

lib. 12 *Novis. Compilat. Clam*; scilicet, ut præter judicem non intersit, nisi Grapharius, vel Notarius, qui depositiones exscribat. *Seorsum ab aliis*; ut nimirum alter alterius testimonium ignoret. Id quod, quam strictissime observari voluerunt Reges nostri: Legi 26 tit. 16 *Partit. III.*, et leg. 3 tit. 11 lib. 11. *Novis. Compilat.*; 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. 2 tit. 12 lib. 11 *Novis. Compilat.*)

19. Peracto testium examine, publicanda, sive vulganda, ac litigantibus demonstranda sunt omnia, ut intelligant, quid gestum, dictumque sit, ac si quid habent objiciendum, proferant (1). At post publicationem, neque super propositis articulis, nisi forte aliqui omissi fuerint (2), interrogandi sunt testes (3); neque in eorum personas aliquid opponi potest, nisi qui eos refellit, prius juret, se id non dolo facere, aut nisi ante publicationem protestatus sit, aut nisi ostenderit, se demum post publicationem didicisse exceptionum causas, quas ignoraverat (4). Testes ab actore datos refellere potest reus contrariis ab se productis testibus, quos actor aliis item testibus refutabit; atque hic debet consistere productio testium, ut lites habeant medium quemdam modum (5). Cum inter actoris, rei que testes pugna est, plus fide digni, ac verisimiliora affirmantes, cum hæc in omnibus paria sunt, plures numero præferuntur (6). Testimonia vero in uno judicio recepta fidem faciunt in eadem causa, et inter easdem personas coram alio iudice (7); sed in summano recepta, in plenario non probant (8).

(1) Cap. 15 et 41 de testib.

(2) Cap. 48 eod.

(3) Cap. 17, 18, 25 eod.

(4) Cap. 51 eod.

(5) Cap. 15, 56, 49, 55 eod. Sed interdum, ut his locis explicatur, iustus de causis etiam quarta testium productio conceditur. Illud omittendum non est, quod recte observat Cujacius ad e. 49 de testib. cit. t. 6 col. 856, magnum inter refellendos, producendosque testes discrimen intercedere. Nam testes refelli, et refutari etiam post publicationem recte possunt; cum tamen post publicationem iidem, vel alii non producantur.

(6) Cap. 52 de testib.

(7) Cap. 41 eod.

(8) Cap. 58 eod.

20. Præter testes, probationes educuntur etiam ex instru-

mentis; nimirum ex scripturis, quæ fidem judici faciunt rei, quam continent. Nam angustiori significatione scripturæ instrumenta appellantur; cum latiori significatione, quidquid ad causam instruendam pertinet, ideoque etiam testimonia, instrumentorum nomine comprehenduntur (1). Instrumentorum, quæ rite confecta sint, eadem est in iudicio, quæ testium, fides, et auctoritas (2), eaque vel publica, vel privata sunt. Publica instrumenta, sive scripturæ sunt, quæ publica auctoritate conficiuntur à personis, quibus id munus datum est, uti sunt censuales tabulæ, instrumenta à notario rite conscripta, acta judicialia, scripturæ ex publicis archivis eductæ (3), et à publica persona confectæ. Eodem loco sunt scripturæ publico, et autentico sigillo obsignatæ, veluti Principis, Episcopi, Capituli, Universitatis; itemque libri Parochorum, in quibus baptismata, matrimonia, funera describuntur. Privatæ scripturæ à privatis nulla publica auctoritate conficiuntur, et huc spectant epistolæ, apochæ, antapochæ, chirographa (a).

(1) L. 1 ff. de fid. instrum. Harmenopolus l. 1 tit. 2 c. 12, vocat probationes; instrumenta; quia hæc probant illud, quod iudicio proponitur, et causarum firmamenta sunt. In Basilicis vero, et apud eundem Harmenopolum instrumenta proprie dicuntur, pacta conventa in scripturam redacta, ut actum facilius probari possit: L. 4 ff. de fid. instrum.

(2) L. 15 cod. de fid. instrum.

(3) Auth. ad hæc cod. de fid. instrum.

(a) (N. S. Quantum ad Hispaniam attinet, instrumentum publicum illud est, quod à tabellione publico, et à Sap. Castellæ Senatu approbato, confectum sit; leg. 5 tit. 15 lib. 7, et 7 tit. 25 lib. 10 *Novis. Compilat.*; et in quo subscriptiones testium, item contrahentium, et notarii, eum die, mense, anno, indictione et loco, contineantur: leg. 4 cit. tit. 25. Præterea, instrumenti abrasio, vel correctio, in aliqua ejus parte essentiali, suspicionis notam præsefert, nisi à notario de iis integra fides præstetur: ead. leg. 4; et leg. 411 tit. 18 *Partitæ III.*

De authenticis scripturis V. leg. 4 et 114 cit. tit. 18 *Partitæ III.*)

21. Publica instrumenta plenam in iudicio probationem constituunt; modo authentica ipsa, hoc est, autographa proferantur (1). Nam exemplo non facile creditur, nisi ex autentico sumptum legitime sit, et cum eo conferatur, probeque conveniat (2). Fides tamen publicis quoque instrumentis subtrahi potest exceptione falsitatis, quæ pluribus testibus evidenter demonstrata sit (3). Præterea nihil efficit qui inter se contrarias scripturas protulit (4), aut abrasas in loco suspecto (5), aut lectionis ita impeditæ, ut legi, et intelligi nequeant (6).

- (1) Cap. 4 et 16 de fid. instrum., l. 16, 11, 17 cod. eod.
- (2) Cap. 4 et 16 eod.
- (3) Cap. 10 eod.
- (4) Cap. 15 eod.
- (5) Cap. 5 eod., c. 7 de Relig. dom., c. 14 de privil.
- (6) Cap. 6 de fid. instrum.

22. Privata scriptura, cujus est comperta veritas, tantum contra scribentem probat, modo causa debili expressa sit (1); excepta liberatoria confessione, in qua creditor sibi solum debitum profitetur, quæque nulla etiam adjecta causa, contra scribentem probationem facit (2). Sed scripturæ, quæ tribus munitæ sunt testibus, vim habent publici instrumenti (3); ac libris mercatorum, publicæ utilitatis, et commercii ratio, tam pro scribentibus, quam contra scribentes, fidem tribuit.

- (1) L. 25 §. ult. ff. de probat., c. 14 de fid. instrum.
- (2) L. 40. ff. de partis.
- (3) L. 11 cod. *Qui potior. in pignor. habeant.* Necesse tamen est, ut animadvertit Brunneanus in cit. l. n. 6, quod constet de manu, et subscriptione testium, sive per recognitionem, sive per comparationem, et quod etiam partes ipsæ subscripserint, testesque idonei sint.

(N. S. In Hispania privata instrumenta, in iudicio deducta, nullam pariunt actionem, nisi à parte scribente recognita sint, vel duobus saltem testibus comprobata: Leg. 4 tit. 28 lib. 11 *Novis. Compilat.*, et Leg. 149 tit. 13 *Partit. III.*)

23. Est et probatio, quæ oritur ex iurejurando, quod definitur affirmatio religiosa, hoc est advocatio Divini Numinis in testem ejus rei, quæ promittitur, aut assertitur. Dividitur iusjurandum in promissorium, et assertorium. Illud futurum respicit, atque in contractibus non raro adhibetur; hoc ad præsens, aut ad præteritum tempus pertinet. Assertorium juramentum triplex est, voluntarium, iudiciale, et necessarium (1).

- (1) Inscriptio illa tituli Pandectarum de *Iurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive iudicali*, triplicem hanc habet iurisjurandi divisionem: — ac similiter lex 2 tit. 11 *Partitæ III.*

24. Voluntarium est, quod alter alteri, aut ex conventu, aut sine conventu, extra iudicium defert, vel refert (1). Deferre iusjurandum est adversario offerre iurisjurandi conditionem; referre autem est non suscipere hanc conditionem, eamque in ipsum offerentem rejicere. Iudiciale juramentum est, quod in iudicio alter litigantium alteri defert, iudice non cogente, sed

approbante; necessarium est, quod iudex vel actori, vel reo defert, ubi plena probatio desit, ut inde veritas innotescat (2).

(1) Recte hoc iusjurandum voluntarium dicitur, quoniam sive illud ex pacto emittatur, hoc quidem ex libera litigantium voluntate procedit, ac præterea qui idem ex pacto deferre debet, neque extra iudicium ad deferendum cogi, neque item, si deferat, adversarium ad iurandum adigere possit; sive contra sine conventu deferatur, integrum sit deferenti non deferre; integrum ei, cui delatum est, nec præstare, nec referre; integrum denique ei, cui delatum est, nec tunc illud præstare, quoniam semper deest, qui cogat, cum id privatus in privatum efficere nequeat. Consule Voetum in *Pandect. l. 12 tit. 2 n. 7.*

(2) De voluntario iurejurando eadem est Latinorum, Græcorumque sententia; sed de necessario, ac iudicali magna dissensio est, quam jam sua ætate fuisse tradit Azo in *Summa cod. de iurejur.* n. 6. Nam Græci necessarium vocant, quod alter alteri in iudicio defert, iudice suscipiendi, aut referendi juramenti necessitatem imponente; iudiciale, quod iudex ipse defert sponte sua. Balsamon in *Nomocanon. Photii tit. 15 c. 18*, apud Justellum *bioblioth. Jur. can. t. 2 p. 1117 ed. Paris. 1661*, «Voluntarium, inquit, quod datur ex voluntate partium extra iudicium; necessarium, quod deferente actore, et ex interloquutione iudicis datur; iudiciale, quod iudicis sententia, etiam nolentibus iis, qui litigant, controversiam decidit.» Cujacius in *Paulum Recept. sentent. l. 5 tit. 51 opp. t. 1 col. 449*, et ad edict. *Paul. l. 13 leg. 47 t. 5 col. 211*, ita rem omnem distinxisse videtur, ut voluntarium iusjurandum sit, quod alter alteri extra iudicium defert, necessarium, quod alter alteri in iudicio, iudiciale, quod à iudice defertur. Tum observ. *l. 13 c. 55 t. 5 col. 494*, iusjurandum alteri ab altero delatum *voluntarium*, aut *necessarium* esse inquit, voluntarium, quod extra iudicium, necessarium, quod in iudicio defertur. Verum in *Paratitl. Digestor. ad tit. de iurejur. sive voluntar. sive neces. sive iudicial. t. 10 col. 595*, voluntarium esse inquit, quod ab altero alteri defertur in iudicio, vel extra iudicium; necessarium, quod refertur; iudiciale, quod à iudice refertur. Ego communem Latinorum opinionem sequor. Sane Gajus in *l. 1 ff. de iurejur.* «Maximum, inquit, remedium expediendarum litium in usum venit iurisjurandi religio, quæ vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversiæ.» Duplex hoc loco Gajus iusjurandum proponit, alterum, quod *ex pactione litigatorum*, alterum, quod *ex iudicis auctoritate* emittitur. Juramentum, quod ex litigatorum pactione procedit, necessarium esse omnino non potest; cumque huic pactioni opponatur iudicis auctoritas, quæ necessitatem facit, consequens est, ut necessarium juramentum illud prorsus habeatur, quod in dubiis causis à iudice pro sua auctoritate defertur. Juramentum autem ex pactione aut in iudicio, aut extra iudicium datur. Hoc plane voluntarium est, illud iudiciale, quoniam coram iudice emittitur. Revera Paulus *l. 17 ff. de iurejur. juramenti ex conventionione non unum genus constituit: «Iusjurandum, inquit, quod ex conventionione extra iudicium defertur, referri non potest. To extra iudicium, evidentè ostendit, aliud esse iusjurandum ex conventionione, quod in iudicio defertur; et hoc non nisi iudiciale juramentum esse potest, quod ab alio distinguitur propter conventionem, quæ in iudicio facta est. Gajus, qui genus enarrabat juramentorum finiendæ litis causâ institutorum, utriusque juramentum, quod nos voluntarium, et iudiciale appellamus, complexus est uno verbo *ex conventionione*; sed Paulus, qui speciem*

explicabat conventionalis juramenti, addere debuit *extra iudicium*, ut ostenderet, non utriusque conventionalis juramenti vim eandem esse, sed aliud valere iuramentum ex conventionem in iudicio, aliud iuramentum ex conventionem extra iudicium facta. Communem Latinorum de iurisjurandi distinctione sententiam, præter ceteros, late exornant Donellus in tit. digest. de iurjur. opp. t. 10 col. 849 seq., et Voetus in Pandect. l. 12 tit. 2 n. 7. Vide etiam Ant. Matthæum de iudic. disp. 10 th. 6 et 7.

25. Juramento necessario locus est in causis dubiis, idque dicitur *suppletorium*, quoniam eo semiplena probatio suppletur (1). Dubiæ causæ ex veriori sententia sunt, in quibus plena probatio data non est, puta, quod graves adsint præsumptiones, quæ non omnem abigunt scrupulum, aut quod allati sint testes in quos aliqua exceptio cadere posse videatur. Defertur hoc iusjurandum ei, qui semiplene probavit, modo personarum; et causæ ratio habeatur (2); et si reus æque, atque actor semiplene probaverit, deferendum est reo, cujus in re dubia potior causa est (3).

(1) Qui semiplenam probationem contemunt, juramenti suppletorii nullam rationem habent. At in dubiis causis, ut inquit Cajus in L. 51 ff. de Iurjur., vel, ut loquuntur Diocletianus, et Maximianus in L. 5 cod. de Reb. cred., in probationum inopia, iudex delato juramento litem finit. Verum si quærimus, dubia causa, et inopia probationum nihil est aliud, quam causa, in qua semiplene probatum est. Nam si dubiam causam, et inopiam probationum intelligamus causam, in qua pares ab actore, et reo probationes datae sunt, par erit utriusque causa, ideoque absolvere oportebit reum, cujus in pari causa potior conditio est: L. 125 et 128 ff. de Regul. jur. C. 6 de Fide instrum., C. 65 de Verb. signif. in 6; tantum abest, ut iusjurandum à iudice deferendum sit. Rursus si probationum inopiam, quod placuit Giphapio in L. 5 cod. de Reb. cred., intelligamus causam, in qua nihil ab actore probatum est, erit omnino iudicandum pro reo, quem actore non probante.... etsi nihil ipse præstet, obtinere voluit Imperator Antoninus in L. 4, cod. de Eden. Restat igitur, ut dubiam causam, et inopiam probationum omnino referamus ad causam, in qua semiplene probatum est.

(2) Cap. ult. §. ult. de iurjur.

(3) L. 125 et 128 ff. de regul. jur.

(N. S. Jusjurandum maxime expediendarum litium remedium habitum est: leg. 1 *Dig. de Iurejurando*. Ac merito *Suppletorium* audire consuevit, quippe quod defectum probationum suppleat. Namque non nisi ob defectum probationum, à iudice per Jusjurandum litem aliquam decidi oportet. Id quod agnovit Syn. Tolet. VIII, can. 2 n. 24: « Quod si et testis deficiat, innocentis fidem sola Iurisjurandi taxatio manifestat: » et Alphonsus Sap. leg. 2, et 9 tit. 11 *Partit. III.*)

26. Oblatum iuramentum litigantes recusare non possunt, nisi justam habeant recusandi causam; ut si deferatur reo, contra quem nihil probavit actor, aut actori, qui plenam proba-

tionem attulit (1). Delato, et omissio iuramento, secundum eum, qui iuravit, ferendum iudicium est (2). In omnibus autem causis civilibus huic iuramento locus est; non item in criminalibus, propter perjurii metum (3).

(1) Cap. 2 de Probat.

(2) L. 51 ff. de Iurejur.

(3) Consule Voetum in Pandect. l. 12 tit. 2 n. 10, Iuramentum hoc, quo quis se purgat ob infamiam ex crimine contractam, purgatio *canonica* appellatur, de qua titulus est in Decretalibus *de Purgatione canonica*, et cujus olim frequens usus erat. Clerici, qui sunt de apostasiæ crimine infamati... per distinctionem ecclesiasticam coercendi sunt, donec deficiente probatione, ad infamiam abolendam, purgationem canonicam curaverint exhibere; inquit Innocentius III. in cap. 5 de Apost. Idem de clerico homicidii reo in C. 14 de Homicid. volunt., vel casual. de calumniæ suspecto in C. 2 de Calumn., de presbytero accusato in C. 40 de Accusat., de clerico concubinatoris suspecto in C. 8 de Cohabit. cleric. et mulier. statutum est. Memorant quoque hoc sacramentum Augustinus Ep. 78 opp. t. 2 col. 241 ed. Maurin. Ven. 1759, Gregorius M. l. 2 Ep. 55 l. 7 Ep. 13 l. 15 Ep. 54 opp. t. 2 col. 597, 864, 1241 ed. Paris. cit., et Gregorius Turonensis Histor. Francor. l. 8 c. 9 et 40 col. 582 et 411 ed. Paris. 1699. Jurare olim mos fuit ad B. Petri corpus, de qua formula, et similibus videndus Du-Cangius in Glossar. Veteri consuetudine, institutoque, juraturus, tres, quinque, aut septem ejusdem prope ordinis vicinos, aut saltem, qui eum plane nossent, ac probatæ fidei essent, sibi socios, tamquam adsertores adsciscere can. 12, 15, 16, 17 19, c. 2 q. 5 C. 7, 9, 11 de Pugat. canon., quo spectant formulæ tertia, quinta, aut septima manu jurare. Interdum plures etiam ad iurandum vocabantur, si aut qui se purgabat, laicus esset, aut gravioris esset infamia criminis, qua clericus laborabat C. 1 et 10 de Pugat. canon. Ii porro socii *Compurgatores*, *Conjuratores*, et *Sacramentales* dicebantur; quorum crebra mentio est in Capitularibus Regum Francorum, præsertim in Capitular. Dagoberti tit. 1 n. 6 tit. 9 n. 4, in Capitularibus Caroli M. l. 3 c. 9 apud Baluzium t. 1 col. 68, 84, 509, et in L. Salica tit. 50 ib. col. 224. Primum ille, cujus erat negotium, de quo quærebatur, super sancta Evangelia jurabat; deinde compurgatores jurabant similiter super sancta Evangelia, eum vere, ut ipsi credebant, jurasse can. 17 c. 2 qu. 5. Sed nunc purgatio canonica fere ubique desuevit, neque amplius in causis criminalibus iusjurandum emittitur. Confer Giraldum Exposit. Jur. Pontific. l. 5 tit. 54 sess. 894 p. 733. Memorat etiam Gratianus can. 25 c. 2 qu. 5, ex Concilio Wormatiensi, purgationem per sacram communionem, quæ hoc modo fiebat. Cum aliquis accusatus omnem ab se remove cupiebat suspicionem criminis, quod vel non poterat demonstrari, vel non satis evidenter excludi, is ante altare, et sanctissimam Eucharistiam ducebatur. Antequam vero Christi corpus acciperet, animum suum aliis præsentibus declarabat his, aut similibus verbis: *Corpus Domini sit mihi ad purgationem hodie*. Plures hujusmodi purgatione uti consuevisse, testatur Muratorius Antiq. Italic. dissert. 58; qui illud etiam animadvertit, quod quamquam hæc purgatio parum differret ab ea, quæ per iuramentum fiebat, tamen posteriori ætate, legitima, et canonica purgatio iuramentum habitum est. Alias quoque purgationes describit Martenius de Antiq. Eccl. rit. l. 3 c. 7 §. 5 et 4.

(N. S. In antiquis Visogothorum legibus, lib. 7 cap. 97 sancitur, ut Iudex

proviri 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 invaluisse, ut etiamsi actor plene probasset, jurare cogetur, in hunc modum edixit: « Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut quum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis, aut testibus, et Sacramentum nihilominus deferatur, quod si subire noluerit, fides probationibus non habeatur: Nos (quum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, quum aliæ legitimæ probationes deesse coscuntur), talem consuetudinem reprobamus. — In Hispania usitata quoque fuit hujusmodi purgationis forma, nedum in Foro, uti evincitur ex leg. 2 tit. 1 lib. 6 *Fori Judic.*; sed et in Ecclesia; quod patet ex Synod. Auson. an. 1068, cap. 7; Ilerdensi an. 1219, in Compilat. Tarracon. lib. 5 tit. 14 cap. un.; quam et interdum usitandam voluit Synod. Vallisolet. an. 1322 Capite 26).

27. In probationum ordinem referenda est etiam inspectio rei, quæ à iudice adhibetur, ut oculis subjiciat, quæ non satis certa, et explorata sunt, atque ita oculorum testimonio controversiam expediat. Hanc inspectionem pragmatici *accessum* vocant, quia iudex ad rem inspiciendam accedit, eique locus est in iis rebus quæ sub oculos cadunt; veluti in iudicio *finium regundorum*, ac servitutum, in *novi operis nunciatione*, in ætate ex habitu corporis definienda, in causis matrimonialibus, in quibus quæritur, num aliquis aptus ad matrimonium sit, num umquam venerem exercuerit. Verum in his causis iudex non solus rem ipsam inspicit, sed viros adhibet peritos rei, de qua agitur, aut ipsis iudicium committit. Quin in causis matrimonialibus, ubi quæritur, num quis liberis operam dare possit, viri à medicis, et quirurgis, mulieres ab honestis matronis, et obstetricibus inspiciuntur (1).

(1) Cap. 4 et 14 de Probat., C. 6 et seq. de Frigid. et malefic.

(N. S. Hoc probationis genus etiam in antiquis Hisp. Eccl. iudiciis locum obtinuisse, constat. Patres enim Syn. Hispal. II, can. 2, querimoniam inter Fulgentium Astigitanum et Honorium Cordubensem agitatam, propter parochiam cujusdam basilicæ, quam alter eorum Cælestinensem, alter Reginensem asserebat, ad litem terminandam *inter alternas partes, inspectionis viros mittendos* decreverunt, ut limitum actio; ab utroque Episcopo vindicata, hoc modo patefieret. In civilibus iudiciis æque admittendam esse hanc probationem, sanxit Alph. Sap. legg. 8 et 15 tit. 14 *Partite III*).

28. Denique vim probationis habent præsumptiones (1), quæ sunt conjecturæ ex aliquo verisimili ad probandum sumptæ (2), eæque vel juris, vel hominis sunt. Præsumptio juris à lege procedit, hoc est, certa lege, vel canone comprehenditur, neque à iudicis arbitrio pendet; eaque duplex est, pro diversa ratione,

qua proponitur, alia *juris tantum*, alia *juris*, et *de jure*. Præsumptio *juris*, et *de jure* est, quam non modo jus probat, sed etiam ita certam, atque exploratam habet, ut omnem contrariam probationem excludat. Ita, jure Decretalium, si quis concubuit cum muliere, cum qua prius sponsalia contraxerat, inducitur matrimonii præsumptio, quæ labefactari non potest, et qui ea premittitur, aliam uxorem accipere prohibetur (3).

(1) L. 16 cod. de Probat., C. ult. de Præsumpt., C. 7 de Hæret. in 6.

(2) Hoc in primis habet præsumptio, ut ad veritatem referatur, neque de falsis argumentum accipiat; in eoque differt à fictione, quæ fit de eo, quod non est, nec fuit, veluti fictio legis Corneliæ, quæ postliminio reversos in civitate semper fuisse fingit, non autem præsumit. Huc etiam spectat Publiciana actio, et ficta traditio, cujus in jure civili frequens usus est. Ita si quis sibi rei donatæ, et non traditæ usumfructum retineat, ut in L. 28 et 55 §. Sed si quidem cod. de Donat., vel conducat, ut in L. 76 ff. de Rei vindic., vel precario possidere constituat, ut in L. 48 ff. de Acquir. possess., traditio corporalis rei donatæ pro facta habetur, quamquam revera facta non fuerit, quia fingitur, quod donans donatario, rem *brevi manu* tradiderit. Raro jus canonicum has fisiones admittit; neque ego assentior Cujacio, qui Observat. l. 49 c. 48 opp. l. 5 col. 510, ficiæ traditionis argumentum sumit à cap. 2 de Consuet. ubi glebæ traditio non fictionem continet, sed signum est datæ possessionis, atque ejus veritatem ostendit. Quæ traditio fit sæpe per glebam, per herbam, per festucam, per cultellum, per ostium, in formulis antiquis, per panem, per librum. Atque ita annulus signum est fœderis conjugalitatis, et veri matrimonii, vitta conjunctionis ean. 7 c. 50 q. 5. Est autem præsumptio diligenter à fictione distinguenda.

(3) Cap. 50 de Sponsal. Sed hoc jus antiquatum nunc esse monui l. 2 tit. 2 sect. 7 § 105 (p. 125).

29. Præsumptio *juris tantum* est ea, quam jus probat tamquam verisimilem, non tamquam certam, et veram, adeo contraria probatione infirmari non possit. Ita hæres, qui inventarium non confecit, hæreditaria bona distraxisse censetur; sed hæc præsumptio contraria demonstratione tolli potest. Hujusmodi sunt pleræque præsumptiones, de quibus agunt Decretales in *titulo de Præsumptionibus*; et harum omnium propriæ sunt formulæ *videri, existimari, intelligi, haberi*. Præsumptio *juris* et *de jure* omnem respuit contrariam probationem (1); præsumptio *juris tantum* non eam sane respuit, sed probandi onus in illum transfert, qui habet contra se præsumptionem (2).

(1) Cap. 50 de Sponsal., C. 4. Qui matrim. accus.

(2) L. 24 ff. de Probat., C. 10 de Præsump.

30. Præsumptio hominis est conjectura ab indiciis nata, quæ

nulla certa lege continetur, eaque vel est levis, et temeraria, vel probabilis, vel violenta. Levis et temeraria præsumptio est, quæ ex incertis oritur, levibusque argumentis, et quæ nihil probat. Ad hoc præsumptionis genus referri possunt antiquæ purgationes, quæ *vulgares* dicebantur (1), quasque olim interdum adhibitas fuisse constat per aquam frigidam (2), aut ferventem (3), ferrum candens (4), monomachiam, seu duellum (5), et similia; quæ cuncta à Summis Pontificibus merito damnata, et improbata sunt (6).

(1) *Vulgarium purgationum*, quæ etiam appellabantur *judicia Dei*, de quibus videndus Du Cangius in Glossar. verb. *Judicium Dei*, multæ erant species, quas à Longobardis, aliisque à Germania populis in Italiam invectas, exponunt Gonzalez in C. 5 de Purgat. vulgar. Cujacius l. 4 Feudor. tit. 4 §. Si autem controversia opp. t. 2 col. 1077 seq. ed. cit. Muratorius Antiq. Italic. dissert. 58 et 59, Martenius de Antiq. Eccles. rit. l. 5 c. 7 aliique permulti. Longobardorum Rex Luitprandus l. 5 Longob. de Hom. l. hom. proficitur, se propter suorum consuetudinem impiam illam legem duelli velare non potuisse. Canones passim damnant has vulgares purgationes can. 7 §. 4 can. 20 et 21 c. 2 qu. 5 C. 8 de Purgat. canonicæ, et titulus Decretalium de Purgat. vulgar. Tribuitur autem Gregorio M., can. 7, quem mox laudavit; et certe prima ejus pars desumpta est ex ipsius Gregorii Ep. 6 l. 15 ad Brunichildem Franc. Regin. opp. t. 2 col. 1218 ed. Paris. cit., sed pars altera, ubi vulgaris per frigidam aquam, ignitumque ferrum probatio memoratur, pertinet ad epistolam Alexandri II., cujus initium est in can. 41 caus. et qu. cit. post cujus can. 41 extrema verba pars posterior can. 7 continenter legenda est. Revera Alexandro II. posteriorem hujus canonis partem tribuit Ivo Part. 10 c. 5, et Pann. l. 5 c. 8, quod rectissime animadversum est à Romanis Correctoribus, qui diligenter etiam notant apocryphos canones, qui in eam rem à Gratiano laudantur. Verum alicubi ferventis aquæ, aut ferventis ferri iudicium permissum fuisse, innuit Triburiensis Concilii canon apud Gratianum can. 15 c. 2 q. 5, cujus canonis sententia est in C. 1 de Purgat. canon. Sed quoniam hæc iudicia semper Romana Ecclesia aversata est, ea verba ferventi aqua, aut candenti ferro, prudens Raymundus omisit. Vulgarium probationum vestigia usque ad extremam ætatem alicubi superfuisse, tradit Van-Espenius Jus eccl. univ. par. 5 tit. 8 n. 57. Vide etiam Ivonem Carnotensem Ep. 74 opp. t. 2 p. 57 ed. Paris. 1647, et Cironium Paratit. in Decret. de Purgat. vulgar.

(2) Aquæ frigida iudicium unum erat ex vulgaribus probationibus, quas Dei iudicia appellabant. Gravioris alicujus criminis suspectus, aut accusatus, in aqua mergebatur, ac si supernaret, nocens, ac reus, contra si in imum delaberetur, innocens iudicabatur. « Conligatur autem fune, inquit Hinemarus de Divort. Lothar., qui examinandus in aquam demittitur... qui ob duas causas conligari videtur; scilicet ne aut aliquam possit fraudem in iudicio facere, aut si aqua illum velut innoxium receperit, ne in aqua periclitetur, ad tempus valeat retrahi. » Similia habet vetustus Ordo apud Martenium de Antiq. Eccl. rit. Ord. 8 l. 5 c. 7. Iudicium hoc aquæ frigida etiam à Monachis adhibitum, narrat Mabillonius Annal. Benedict. l. 54 §. 112 t. 4 p. 261 ed.

Lucæ 1759. Quibus autem ritibus, et cæremoniis iudicium illud, ac cetera, de quibus mox dicam, perageretur, ostendunt, præter ceteros, Juretus in Ivon. Carnoten. Ep. 74 p. 154 seq. ed. Par. 1647. Delrius Disquis. magic. l. 4 q. 4 sect. 4, Pithæus in Glossar. ad Capitul. Caroli M. verb. Aquæ ferventis etc., Baluzius Formul. Exorcism. post Capitular. Reg. Francor. t. 2 col. 445 seq. ed. Ven. 1755, Mabillonius Analect. t. 1, Martenius de Antiq. Eccles. rit. l. 5 c. 7 ord. 8 et 9, Muratorius Antiq. Eccles. Dissert. 58.

(3) Iudicii, aut examinis aquæ ferventis ratio hæc erat. Criminis accusatus, ut se purgaret, manum in aquam ferventem nudato brachio immittebat, ac si illam incolumem educeret, innocens, si contra, reus pronuntiabatur.

(4) Criminis accusatus, ferrum candens nuda manu tenere debebat, eaque incolumi innocens, combusta vero, reus habebatur. Iudicium hoc ferri candentis dicebatur. Huic simile erat iudicium vomerum ignitorum, per quos gravi criminis suspicione laborans, nudis pedibus transire debebat. In vita S. Henrici apud Surium c. 21, 14 Julii, scriptum est, hoc sibi iudicium elegisse sanctissimam fœminam Cunegundem, Henrici Imperatoris uxorem; quamquam illud servorum proprium fuisse demonstrat Concilium Moguntinum an. 847 can. 24 apud Labbæum t. 9 conc. col. 1045 ed. Ven. Erat et iudicium ignis, per quem transire debebat quisquis rei alicujus veritatem demonstrare cupiebat. Celebre illud, quod de Petro, Monacho Vallis-Umbrosæ, qui *igneus* appellatus, atque Albani Episcopus, et Cardinalis fuit, memoriæ proditum est. Is, ut ostenderet Florentinum Episcopum simoniace in eam sedem irrepississe, per medios ignes transivit, sicuti narrant Baronius ad an. 1063 n. 55 t. 17 p. 249 ed. Lucæ, et Ughellius ital. sacr. in episc. Alban. n. 26 t. 4 col. 251 ed. Ven. an. 1717.

(5) De Monomachia, seu duello late agit Muratorius antiq. italic. dissert. 59. Erat et iudicium crucis, ac panis et casei, quæ duo similiter ad vulgares probationes referuntur. Crucis iudicium pluries memorant Capitularia Regum Francorum. Du-Cangius in glossar. verb. Crucis iudicium, multis quærit, quænam esset hujus iudicii ratio, ac denique sic statuit, eos, qui hoc iudicium subibant, expansis in crucis formam brachiis, ad crucem stare debuisse certo, ac definito tempore, ex gr. donec Evangelium, aut alii psalmi recitarentur; qui si immobiles permanerent, innocui, si vero caderent, aut criamen fateri ultro cogerentur, rei iudicabantur. Iudicium panis, et casei in eo consistebat, quod alicui panis, et caseum benedictum dabatur, ac si is utrumque ederet, atque in stomachum mitteret, innocens, contra vero, reus habebatur.

(N. S. In Hispania plurimum quondam invaluit id genus Purgationum. Usus *monomachie* ad difficile sterminandas contentiones, frequentissimus sane fuit. Profecto de monomachia, uti de communi probationis modo, loquitur Alphonsus Sap. leg. 1 tit. 4 Partit. VII. Altera purgationis forma fuit *per aquam ferventem*; quam quidem ratam habuere Egica, et Witiza leg. 5 tit. 1 lib. 8 Fori Jud. Tum et alia *per aquam frigidam*, quam et probarunt Syn. Tullugiensis an. 1045 cap. 9, et Ausonen. an. 1063 cap. 7. Postrema *per ferrum candens*; eamque Alphonsus V Legionensibus, et Alphonsus VIII Bisciensibus servandam præscripsit. Plures, easque revera superstitiosas cæremonias ad hujus purgationis usum indixit præf. Alphonsus VIII, uti erat illorum temporum opinio; at non defuerunt, qui eas, non modo non probarent, uti Alphonsus Sap. monomachiam pro rei controversæ decisione, leg. 8 tit. 14 Partit. III, sed et improbarent omnino: Syn. Vallisolet. an. 1522 cap. 27).

(6) Can. 20 c. 2 q. 5, c. 8 de purgat. canon.

31. Præsumptio probabilis oritur ex probabilibus conjecturis, quæ prudentibus etiam viris persuaderi possunt; violenta ex indiciis, argumentisque gravissimis, quæ fere claram probationem constituunt. Conctæ hominis præsumptiones pendent ab arbitrio judicis, cujus est pro animi sui religione judicare, quanta in singulis vis insit, et quanta iis fides tribuenda videatur. Coarcevantur autem præsumptiones, et conjecturæ, quæque singulæ forte inter se non movent, universæ tamen connexæ, atque conjunctæ, movere debent. Plus præstant præsumptiones, in causis civilibus, quam in criminalibus, in quibus nemo ex solis conjecturis, etiam vehementibus, condemnandus est (1); excepto crimine hæreseos, cujus suspectus tamquam hæreticus condemnatur, nisi omnem suspicionem excusserit (2).

(1) Cap. 14 de præsumpt.

(2) Cap. 15 §. Qui autem de hæret. c. 7, 8 eod. in 6.
De presumptionibus V. Præpositi D. Joan. Salæ opus: *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 3 tit. 6 §§. 27 et seq.

TITULUS X.

DE EXCEPTIONIBUS ET REPLICATIONIBUS.

1. EXCEPTIONES PEREMPTORIÆ, VEL DILATORIÆ.—2. PEREMPTORIÆ LITIS FINITÆ.—3. SIMPLICITER PEREMPTORIÆ.—4. PEREMPTORIÆ EXCEPTIONES QUANDO PROPONENDÆ?—5. DILATORIARUM EXCEPTIONUM DIVISIO.—6. DIES FERIATI.—7. EXCEPTIONES CONTRA ACTOREM.—8. EXCEPTIONES CONTRA JUDICEM.—9. DILATORIÆ EXCEPTIONES, QUANDO PROPONENDÆ?—10. EXCEPTIO MAJORIS EXCOMMUNICATIONIS.—11. EFFECTUS EXCEPTIONIS.—12. REPLICATIONES, DUPLICATIONES, TRIPPLICATIONES.

4.

HABET et reus arma sua, quibus in judicio adversus actorem utitur, eaque sunt exceptiones. Exceptio est actionis, vel intentionis exclusio. Ea si omnino perimit, ac tollit actionem, *perpetua*, et *peremptoria*; si tantum ad tempus agenti obstat, et causam ad aliud tempus, aut alium judicem, vel locum transfert, *temporalis*, et *dilatoria* appellatur.

2. Ex peremptoriis exceptionibus quædam sunt, quæ majorem vim habent, et ideo *peremptoriæ litis finitæ* dicuntur, ceteræ *simpliciter peremptoriæ* appellantur. Primi generis sunt exceptiones jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis. Hæ litem jam compositam, atque è medio sublata ostendunt, et exor-

dium ipsum impediunt litem, vetantque, ne frustra novum judicium instituat (1). Sed ut locum habeant hujusmodi exceptiones, necesse est, quod lis pridem extincta vel jurejurando, vel transactione, vel re judicata, denuo inter easdem personas, de eadem re, atque ex eadem petendi causa instituat (2).

(1) Cap. 1 de lit. contest. in 6.

(2) L. 3, 12, 21, 25, 41 ff. de except. rei judic.

3. Exceptionum, quas *simpliciter peremptorias* dicimus, longe major est numerus, cum nulla fere sit actio, quæ contraria exceptione submoveri, aut tolli aliquando non possit. Ad hoc genus referuntur exceptiones præscriptionis, doli mali, metus, et ceteræ, quarum non exiguus est numerus, quæque suis locis in utroque Jure singillatim explicantur. Hæ non impediunt quidem ingressum litem, sed tamen perimunt, et evertunt actionem institutam.

4. Peremptoriæ exceptiones, non modo ante litem contestatam, sed etiam postea in qualibet judicii parte ante rem judicatam (1), quin etiam interdum post rem judicatam in actione judicati, recte opponuntur (2). Par est ratio exceptionum, quæ impediunt exitum sententiæ, ut si post eam actor acceperit, quod petebat, recte reus exceptionem proponit, per quam ab se latæ sententiæ executionem avertit.

(1) L. 4 et 8 col. de except., l. 2 col. senten. rescind. non poss.

(2) L. 11 ff. ad S. C. Macedon., l. 1 §. 18, l. 20 §. ult. ff. de re judic. Confer Cujacium in c. 29 de test. opp. l. 6 col. 346.

5. Dilatoriæ exceptiones aut ipsam respiciunt causam, aut actorem, aut judicem. Prioris generis sunt exceptiones illæ, quæ proponuntur contra libellum, quod sit vel ineptus, vel obscurus, quod non cesserit solutionis dies, quod feriarum tempore sit emissa citatio.

6. Feriati dies sunt illi, quibus lege agere non licet, et omnis judicialis strepitus conquiescit (1). Feriarum quædam civiles, quædam ecclesiasticæ dicuntur; hoc est, quædam hominum, quædam religionis causa institutæ sunt. Illæ variæ sunt pro more, et legibus populorum, præcipuæ tamen pertinent ad commoda messium, et vendemiarum (2); hæ sunt *dies devotionum et orationum* (3), seu festi dies, quibus religioni operam dare oportet, et quibus communes dies opponuntur (4). Jure civili judiciales actus feriatis diebus exerceri non possunt (5), nisi liti-