



**Quæstionum Canonicarum, In Quinque Libros
Decretalium, Tomus ...**

In Librum II. Decretalium, Per Triginta Titulos Distributum, In Quo Agitur
De Judiciis, Foro Competenti, Libelli Oblatione, Mutuis petitionibus, ...

Krimer, Ferdinand

Augustæ Vindelicorum, 1708

Qvæstio VI. Ad Tit VI. Ut Lite Non Contesta Non Procedatur Ad Testium
Receptionem, Vel Sententiam Definitivam.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-73001](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-73001)

QVÆSTIO VI.

AD TIT. VI. UT LITE NON CONTESTATA NON PROCEDATUR AD TESTIUM RECEPTIONEM, VEL SENTENTIAM DEFINI- TIVAM.

644. **H**Oc titulo indefinite statuitur, quod lite non contestata nec Testes recipi, nec sententia definitiva ferri debeat. Hujus ratio esse videtur, quia testes recipi non debent, nec sententia definitiva ferri super re, seu causa controversa in judicium non deducta; sed, lite nondum contestata, res seu causa controversa nondum est in Judicium deducta, licet citatio partis sit indicium, & spes futurae litis; ut constat ex dict. *preced. tit.* ergo.

645. Quoniam vero ante litis contestationem variae quaestiones moveri possunt (v. g. an Judex sit competens, Reo opponente exceptionem fori declinatoriam; vel exceptiones dilatorias, aut peremptoriae litis finitae; citationis non legitime factae, aut ad reum non perlatae citra culpam ejus; & haec quandoque probari debeant, & super ejusmodi quaestionibus prius pronuntiari) dicta regula, quam continet Rubrica hujus tituli, in istis non habet locum; sed tantum in casu quaestionis, seu causae principalis eum illis tamen exceptionibus, ac limitationibus, quas subjungemus *à n. seq.*

ARTICULUS I.

Quibus causis lite non contestata testes recipi, aut sententia definitiva ferri non possit?

646. **Q**uestio. i. est de causis matrimonialibus; de quo casu agitur *c. i. h. t.* Nam cum Procurator Mariti, ab Uxore accusati de adulterio, ac petentis separationem thori, dotisque restitutionem, contumaciter, ac frivole cunctaretur contestari litem, & Judices delegati propterea recepissent Testes, eorumque attestations publicassent; Innocentius III. rescripsit: licet ordo judicarius in aliis controversiis sit servandus, & in matrimonialibus causis non usquequaque servetur:

quia tamen in praesenti negotio non est actum de fœdere matrimonii, sed de crimine adulterii (per quod ad separationem conjugii, non ad conjunctionem tenditur) *quia lite non contestata, testes fuerunt recepti, & attestations etiam publicatae, sive deferendum, sive non deferendum appellationi non fuisset, non est ad definitivam sententiam procedendum.* Ex quo rescripto Papali communiter inferunt Doctores, quod excommunicari quidem possit reus, ante litis contestationem contumax, si agatur ad separationem thori; sed Testes recipi non possint, nec causa definiti; ratio constat ex ipso textu; quo limitatur doctrina ceteroquin recepta, quod causae matrimoniales possint summarie tractari, ac terminari; nam hoc per expressum textum hujus *c. fallit, quando agitur ad separationem thori, & dotis restitutionem.* Ulterius porro sequitur, id procedere, esto agatur de adulterii crimine solum civiliter intentato, ut testes nec recipi, nec Judex causam terminare valeat lite non contestata; constat ex ipso casu dicti *c. i.* quare, licet causa matrimonii, quando agitur de valore ipsius, favorabilis sit, & consequenter non egeat processu ordinario; secus tamen dicendum est, ubi de illo legitime contracto, agitur ad dissolutionem ejus quoad thorum; sic enim odiosa est.

647. **Q**uestio altera est, an in causa restitutionis valeat receptio Testium, & sententia definitiva, non facta prius contestatione litis? Resp. quod non, ex *c. Anteced. 2. hoc tit.* Ratio sumitur ex aperto ejus textu, quem retulimus *num. 624.* Ex quo colliges, quando agitur possessorio recuperandae, debere servari plenarium judicis ordinem, consequenter nec testes recipi, nec ad definitivam procedi non facta litis contestatione, ut patet ex casu hujus *c. relato cit. loc. & tradit Decius in c. Consultationibus,*

nibus, de offic. delegat. n. 9. Petiisse autem hunc Archiepiscopum restitutionem, quasi possessionis juris parochialis, adeoque egisse possessorio recuperandæ, patet ex textu, in cuius principio dicitur solum petivisse *beneficium restitutionis*; dein vero subjungitur, *Judices ipsi adjudicasse possessionem, eumque restituisse in integrum, vetantes, ne quis deinceps ipsum in possessione turbaret*; ex quibus evidenter colligitur, actum fuisse pro recuperanda possessione, ut bene probat Panormit. hic, n. 20. Et si alii minus conformiter ad textum alias causas nullitatis assignent. Quia tamen aliqui censent, quod dictus Plebanus non instituerit *actionem* possessionis recuperandæ, possessione nimirum jam perditâ, vel suâ, vel prædecessorum negligentia; sed solum imploraverit officium Judicis, adhuc tamen dicendum, non debuisse testes recipi, aut sententiam definitivam dari, lite prius non contestatâ; nam etiam in hoc casu præmitti debet, quando ea imploratio Judicis fit *contra personam*.

648.

Quæstio est. 3. an valeant receptiones Testium, & acta inde secuta, lite non contestatâ, si Reus non est, nec fuit contumax? Resp. negativam in causa matrimoniali esse definitam in c. *Accedens 4. h. t.* Nam cum causa matrimonialis de consanguinitate Vice-Comitis G. inter ipsum, & Uxorem ejus, commissa esset Episcopo Corisopitenfi, Consanguineo Comitis Britannicæ (qui erat Capitalis inimicus dicti Vice-Comitis, & uxorem ac terram ejus detinebat,) & Archidiacono Commensali Episcopi, & M. Petro, de terra uxoris oriundo, neque hi vellent tutum locum, & terminum extra territorium hostis sui ipsi assignare; re ad se delatâ, mandat Pontifex hisce Abbatibus, ad quos Vice-Comiti tutus patebat accessus, ut si partibus vocatis constiterit, *quod ante litem contestatam, vel post appellationem, testes super consanguinitate, absquæ culpa contumaciæ recepti fuissent, ejusmodi attestaciones, decernant irritas*, compellantque Uxorem redire ad suum maritum, scui, ubi uxor, & terra plenariè restituta fuerit, tum demùm causam super matrimonio audiant, eamquæ sine Canonico terminent. Ex hoc enim casu patet, reproba-

tam esse receptionem testium, tanquam irritam, factam contra non contumacem.

Quia verò, præter decisionem principalem, plurâ continentur in hoc c. 4. not. 1. Judicem, qui est consanguineus adversæ partis, recusari posse ab altera, tanquam suspectum; constat ex textu ibi: *quod cum Corisopitenfis Episcopus Comitem Britannicæ proximâ lineâ consanguinitatis attingat, &c.* sic Zerola in praxi Episcop. p. 1. V. *Episcopus*, §. 34.

Secundò, capitalem inimicitiam, saltem præsumi, inter eum, qui alterius Uxorem detinet, & Virtum Uxoris detentæ, ibi: *qui* (nimirum Comes Britannicæ) *eidem Vice-Comiti est Adversarius principalis; utpote, qui Uxorem suam, & terram publicè detinere præsumit; & ita ex his verbis colligunt Mascard. de probat. conclus. 898. Farinac. in praxi crimin. q. 49. n. 83.*

Tertiò, quod Judex, qui est commensalis Adversarii, tanquam suspectus recusari possit; sic Gratianus *disceptat. forens. c. 100. n. 22.* & patet ex textu ibi: *& Archidiaconus ejus* (nimirum Episcopi) *sit Clericus commensalis Comitis Britannicæ, qui Vice-comitis erat principalis Adversarius;* quod etiam videtur dici de casu, quo unus ex litigantibus est concivis; & patet ex textu jam relato; cujus rationem reddit Ludov. Miranda de Ord. *judiciar. p. 4. a. 6.* quia *conterranei, extra Patriam, plus debito se diligere solent;* id, quod in multis Nationibus; experientiâ certum est.

Quartò, quod Reus citatus, & non comparens, non censetur contumax propterea, si ad locum judicii, quantumvis tutum, pervenire non possit, nisi per loca, quæ transeunda essent, non tuta; nec etiam quod non compareat coram Judice capitaliter inimico, licet cum citatione mittat salvum conductum; primâ pars constat ex textu, ibi: *nec ipsi* (quibus causa inter ipsum, & Uxorem suam commissa fuerat) *unquam ei voluerint* (*nisi in terra inimicorum suorum*) *locum, & terminum assignare, quo sine mortis periculo accedere non audebat;* altera pars, quam tenet Menochius *consil. 100. num. 216. ex cod. textu*, ibi: *& licet literas non habuit*

649.

650.

habuit de conductu, si tamen missæ ei fuissent, non debebat se credere suis capitalibus inimicis; unde Sanchez de matr. l. 10. D. 18. num. 33. rectè monet, cautionem inimici capitalis, fragilem esse; & conjugem non debere fidere.

651. Cum ergo in hoc Pontifex receptionem Testium, contra non contumacem factam, & acta post ejusmodi receptionem testium irrita declaraverit, etiam quoad quæstionem dotis, alteri concedendo plenariam restitutionem, si Judices delegati repererint, vera esse, quæ ad excusandam suam absentiam in purgationem contumaciæ attulerit: quæri potest. 1. in quo consistat plenaria restitutio? 2. quomodo Pontifex Judicibus delegatis, qui erant Ecclesiastici, committere potuerit, ut non tantum cognoscant super causa consanguinitatis, sed etiam dotis, seu terræ, ab altero simul cum Uxore Vice - Comitis detentæ? Resp. ad. 1. plenariam restitutionem illam dici posse, quæ fit ad possessionem, & fructus, expensas, damna, & interesse per spoliatum passa, ex resolutis per Vivian. tom. 2. comm. opinion. l. 8. tit. 3. num. 3. in med. nam si de possessionis restitutione tantum loqueretur, ad damna minimè traheretur; quia, ista, (possessio scilicet, & damna) sunt diversa, ita ut alterum attingere minimè videatur, optimè Menoch. remed. 1. recap. numer. 305. Ad. 2. Resp. quando causa dotis dependet à causa matrimonii, quæ principaliter agitur coram Judice Ecclesiastico, illum etiam posse cognoscere de causa dependente; cum in Judice Ecclesiastico rectè consistat jus & potestas cognoscendi causas spirituales, & temporales dependentes, & annexas; non e contra in Laico, ut pluribus ostensum est alibi.

652. Quæstio 4. est, an si Reus, lite non contestata est contumax, Actor mitti possit in possessionem? Ad hanc quæstionem Episcopo Brixienti sic respondit Innocentius III. si Reus lite non contestata contumax fuerit in non comparendo, & Actor pro qualitate causæ, & rerum, in possessionem possit induci, in eandem est inducendus custodia causæ:

Si verò causæ conditio id non ferat, Reus contumax, ut juri pareat, per censuram Ecclesiasticam est compellendus; sic c. Tua fraternitati. 3. h. t.

Pro explicat. not. 1. ordinariam penam contumaciæ in actione reali esse, missionem in possessionem rei petitiæ, si quæ sit, in quam induci possit alter; si autem hoc fieri non possit (puta, si contumax in territorio talis Judicis nulla habeat bonæ, vel causa sit criminalis, aut matrimonialis) contumaciæ penam esse excommunicationem à Judice ferendam; ut patet ex ipso casu, & definitione in dict. c. 3.

Not. 2. missionem in possessionem fieri tunc solum custodia causæ, cujus iste effectus est, ut, si Reus, seu contumax, intra annum non satisfecerit, missus in talem possessionem evadat verus possessor; de cujus effectu dicemus in Tit. 15. de eo, qui mittitur in possess. ubi not. hanc penam de missione in possessionem rei servanda causæ, mitiorem esse penam excommunicationis; nec etiam statim imponendam, sed summarie prius periclitatâ causâ; ne cæteròquin alter propterea restitutionem impetret.

Not. 3. hoc ipso c. rursus confirmari regulam, de qua num. 644. lite non contestata etiam contra Reum contumacem non debere testes recipi, & procedi ad definitivam in causa principali, nisi, ut diximus num. 648. & dicemus num. 657. causa exigat celerem expeditionem propter periculum moræ, ut est causa beneficialis, vel electionis, aut similis; aliud est, si quis litigantium contumax sit post litis contestationem; tunc enim procedi potest etiam ad sententiam definitivam per L. Properandum. 13. §. Sin autem. ff. de Judic. & c. 2. de Confess. in 6. Sic Abbas in c. ult. 2. in aliis, h. t. num. 32. V. infra n. 1312.

Not. 4. quòd textus expressè dicat, concedi missionem in possessionem rei servanda causæ, si Reus, lite non contestata, se absentet contumaciter; non autem procedi ad receptionem testium, &c. aliud est ex parte Actoris, jure novo Authenticæ.

ticæ. Qui semel. C. quomodo, & quando; qui, si post oblatum libellum, ante litem contestationem se absentet, & ad instantiam Rei citatus contumaciter non compareat, Judex etiam de absente, & lite non contestata, Reum audire, ejusquæ defensiones suscipere, & ad sententiam definitivam procedere potest.

656. Textus dictæ Authenticæ sic habet: *qui semel actionem proponit, sive conventionem judiciaria, sive precibus Principi oblati, judicique insinuat, & per eum adversario cognitis: necesse habet usque ad finem litem exercere.* Qui, si causam persequi differat, reo postulante, tribus edictis citetur per intervalla triginta dierum; quia vox præconia paucis innotescit. Quæ citatio & per Principem delegatis permittitur; quod locum habet, etsi lis cæpta non sit. *Quod, si vocatus, litem detrectet: ei aliud omni spatium indulgetur, intra quod secessat, judex auditis allegationibus præsentis, & perquisitâ veritate, pronuntiet.* Sed, nec intra annum veniens auditur, nisi prius Reo litem expensas, quas sustinuerit, inferat. His quoque præstitis, si interrupto duntaxat anno denuo litem deserit, post trium edictorum, & anni unius spatii observationem, ab omni cadat actione.

ARTICULUS. II.

In quibus causis lite non contestata testes recipi, & ad definitivam procedi possit?

657. **E**X præmissis constat, lite non contestata testes recipi, aut ad definitivam procedi ordinariè non posse; quia tamen aliqui casus meritò sunt excepti, de illis in præsens agendum erit. Primus igitur casus exceptus est, si periculum sit in mora, de quo sic loquitur *c. §. h. t.* ibi: quoniam frequenter in dubium revocatur à multis, an lite non contestata testes recipi valeant? auctoritate præsentium duximus declarandum, *regulariter verum esse, quod lite non contestata, non est ad receptionem testium procedendum; nisi forte de morte testium timeatur, vel absentia diuturna:* in quibus casibus, cum civiliter est agendum (*ne veritas occultetur,*

& probationis copia fortuitis casibus subtrahatur) senes, & valetudinarii, & alii testes (de quibus ex aliqua rationabili causa timetur) *etiam lite non contestata sunt procul dubio admittendi, seu pars conventa sit contumax, seu sit absens absque malitia, ut conveniri non possit.* Sed, si Actor non convenit adventarium intra annum, ex quo conveniri non poterit, vel saltem receptionem hujusmodi testium non denunciaverit illi, attestations sic receptæ non valeant, *ne forte hoc procuret in fraudem, ut processu temporis exceptiones legitimæ. Ad repellendum testes, vel alia locum habere non possent.*

658. Ex isto textu habentur duæ exceptiones ab illa communi regula, *quod lite non contestata testes recipi non debeant;* nimirum; quod, si timeatur mors Testis; vel absentia diuturna; in causa civili, ne veritas occultetur, aut subtrahatur, senes, ac valetudinarios, & alios testes, de quibus rationabiliter timetur, etiam lite non contestata admitti debere, sive Reus sit contumax, sive absens absque malitia; ubi tamen, ut patet ex textu, notandum, si testibus his receptis, Actor non convenit Reum infra annum; ex quo conveniri poterit, vel receptionem testium ipsi non denunciaverint attestations has non valere, ne processu temporis exceptiones legitimæ adversus testes, vel aliæ locum non habeant.

659. Deducitur. 2. ex eodem *c. quoniam;* §. *porro speciales,* si moveatur quæstio de electione, aut copulâ conjugali, ne mora sit nociva Ecclesiæ, aut conjugii detur fornicationis occasio; cum opponitur gradus propinquitatis divinâ lege prohibitus, testes, licet lite non contestata, esse admittendos, & ad sententiam definitivam procedi debere, quacumque ex causa Reus in non comparendo fuerit contumax: si verò aliter absens fuerit, tum in causa spiritualis conjugii, inter Ecclesiam, & Prælatum jam contracti, electione maxime confirmatâ, servandum esse, quod super expectatione electi in Canonibus est definitum: si verò agatur de Spirituali conjugio contrahendo, electum spatium sex mensium expectandum, nisi

nisi pensatis circumstantiis per Superioris providentiam magis, vel minus fuerit expectandus.

660. Deducitur. 3. ex §. *si autem de carnali*, in causa carnalis conjugii tam diu alterutri conjugum expectandum esse, donec de ipsius obitu verisimiliter præsumatur; quia cum sine culpa sit absens, aut propria, licet non malitiosâ voluntate, ut de facili citari non possit, ei præjudicari non debet; cum habeat forsitan exceptionem legitimam ad contrariam intentionem elidendam: eo nequâquam obstante, quod de lapsu carnis possit opponi: quoniam in conjugio casus multi occurrunt, in quibus conjuges sine culpa, sed non sine causa, continere coguntur.

661. Deducitur. 4. ex §. *Sunt & alii*, in casibus spiritualibus, nimirum ad perpetuam rei memoriam (ut exponit rubrica) vel quando agitur per viam inquisitionis, posse testes sine litis contestatione recipi, ac etiam publicari; in aliis autem casibus, si contumax conveniatur actione reali, Actorem mittendum esse in possessionem, & Reum, si venerit intra annum, præstita cautione, de sistendo se iudicio, & satisfactione expensarum exhibitâ possessionem recuperare; si verò cautionem non offerat, Actorem post annum constitui verum possessorem; causâ tamen proprietatis Reo reservatâ; ita dictum c. *Quoniam*. §. *in aliis verò casibus*.

662. Deducitur. 5. ex eod. §. *quod si super* rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas possidet nomine alieno, deberet statim in iudicio dominum nominari, certo dierum spatio à Judice statuendo, eoque ad ejus notitiam perducendo, ut vel ipse veniens, vel idoneum ditigens responsalem, actoris intentionem excipiat. Si verò post tempus indulgendum, quod dispositum est, noluerit adimplere: tanquam lite, quæ ingeritur ex eo die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrompendam præscriptionem longi temporis contestatâ, dominum possessionis Judex tribus edictis legitimis evocabit: & tunc ipso in eadem voluntate manente, negotium summam examinandis, in possessio-

Tom. II.

nem ipsarum rerum Actorem mittere non tardabit: omni allegatione absenti super principali quæstione reservatâ.

Denique si quis personali actione convenitur, vel mittendus est Actor in possessionem immobilium ipsius, vel immobilium, si fortè mobilia non habeat, pro modo debiti declarati: vel in contumacem est Ecclesiastica sententia proferenda: ita videlicet, quod alterutrâ poenâ, quæ magis timeri debeat, Judex à principio sit contentus: ad alteram nihilominus processurus, si hoc meruerit protervitas contumacis: qui veniens intra annum, vel post annum etiam, audietur, juxta distinctionem in alio casu superius annotatam.

Pro ulteriori dictorum expositione not. 1. tribus modis aliquem in contumacia constitui. 1. si citatione trinâ, aut unâ, quæ vice trium citationum sit, ad iudicium vocatus, venire intermittat: altero, si se occultet, vagetur, aut aliâ ratione impediatur, quò minus personaliter citari possit. Hoc casu locus est citationi per edictum ad domum Rei vel ad valvas Ecclesiæ aut curiæ affixum, secundum gloss. in c. 3. de dolo, *v. ad domum*. Gail. l. 1. observ. 57. 3. si citatus post primam citationem dicat, se nolle venire, non est iterum citandus, cum tunc ejus contumacia satis declarata sit; sic gloss. in c. de illicita 6. *v. peremptorio* 24. q. 1.

Not. 2. testes recipi ad perpetuam rei memoriam, nihil aliud esse, quam eorum depositiones, seu attestaciones, post diligens eorum examen redigi in publica monumenta, ut colligitur ex c. *Significavit*. 41. de Testibus, ubi quidam Ecclesiæ Rector Pontifici significavit, quòd quidam Laici Fundatores Ecclesiæ S. Nicolai dixerint tempore foundationis, se in ea nihil juris retinere velle; unde timens, ne, processu temporis, probationis copia valeat deperire, provideri super hoc idem Rector postulavit; quocirca mandavit Pontifex Judici Sabinensi, quatenus testes idoneos, quos ipse super hoc duxerit producendos, examinet diligenter, & eorum dicta in publica redigi faciat monumen-

Z

sa,

ta, denunciando fundatoribus antè dictis, vel eorum hæredibus, ut receptioni testium, si velint, intersint, & super denuntiatione sic facta confici faciat publicum instrumentum.

666. Not. 3. ut testes lite non contestata validè recipiantur *ad perpetuam rei memoriam*, servandam esse formam in *c. quoniam. §. h. t.* præscriptam, nimirum, ut pars adversa citetur ad receptionem testium, si citari potest; sin minus, ut Actor post receptos testes parte absente, intra annum conveniat eundem, ac eorum attestaciones annuntiet, testium receptionem esse factam; res patet ex textu in *num. 665.* Dixi, *si citari potest*; secus enim Judex supplet partes absentis, interrogatoria proponendo; & tam contra testes, quàm eorum depositiones reservando: dixi: *intra annum*, qui nimirum currere incipit à puncto, quo Reus conveniri potest.

667. Not. 4. in quæstione versari, an, si testes sic examinati, & recepti superviverent, necesse foret, illos rursùm examinari, saltè, si adhuc capaces essent? Ad hanc quæstionem respondet Barbosa in *dict. c. §. h. t. numer. 5.* dicens, advertendum, quòd, si hujusmodi testes propter absentiam, vel mortis periculum recipiantur ante litis contestationem, vel eam motam, & tempore moti judicii, vivi, & præsentès sint, eos non probare, nisi de novo recipiantur; sed nullà lege, vel canone, aut ratione hoc dictum firmat, allegans pro se solùm Authores aliquos relatos à Farinacio in praxi crimin. *q. 76. à n. 109.*

668. Sed probabilius est, quod tradit Hauldus *tom. 5. de just. tract. 4. num. 109. coll. 4.* dicens: etiam si illi testes, sic examinati, ante litis contestationem postea superviverent, & possent, post litis contestationem, examinari, quòd non esset necessarium novum examen. Quia in adducto textu non requiritur *ad valorem* illarum depositionum, ut mors postea fuerit subsecuta; sed solùm requiritur, ut producens testes non fuerit negligens in conveniendo Adversarium, vel illi denunciando intra annum. Quòd si Judex

iterum illos ad examen vocaret, sufficeret, si dicerent, *se testari vera esse, quæ in examine prius habito deposuerunt*, prout monet Bartolus in *L. eos, ff. ad leg. Cornel. de falsis.*

Not. 5. quando dicitur, *etiam lite non contestata testes recipi posse ad perpetuam rei memoriam*, si periculum foret, eos propter senium, vel afflictam valetudinem: non supervicturos usquè dum fiat initium judicii per litis contestationem, id etiam de aliis, qui propinquo vitæ periculo se exponunt, cujusmodi sunt ituri ad bellum, vel mari se committentes, aut commorantes in loco pestifero, ut expressè dicitur in *cit. c. §. ibi: senes & valetudinarii, & alii testes (de quibus ex aliqua rationabili causa timetur)* etiam lite non contestata, sunt procul dubio admittendi.

Qui porò censendi sint *senes*? relinquendum arbitrio Judicis, tradit Menochius de Arbitrar. casu *§ 9. à num. 1.* excipe, nisi sint in anno septuagesimo, vel ultra; tunc enim non potest Judex arbitrari, *eos non esse senes*; sic Menoch. *l. 6. præsumpt. 46. n. 25.* Farinacius *dict. q. 76. num. 94.* Qui verò hic censeantur *valetudinarii* propter infirmitates mortem minitantes, communior tenet standum iudicio Medicorum in hac arte peritorum.

Not. 6. inter casus exceptos etiam numerari *diuturnam absentiam*, ut liquet ex textu in *n. 665.* hanc tamen probandam esse, & stari juramento Testis super ea deposito; sic Farinac. *cit. q. 76. num. 94.* ubi tamen nota, quòd, si, antequam pars adversa, & illi, quorum interest, citarentur, veritas occultaretur (nimirum periculo instante, ut Testes ad illud tempus non amplius haberi possent) examen, & receptionem testium absque citatione substitutam; Farinac. *cit. à n. 147.* cum sufficiat eum vel intra annum à puncto, quo potest, conveniri; vel ei receptionem denunciari, ut constat ex textu in *n. 665.*

Not. 7. illum annum à principio *essentilem*, hoc est, non currere, nisi à puncto temporis, quo Reus per Actorem conveniri potest; quia sic cessat præsumptio fraudis pro tempore anteriore; sic Menochius *l. 2. præsumpt. 54. à numer. 3. modò*

modò probet, quòd prius Reum convenire non potuerit; sic enim indirectè tollitur etiam fraudis præsumptio in eo sita, quòd testes fecerit examinari, ut processu temporis exceptiones legitimæ ad repellendum testes, vel eorum depositiones locum habere non possint.

673. Not. 8. quoad hoc punctum (ut testes ad perpetuam rei memoriam recipiantur lite nondum contestatâ) discrimen aliquod esse inter Actorem, & Reum. Nam ille hoc regulariter non potest impetrare; cum sit in ejus potestate agere, cum voluerit, & litem contestari, atque aded ad productionem testium pervenire; unde id facilius conceditur Reo; quia in hujus potestate non est, conveniri ab Actore, cum Reo libuerit; unde periculum est, ne Actor, fortassè de industria, differat actionem, dum decedant Testes, vel loco abeant longinquius, ut eorum depositionibus in rem suam Reus juvari non possit.

674. Aliquitâmen sunt casus, in quibus Actori omnino conceditur productio, & receptio testium, etiam ante litis contestationem; primus est casus testamenti, in quo fortassis esset institutio fideicommissi, in cujus successionem ipse mediâte vocaretur, post longum tempus. Nam, cum talis ex testamento agere non possit, nisi constet de valore ejus; & si iste probandus esset per testes, receptione testium dilatâ in eventum mortis primi hæredis fideicommissarii; periculo exponeretur interim, ut, cum tempus illud adveniret, & valor probandus esset, testes aut non amplius in vivis essent, aut inhabiles senio, vel in valetudine; aut in terris longinquis, unde depositiones illorum haberi non possent.

675. Alter est, in debito pendente à conditione, fortassis non eventurâ, nisi post plures annos; nam hac pendente agere non posset; & interim, dum illa existat, deficere possent testes; tali enim casu rectè peteret etiam lite non contestata (cum ipse citra culpam suam, ob conditionis pendentiâ, contestari litem non valeat) receptionem testium ad perpetuam rei memoriam, & Judex petitioni justè deferret, quin Reus ju-

Tom. II.

stè conqueratur, id, quod constat ex ipso jure, L. 40. ff. ad Leg. Aquil. ibi: *in lege Aquilia si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi debita pecunia fuerit, & interim testibus quoque id probare possim, qui testes esse non possunt eo tempore, quo conditio exstitit, & si summatim re expositâ ad suspicionem Judicem adducam, debeam vincere: Sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti conditio exstiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.*

Not. 9. cum per istas exceptiones à communi regula (ut lite non contestatâ non procedatur ad receptionem testium, &c.) recedatur à jure communi, in casibus earum exceptionum plus non debere admitti, quàm exigat necessitas ab illa communi regula recedendi: consequenter, etiam facta receptione testium, eorum attestations non esse publicandas, sed sufficere, si referantur in acta, & monumenta, producenda, ubi necessitas exegerit, nisi producens ipse (consentiente etiam Adversario) petat eas publicari; aut Adversario contradicente urgeat necessitas eadem, illas publicandi statim, quæ erat eas recipiendi.

ARTICULUS III.

De modo procedendi contra Reum contumacem.

DE hac quæstione jam aliquid in 677. præmissis actum est ex *ex c. quoniam §. h. t.* quia ibid. §. *in aliis*, specialiter agitur de modo procedendi contra Reum contumacem (sic enim textus habet: *in aliis verò casibus prudenter est attendendum, utrum contumax reali actione, an personali conveniatur? Si reali, mittendus est actor in rei petitiæ possessionem, ut tædio affectus reus veniat responsurus.* Qui si venerit intra annum (judicio sibi præstita cautione, ac exhibita satisfactione congruâ expensarum) possessionem recuperet. Quod si cautionem offerre neglexerit intra annum: actor post annum verus constituetur

Z 2

tuetur possessor; super proprietate duntaxat adversæ parti defensione legitimâ reservatâ) ideo, quæ pertinent ad hunc procedendi modum, breviter exponenda sunt.

678. Ex hoc textu habetur, ut sciatur, qualiter procedendum, quando Reus lite non contestata contumax est, distinguendum esse, an conveniatur actione *reali*, vel *personali*? quo posito dicitur, si Reus lite non contestata contumax sit, Actorem mittendum esse in possessionem rei petitæ, *custodiæ causâ*; si autem actione *personali*, mitti debere in possessionem debitoris pro modo, & quantitate debiti; aut, si id non possit (puta si nihil eorum bonorum habeat, sub jurisdictione talis Judicis) afficiendum Ecclesiasticâ censurâ; de quo etiam Authent. *Ei qui, C. de bonis Author. Jud. possid.* ibi: *ei, qui jurat, se venturum ad Judicem, si se subtraxerit, Judex ipse, si Administrator sit, vel is, qui Judicem dedit, jubeat eum exhiberi: Si vero omnino absit, examinet Judex, ubi sit, induciis datis, intra quas, si non occurrat, secundum unam partem examinato negotio mittat actorem in possessionem rerum ejus, juxta mensuram declarati debiti. Quod, si redeat, antequam prosequatur causam, resarciat Actori omne damnum, præstabitque fidejussorem de lite prosequenda, & res suas suscipiet.*

679. Questio nunc est, quem effectum, vel commodum habeat is, qui taliter ex primo decreto missus est in possessionem, rei servandæ causâ, quando Reum convenit *actione reali*? Resp. quod ex hoc non acquirat *veram* possessionem, sed tantum rei *retentionem*, quasi *pignus Prætorium*; ita tamen, ut si contumax non venerit intra annum, & neglexerit cautionem (*judicio sisti*) ac satisfactionem congruam expensarum, post anni lapsum Actor verus constituatur possessor, reservatâ parti contumaci solâ defensione legitimâ super proprietate. Ex hoc habetur Actorem per primum decretum missum in possessionem *rei retinendæ causâ*, primo anno non acquirere fructus, & commoda rei possessæ, ut habetur. *L. Fulcinius. 7. ff.* Ex quibus causis in possess. eatur; secus tamen

post illum, si Reus neglexit cautionem *judicio sisti*, & congruam satisfactionem expensarum; quod etiam ex dicta lege procedit, ut Judex etiam ante lapsum anni (si appareat Rei nimia contumacia) possit Actori *veram* possessionem tradere cum commodis ejus per secundum decretum.

Dixi, quando Reum convenit conventionem, seu *actione reali*; nam inter hanc, & *personalem* discrimen est. 1. quia in *actione reali* Actor *absolutè* mittitur in possessionem rei petitæ; in *personali* autem solum *juxta modum, seu quantitatem debiti*, & prius quidem *mobiliæ*; & si hæc non sufficiant, etiam *immobiliæ*; 2. ex *actione personali* missus in possessionem, ut pignoris loco rem teneat, non potest eam usufruere, cum illam non teneat *ut suam* (ut notat gloss. *fin. in dict. §. in aliis*) nisi per 30. annos debitor non compareat ad ostendendum *indebitum*; tunc enim cadit jure suo; quia omnis actio longissimi temporis præscriptione tollitur, *L. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annorum*; at in *actione reali*, Actor missus in possessionem, postquam verus possessor constitutus est, rem usurpare incipit, quia bonâ fide *ut suam* possidere præsumitur, secundum gloss. hîc, *V. reservatâ*.

Tertio discrimen est in eo, quod in casu, quo Actor sit verus possessor, unâ cum commodis rei possessæ, Reo comparante, & petitorium intentante prius, quàm contriptum præscriptum sit, onus probandi transeat in Reum, quod aliâs incumbebat Actori: in casu autem, quo Actor ex *actione personali* missus est in possessionem rei *custodiæ causâ*, non acquirat *veram* possessionem, nec lucretur fructus, nisi interveniat secundum decretum Judicis, quod ordinariè post anni lapsum, interdum citius, aut serius, spectatâ qualitate causæ, & gravitate contumaciæ, interponitur. Fieri autem debet secundum decretum, præcedente causæ cognitione (juxta Authent. *Ei qui jurat, C. de bon. autoritate Judic. possid.*) saltem *Summariâ*, per quam Judex animum aliquo modo informare possit de vero debito, & secundum majorem, vel minorem probabilitatem formabit decretum, ut

ut explicat gloss. final. & Panorm. num. 36. hic.

682. Not. autem, id quandòque etiam fieri; nam si Actor debitum demonstrasse videatur, res ei in solutum dabitur; vel, facta venditione, pretium adjudicabitur, ita, ut Reus contumax omnino exclusus sit; interdum vero ita ipsi res adjudicabitur, ut pignoris loco teneat, donec Reus veniens ostenderit indebitum, seu nihil à se debitum esse; & ita Reus: si postea compareat, fiet Actor sustinens onus probandi.

683. Not. 2. cum dicitur, quod si Reus venerit intra annum (iudicio sibi prestita cautione &c.) possessionem recuperet; juxta Surdum Decision. 46. numer. 10. quando immisso facta est ex primo decreto nulla præcedente re iudicata; quo casu efficitur pignus prætorium; sed ubi jam lata est sententia, & post eam facta missio, tunc veniens debitor non recuperat possessionem, nisi facta reali solutione, per textum, in L. pecunia, in fine, ff. ut in poss. legat.

684. Not. 3. ex illis verbis cit. §. in aliis, ibi: si verò post tempus indultum, per Auctores communiter deduci, quod cotinuum ad tempus, post illud censeatur prohibitum, per L. unus, §. 1. ff. de pactis; sic Gonzalez ad reg. 8. Cancell. 2. 1. proem. n. 4. & alii; & e contra prohibitum ad tempus, post illud videatur permissum ex L. Imperator. 6. de postuland. Gonzalez cit. gloss. 65. numer. 8. & complures alii.

685. Not. 4. quod in pœnis legalibus, alternativè latis, penes Judicem sit electio, si

verba legis ad ipsum dirigantur, ut dicitur in cit. §. in aliis, ibi: si autem super personali actione conveniatur, vel mittendus est Actor in possessionem, vel in contumacem est Ecclesiastica censura perferenda; sic tamen, ut ea eligatur, qua magis timeri debeat: si autem verba Reum respiciant (v. g. vel solvat, vel ab Urbe recedat) electio penes illum erit; ita Menochius de arbitrat. l. 1. q. 94. à num. 1. Navarrus in c. Consideret, §. ponat. dist. 5. de pœnitent. n. 12.

686. Not. 5. quod dicitur in §. si autem de carnali conjugio (mulierem absente viro sine culpa (quoad transitum ad secunda vota) tamdiu expectare debere (etiam si de lapsu carnis posset opponi, ut notavimus supra) donec de ipsius obitu verosimiliter præsumatur) communiter exponi, quod Judex Ecclesiasticus non debeat facultatem concedere mulieri, ut secundo nubat viro, nisi verosimiliter præsumatur de morte prioris viri, vel adsint aliqua indicia, quæ pariant verosimilem præsumptionem, quæ quidem verosimilis præsumptio, & exultimatio mortis habetur per certum nuntium, vel alias probationes æquivalentes, prout jura de hoc loquentia concordant; Sanchez de matrim. l. 2. D. 46. numer. 5. & 9. Valer. Reginald. in praxi fori pœnit. l. 31. numer. 70. & 71. Sed de hoc V. quæ diximus l. 1. tit. 1. & cum primis l. 4. à numer. 1827. ubi de hoc ex professo agimus.

* * *

