

ab actore amplius recusari queat, cum eundem habere contra se Judicem dedignari non debeat, coram quo alteram partem in jus vocavit. Alter effectus est simultaneus processus, quatenus actio et reconventio uno eodemque iudicio cognosci, et una sententia terminari possint. At si reconventio post litem contestatam aliosque actus judiciales jam proponatur, prorogat quidem jurisdictionem, sed tamen utraque causa simultaneo processu non tractatur, dum causa conventionis prius finienda est, et inde fit transitus ad causam reconventionis, nisi haec liquida omnino esset.

§ 213.

DE ORDINE COGNITIONUM.

Contingere quandoque solet, ut exceptiones a reo propositae causas et quaestiones plures excitent, quae certo ordine a legibus definito cognoscendae sunt, ut omnis confusio evitetur. Quem igitur ordinem observare Judex debet in examine plurium quaestionum, quae in eodem iudicio concurrant, is cognitionum ordo appellatur. Universim duae regulae traduntur: prima est, quoties in eodem iudicio plures causae concurrunt, primum cognoscenda causa est, a qua altera pendet: secunda regula est, si neutra causa ab altera pendeat et utraque sit principalis, prius proposita, prius quoque tractanda est. Ex quibus regulis haec sequuntur: 1. Si civilis et criminalis causa concurrat, criminalis tanquam praecipua ante civilem absolvenda. 2. Si altera ex propositis causis praedjudicialis sit, haec prius tractari ac definiri debet; praedjudicialis autem dicitur, quando ab ejus decisione alterius decisio pendet. Ita si mulier aliquem peteret seu vindicaret in maritum adhibitis testibus, is vero exceptionem consanguinitatis objiceret, prius de consanguinitate pronuntiandum esset quam de Matrimonio, siquidem consanguinitate pro-

§ CGXIV. DE LITIS CONT. ET JUR. CALUMNIAE. 471

bata quaestio principalis perimitur, cum inter consanguineos constare matrimonium non possit. Ita prius tractanda est causa status natalium, quam successionis in haereditatem jure cognationis; prius causa de validitate matrimonii, quam de dote; prius de canonica institutione in beneficium, quam de decimis dandis: idque locum sibi vindicat sive causa civilis praedjudicet civili, sive criminali, sive vicissim: de quo vide Gratianum in can. *PRIUS EST CAUS. 3* quaest. 41. Pariter de exceptionibus a reo propositis prius videndum est, quam de causa principali; nam si exceptio peremptoria est, jus agendi perimit: si dilatoria, retardat. 3. Exceptionibus peremptoriis et dilatoriis affines sunt quaestiones incidentes et emergentes, unde tritum effatum est: « incidens quaestio perimit, emergens differt. » Incidens quaestio dicitur, quae ante iudicium inchoatum originem habet, seu quae negotium principale et causam ipsam attingit, qualis est exceptio consanguinitatis, pacti de non petendo; emergens vocatur quae post iudicium inchoatum, atque adeo in ipso iudicio orta est, quasi tunc emergat, seu quae processum et ordinem litis tangit, ex. gr. an testis a muliere productus recipiendus sit. 4. Quaestiones etiam praeparatoriae ante alias cognoscendae sunt: praeparatoria vero est, quae cardinem controversiae non continet, viam tamen expeditiorem parat ad controversiam dirimendam. Sic cognitio de possessione praemittenda est cognitioni de proprietate rei, quatenus ex ea intelligitur, utri litigantium sint commoda possessionis, et utri incumbat onus probandae proprietatis.

§ 214.

DE LITIS CONTESTATIONE ET JURE JURANDO CALUMNIAE.

Si reus ultro fateatur se debere, lis sublata est. At si intentioni actoris contradicens contendere in iudicio paratus sit,

lis dicitur contestata. Notum enim est « quod per petitionem in jure propositam, et responsionem sequutam contestatio litis fiat, » cap. 1 de Lit. contestat. Responsio autem negativa esse debet, quae ex certa scientia procedat, et animum litigandi per verba non ambigua, nec obscura significet. Sed necesse non est, ut responsio sit specialis, quae scilicet ad singula capita singillatim respondeat, sed sufficit generalis, qua reus intentioni actoris generatim contradicit, et hinc jure Decretalium positiones inventae sunt, quibus controversiae status constituitur. Caeterum contumacia rei loco contestationis est, unde contestatio duplex, aut vera quando reus expresse contradicit, aut ficta quando ob ejus contumaciam lis pro contestata habetur. Contestatio initium et fundamentum judicii est: quamobrem ante contestationem nec recipi testes, nec alia probatio admitti potest, eoque minus sententia proferri, nisi aut natura causae, ex. gr. ob periculum fornicationis in causis super validitate matrimonii jam contracti, ob detrimentum Ecclesiae ex longiori viduitate, in causis de valore electionis, aut provisione Ecclesiae, aut nisi periculum amittendae probationis id exigat, quo casu examini testium ad perpetuam rei memoriam locus erit. Attamen hujusmodi examen testium actori longe difficilius conceditur, quam reo, cap. 41 et 43 de Testibus. Effectus contestationis quatuor praecipui sunt. Prior ex parte Judicis est, quod amplius ut suspectus vel incompetens rejici nequeat, nisi nova aliqua suspicionis causa supervenerit. Alter ex parte actoris, quod actio temporalis ad quadraginta annos perpetuetur, actiones autem personales, ceu actio injuriarum, ad haeredes et contra haeredes transeant. Tertius respectu rei, quod in mora et mala fide constituatur. Quartus ex parte litigantium est, quod uterque instante altero teneatur inceptum judicium prosequi, et mandatum Procuratoris per obitum alterutrius non exspirat.

Post litem contestatam, ne fraudibus et deceptionibus liti-

gantes uterentur, primum quidem a jure Romano inventum, et deinceps Decretalium auctoritate receptum est jusjurandum propter calumniam, quo actor jurat, « non calumniandi animo litem se movisse, sed existimando, bonam causam habere; » reus vero jurat, « quod putans se bona instantia uti ad reluctandum pervenerit, » ut Justinianus habet L. 2 cod. de Jurejurando propt. calumn. Glossa in cap. 1 hoc tit. tradit, in juramento calumniae quinque capitula contineri, scilicet partes jurant: 1. Quod se bonam causam habere credant. 2. Quod interrogati nolint veritatem inficiari. 3. Quod scienter falsa probatione non utantur. 4. Quod dilationem non petant in fraudem, animo scilicet protrahendi seu differendi judicii. 5. Quod nil dederint, nec promiserint, nec deinceps daturi sint, nisi illis personis, quibus leges dare permittunt. At jusjurandum sic descriptum generale est, in eoque continentur tria specialia juramenta, quae distinguit Bonifacius VIII cap. 2 eod. in 6, videlicet juramentum calumniae, juramentum veritatis, et juramentum malitiae. Itaque juramentum calumniae ad fraudes quascumque removendas pertinet, totamque litem complectitur: juramentum autem veritatis, et juramentum malitiae super aliquo tantum litis articulo deferuntur, eoque jurans promittit se veritatem dicturum et altero jurat se nihil malitio agere vel proponere. Quapropter juramentum calumniae, quum universam litem spectet, semel tantum ab utraque parte interponitur, sed juramenta aut veritatis, aut malitiae pluries exigere pars altera ab altera potest, quoties Judex ob fraudis vel malitiae suspicionem judicaverit expedire. Jure civili nec tacito partium consensu, nec expresso jusjurandum calumniae remitti potest, quia non pro commodo privatorum, sed pro communi utilitate inductum est, ut scilicet Sacramenti religione fraudes omnes a judiciis arcerentur. At Jure Canonico tacite remitti potest, nec propterea processus nullus est; quippe juramentum calumniae ad substantiam ordinis judicarii non pertinet, ejusque tacita remissione ca-

lumniandi facultas non tribuitur; quid enim est facite remittere? Idem propemodum quod non exigere, ac proinde peti adhuc poterit, si calumnia aut fraus aliqua timeatur. Quare ipso Jure Decretalium, si juramentum calumniae, quod nequam postulatum fuerit, exinde petatur, praestandum omnino est, et si actor jurare noluerit, ab instituta actione cadet, reus autem jurare detrectans habetur pro confesso; neuter tamen hanc poenam incurrit nisi postquam sententia Judicis accesserit. Praestatur autem hoc juramentum in omnibus causis etiam spiritualibus tum in prima, tum in secunda instantia, non tamen in criminalibus deferendum reo est ob ingens periculum perjurii, quin imo Benedictus XIII, in Concil. Roman. tit. 13 cap. 2 jussit, ut ne in posterum sub poena nullitatis omnium actorum exigeretur a reis juramentum de veritate dicenda, cum criminaliter uti principales examinantur. Jurant vero de calumnia non modo litigantes, verum etiam ipsi procuratores; tutores et curatores; Clerici etiam in causis propriis hoc juramentum declinare non possunt, verumtamen si propriae Ecclesiae causam egerint, juramentum hujusmodi subire inconsultis eorum Praelatis non coguntur.

§ 215.

DE PROBATIONIBUS GENERATIM.

Contestata lite, cognitisque a Judice litigantium petitionibus ad probationes veniendum est. Probatio autem est facti alicujus dubii apud Judicem legitime facta demonstratio. Ex qua definitione intelligitur solas res, seu facta dubia probanda esse, non vero notoria, vel ab adversario admissa, non ea quae juris sunt: haec enim Judici perspecta censentur, nisi sint jura consuetudinaria quorum vis in facto consistit. Hinc sequitur probandi onus illi incumbere qui factum allegat,

quo veluti fundamento ejus petitio vel exceptio innitatur. Itaque in primis actor probare debet quae affirmat, eoque non probante reus, etsi nihil praestiterit, absolvendus est. Reus etiam exceptionem suam, qua aliquid affirmat, probare tenetur, unde Ulpianus in L. 19 ff. de Probat. praeclare dixit: « In exceptionibus reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, veluti intentionem, implere ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse. » At si litigans factum ab altero allegatum simpliciter neget, negationem probare non tenetur; qui enim simpliciter negat, nihil ponit quo negationis ratio reddi possit, atque ideo L. 43 cod. de Probat. et cap. 11 eod. tit. ait: « per rerum naturam rei factum negantis probationem nullam esse; » quae tamen regula triplicem exceptionem habet: 1. Nempe nisi negatio petitionis fundamentum constituat; non minus enim probare debet qui asserit sibi centum mutui causa deberi, quam substitutus qui petit haereditatem, propterea quod neget eam a scripto haerede aditam fuisse. 2. Nisi negatio affirmativam propositionem seu allegationem novi facti virtualiter contineat, veluti si quis negaverit sua sponte beneficium renuntiasset, illudque propterea retinere velit, opus est ut vim metumque sibi illatum fuisse demonstrat; negando enim se sponte renuntiasset, implicite affirmat vim metumque illatum sibi fuisse. 3. Denique nisi praesumptio juris negationi faveat, nam ex cap. 2 de Restitut. spoliat. in 6, « is liberatur ab onere probandi, pro quo militat praesumptio juris. »

Probatio vel plena est, vel semiplena: plena quae tantum fidem facit, quanta ad controversiam definiendam satis sit. Hujusmodi est confessio judicialis, testimonium duorum, vel trium testium exploratae fidei, instrumentum publicum, vel alia scriptura authentica, praesumptio juris et de jure. Probatio semiplena est, quae fidem aliquam facit, non eam tamen quae ad litem finiendam sufficiat; talis est confessio ex-

trajudicialis, dictum unius testis fide digni, instrumentum seu scriptura privata, comparatio litterarum, fama et praesumptio levis. Igitur plura sunt genera probationum, et praecipuae sex vulgo numerantur, nempe confessio, ocularis inspectio, testes, instrumenta seu scripturae, indicia seu praesumptiones, et jusjurandum.

§ 216.

DE PROBATIONIBUS PER CONFESIONEM.

Primum itaque locum inter plenas probationes sibi vindicat confessio, cum nulla sit plenior probatio, quam ea quae a proprii oris confessione procedit. Confessio autem dividitur: 1. in discretam et indiscretam. Discreta dicitur quia exprimitur causa unde obligatio orta est, indiscreta quae fit sine adjectione ejusdem causae, ut si quis fateatur, se centum debere Caio non expresso contractu ex quo debeat. 2. Dividitur in simplicem et qualificatam: prior est ubi confessioni nulla limitatio adjicitur; posterior autem, quando confessioni aliqua limitatio, seu conditio, seu circumstantia obligationem aut crimen excusans vel imminuens adjungatur, veluti si quis mutuum accepisse fateatur, sed simul solvisse affirmet, si hominem occidisse confiteatur, sed necessariae defensionis ergo, et servato moderamine inculpatae tutelae. 3. Dividitur in judicialem, quae fit in judicio et coram iudice competente, et in extrajudicialem quae fit extra iudicium, aut fit quidem in judicio, sed coram Iudice non competente. Rursus confessio judicialis dividitur in expressam et tacitam: expressa vocatur quae fit verbis, scriptura, vel signis aliis declarandae voluntati accommodatis; tacita est quae ex facto aliquo elicitur, vel a lege fingitur intervenisse. Sic tacite censetur confiteri, qui cum actore super delicto privato transigit, si intentionem adversarii fateri censetur qui ad ejus-

§ CCCXVI. DE PROBATION. PER CONFESIONEM. 477

dem positiones, cum Iudex jusserit, respondere detrectat. De singulis hujusmodi confessionibus haec universim tenenda sunt. Confessio discreta vel in scriptis vel sine scriptis coram adversario facta, modo per duos testes integræ fidei comprobetur, plenam fidem omnino facit. Indiscreta praesente adversario prolata semiplene probat, quum ob ejus praesentiam praesumatur facta cum aliqua deliberatione; si autem adversario absente emittatur, nihil probat omnino, nam censetur ex praecipitantia et animo non deliberato processisse. Confessio simplex est plena probatio, sed qualificata aliquando dividi, seu in partem rejici, et in partem recipi potest, aliquando vel tota recipienda est, vel tota repudianda. Igitur distinctione opus est. Si conditio confessioni addita praesumptionem juris contra se habeat, tunc confessio quidem recipitur, non autem conditio nisi probetur; veluti si quis homicidium fassus sit, sed necessariae defensionis causa, confessio homicidii admittuntur, qualitas autem necessariae defensionis probanda erit, quia juris praesumptio est, eum qui occidit animum nocendi habuisse. At si conditioni seu qualitati adjunctae praesumptio juris non repugnet adhuc tamen videndum erit, an conditio ipsa et substantia confessionis ad unum eundemque actum pertineant, uti si dixeris, te sponsalia promisisse hac tamen conditione, si parentes consenserint; te vendidisse, sed pacto legis commissoriae. Itaque in his casibus, sicut substantia confessionis, et conditio eundem veluti actum constituunt, sic vel tota confessio recipi, vel tota respui debet, nisi altera pars aut conditionem impletam, aut obligationem fuisse puram non demonstraverit. At vero si substantia confessionis, et conditio ad diversos actus et plane distinctos referantur, uti si reus fateatur mutuum, sed affirmet mutuum reddidisse, tum actor potest confessionem de accepto mutuo admittere, alteram vero partem confessionis de mutuo reddito non recipere, donec reus hoc novum et posterius factum solutionis non comprobaverit. Denique confessio judicialis vim

plenissimae probationis habet, et litem omnino dirimit; confessum enim pro judicato esse, seque sua sententia quodammodo condemnare Paulus affirmat, L. 1 ff. de confessis. Confessio autem tum plene probat, si fiat coram Judice competente ex certa scientia et libertate, et ab eo qui aetate major sit. At confessio soli poenitenti nocet, non tertio; nulli siquidem in praejudicium tertii creditur, imo nec confessio unius caeteros litis consortes gravat, praesertim si causa sit dividua. Unde si confessus delictum proprium (crimine laesae majestatis excepto) complices patefecerit, adversus eos nihil probat, nisi aliunde suspecti sint, cap. 4 de confess. ; pariter si quidam ex haeredibus ejus, quem debitorem meum fuisse contendo, debitum pro sua portione agnoverit et persolverit, non propterea caeteri ad solutionem urgentur, nisi debitum probatum fuerit, L. 1 cod. « res inter alios actas vel iudicatas aliis non nocere. » At vero procuratoris specialis, aut mandato *cum libera* muniti, item Tutoris et Praelati confessio nocet etiam mandanti, pupillo, Ecclesiae, si illi necessitate officii, et in iudicio, non vero si sponte, aut extra officium et iudicium fateantur. Confessio autem extrajudicialis scienter et sponte facta, si praesertim discreta sit, vim plenae probationis obtinet, secus enim rem dubiam relinquit, et magis vel minus probat, et nullam probationem aut semiplenam tantum inducit. Porro ad eliciendam partis adversae confessionem institutae sunt positiones seu breves quaedam propositiones, sive articuli praecipua iudicii capita complectentes, ut iis confessione adversarii constitutis aut negatis pateat alteri quid sibi deinceps probandum sit, quidve in probatis habendum. Namque positiones exhibens levatur ab onere probandi quidquid pars adversa affirmaverit, et ea tantum probanda supersunt quae negaverit. Positionibus autem non minus actor quam reus ad faciliorem reddendam actionis vel exceptionis probationem uti potest. Verum ad calumnias fraudesque hac in re avertendas defertur proponenti et responsuro ju-

ramentum a forensibus nuncupatum dandorum et respondendorum, quo alter jurat se nihil per calumniam posuisse, alter se nihil per eandem responsurum. Qui vero instante parte et praecepto Judicis urgente aut respondere recusat, aut per contumaciam abest, quantum ad ea quae in positionibus sive articulis continentur, pro confesso habetur, cap. 2 de confessis in 6, si tamen causa civilis fuerit; nam in causis criminalibus reus per contumaciam absens, aut respondere detrectans indicium criminis praebet, non exinde tamen pro confesso habendum esse Doctores communiter sentiunt; quandoquidem ad poenam irrogandam probationes omnino liquidae et meridiana luce clariores postulantur, L. ABSENTEM ff. de poenis, et L. fin. cod. de Probat. Verum litigans non tenetur respondere interrogationibus perplexis, dubiis, obscuris, captiosis ad causam non pertinentibus, imo nec reus, si Judex non legitime interrogat, veluti si fuerit incompetens, suspectus, aut interroget de occulto crimine, non obstringitur crimen ipsum prodere, « sed potest vel per appellationem, vel aliter licite subterfugere, » ut docet S. Thomas 2 2 q. 69 a. 1.

§ 217.

DE PROBATIONE PER OCULAREM INSPECTIONEM.

Ubi res confessione non constat, aliis probationum speciebus inquirenda est. Igitur altera probationis species est inspectio ocularis, quam forenses *accessum* vocant, quia Judex accedit ad inspiciendam rem ipsam quae in controversiam adducitur. Fieri autem debet vel a Judice ipso, vel a viris in arte peritis ad id muneris deputatis, ac citatis litigantibus, dum ex aequo de utriusque praejudicio agatur. Inspectionis autem praecipuus usus est in eis quae oculis subjiciuntur, uti in causis finium regundorum, servitutum reparationis Ecclesiae, impotentiae conjugum, vulnerationis hominum, et simi-

lium, quae inspectio, si recte fiat, validissima probatio est, vel potius demonstratio veritatis, ita ut latam ex eo sententiam in rem judicatam transire plures existimarunt.

§ 218.

DE PROBATIONE PER TESTES.

Tertiam probationis speciem constituunt testes, scilicet personae fide dignae in iudicium vocatae ut de re controversa testimonium ferant. Testes autem esse possunt, quotquot jure non prohibentur: omnes enim de jure censentur idonei, qui specialiter non probantur excepti, cap. 1 de Testibus, ubi Glossa animadvertit: « quod edictum de testibus prohibitorium sit, ut quilibet admittatur qui non repellitur. » Verum permulti sunt, qui a testimonio dicendo vel in totum rejiciuntur, vel pro certis personis tantum, vel contra certas personas, vel certis denique causis. Generatim et pro omnibus causis rejiciuntur qui laborant defectu aut aetatis, aut iudicii, aut probitatis morum. Itaque defectu aetatis arcentur impuberes, licet pubertati proximi in crimine laesae majestatis admittantur: defectu iudicii repelluntur furiosi, ebrii et amentes: demum defectu probitatis morum arcentur usurarii, perjuri, haeretici, infames omnes, nisi infamia facti laborantes mores mutaverint, et civiliter agatur, cap. 54 hoc tit.

Pro certis personis testimonium ferre nequeunt: 1. Parentes pro liberis, vel liberi pro parentibus, quia mutuus amor suspectos reddit. Attamen admittuntur parentes, si de affinitate, filiatione, aetate quaeratur, et generatim in causis matrimonialibus liberorum, cap. 22 hoc tit., illi enim haec melius norunt, et eorum maxime interest, ne consanguinei conjuncti cum ignominia separentur, cap. 5 eod. 2. Consanguinei vel affines pro consanguineis et affinibus in linea recta universim, in obliqua vero ad tertium usque gradum saltem

in criminalibus, itemque familiares et domestici, « quia propinquitatis vel familiaritatis ac dominationis affectio veritatem impedire solet, » quam rationem affert can. 12 caus. 3 quaest. 5.

Contra certas personas testimonium dicere prohibentur:

1. Parentes contra liberos, et liberi adversus parentes, ne pietas contaminetur. 2. Conjux adversus conjugem, ne concordia conjugalis perturbetur. 3. Amici et inimici adversus amicos et inimicos, cap. 9 de Accusat., in quibus tamen amicitiae et inimicitiae gradus et personarum qualitas spectandi sunt. 4. Advocati et Procuratores adversus clientes in causis in quibus operam et patrocinium suum exhibuerunt. 5. Judaei et pagani adversus Christianos, et laici adversus Clericos in causis criminalibus, vel quod plerumque solent laici esse Clericis infesti, vel maxime ob reverentiam quae Clericis debetur. Laici tamen adversus Clericos idonei testes sunt in delictis haeresis, laesae majestatis, simoniae, aliisque scandalosis et notoriis, et ubi adversus Clericum alius testis praeterquam laicus haberi nequeat. Demum pro certis causis testes esse prohibentur: 1. Minores in causis criminalibus, tanquam arduis et momentosis, nisi vigesimum aetatis annum expleverint, et alii testes deficiant, vel de criminibus exceptis quaeratur. 2. Clerici in causa sanguinis. 3. Mulieres in causis criminalibus, quia varium et mutabile semper foemina, ut Virgilius inquit. 4. Denique nemo est testis idoneus in causa propria, vel in iis causis unde sperat emolumentum.

Post testium personas ipsorum quoque dicta seu attestationes ad trutinam revocandae sunt: non enim sufficit idoneum testem esse, nisi etiam apposite apteque testetur. Igitur ad fidem in iudiciis faciendam postulatur: 1. Ut testimonium dicatur voce, et non scripto; Judex enim certior de re efficitur magis per verba, quam per litteras, et praesertim in criminalibus ex vultu, gestu, titubatione facile dignoscitur, an testis ex animi sententia loquatur. 2. Sit conforme articulo; nam