

vocabulum hic ea notione usurpatur, qua fraudes quascunque ad alium litibus vexandum adhibitas denotat. *Leg. CCXXXIII. Dig. de Verb. Signific.*

XXIX. Ejusmodi juramentum præstare coguntur tum Actor, tum Reus: Actor quod credens se justam, bonamque causam habere, actionem intenderit: Reus quod putans sibi jus favere, ad inficiandum venerit: *Leg. XLIV. §. 4. Dig. Famil. ercisc. (**)* et *Leg. XXIII. Tit. XI. Partit. III. (*)*

XXX. Non modo Actor, et Reus ad jurandum de calumnia tenentur, verum etiam, ubi Judici libuerit eorundem Advocati, Procuratores, Syndici, Tutores, Curatores: *Cap. 6. de Juram. calumn. Cap. 2. eod. in VI. Leg. II. Cod. de Jur. jur. prop. calumn. (**)* Procurator autem sine speciali mandato hoc juramentum præstare nequit: *Cap. 3. hoc Tit. in VI. et Leg. XXIV. Tit. XI. Partit. III.* Minor item rationis usu præditus, non per curatorem, sed ipse per se hujusmodi juramentum præstaturus est: ead. *Leg. XXIV.* Advocati demum etiam legibus nostris juramentum hoc præstare tenentur: *Leg. II. Tit. XVI. Lib. II. Novæ Recop. (*)*

XXXI. Ejusmodi juramentum in ipso litis exordio, sive post litem contestatam defertur: *(**)* *Leg. XXIII. Tit. XI. Partit. III. (*)* quod si principio omisum fuerit, in quacunq; judicii parte deferri poterit: *indic. Cap. 2.* Et quidem ea adjecta pœna, ut actor de calumnia jurare renuens ab instituta cadat actione, reus verò pro confesso habeatur: *(**)* *Cap. 7. §. unic. hoc tit. Leg. I. et II. Tit. VII. Lib. IV. Nov. Recop. (*)* Verum illud hic animadvertendum, Juramentum calumniæ secutis temporibus in Curiis æque Ecclesiasticis, ac laicalibus fere exolvisse; et quidem ea de causa, quod frequentissima hoc intuitu essent perjuriam.

CAPUT UNDECIMUM.

DE PROBATIONIBUS.

I. Lite contestata, cognitisque à Judice contendentium petitionibus, proponendæ sunt ab Actore Probationes. Probatio definiri potest: *Veritatis demonstratio per idonea argumenta, et legitima media.* Igitur ut veritas, quam in Judicio Actor profert, et reus inficiatur, dignosci possit, Probationibus opus est. Porro videt quisquis Actori probandi onus incumbere: atque adeo Actore non probante, reus, etiamsi nihil præstiterit, est tamen absolvendus: *Cap. 3. de Caus. possess. (**)* *Leg. II. et XXIII. Cod. de Probationibus, et Leg. I. Tit. XIV. Partit. III. (*)* Reo dumtaxat excipienti oppositæ exceptionis demonstratio proferenda est: *(**)* *Leg. II. ejusdem Tituli, et Partite. (*)*

II. Duplex vulgò ponitur Probatio, scilicet ut altera sit plena, altera semiple-na. Prior ea est, quæ tantam fidem facit, quanta ad definiendam controversiam satis est. Posterior ea est, per quam fit, ut rebus gestis aliqua à Judice fides præstari possit; non tamen tanta, ut jure eam debeat sequi in sententia dicenda, quipè quæ constat ex levioribus argumentis.

III. Probationum genera plura quidem, ac varia, ad octo tamen veluti summa capita commode revocari posse videntur: scilicet 1. Confessio rei. 2. Testes. 3. Instrumenta. 4. Jusjurandum. 5. Ocularis inspectio. 6. Notorium. 7. Fama. 8. Præsumtio. De singulis breviter, et quidem pro instituti nostri ratione.

ARTICULUS I.

DE PROBATIONE PER CONFSSIONEM.

IV. Nulla magis optanda probatio, quam ea quæ à proprii oris confessione habetur: qua de re in caussis precipue civilibus primum tentanda per positiones utrinque confessio, quam aliæ producantur probationes: *(**)* *Leg. I. Tit. VII. Lib. IV. Nov. Recop. (*)* Positiones fiunt per brevem scripturam præcipua judicii capita complectentem, ut iis confessione adversarii constitutis, aut negatis pateat alteri, quid sibi deinde probandum sit, quidque in probatis habendum. Jam verò duplex potissimum distinguitur judicialis Confessio; nimirum tacita, et expressa. Tacita est, quum reus positionibus ab adversario sibi propositis, neque personali-ter, neque per procuratorem respondere velit, vel contumaciter inde discedat. In hujusmodi reum respondere detrectantem, tanquam in contumacem, atque adeo tanquam in confitentem, vel negantem, prout Actori erit utilius, pœnis animad-vertendum est: *Cap. 1. de Confessis in antiq. Collect. (**)* et *præf. Leg. I. (*)*

V. Confessio expressa est, quum quis positioni expresse respondeat, *Credo* vel *non Credo*, unde vel fateatur, del inficietur, quod ipsi in positione quæsitum est. *(**)* Jure Hispano in hisce confessionibus non alia admittuntur verba, quam hæc: *Fateor*, vel *Nego*; alias si interrogatus dixerit *Credo*, vel *non Credo* pro confesso habetur: *Leg. II. Tit. VII. Lib. IV. Nov. Recop. (*)* Profecto ubi quis fateatur urgebitur sua confessione tanquam re jam probata: *(**)* *Leg. II. Tit. XIII. Partit III. (*)*

VI. In Positionibus plura jure Decretalium constituta sunt: 1. Respondere positionibus non tenetur pars adversa, nisi Judicis urgente præcepto: *Cap. 2. de Confessis in VI. (**)* id quod innuere etiam videtur *Leg. I. Tit. VII. Lib. IV. Nov. Recop. (*)* Qua de re 2. legitime citetur oportet, ut ad respondendum à judice compelli possit. Neque 3. judici jus est per positiones interrogare, nisi parte id postulante: *Rebuffus in Tract. de Respons. Art. I. n. 14. (**)* In Hispania integrum est Judicii tam actorem, quam Reum in quacunq; parte judicii interrogare, si id ad justitiam causæ elucidandam pertineat: *Leg. I. in fin. Tit. X. P. III. (*)* Tum 4. nemo respondere tenetur positionibus perplexis, dubiis, obscuris, captiosis, ad causam non pertinentibus. Unde 5. Positiones, antequam Parti responsuræ offerantur, Judici exhibendæ sunt, ut dignoscat, admittendæ ne sint, an potius rejiciendæ. *(**)* Ut autem confessio rite peragatur, plures sunt conditiones necessariæ, quarum præcipua est, ut clam à judice, Scriba excipiente recipiatur, nec terminus ad deliberandum, nec facultas consulendi detur: *præf. Leg. II. Tit. VII. Lib. IV. Nov. Recop. (*)*

ARTICULUS II.

DE TESTIBUS.

VII. Frequentissimo judiciorum usu ad ostendendam rei dubiæ veritatem adhibentur testes, qui fidem Judici faciant. Porro ut testibus integra habeatur fides, necessum est, ut sint idonei, omnique exceptione majores; h. e. quibus nihil possit jure opponi, ne ad testificandum admittantur: *Leg. II. Dig. de Testibus.* Et sane ab dicendo testimonio alii natura, alii conditione, ac demum alii vita repelluntur.

VIII. *Natura* repelluntur fœminæ, impuberes, perpetuo amentes &c. *(**)*

Leg. VIII. et IX. Tit. XVI. Part. III. Fœmina verò, quæ integræ famæ sit à testimonio dicendo non repellitur legibus Hispanis; excepta testamenti factione: *Leg. XVII. ejusd. (*)* *Conditione* arcentur servi, domestici, et familiares, uti adfines, consanguinei, famuli, liberti, coloni &c. (**) *Leg. XIII. XIV. XVI. et XVIII. ibid. (*)* Vita demum prohibentur infames, tum infamia juris, uti sunt omnes de aliquo crimine damnati, tum etiam infamia facti, uti sunt omnes criminosi, et scelesti, qui ob perditos suos mores male olent: (**) *indicat. Leg. VIII. (*)* Adhæc reprobatur quoque testimonium inimici adversus inimicum: *Cap. 19. de Accusationibus, (**)* et *Leg. XXII. ibid. (*)* neque facile admittitur testimonium laici adversus Clericum: *Cap. 14. de Testibus.* Laici enim solent esse Clericis infesti: uti neque Clerici, in causis præsertim criminalibus, admittuntur adversus laicos: *Can. VI. Caus. 2. Quæst. VII.* Videsis Caravitam in *Ritu 144. M. C. V.* de hoc capite fuscè agentem.

IX. Testium adseveratio omni prorsus odii, vel adfectionis suspicione careat necessum est: *Cap. 5. de Testibus,* ubi in hunc modum sancitur: *Jurent se non privato odio, neque amicitia, neque pro aliquo commodo quod habuerint, vel quod habent, vel habituri sunt ad hoc jurandum inductos; (**)* cui consonat *Lex. XXIV. Tit. XVI. Partit. III. (*)* Hoc juramentum initio examinis testibus præstandum omninò est: sine quo uniuscujusque testimonium nullius est roboris: (**) *Ad rem Concil. Tolet. VIII. Can. II. n. 24. Omne quod testis adstipulat, tunc verius constat, quum id adjectio jurationis adfirmat.* Id quod statutum fuit *Leg. XXIII. ejusd. (*)*

X. Duo testes, qui idonei sint, omnique exceptione majores, adhæc et in reddendo testimonio concordés, plenam faciunt probationem, tum ex universali consuetudine à Christo Domino probata: *Matth. XVIII. v. 16.* tum etiam ex celebri Decretali Alexandri III. *Cap. 23. de Testibus.* Cœtui dumtaxat Episcopali propter honorem Summi Sacerdoti indulgit Constantinus M. ut ad litis decisionem unius tantummodo Episcopi testimonium satis habeatur: *Testimonium ab uno licet Episcopo perhibitum omnes Judices indubitanter accipiant. Illud est enim veritatis auctoritate firmatum, illud incorruptum, quod à Sacrosancto homine conscientia mentis inlibate protulerit: Leg. 1. Cod. Theod. de Episc. judic.*

XI. Testes legitime citati, qui vel judicem adire renuant, vel Judicem adentes juramentum præstare nolint, bene cogi poterunt, vel multæ indictione, vel captis pignoribus, vel etiam censuris Ecclesiasticis: *tot. Tit. de Testibus cogendis, vel non, (**)* et *Leg. XXXV. Tit. XVI. Partit. III. et Leg. VI. Tit. VI. Lib. IV. Novæ Recop. (*)* At contra qui ad dicendum testimonium sponte accedit, pro suspecto habetur.

XII. Testes ita admissos, juratosque debet Judex ipse per se, clam, et seorsum ab aliis singulatim examinare. *Ipsè per se;* judicis enim adpectus haud raro falsi audaciam refrænât; (**) *imò vetitum est Judicibus tum Ecclesiasticis, tum Sæcularibus, in causis magni momenti testium depositiones Notariis committere: Concil. Valent. an. 1565. Sess. III. Tit. III. cap. 3. Leg. XXVIII. et XLIV. Tit. VI. Lib. III. Novæ Recop. (*)* *Clam;* scilicet, ut præter judicem non intersit, nisi Grapharius, vel Notarius, qui depositiones excribat. *Seorsum ab aliis;* ut nimirum alter alterius testimonium ignoret. (**) *Id quod, quam strictissime observari voluerunt Reges nostri; Leg. XXVI. Tit. XVI. Partit. III. et Leg. VIII. Tit. VI. Lib. IV. Novæ Recop. hoc insuper adjicientes, ut testis nullo pacto testimonium suum alteri pandat. (*)* De peragendi examinis methodo, tum et de exceptionibus, quæ adversus testes produci possunt, opportunius in *Institut. Civil.*

(**) Illud hic tantummodo animadvertere juvat, exceptiones generales contra testes, nullatenus admittendas esse; sed específicas, ex quibus Judici certo constet, eorum testimonia infirmari: *Leg. II. Tit. VIII. Lib. IV. Novæ Recop. (*) (1)*

ARTICULUS III.

DE PROBATIONE PER SCRIPTURAS.

XIII. Altera probationis species est, quæ fit per Scripturas, quas hic Instrumenta dicimus. Porro Instrumentum aliud publicum est, aliud privatum. Publicum est, quod à Persona publica, scilicet à Tabellione, sive Notario secundum leges, et consuetudines conscribitur. Qua de re, uti recte notat Rébuffus *de Chirograph. et Schedul. Recognit. n. 3. et 4.* etiamsi Scriptura à Jucee sit exarata; et testes habeat subsignatos; atque adeo litteræ propria manu à Rege conscriptæ, tanquam privata habentur chirographa: quia neque Regis, neque Judicis, sed unius dumtaxat Pragmatici, sive Notarii munus est instrumenta conficere, et in Scripturas redigere.

XIV. Ut instrumentum publicum dici possit, plenamque fidem facere, requiritur omninò, ut cum Notario duo saltem testes et intersint, et subscribant: *Cap. 2. de Fide Instrum. et Novell. LXXIII. cap. 5.* Adhæc et annus, dies, mensis, indictio, ac locus exprimantur. Verum in his, aliisque peculiaribus locorum legibus, et consuetudinibus standum est. (**) *Quantum ad Hispaniam attinet, Instrumentum publicum illud est, quod à Tabellione Publico, et à Supr. Castell. Senat. approbato confectum sit: Leg. I. Tit. XXV. Lib. IV. Novæ Recop. et in quo subscriptiones testium, item contrahentium, et Notarii, cum die, mense, anno, indictione, et loco contineantur: Leg. XIII. ejusd. Præterea instrumenti abrasio, vel correctio, in aliqua ejus parte essentiali, suspicionis notam præsefert, nisi à Notario de iis integra fides præstetur: ead. Leg. XIII. et Leg. CXI. Tit. XVIII. Partit. III. (*)*

XV. Publicis Instrumentis ad censentur et illæ Scripturæ, quæ à DD. in *Cap. 2. ibid.* speciali nomine vocantur *Authenticæ:* quippe quæ sigillo vel Episcopi, vel Principis, aut Capituli, Civitatis, Universitatis, aliive publici Corporis, sive Collegii signatæ sunt: *Cap. 6. ibid. (**)* *Leg. I. et CXIV. Tit. XVIII. Partit. III. (*)* Tum quoque Epigraphæ insculptæ lapidibus, columnis, sepulcris, ac demum quæ ex publicis Archivis extrahuntur.

XVI. Instrumentum privatum dictum illud est, quod sola scribentium, aut rem contrahentium auctoritate subsistit: hujusmodi sunt Chirographi debitorum, Apochæ, Antepochæ, Codices rationum, Epistolæ &c.

XVII. Publica Instrumenta legitime confecta plenam pariunt probationem: neque facile contra hujusmodi testes recipiuntur: uti ad rem monet Paulus Jurisc. *V. Sentent. 15.* At privato Instrumento vis plenæ probationis non adest, nisi trium saltem testium subscriptionibus sit munitum. Verum instrumenta privata testium subscriptionibus destituta plerumque non nisi contra scribentem probant, dum de scriptura constat, et causa debiti sit adjecta: *Cap. 14. ibid. (**)* In Hispania privata Instrumenta, in judicium deducta nullam pariunt actionem, nisi à parte scribente recognita sint, vel duobus saltem testibus comprobata: *Leg. V. Tit. XXI. Lib. IV. Novæ Recop. et Leg. CXIX. Tit. XVIII. Partit. III. (*)* Excipe libe-

(1) Per II. 2 et 5 tit. 11 Lib. 11 Noviss. quicumque litigans offerre potest triginta testes.

ratoriam confessionem, scilicet si quis profiteatur sibi fuisse solutum, quæ valet, etiamsi causa non sit expressa; idque in favorem liberationis; *Leg. XIV. Cod. de Solutionib.*

ARTICULUS IV.

DE JURE JURANDO.

XVIII. Ubi Judici non licuit per Testes, Instrumenta, aliasve similes ordinarias probationes veritatem elicere, juramentum adhiberi solet, quo veritas ab ipsis contententibus, interposita religione, exquiratur. Unde à Romanis Jusjurandum maximè expediendarum litium remedium habitum est: *Leg. I. Dig. de Jurejurando.* Ac merito *Suppletorium* audire consuevit, quippe quod defectum probationum suppleat. Namque non nisi ob defectum probationum à Judice per Jusjurandum litem aliquam decidi oportet. (**). Id quod agnovit præf. Syn. Tolet. VIII. Can. VIII. n. 24. *Quod si et testis deficiat, innocentis fidem sola Jurisjurandi taxatio manifestat:* et Alphonsus Sap. *Leg. II. et IX. Tit. XI. Partit. III.* (*)

XIX. Jusjurandum trifariam partiri solet: nempe ut aliud sit Judiciale, aliud Necessarium, et aliud Voluntarium. Dicitur Voluntarium, quod extra judicium pars parti defert in modum transactionis: *Leg. II. III. XVII. et XVIII. Dig. de Jurejur.* Judiciale dicitur, quod in judicio, seu adprobante Judice pars parti defert, vel refert: *XXXIV. §. 7. et 8. Dig. ibid.* Defert autem jusjurandum, qui offert alteri jurandi conditionem; refert verò, qui jurandi conditionem sibi oblatam rejicit in offerentem. Necessarium demum est, quod ad litem decidendam Judex imponit, eaque intentione ab utroque litigante præstatur, ut secundum illud Judex pronuntiet: unde *Litis decisorium* vulgò dicitur. (**). Eandem Jurisjurandi tripartitam notionem invenies usurpatam in *præf. Leg. II. Tit. XI. Part. III.* (*)

XX. Jam verò ex nonnullorum Canonistarum sententia bipartita dumtaxat est jurisjurandi divisio, ita ut Judiciale, et Necessarium unum idemque juramenti genus sit. Neque enim illis adsentimus Doctoribus, qui censent jusjurandum à parte parti deferri, vel referri posse, etiamsi aliunde probationes haberi possint. Profecto nimia hæc in jurejurando deferendo, vel referendo facilitas Judici permitenda non est: quam latissima enim perjuriiis muniretur via.

XXI. Igitur juramentum Judiciale, sive Necessarium, *Suppletorium*, aut *Litis decisorium* illud dicas, quod non nisi plena probatione deficiente, vel paribus ex utraque parte exstantibus argumentis, adeo ut causa nimis dubia sit, à Judice actori, vel reo defertur, ut indè veritas in apertum proferatur: *Leg. XXXI. Dig. Jurejur.* Quamobrem merito Necessarium nuncupatur, tum quia necessario à Judice propter defectum probationum defertur, tum quia necessario à parte, cui imponitur, subeundum est, nisi causa cadere velit. Excipe ubi deferatur Actori plene probanti, vel reo adversus quem nihil probatum sit: *Leg. XII. Cod. de Rebus credit.* In quod in criminalibus præsertim locum habet, in quibus reus criminis damnandus non est, nisi ex clarissimis probationibus: *Leg. fin. Cod. de Probationibus,* (**). et *Leg. X. Tit. XI. Partit. III.* (*)

XXII. Quid quod etiam in causis civilibus non nisi parce, et summa cum prudentia juramentum deferendum est? Admodum enim facilè est, ut homines lucri cupiditate adlecti perjurium committant. Unde in antiquis Visigothorum legibus *Lib. II. cap. 22.* et in Capitularibus Reg. Francorum *Lib. VII. cap. 97.* sancitur, ut Judex pro virili nitatur per testes, vel per scripturas veritatem extundere: *Ne ad Sacramenta facile veniatur. Ut Sacramenta cito non fiant.* (**)

Qua de re Alexander III. in *Cap. 2. de Probationibus*, quum apud quosdam consuetudo invaluisset, ut etiam si actor plene probasset, jurare cogeretur, in hunc modum edixit: *Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut quum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis, aut testibus, ei Sacramentum nihilominus deferatur, quod si subire noluerit, fides probationibus non habeatur: Nos [quum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurendum quum alia legitime probationes deesse noscuntur] talem consuetudinem reprobamus.* (*)

ARTICULUS V.

DE OCULARI INSPECTIONE.

XXIII. Non levis ponderis est probatio illa, quæ dicitur *Ocularis inspectio*, quæque fit per judicis accessum, et inspectionem. Ejus præcipuus usus est in iis, quæ oculis subjiciuntur; uti est in judicio finium regundorum, vel quum agitur de novo opere ædificando, vel de veteris ædificii facie immutanda. Verùm in his, aliisque id genus judiciis satis non est, ut judex ipse accedat ad inspiciendum, sed requiritur, ut peritis utatur à jure ad id muneris constitutis; qui omninò requiruntur, licet judex ipse inspecturus accedat: adhæc litigatores legitime advocandi sunt, quorum quisque in hac causa Actor est, et Reus: siquidem de utriusque præjudicio ex æquo agitur: *Leg. VIII. §. un. et X. Dig. Finium regund. Leg. XLIV. §. 4. Dig. Familiæ circisc.* (**). Hoc probationis genus etiam in antiquis Hispaniæ Ecclesiæ judiciis locum obtinuisse, constat. Patres enim Syn. Hispal. II. *Can. II.* querimoniam inter Fulgentium Astigitanum, et Honorium Cordubensem agitatam, propter Parochiam cujusdam Basilicæ, quam eorum alter Cælestinensem, alter Reginensem adserebat, ad litem terminandam *inter alternas partes inspectionis viros mittendos* decreverunt, ut actio limitum ab utroque Episcopo vindicata, hoc modo pateferet. In civilibus judiciis æque admittendam esse hanc probationem sanxit Alphonsus Sap. *Leg. VIII. et XIII. Tit. XIV. Partit. III.* (**). De reliquis Probationum speciebus mox *Tit. sequenti.*

CAPUT DUODECIMUM.

DE PROCESSU CRIMINALI INSTRUENDO.

De Judiciis Criminalibus Jure Ecclesiastico Antiquo.

I. Criminum vindictam quod spectat, distinguendum omninò jus antiquum inter, et novum. Jure namque antiquo, uti ex veterum Conciliorum Actis elucet, istiusmodi pæne erat. Primo querela libello conscripta ab accusatore Episcopo, vel Synodo pro personæ accusatæ conditione exhibebatur. Neque enim facilè sine accusatore, et libello veteres judicia instituebant; unde quædam accusationis species in Ecclesia jam indè à primis sæculis videtur fuisse servata. Profecto Optatus Milevitanus, quod Macario homicidii nomine accusato communionem non denegaverit, in hunc modum se purgat: *Exempla sileantur, dicamus et nos quod dicitis, reum fuisse Macarium: quod si fuit accusatore silente a nobis non licuit abstineri. Scriptum est enim ante cognitam causam neminem esse damnandum: dicitur quis eum accusavit, et auditus non est? Dicitur Macarium confesum esse culpam, et nostram siluisse sententiam? Simus enim qualescunque ju-*