





1738, 96

13
4

4.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS
DE
**ONERE PROBANDI
NEGANTIBUS
INCUMBENTE,**

PRÆSIDE

JOHANNE WOLFGANGO TRIER,
CONSIL. REG. AUL. ET CODICIS P. P.

A

JOHANNE HIERONYMO DE WEDIG,
ILLUSTRISSIMI ET SUMME REVERENDI COMITIS
LYNARIÆ IN DYNASTIA LUBBENAVIENSI JUDICE AULICO
ET REGIMINIS LUSAT. INFER. ADVOC. ORD.

**PRO SUMMIS IN JURE UTROQUE HONORIBUS
CONSEQUENDIS**

D. XXIX. JUL. MDCCXXXVIII.
PUBLICÆ DISQUISITIONI EXPONENDA.

FRANCOFURTI AD VIADRUM,
Typis SIGISMUNDI GABRIEL. ALEX.



LECTORI BENEVOLO
PRÆSES HUIUS DISPUTATIONIS

S. P. D.

MOrbus gravis, quo per duas fere hebdomadas laboravi, impedimento fuit, quo minus disputatio tota eo, quo debebat, tempore typis imprimi posset. Cum vero rationes muneris publici, quo Praenobilissimus atque Amplissimus Dominus Respondens fungitur, non permittant, ut ei diutius in urbe nostra commorari liceat, non aliud consilium capere potuimus, nisi ut ex paragraphis nondum impressis praecipuas theses excerptas daremus, quibus paucas alias theses miscellaneas subjicere placuit. Quod ut & ii, qui Opponentium munere functuri sunt, & reliqui Lectores in aequiorem ac meliorem partem accipere velint, perofficiose & majorem in modum rogamus. Integra disputatio, Deo adjuvante, intra octiduum prelo exhibit. Dabam Francofurti ad Viadrum d. XXVI. Jul. MDCCXXXVIII.

I.
Propositio negativa est, quae constat sub-
jecto & praedicato vere diversis, prae-
fixa copulae particula negandi.

II.
Omnis propositio negativa nullo negotio in
affirmativam converti potest, si in locum
praedicati substituatur terminus oppositus.

III.
Duae propositiones negativae possunt esse
contradictorie oppositae, ut hae: *Cajus
non est servus, Cajus non est liber homo.*

IV.
Regula, neganti non incumbere probatio-
nem & obscura est, & eludi facile potest,
& re vera nullum usum habet.

V.
Verum quidem est, propositionem negativam
indefinitam, hoc est, circumstantiis loci,
temporis, aliisque non circumscriptam, raro
probari posse, e. c. *Sejam stuprum passam
non esse, Mevium Cajo nihil debere.* Sed
hoc ex eo est, quod indefinita, non quod
negativa sit. Nam etiam propositio affir-
mativa indefinita aequè raro probari pot-
est, ut *Sejam stuprum passam esse, Me-
vium Cajo aliquid debere.*

VI.
Verum etiam quidem est, propositiones hujus
generis,

generis, licet circumstantiis circumscriptae fuerint, nihilo minus plerumque probandas esse a parte adversa, quae eas affirmat. Sed hoc iterum non est ex eo, quod affirmanti probatio incumbat. Nam si Seja & Mevius gravibus praesumptionibus premantur, ipsorum est probare propositiones suas negativas.

VII.

Propositio negativa indefinita nonnunquam necessario probanda est: ut si quis gloratus fuerit, se nunquam fuisse ebrium, deque ea re sponsonem contraxerit. Tum enim tacite probatione se oneravit. Sibi igitur imputet, si deinceps intellexerit, se oneri suscepto imparem esse.

VIII.

Ei, qui indebitum condicit, probatio incumbit, id, quod solutum est, non fuisse debitum.

IX.

Exceptio non numeratae pecuniae probari & potest, & quando contra excipientem graves praesumptiones militant, debet.

X.

Non esse aliquid, saepe sensu percipi, ideoque directo probari potest, e. g. filium in testamento paterno non esse heredem institutum, testamentum nullo visibili vitio laborare.

XI.

XI.

Per indirectum probatur propositio negativa, si probetur alia affirmativa, ex qua illam sequi necesse sit, e. g. Sejum fuisse haereticum, ergo non potuisse facere testamentum. Hic modus est primae figurae syllogismorum, qui *Celarent* a Logicis appellatur.

XII.

Ut consuetudo vim legis habeat, necesse non est, eam contradicto aliquando iudicio firmatam esse.

XIII.

Secundum jus Saxonicum commune gerada aeque ac hergewetta inter eas tantum personas locum habet, quae sunt equestris ordinis.

XIV.

Recessus Imperii de A. 1521. quo constitutum est, fratrum liberos una cum ipsis fratribus ad successionem esse admittendos, receptus est vel saltem receptus praesumi debet in omnibus provinciis Germanicis, quae eo tempore Serenissimae Domui Saxonicae non fuerunt subiectae.





I.

Nemo est, qui nesciat, in omnibus
causis dubiis, quae in judiciis agun-
tur, semper probatione opus esse,
qua judici fides fiat earum rerum,
de quibus dubitatur. Nam secun-
dum ea, quae probata sunt, sententia est ferenda.
Qui vero, deficientibus testibus, documentis aliis-
que adminiculis, non probavit, quod probare de-
buit, is causa cadit, etiamsi eam justissimam ha-
beat. Quamobrem saepe in foro acriter conten-
ditur de quaestione, utri litigantium onus pro-
bationis a iudice sit imponendum. Ad eam vero
quaestionem dijudicandam sufficit unica regula,
eaeque simplicissima, quae ex ipsa definitione pro-
bationis fluit, usuque forensi comprobatur: nempe
probationem incumbere ei, qui re aliqua du-
bia nititur, propter quam aliquid fieri vel non
fieri desiderat. Cujus regulae & veritas & aequi-
tas manifesta est: quoniam, nisi res illa dubia
probata

probata fuerit, causa nulla est, quare iudex quidquam immutare, nec potius id, de quo quaeritur, in statu, quo nunc est, relinquere debeat.

II.

Ex hac regula tria sequuntur. Primum a probatione immunem esse illum, qui fundamentum intentionis certum atque extra dubitationem positum habet. Itaque raro probandum est jus, quippe quod certum plerumque atque omnibus notum est. *L. 2. ff. de jur. & facti ign.* Nec magis probanda sunt facta notoria, quorum in aliquo loco pervulgata est veritas, vel de quibus acta judicialia testantur: exempli causa, motum esse concursum creditorum, quando id ex litteris patentibus publice affixis & ex iis, quae in iudicio gesta sunt, satis jam constat. *MASCARD. de probat. Conclus. 1107. & 1109. CHRISTIN. Vol. 3. Decis. 24. n. 9.* Difficile vero dictu est, quid sibi velint Doctores, quando ajunt: *notoria, si talia esse negentur, semper esse probanda, quod scilicet sint notoria, non autem probandum esse, quod sint vera.* *MASCARD. d. Conclus. 109. n. 26. STRYK. Introd. ad prax. c. 17. §. 4. HOPP. Exam. J. z. de jure nat. gent. & civ. qu. 42.* Nam si quid vere sit notorium, negatio partis adversae minime potest efficere, ut illud, quod jam certum est, probari debeat. Si vero de rei, quae notoria dicitur, veritate dubitetur, sufficit, solam veritatem duobus vel tribus testibus vel alia ratione probari. *L. 1. §. 8. ff. de dote praeleg. C. 31. de reg. jur. 6.* Neque opus est, quod Hoppius requirit, ut notorietas decem testibus probetur, nisi iis locis, ubi in pro' anda

probanda consuetudine, ut certius constet, publicos fuisse actus, quibus ea introducta est, numerus tantus testium statutis vel moribus exigitur.
CHRISTIN. Vol. 4. Decis. 212. n. 63.

III.

Deinde ex regula illa sequitur, ut nec ea probanda sint, quorum tanta est probabilitas, ut tam diu pro veris habenda sint, donec proberur contrarium. Nam rerum civilium raro tam explorata est veritas, ut nihil plane dubii supersit. Sufficere igitur debet iudici is evidentiae gradus, ad quem per rerum ipsarum naturam perveniri potest. Quamobrem praesumptiones, quae sunt conjecturae argumentis valde probabilibus nixae, eum, pro quo militant, ab onere probandi immunem reddunt: *L. 24. § 26. ff. de probat.* exempli causa actum quemque legitime potius, quam illegitime esse celebratum, *L. 12. ff. de reb. dub. voluisse paciscentes, ut ex pacto & jus & obligatio in heredes eorum transmitteretur, L. 9. ff. de probat.* eum, qui juravit, quod verum est, jurasse, *L. 11. §. 3. ff. de iurej.* praedia libera esse a servitutibus, *L. 9. ff. de servit. praed. urb.* & quae sunt alia generis ejusdem. Imo etiam ipsae probationes, quae per testes & instrumenta fiunt, huc referendae sunt: nam etsi fidem faciant in judiciis, non tamen ideo omnis dubitatio sublata est, sed reum, si contrarium intra legitimum tempus probare voluerit, audiri oportet.

A 3

IV.

IV.

Denique sequitur ex eadem regula, ut, si & actor & reus dubium aliquid, quo intentio eorum nititur, protulerint, utrique probatio incumbat. Primum autem ille, deinde hic probat. Naturaliter enim is, qui prior iudicis opem imploravit, prior etiam probationem suscipere debet: & reus necesse non habet probare exceptionem suam, si intentionem actoris probatione deficere videat. *L. 9. C. de except.* Tum enim, etiamsi ipse nihil praestiterit, absolvendus est. *L. 4. C. de edendo.* Differt autem probatio exceptionis a probatione contrarii, de qua paullo ante dictum est, etsi in foro utraque reprobationis nomine comprehendatur, & utraque simul peragi soleat. STRYK. *Introd. ad prax. c. 17. § 8.*

V.

Sunt vero aliae nonnullae regulae ad hoc argumentum pertinentes, quae perobscurae sunt multisque controversiis implicatae: quibus efficitur, ut crebro & iudices & advocati, qui eas allegant, aut in errorem incidant aut consulto iis ad suam libidinem aliorumque injuriam aburantur. Inter has regulas latissime omnium patet & frequentissime in foro auditur ea, quam Paulus Iustus *L. 2. ff. de probat.* proposuit his verbis: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* Est quidem altera aequae famosa usque forensi frequentata regula, quam Marcianus *L. 21. ff. eod.* hac enunciatione complexus est: *semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.* Verum posterior haec regula, si dili-

si diligentius inspiciatur, verbis tantum a priore discrepat, eadem vero utriusque sententia & vis est. Agere enim hoc loco dicitur is, qui causam suam in iudicio agit: *L. 55. pr. ff. de evict.* ideoque non modo ille, qui condicit vel vindicat, sed alter quoque, a quo condicitur vel vindicatur, quando se adversus alterum defendit, actor appellari solet. Dilucide hoc patet ex *L. 1. ff. de except.* ubi Ulpianus ait: *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.* Cum igitur reus adversus illum, qui prior egit, & qui proprie actor dicitur, vicissim agat, sequitur, ut aequae ac ille fundamentum agendi, quo utitur, probare debeat. *L. 9. & 19. ff. de probat.* Ex quibus omnibus satis manifestum esse putamus, cum actori probatio incumbere dicitur, id idem esse, ut si dicatur, agenti eam incumbere. Ceterum negari non potest, parum bene excogitatum esse hanc regulam. Nam insolens admodum est, nomine actionis, quae est jus persequendi, quod sibi debetur, *L. 51. ff. de oblig. & act.* contineri etiam exceptionem, quae actioni opponitur. *L. 8. in f. ff. de verb. sign.* Et sine dubio ii, qui primi regulam hanc fabricarunt, vocabulum agere sensu proprio & vulgari intellexerunt, cum plerumque fiat, ut actor ad probandum fundamentum intentionis suae obligetur. Cum vero per saepe etiam eveniat, ut a reo idem sit faciendum, maluerunt illi verba sua ita interpretari, ut reum nomine actoris comprehenderent, quam infirmitatem regulae semel approbatae agnoscere. Eandem rationem servandi honorem regularum suarum perperam

perperam formatarum in aliis etiam argumentis secuti sunt Jcti veteres: ut cum fecissent regulam, omnem actionem aut ex contractu oriri aut ex delicto, & essent tamen multae actiones, quae ex neutro horum fontium derivari possent, in mentem illis venit, ut contractus, qui non sunt, & delicta, quae non sunt, fingerent, & quasi contractus quasque delicta appellarent. Mira etiam est ratio, quam Ulpianus profert, ut probet, eum quoque agere, qui exceptione utitur: quoniam nempe reus in exceptione actor est. Sed hoc neminem offendere debet. Multa enim a prudentibus nostris contra communia praecepta disputandi recepta sunt: *L. 51. sub f. ff. ad L. Aquil.* & familiare est Ulpiano aliisque nonnullis Jctis, ut rationes enuntiatorum suorum, si aliae in promptu non sint, ex iisdem illis enuntiatis, de quibus quaeritur, petant.

VI.

Constitutum nobis est, de priorè regula, qua definitum est, probationem incumbere ei, qui ait, non ei, qui negat, breviter quaedam discipulare: quo facto, simul patebit, quid sentiendum sit de posteriore regula, quippe quam eodem, quo illam, sensu a Jctis Romanis intelligi ostendimus. Ante omnia inspiciendum erit, quae possit esse ratio, propter quam is, qui negat, a probatione liberandus videatur. Eam Diocletianus & Maximianus Imperatores ex ipsa rerum natura petendam existimarunt, *L. 23. C. de probat. L. 10. C. de non num. pec.* valde asseveranter dicentes:
per

per rerum naturam factum negantis probationem nullam esse. Quae vero sit illa ratio naturalis, quam Imperatores, & qui eos sequuntur, conditores juris canonici *C. ult. causa 6. quaest. ult. C. 5. X. de renunci.* respexerunt, difficile dictu est. Plerique Doctores putant, fieri omnino non posse, ut probetur, quod simpliciter negatum fuerit. Ipsa etiam Imperatorum verba ita interpretantur, quasi illi negantem non modo liberum ab obligatione probandi ob aequitatem aliquam naturalem esse voluerint, sed etiam omni probandi facultate naturaliter destitui crediderint. Qua de re subtiliter admodum philosophatur LANFRANCUS DE ORIANO ad *C. 11. X. de probat. n. 5.* Ait ille: *Negativam esse improbabilem, quia non entium nulla est affectio, ideoque nulla etiam probatio. Testes enim non debere deponere, nisi super his, quae percipiuntur per sensum corporis. Sed ea, quae non sunt in rerum natura, non posse cadere in sensum corporeum testis, ideoque hunc de illis necessario vel praesumptive testificari non posse.* Eadem fere tradunt HERCULAN. de *prob. negat. n. 124. seqq.* WESENBEC. *Paratitl. t. de probat. n. 6.* MYNSINGER. de *probat. c. 11. n. 9.* ZOES. *t. ff. de probat. n. 4.* aliique permulti: quorum nonnulli verba etiam CICERONIS *Orat. partit. c. 30.* huc trahunt: *Nemo ejus, quod negat factum, rationem aut potest aut debet aut solet reddere.* GEORG. OBRECHT. *Disp. de prob. negat. th. 174.* CHRISTOPH. PHIL. RICHTER. de *probat. c. 11. n. 171.* Planior minusque subtilis est ratio, qua alii utuntur, quod, etsi permulti testes jurati, se non vidisse aliquid fieri, dixerint, nihilo tamen minus illud, vel nullo teste vel uno paucisve, qui non producti sunt,

B

praesen-

praesentibus, fieri potuerit: ex quo fuit, quod crebro a Doctoribus dicitur, plus credi duobus testibus affirmantibus, quam vel mille negantibus. DONELL. *ad t. ff. de probat. c. 2.* GONZ. TELLEZ *ad C. II. X. de probat.* VINN. *Select. Quaest. l. 2. c. 12.*

VII.

Verum, quantaecunque hae rationes plerisque videri possunt, nimis infirmae ac debiles eae visae sunt aliis JCtis nonnullis, qui, quod ad obligationem probandi attinet, nullam esse propositionis negativae & affirmativae differentiam, existimarunt. Primus eorum, qui ita senserunt, fuisse videtur JCtus non contemnendus, FRANCISCUS NICONITIUS, in *C. II. X. de probat. P. 2. n. 7.* cujus ipsa verba hic inferere placet. *Mihi videtur, inquit, quod possit attentari rationabiliter una nova & mirabilis opinio contra omnes, qui unquam scripserunt in hac eminentissima scientia, inter quas extitere divina ingenia, & certe multum timide audeo eloqui, tamen, ut posteris detur occasio fabricandi, salvo iudicio melius sentientis, conabor aliqua adducere contra istam indubitatissimam usque ad haec tempora opinionem, videlicet quod imo debeat fieri regula in contrarium: negationem ita posse probari, sicut potest affirmatio, dummodo quod detur sensus aliquis, videlicet visus, auditus & similia, & si alicubi negatio probari non potest, ut dicamus, non esse causam, quod sit negatio, sed aliam.* Et paullo post: *n. 8. Dicendum est, negativam probari posse directa.* Sententiam hanc, quam Niconitius pingui Minerva atque ita, ut multum dubitationis in animo lectoris relinqueret, tueri conatus est, novis & solidissimis argumentis

mentis ita stabilivit & firmavit consummatissimus
 JCTUS, HENRICUS DE COCCEJI *Vol. 2. Dissert. 8. de di-
 recta probatione negativae, habita hic Francofurti A. 1698.*
 ut mirandum sit, nostris quoque temporibus esse
 tam multos, qui veteres regulas retinere malint.
 Quamquam enim haec illius dissertatio haud pau-
 cos approbatores invenit, inter quos eminent ce-
 leberrimus BOEHMERUS: *Jur. eccles. vol. 1. t. de probat.*
§. 6. seqq. tamen illi se opposuerunt alii, quorum
 quidem maxima in jurisprudentiam merita o-
 mnes norunt, & nos, uti par est, maximi æsti-
 mamus, inter quos unus, lecta illa dissertatione,
 se obstupuisse, ait. GRIBNER. *Opuscul. tom. 5. Dissert.*
2. an fratres probare teneantur, se non fuisse ingratos.
 LEYSER. *Medit. ad ff. Vol. 4. specim. 255.* Nos, pace
 eorum, sententiam Perillustris Domini de Cocceji
 veriore putamus, tantique JCTi vestigiis infi-
 stentes hac dissertatione inaugurali argumenta
 ejus tueri, simulque ad ea, quae objecta sunt,
 procul remoto consilio quenquam laceffendi, o-
 mni modestia breviter respondere studebimus.

VIII.

Principio ex rationibus dissentientium, quas
 supra adduximus, nihil aliud sequitur, nisi pro-
 positionem negativam universalem vel singula-
 rem vagam sive indefinitam, quae circumstantiis
 loci, temporis, aliisque circumscripta non est, di-
 recto, hoc est, per sensum corporis probari non
 posse: quod quidem dilucide adversariis a DN. DE
 COCCEJI concessum est. *d. Dissert. c. 2. §. 12. & 23.*
 Sed rectissime ille addidit, causam ejus rei non in

eo quaerendam esse, quod propositio negativa, sed quod indefinita sit: neque enim etiam affirmativam, si sit indefinita, facilius probari posse. Certe haec propositio universalis verissima, *omnes homines esse mortales*, non magis directo probari potest, quam alia quaecunque ejusdem generis negativa propositio, exempli causa *nullum hominem volare posse*. Similiter propositio singularis affirmativa, *Cajum Sejo debere centenos*, aequae fere probationem directam respuit, ut negativa contraria, *Cajum Sejo nihil debere*. Nam, licet testes complures asseveraverint, actori omnino centenos a reo deberi, nisi locum ac tempus debiti contracti causamque debendi simul definire potuerint, testimonium tamen eorum nullius fidei erit. NICONIT. l. c. P. 2. n. 25. MEIER. Colleg. Argentor. 2. de probat. §. 7. sub f. BOEHMER. t. X. de probat. §. 9. Eadem est ratio, si quis dixerit, *se esse filium Lucii Titii*: quippe quod, ut unusquisque animadvertit, multo etiam difficilius probare poterit, quam *se non esse filium illius*. L. 8. ff. de condit. & demonstr. Veritatem eorum, quae B. DN. DE COCCEJI dixit, recentioribus temporibus agnoverunt Philosophi nonnulli, qui statuunt, omnem propositionem non modo particularem, sed etiam universalem probandam esse ab illo, qui veram eam esse contendit, sive affirmativa sit sive negativa, unico excepto casu, si propositio universalis per sensum sit probanda: hoc enim fieri nullo modo posse. RÜDIGER. de sensu veri & falsi l. 4. c. 5. §. 26.

Quamvis autem propositiones negativae indefinitae directo & per sensum probari non possint, possunt tamen saepissime probari per indirectum, hoc est probata aliqua propositione affirmativa, ex qua thema probandum negativum necessario vel saltem satis probabiliter fluat. Hoc non modo Philosophi omnes docent, qui in prima & secunda figura syllogismorum tres modos suppeditant, quos *Celarent*, *Cesare* & *Camestres* appellant, in quibus alterutra propositio praemissa universalis affirmativa, conclusio vero universalis aut singularis negativa, & plerumque vaga sive, ut JCTi eam vocant, indefinita est: sed ipsi etiam JCTi id agnoscunt. Certe Innocentius III. Papa Romanus, cum ait, negantis factum directam non esse probationem, non obscure concedit, esse tamen posse aliquam probationem, quae non sit directa. *C. 23. X. de elect. C. 11. de probat.* Innumeris exemplis hoc probari potest. Duo aut tria sufficientia. *Generare aliquem non posse*, probatur, si probetur, eum esse spadonem. *S. 9. f. de adopt. Filium aliquem non esse Titii*, credendum est, si certum sit, matrem illius eo, quo conceptus est, tempore in matrimonio vixisse cum Sempronio. *L. 6 ff. de his, qui sui vel al. jur. Non vivere absentem*, probabitur, quantum sufficere in foro potest, si testimonia sint in promptu, eum ante annos septuaginta natum esse. *Psal. 90. v. 11. CARPZ. P. 3. Const. 15. Def. 57 n. 11. seqq. & in f. MENKEN. Theor. & Prax. ff. t. de hered. petit. S. 10.* Hujus autem

probationis eandem, quae directae, in judiciis vim esse, nemo inficiabitur. DN. DE COCCEJI *d. Dissert. c. 2. §. 16.*

X.

Si propositio negativa tempus locumve definitum contineat, eam per indirectum saepe facillime probari posse, omnes confitentur. Si exempli causa actor dixerit, *pecuniam reo Mediolani Calendis Maji solutam esse*, tum opposita propositio negativa probabitur, si reus eo die fuerit Romae. §. 12. *f. de inut. stipul.* Caute tamen monent Doctores veteres, hujus argumenti nullam vim esse, si sermo sit de hominibus sanctis. Nam a Sancto Ambrosio die nativitatis Domini unam missam celebratam esse Mediolani, alteram Romae. BALD. *ad L. 14. C. de contrab. & committ. stipul.* Simile exemplum, in quo hoc argumentum fallere ait, ex duobus clarissimis juris canonici interpretibus, Henrico Cardinali Hostiensi & Johanne Andreae refert NICONITIUS in *C. II. X. de probat. P. I. n. 22.* his verbis: *Beatus Arigus Episcopus Vapicensis fecit se a diabolo portare Romam una nocte a Vapica, quia cognoverat, Papam ea nocte peccasse cum una muliere: & quia crastino die erat confecturus chrisma, ideo admonuit Papam, ut propter illud peccatum abstineret a confectioe chrismatis.* Denique propositionis negativae definitae veritas, si factum, de quo quaeritur, tempore locove arte circumscriptum fuerit, ipso etiam sensu percipi directoque probari potest, ut *filium in testamento paterno non esse heredem institutum, testamentum vitio visibili non laborare, in cadavere nulla esse*

esse signa vulneris illati, militem non esse desertorem. MASCARD. de probat. Conclus. 1093. n. 9. GEORG. OBRECHT. de probat. negation. th. 150. item, quae NICONITIUS l. c. P. 2. n. 21. seq. exempla affert, Albertum non esse felem vel canem, annulum, quem testes ore tenuerunt, non fuisse dulcem. Ipse quoque LANFRANCUS DE ORIANO ad C. II. X. de probat. n. 7. fatetur, propositionera hanc, Titum non habere caputium neque biretum in capite, talem esse, ut sensu testium res percipi potuerit. Ex quo simul patet, recte his & similibus casibus articulos, ad quos testes responsuri sunt, verbis negativis concipi. MASCARD. de probat. Conclus. 70 n. 6. sq. FARINAC. de testib. qu. 65. n. 222. sqq. BOEHMER. t. X. de probat. §. 12.

XI.

Certum quidem est, crebro fieri, ut propositiones negativæ propter defectum testium aliorumque instrumentorum ne quidem per indirectum, nedum per sensum, probari possint: sed defectus probationum efficere non potest, ut is, contra quem est præsumtio, onus probandi a se avertere in adversarium possit. Nam etiam in probandis propositionibus affirmativis fortassis æque crebro evenire solet, ut omnia probandi adminicula deficient: nihilo tamen minus adversarius, licet hic nihil præstiterit, victoriam adipiscitur. L. 23. C. de probat. Proinde is, qui stuprum confessus, patrem se infantis nati esse negat, nisi id probaverit, ad alimenta ei præstanda condemnatur. STRUV. Jurisp. R. G. l. 1. t. 15. §. ult.

Is,

Is, contra quem condictio indebiti est instituta, absolvitur, nisi actor probaverit, id, quod solum est, non fuisse debitum. *L. 25. pr. ff. de probat.* Actor, qui negat, actum aliquem solenniter esse celebratum, probare hoc debet: alioquin causa cadit. *L. 5. §. 1. ff. de probat.* STRUV. *Syntagm. t. eod. §. 6.* Idem dicendum de eo, qui post triginta annos actionem tutelæ instituit, negans, rationes a tutore esse redditas. MEV. *P. 8. Decif. 17. & 18.*

XII.

Plerique Doctores, qui regulam juris civilis & canonicæ, quam impugnamus, diligentissime tuerentur ac defendunt, ipsi sibi in ea re non satis constant. Tot enim limitationes ac sublimitationes, quas vocant, afferunt, ut vix quidquam autoritatis ei reliquum faciant. Unusquisque id facile animadvertet, qui Francisci Herculanæ tractatum, & commentarios, quibus interpretes antiqui titulos Digestorum & Decretalium de probationibus obscurarunt, vel obiter inspexerit. Inprimis duæ sunt exceptiones quibus utuntur, quæ totum hoc brocardicum penitus evertunt. Ajunt, *negativam probandam esse ab eo, qui in ea se fundat.* HERCULAN. *de prob. neg. n. 2. & 3.* & Doctores, qui ibi allegantur. MASCARD. *de probat. Conclus. 1093.* CARPZOV. *P. 1. Const. 10. Def. 18. n. 1. & Process. t. 20. art. 4. n. 21. sq.* BRUNNEM. *Proc. civil. c. 18. n. 1.* Enimvero nec propositio affirmativa a quoquam probanda est, nisi in ea intentionis suæ fundamentum aliquod posuerit. Itaque exceptione hac discrimen

discrimen omne inter propositionem negativam & affirmativam tollitur, planeque conceditur, in utraque probanda aequalem utriusque partis obligationem esse.

XIII.

Altera exceptio totam regulam destruens haec est: *nisi negativa sit praegnans*, quae nimirum vel ex propositione affirmativa probata deduci vel in affirmativam converti possit. HERCULAN. *de prob. negat. n. 10. II. 149. 157. & qui ibi allegantur.* BRUNNEM. *Process. civil. c. 18. n. 1.* LAUTERBACH. *Colleg. t. de probat. §. 28.* STRYK. *Introd. ad Prax. c. 17. §. 2.* VOET. *Comment. ad ff. t. de probat. §. 10.* Sed verissimum est, quod ARISTOTELES *Sophist. elench. l. 2. c. 6. init.* scripsit: *In omni negatione inest affirmatio.* Consentit cum Principe Philosophorum ACCURSIVS, JCTus ingenii acumine plerosque, qui eum contemnunt, longe superans, ad L. 2. ff. de probat. *Si diligenter attendas*, inquit, *non est aliqua negativa, quae tacitam non habeat affirmativam.* Idem dicunt etiam alii. NICONIT. *ad C. II. X. de probat. P. 2. n. 15.* GEORG. OBRECHT. *de probat. negat. th. 135.* Nam propositio negativa dicitur ea, quae constat subiecto & praedicato inter se non convenientibus, praefixa copulae particula negandi. Manifestum igitur est, omnem propositionem negativam nullo negotio in affirmativam, pariterque hanc in illam converti posse, si in locum praedicati substituaturs terminus oppositus. Propositiones hae, *vulnus non esse letale, feudum non esse antiquum, Sejum non esse minorem, Sejam non nupsisse.* eodem sensu
C ita

ita enunciari possunt, *vulnus posse sanari, feudum esse novum, Sejum esse majorem, Sejam vixisse in coelibatu sive virginem mansisse.* Similiter, *per te non fieri,* idem plerumque est, ut si, *te curaturum, dixeris.* L. 50. § 83. ff. de verbor. obligat. Ex quo fit, ut oppositio, quae contradictoria dicitur, non modo sit inter duas propositiones, quarum altera ajens est, altera negans, ut *Cajus liber homo est, Cajus non est liber homo, mortuus est, non est mortuus,* sed etiam inter duas negantes, *Cajus non est servus, Cajus non est liber homo, non vivit, non est mortuus,* similiterque inter duas ajentes, *Cajus liber, Cajus servus est, mortuus est, vivit.* Itaque & qui se servum esse, & qui alterum liberum negat, probare hoc debet, nisi praesumptiones habeat, quibus amoliri eam obligationem possit. L. 7. §. ult. ff. de liber. causa. Idem dicendum est de illo, qui fundamentum intentionis suae in eo ponit, quod aliquem, qui diu absens fuit, vel vivum esse vel mortuum neget. STRUV. *Jurispr. Rom. Germ. l. l. t. ult. §. 1.* Quare misera est disputatio eorum, qui in foro versantur, utrum propositio aliqua inter negantes, an inter ajentes referenda sit. Grammaticis & Logicis relinquenda est haec quaestio. Jctum meminisse decet, non verbis leges impositas esse, sed rebus, res autem easdem manere, sive negative sive affirmative verba sint concepta, modo idem sit utroque sensus.

XIV.

Ex iis, quae dicta sunt, satis, ut putamus, cognosci potest, regulam, secundum quam negans
ab

ab onere probandi liberandus est, & obscuritate magna laborare, & eludi facile posse, & re vera omni usu vacare. At enim, inquit plerique, regula haec ipsis legibus dilucide confirmata est. Respondemus nos, regularum legibus comprobatarum non eandem auctoritatem esse, quae est ipsarum legum. *L. 1. ff. de reg. jur.* Per multa enim exempla regularum aperte vitiosarum in jure Romano inveniuntur: quorum jam supra nonnulla protulimus. Et non pauca sunt brocardica juris canonici, quae nullo modo excusari possunt. Ut tamen, quantum fieri potest, conditoribus juris nostrorum honor, qui eis debetur, habeatur, conabimur regulam illam cum ea, quam sub initium hujus dissertationis proposuimus, conciliare: quod ita fieri posse opinamur, si dicamus, illum affirmantem habendum esse, qui propositionem neque certam neque praesumptionibus legitimis fultam, sive affirmativam sive negativam, veram esse, dicit, negantem autem, qui veram illam, aut saltem certam non esse, contendit. Hoc quidem pacto fatemur, negantem per rerum naturam ad probationem suscipiendam obligatum non esse, minime tamen concedimus, eum nec per rerum naturam unquam veritatem propositionis suae probare posse. Ita rem intellexisse videtur etiam TREUTLERUS, *Vol 2. Disp. 4. th. 3.* qui ait: *quidquid in judicio vel affirmando vel negando asseritur, id eo, quo proponitur, ordine a dicentibus probandum esse.* Fortassis etiam eadem fuit mens Papiniani, *L. 1. ff. de probat.* qui, *quoties, inquit, quaereretur, genus vel gentem quis haberet, necne,*

eum probare oportere. Neque multum ab interpretatione nostra discrepat ea, qua utitur BOEHMERUS, *l. X. de probat. §. 7. & II.* regulam illam de reo litem negative contestato intelligens. Nam, uti diximus, is quoque litem negative contestatur, qui veritatem propositionis negativae, qua actoris intentio nititur, agnoscere recusat. Conciliationem hanc si quis nimis violentam duxerit, is cogitet, multo majorem etiam saepe esse violentiam, qua alii JCTI in conciliandis legibus utuntur. Sufficere denique potest, etiam si regula illa a suis autoribus non ita, uti nos eam interpretati sumus, intellecta fuerit, tamen eam ita intelligi & potuisse & debuisse.

XV.

Reliquum est, ut ad exempla propositionum negativarum B. Domino de Cocceji objectarum, quarum nullam neque esse neque esse posse probationem dicunt, paucis respondeamus. Praecipuum exemplum est actio negatoria, qua negat actor, reo servitutum deberi. At varii sunt modi, quibus omnino actor intentionem suam probare potest: si doceat, reum mala fide, vi, precario, contra rem judicatam, contra transactionem aliamve conventionem in possessionem involasse, breve esse tempus neque ad praescriptionem sufficiens, ex quo in possessionem venerit, servitutum non utendo expirasse, & quae sunt alia similia. Neque usquam jure vel civili vel canonico, hac actione instituta, reo onus probandi impostum

tum legimus. Quin contra certum putamus, secundum jus civile semper onus hoc petitoris esse. Nam hoc jure actio negatoria non datur, nisi contra possessorem: quod fusc ostensum est a THOMASIO *Disp. de onere probandi in actione negatoria* §. 13. *sqq.* Possessor autem condemnari non potest, nisi petitor fundamentum dubium, quo nititur, probaverit. §. 4. *f. de interd. L. 15. in f. ff. de novi op. nunc.* Vulgo quidem existimant, possessori probationem esse injungendam: cujus rei duas rationes afferunt: quod secundum regulam ipsius juris civilis negantium nulla sit probatio, & quod fortissima sit praesumptio, praedium quodque esse liberum. Verum, etsi Thomasius & Leyserus operose vulgarem opinionem defenderint, ille tamen priorem, hic posteriorem rationem plane repudiavit. Credimus nos, utrumque in ea re recte sentire. THOMASIVS *d. Disp. §. 21.* motus argumentis Perillustris Domini Henrici de Cocceji fatetur, nihil certi sequi ex allegata regula juris civilis, cum propositio actoris negativa facile in affirmativam converti queat. His, quae a Thomasio dicta sunt, addi potest, eum, qui actionem negatoriam intendit, jure Romano omnino pro agente, non pro negante haberi. Formula enim actionis haec erat: *Ajo, te jus utendi fruendi aedibus meis non habere. Ajo, jus tibi non esse in meo lapidem caedere.* BRISSON. *de formul. l. 5. art. 24.* Sique reus simpliciter contradixerat, etsi verbis agentibus usus esset, vera tamen haec litis contestatio, ideoque negativa erat: quoniam nihil aetori concesserat reus, neque fortassis exceptionem

nem ullam attulerat, qua actoris intentionem, si haec probari posset, submoveret. Clarissimum est ea de re testimonium, optimi interpretis THEOPHILI §. 2. *J. de action. cujus haec verba sunt: Negatorie agit dominus fundi aut aedium, affirmans, adversarium non habere usumfructum aut servitute in aedibus aut fundo ejus.* Et paullo post: *Negatoria de rebus incorporalibus actio, etsi verbis negatorie intendatur, tamen, quod ad effectum attinet, est confessoria. Cum enim inter me & adversarium conveniat, me esse dominum fundi aut aedium, in quibus is usumfructum vel servitute sibi debere ait, ego dicens, si paret, hunc non habere usumfructum vel servitute in fundo meo, re quidem vera hoc dicere videor, si paret, fundum meum a servitute vel usufructu liberum esse.* Itaque tacita est in rem actio confessoria, etiamsi negatorie concepta sit. Pertinet huc etiam, quod WISENBACHIUS *Disp. ad ff. 20. §. 20.* monet, actionem negatoriam vindicationem quandam esse, qua liber usus praedii aliarumve rerum vindicatur. *L. 3. §. 8. ff. de rivis.* Qui vero rem aliquam sive corporalem sive incorporalem vindicat, is utique, eam sibi debere, affirmat. Denique, quod a Theophilo & Thomasio dicitur, verba negativa actionis negatoriae vim habere verborum affirmativorum, & facile cum hisce commutari posse, id jam a veteribus quoque Iuris Romanis dictum est. Si enim lis sit de servitute affirmativa, qualis ususfructus est, actor, etsi negat, *reo jus esse utendi fruendi*, tamen, Ulpiano iudice, magis de suo jure, quam de alieno, agere, nihilque aliud dicere videtur, quam *sibi jus esse prohibendi.* *L. 5. pr. ff. si usufr. pet.* Si vero liti-

getur

getur de servitute negativa, ut altius non tollendi, actor negans, aedes suas reo ita servire, ut *altius tolli non possint*, eodem Ulpiano iudice, hoc intendit, *habere se jus altius tollendi*. invito eo, quocum agit. *L. 4. §. 7. ff. si servit. vind.* Quod ad alteram rationem attinet, propter quam onus probandi in possessorem actione negatoria conventum conferri solet, quod nempe praedia libera praesumantur, rectissime negat celeberrimus LEYSERUS *Vol. 2. Specim. 109. Medit. §.* praesumptionem libertatis tantam esse, ut non fortiore longe, quae ex possessione oritur, praesumptione vincatur. Utitur in ea re potissimum argumento, quod a majori ad minus appellant. Nimirum eos, qui tanquam servi possidentur, si ad libertatem provocent, docere oportet, se esse liberos. *L. 14. ff. §. L. 20. C. de probat.* Nemo autem dubitare potest, libertatis personarum longe majorem esse favorem, quam libertatis rerum.

XVI.

Cum igitur opinio illorum, qui negatorie agentem ab onere probandi absolvunt, non modo juris civilis auctoritate deficiatur, sed ei plane adversa sit, praeter Perillustrem Dominum de Cocceji, multi sunt alii Juri, qui hodie quoque, reo in possessione constituto, ipsi actori probationem esse injungendam, existimant. Ita in Tribunali Wismariensi judicatum esse, refert MEVIUS *P. 8. Decis. 292. A.* Collegiis Jenensibus ita responderi solere, testes sunt LYNKERUS *Decis. 16.* & BERGERUS *Oecon. jur. l. 2. t. 3. §. 22. not. 8.*

Ordo

Ordo etiam Juridicus Francofurtanus ita pronuntiavit. DN. DE COCCEJI *tom. 2. Consil. 593.* Et alibi in terris Borussicis sæpius ita non modo de-
 cismus, sed etiam rescriptum esse, ex edicto Re-
 gio Borussico de summarissimo possessorio §. 9.
 cognosci potest: quo tandem constitutum est,
 semper possessori onus probandi esse imponen-
 dum. Atque hæc est communior opinio, quæ
 & in Saxonia Electorali & aliis plerisque locis jam
 dudum est recepta. RIVIN. *t. 20. Enunc. 26.* BERGER.
l. c. MENKEN. Theor. & Prax. Pandect. t. si servit. vind.
 §. 9. Fatemur etiam, cum propter nimis fre-
 quentia exempla possessionis servitutum, præci-
 pue in prædiis rusticis, uno vel paucis actibus
 injuste acquisitæ, tum propter difficultatem
 probandi eam injustitiam, opinionem hanc ju-
 dicio tot præstantissimorum Jctorum usuque fo-
 rensi tot locorum comprobata aequitati haud
 adversam videri. Conf. BERGER. *Resolut. Lauterb. t.*
si servit. vindic. WERNHER, P. 1. Observ. 319. n. 9.

XVII.

Quod, mortuo fratre, superstes querelam
 inofficiosi testamenti instituens liberandus sit ab
 onere probandi, se non fuisse ingratum, in eo
 facile consentimus cum B. GRIBNERO, qui dissen-
 tientium argumenta solidis rationibus confuta-
 vit. *Disput. de hac questione.* Inter has rationes
 præcipua est, quod factum illicitum privatione
 portionis hereditariæ legitimæ puniendum neu-
 riquam præsumi queat. *L. 1. pr. & §. 4. ff. de itin.*
actuque

actuque privo. Si vero indicia talis facti non con-
 temnenda in promptu fuerint, tum omnino is,
 qui agit, innocentiam suam probare debet, se-
 cundum ea, quæ superius dicta sunt. Neque
 dubitandum est, posse etiam sæpissime probari
 illius innocentiam iis modis, quibus alios, qui
 delictorum accusantur, se defendere ac purgare,
 nemo ignorat: de qua re integri libri extant. Ea-
 dem dicenda sunt, si quis vir aut si qua mulier
 in adulterii vel stupri gravem suspicionem inci-
 derit. Virginem ante nuptias stupratam non
 esse, per indirectum, verisimilimis indiciis an-
 te oculos positis, ostendi potest. *Deuter. c. 22. v.*
13. §99. Sique virgo innupta sit, res manibus
 obfætricum explorari, atque ita directo etiam
 probari poterit.

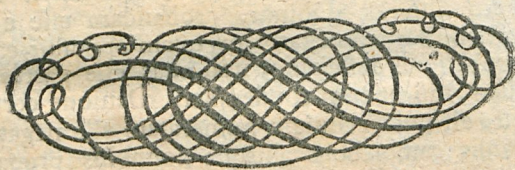
XVIII.

Quod actori reus nihil debeat, id ab hoc nun-
 quam est probandum, nisi ille probatione sit in-
 fructus, sibi aliquid deberi. *L. 9. C. de except.* Tum
 vero non est dubium, probandam esse a reo
 propositionem negativam, quam opposuit, eaque
 probatione deficiente, non alias esse partes ju-
 dicialis, nisi ut eum condemnet. Denique certum
 est, ei, qui pecuniam numeratam esse negat, in
 causis cambialibus aliisque nonnullis probatio-
 nem incumbere. *Ordin. cambialis Boruss. novissima*
art. 15. BERGER. Philocalia fori Commentat. 4. n. 21.
 Per multos vero esse modos, quibus reus proba-
 tione propositionum hujus generis negativarum
 defungi

D

defungi possit, supra jam est ostensum: ut iurejurando delato, indiciis liquidis, reversalibus aliisve litteris adversarii, testibus productis, qui pecuniam ab actore promissam quidem, sed reventam & consumtam testentur, item probatis exceptionibus doli mali, falsi instrumenti, aliisque. ZOLL. *de except. non numer. pecun. th. 5. §. 12.* BERGER. *P. 2. Resp. 52. in f.* WERNHER. *P. 2. Observ. 403. in f.* Imo directo quoque interdum exceptio haec probari potest, si non multi dies a tempore dati chirographi praeterierint, & homines quidam per omnes illos dies continuo cum eo, qui accepit chirographum, usque ad ejus mortem vel usque ad tempus actionis institutae morati fuerint. DN. HENR. DE COCCEJI
Dissert. de directa prob. negat. s. 2. §. 2.

FINIS.



COROL-

COROLLARIA.

I.

Ut consuetudo vim legis habeat, necesse non est, eam contradicto aliquando iudicio firmatam esse.

II.

Secundum jus Saxonicum commune gerada aequae ac hergewetta inter eas tantum personas locum habet, quae sunt equestris ordinis.

III.

Recessus Imperii de A. 1521. quo constitutum est, fratrum liberos una cum ipsis fratribus ad successionem esse admittendos, receptus est vel saltem receptus praesumi debet in omnibus provinciis Germanicis, quae eo tempore Serenissimae Domui Saxonicae non fuerunt subiectae.



TU, mi DE WEDIG, quem nunc Aſtraea
 coronat,
 Solvere qui caſus ſcis mihi jure graves,
 Artes quem docuit quondam Tritonia Pallas,
 Et juris doctum reddidit ipſa Themis,
TU, qui per multos annos mihi fidus Achates
 Cognitus es, cujus permanet alma fides,
 Sume **TIBI** laetus, quae fert urbs, praemia, clarum
 A Francis noſtris nomen adepta tenens.
 Juris **TU** Specimen, **VIR** mi **DOCTISSIME**,
 praebes
 Egregium. Hinc tanto munere dignus eris.
 Edo non fictos hilari de pectore plauſus,
 Gratulor & Themidos laurea ſerta **TIBI**.
 Vive **TUO** **COMITI**, famam **QVI** terminat aſtris,
 Et ſemper felix vive **TIBI**que **TUIS**.

His Fautori atque amico ſuo integerrimo
 inter perpaucos aeſtumatiſſimo cordi-
 citus gratulari voluit

Chriſtfried Ernt Beſer,

J. U. L. p. t. civitar. Luccavienſis
 Syndicus.



Frankfurt a. d. O., Diss., 1738-40

ULB Halle

002 267 25X



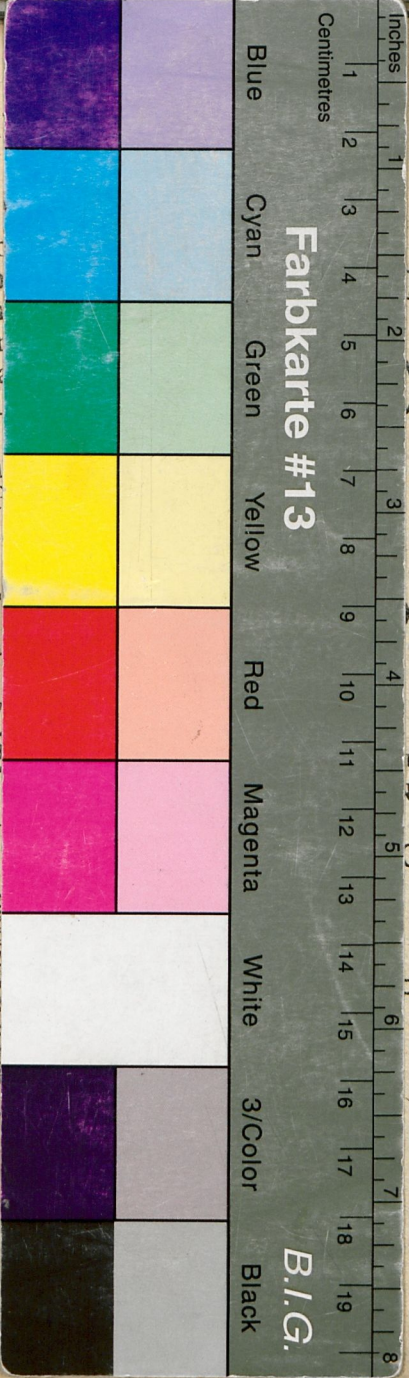
3

f

Sb.

13
4

1738,96



DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS
 DE
 ONERE PROBANDI
 NEGANTIBUS
 INCUMBENTE,
 PRÆSIDE
 JOHANNÉ WOLFGANGO TRIER,
 CONSIL. REG. AUL. ET CODICIS P. P.
 A
 JOHANNÉ HIERONYMO DE WEDIG,
 USTRISSIMI ET SUMME REVERENDI COMITIS
 MARIÆ IN DYNASTIA LUBBENAVIENSI JUDICE AULICO
 ET REGIMINIS LUSAT. INFER. ADVOC. ORD.
 O SUMMIS IN JURE UTROQUE HONORIBUS
 CONSEQUENDIS

D. XXIX. JUL. MDCCXXXVIII.
 PUBLICÆ DISQUISITIONI EXPONENDA.

FRANCOFURTI AD VIADRUM,
 Typis SIGISMUNDI GABRIEL. ALEX.

