Sponsis, antequam matrimonium contrahant, dum inter pacta nuptialia cætera etiam istud ponunt, ut in annullorum, torquium, & aliorum cimaliorum repetitione soluto matrimonio non alia adhibeatur probatio, quàm per instrumenta v.g. inventarium. Et quidem si pactum hoc ita sit in initum, ut superstes illa duntaxat restituere teneatur, quæ in Inventario descripta sunt, *P. Wiest, hic n. 22.* valere judicat, & meritò; nam quæ inventario descripta non sunt, superstiti relicta censentur per donationem morte confirmatam.

Si verò ita sit in initum, ut ex solo Inventario, & non aliunde probatio sumi possit, quæ res, soluto matrimonio, restitui debeant, quæ non, Pactum hujusmodi invalidum est, ut cum Ant. de Butrio notat *Fagn. in c. sicut 2. h. tit. n. 9.* Ratio est, quia bonis moribus adversatur, & difficiliorem probationem efficit, dum pacifcens intendit alias legitimas probationes excludere, fortè quia sperat probationem per instrumenta facile everti, vel impediri posse.

Dubium est, an Juramentum tali pacto additum obligatorium sit? Durand. 49 *Specul. de Probat. §. videndum 3. n. 6.* quem sequitur Haun. *tom. 5. tr. 4. n. 74.* putat illicitum quidem illud esse, sed de re licita, conf. instar ejus, quòd de Ufuris solvendis foeneratori præstatur, obligatorium *arg. c. debitores 6. de Jurejur.* Rationem dat Haunoldus; quia tale Juramentum sine peccato, & tertij præjudicio observari valet, consequenter locum habet Regula *c. cum contingat 28. de Jurejur. & c. quamvis 2. de pact. in 6.*

Sed dicendum tale Juramentum non minus, ac ipsum pactum viribus carere. Ita *Fagnan. in c. sicut n. 16. §. seqq.* ubi pro se allegat Fulgof. Alex. Imol. Seraphin. Ratio est, quia cum etiam ipsum ad occulta-

tio-

tionem veritatis tendat, à bonis moribus alienum non minus est, quam pactum, cui adjicitur: & hinc sicut pactum tale non tenet, ita nec juramentum obligat. Accedit, quia Juramentum, quod fit contra Jus publicum, obligatorium esse non potest. Tale esset in casu nostro, quo adstringeretur partes ad certum probationis genus e. g. per Instrumentum, exclusa probatione per testes, cujus usus per Jus publicum tanquam necessarius laudatur, & recipitur *l. testimonium 1. ff. de testib.*

Hinc, quæ in contrarium afferuntur, hoc ipso corrunt, & sequitur, non obstante hujusmodi pacto, & Juramento, quod ei additum est, alias probationes ad veritatem probandam adhiberi posse, si probationes pacto expressæ deficiant.

50 Quæritur 7. Si causa ad alium Judicem devolvatur, quid agendum cum actis Processus, & Judicij prioris? *xy. tunc remitti ad Judicem, ad quem causa devoluta est, debent, & eidem exhiberi, ut habetur c. causam 11. de testib. & sumitur ex c. bone 15. h. tit.* Ex quo sequitur acta in priore Judicio valere etiam in posteriore, & in hoc ex actis prioris Judicij procedendum esse, ut notant Vivian. in c. bone cit. Laym. *ibid. n. 2.* Barbof. *n. 1.* Wagn. in Exeges. *ejusd. cap.* Ratio est, quia idem Judicium, & tribunal esse censentur. Hinc repeti non debent a-

cta prioris Judicij; quia sufficienter fidem faciunt etiam in Judicio posteriore inter easdem partes litigantes: quod tamen intellige de actis instructorijs causæ tantum, & de decisorijs litis; nam ordinatoria litis, uti est citatio, libelli oblatio, Juramentum calumniæ, litis contestatio, datus terminus dilationum &c. si in alio Tribunali causa sit agitanda, repeti debent, quod non ad fidem faciendam, sed ad ordinem Judicij pertineant, qui in quocunque Tribunali servandus est. Plura de hoc *Tit. seq.*

Dubitatur, quomodo Acta Judicij, si perdita sint, probari possint? *xy. pro-* bari posse per duos testes, qui deponant se illa antea inspexisse, & legisse: imò sufficet quandoque confessio partium. Hinc si partes litigantes propria voce confiteantur litis contestationem esse factam, licet in actis illud non reperiatur, standum erit confessione illarum, ita, ut repetere illam non sit necesse, ut notat Abb. in c. fin. h. tit. *n. 2.* Pirh. *hic n. 69.* & ratio est, quia etsi aliàs confessio partium in his, quæ non dependent ab earum arbitrio, fidem non mereatur, fidem tamen meretur, si aliunde sit præsumptio, uti est in casu nostro; cum enim litis contestatio sit de substantia processus, merito præsumitur esse facta *l. sciendum 30. ff. de V. O. Abb. n. 2. cit. Felin. ibid. n. 2. Pirh. l. cit.*

## §. III.

## De Objecto Probationis.

## SUMMARIUM.

52. Quid sit probandum?

53. 54. 55. Quomodo probandi sint Limites locorum?

56. 57. 58. 59. 60. Quomodo Filiatio?

61. 62. 63. Quomodo Aetas?

64. 65. 66. Virginitas?

52 **Q**uæritur 1. quid sit probandum? *xy.* in genere loquendo probatio versatur circa factum controversum, ad causæ decisionem pertinens, & quod directè probari possit, sive deinde criminale illud fuerit, sive civile. Hiltrop. *p. 3. tit. 3. §. cui incumb. n. 46.* Welsenbec. *ff. h. tit. n. 7.* Pirh. *hic n. 31.* König *n. 18.* Sannig *c. 4. n. 4.* Dixi 1. circa factum: quia, quæ sunt Juris, cum certa illa, & nota Judici præsumantur, non probantur in Judicij, sed allegantur ad inferendum aliquid aliud, quod in facto, aut faciendo consistit, prout notavi *suprà n. 3.* Excipiuntur ea, quæ sunt Juris municipalis, vel consuetudinarij; quia hæc æquiparantur quæstionibus facti: Item quæ sunt Juris communis quidem, sed dubij, quod Leges aliquo modo videantur esse contrariæ: tunc enim sensus Legis ex communi DD. opinione probari potest, &

debet. Dixi 2. *controversum*; nam facta notoria probatione non indigent: de quo vide *n. 3. cit.* Dixi 3. *ad causæ decisionem pertinens*; nam impertinentium probatio, utpote inutilis, non est recipienda, nedum decernenda. Hiltrop. *l. cit. n. 53.* cum reliquis *suprà.* Dixi 4. *quod directè probari possit*, saltem per conjecturas, vel Juramentum, cujusmodi sunt, quæ suapte naturâ occultæ, & clam remotis arbitris fieri solent; nam ea, quæ nullam omnino probationem suscipiunt, ut sunt propositiones merè negativæ, non coarctatæ certo loco, & tempore, nec debent, nec possunt probari. Welsenbec. Pirh. *l. cit.* Dixi 5. *sive criminale fuerit, sive civile*, cum hoc tamen discrimine, quod in civilibus causis sufficiant probationes minores, in Criminalibus autem requirantur plenissimæ, ob gravitatem præjudicij, quod secum trahunt *l. fin. C. h. tit.*

L 1 3

Quæ-