



**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 XIV. In Tit. XIV. De Dolo, Et Contumacia.

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

actione negatoriâ in rem, ut à Judice declaretur, nullum ipsi jus capitulare competere: vel Dominum fundi simili actione agere contra vicinum, ut declaretur, agrum suum liberum esse à servitute, seu vicino jus nullum actus, seu itineris competere: in tali enim casu Reus conventus, ante, vel post litem contestatam proponere potest actionem judicii possessorii, petendo se restitui in possessionem, quâ per vim privatus sit, videlicet à Capitulo ejectus, à Domino ad fundum non admittus. Dixi de jure incorporali; nam ubi petitorio agitur de re corporali, Actor non possidet; adedque Reus, à quo petitur possessio, non potest petere possessionis restitutionem.

1260.

Præter hæc not. quòd, quamvis in hoc casu petitorium fuerit prius intentatum super consanguinitate, nihilominus per possessorium, respiciens eandem rem, etiam per viam actionis, suspenderit ipsum petitorium, ut constat ex dict. c. 10. ibi: *quod fieri non debuit*, nimirum, ut mulieri à Delegatis negaretur restitutio, non obstante petitorio prius intentato ex nullitate matrimonii propter impedimentum. Nec obstat c. 2. de ord. cognit. ubi dicitur, quando agenti possessorio recuperandæ Reus opponit spoliationem per modum actionis, ejus petitionem, qui prius provocavit, debere prius cognosci,

& deinde alteram, simul tamen eadem sententiâ terminari; nam ibi textus loquitur de causis, quæ proponuntur tanquam *mutua petitiones*, sese tanquam *diversæ minimè contingentes*; at in præsentibus non sunt tales causæ *se non contingentes*; ergo.

Not. 2. quando unus Conjugum spoliatus ab altero agit possessorio recuperandæ, id dupliciter posse contingere; primò, ut in eo judicio nulla quæstio admisceatur de proprietate, seu valore matrimonii; sed tantum pura receptio Conjugis spoliati. 2. ut, ubi agitur de hac, misceatur etiam quæstio juris spiritualis v.g. de valore matrimonii, de jure vi Sacrorum Canonum divertendi, &c. & in hoc secundo casu judicium possessorium etiam recuperandæ pertinet ad solum Judicem Ecclesiasticum: in primo autem etiam secularis Judex est competens, ut docet gloss. in c. *Non est*, 11. V. *Uxores*, de spons. & alii apud Sanch. l. 9. D. 4. numer. 7. ubi ait: idem esse sentiendum de compulsionibus ad reddendum debitum, quam secularis Judex facere potest, si de valore matrimonii quæstio nulla sit.



QVÆSTIO XIV.

IN TIT. XIV. DE DOLO, ET CONTUMACIA.

1262.

Titulus iste spectat ad interdictum, ne vis fiat ei, quem Prætor mittit in possessionem, non tam adipiscendæ, vel retinendæ, aut recuperandæ possessionis; sed potius retinendæ, vel recuperandæ custodiæ, quam quis consequitur, quando per Prætores quis mittitur in possessionem ex primo decreto, vel simili causa. Est autem primum decretum (ut notat Corvinus l. 3. juris canon. tit. 22.) prima à Judice jubente, ob contumaciam absentis, in possessionem bonorum ejus, custodia

causâ, facta missio, c. constitutis 1. de eo, qui mitt. in poss. &c. Verba porro edicti, quo Prætor missos in possessionem, tuetur, ut ait Gothofredus ad L. 1. ff. Ne vis fiat ei, lit. 8. sunt hæc: *si quis Dolo malo fecerit, quò minus quis permissu meo, ejusve, cujus eâ jurisdicção fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum judicium, quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit, dabo.*

Ex istis verbis deducitur duplex remedium, quo Prætor eis, qui mittuntur ex primo

1263.

primo decreto in possessionem custodiae cautâ, & impediuntur ab ea per Dominum, vel tertium, consulit; primum est *dolo in factum*, quæ est actio plenaria, & ordinaria, per quam consequitur Actor, quanti ejus interfuit, fuisse admissum in possessione, vel in ea non fuisse inquietatum, aut dejectum, L. 1. §. *hæc verba*, & L. ult. ff. *ne vis fiat ei*: alterum est interdictum possessorium Summarium, & quidem *adipiscenda*, si missus in possessionem, illam nondum obtinuit; *retinenda*, si in obtenta inquietatur: *recuperanda*, si jam missus, dejiciatur.

1264. Quia verò non tantum in istis casibus multum nocere solet dolo, & Contumacia unius è litigantibus, quo plura incommoda, & detrimenta patiuntur ij, qui in judiciis agunt, & vincunt, vel victuri creduntur, idquæ Dolo, vel Contumaciâ partis alterius, unde judicia, & processus, possessionum recuperatio, vel adeptio, sententiæ Judicum, & similia vehementer vel impediuntur, vel protrahuntur; unde merito præcedentibus titulis iste, *de Dolo, & Contumacia*, subjicitur, & statuitur, quid in ejusmodi eventu statuendum.

ARTICULUS I.

De Dolo.

1265. **Q**uamvis in præsentia agatur, non de omni dolo, sed eo tantum, qui conjunctus est Contumaciâ, ut ex præmissis colligitur; plures tamen scribentes in hunc titulum, etiam hic *de Dolo* generaliter agunt. *Dolus* porrò, loquendo in genere, est astutiæ executio sive verbis, sive factis. Unde sicut *astutia* communissimè accepta est indifferens ad bonam, & malam; sic *Dolus* est veluti genus ad duas species, nempe *Dolum bonum*, & *dolum malum*. Dolus bonus est, quando quis adversus latronem, vel inimicum machinatur, multò fortius in hostem publicum. 22. q. 2. c. *utilem*, & c. *queritur*, & 23. q. 3. Tom. II.

c. *ut pridem*, L. *cum pater*, §. *Titia*, ff. *de legatis*. 2. Nam talis dolus fraudem excludit. Hinc dicitur quis *bonæ indolis*, id est, *bonum dolum intus habens*, nempe bonum ingenium, & solertiam, qualem adhibuit Salomon, judicando meretrices, c. *afferte*, de *presumpt.* Dolus malus juxta Sylvest. V. *culpa n. 1.* definitur à Labeone, L. 1. ff. *de dolo*, in hunc modum: *est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenendum, fallendum, & decipiendum alterum adhibita.* Ubi singula singulis reddenda sunt, scilicet ut *calliditas* sit ad circumvenendum; *fallacia*, ad fallendum; & *machinatio* ad decipiendum. *Calliditas* est dolus adhibitus tacendo, L. 1. ff. *de act. empt. & circumvenire* est adhibita calliditate decipere, L. 1. ff. *de dolo*. Sumitur etiam *circumventio* in eadem propè significatione, qua *circumscribo*: unde improprie dicuntur *circumventi*, quos grassatores quasi ex insidiis adoriuntur. *Fallacia* est dolus, qui committitur in mentiendo, & falsum afferendo contra conscientiam, L. *falsus*, §. *si quis*, ff. *de furt.* *Machinatio* est dolus, qui committitur ex parte verborum. 22. q. 5. id est, quantacunque arte verborum; est enim machinatio occulta insidiatio. *Decipere*, est deludere, præsertim verbis, scilicet, *verbis capere*.

1266. Ex dictis habetur discrimen inter *dolum & fraudem*: nam *dolus* est indifferens, ut accipiatur in bonam, vel malam partem: at *fraus* semper sumitur in malam partem, videturquæ recurrere cum dolo malo, & se habere ad dolum absolute acceptum, tanquam species ad genus, ut ait Panormit. in c. *Ex tenore*, de *rescriptis*. Nam à Latinis dicitur *deceptio*, *circumventio*, & *impostura*. Est autem *impostura*, de qua Ulpianus, L. *Stellionatus*. 2. §. *Item si quis* ff. *de crim. stellion.* *deceptio*, & *fallacia* per impositionem, ductâ metaphorâ ab iis, qui operimentum rebus imponunt, ut vitia contegant. Hinc *Impositores* sunt *verfuti*, & *callidi deceptores*, qui fallunt præstigiis quibusdam, L. *ob qua vitia*, ff. *de edil. edicto*: Apud Lessium l. 1. c. 2. numer. 26. & 27. *fraus* est executio astutiæ

astutiæ per facta, ut, cum mensura est minor justo; cum moneta est adulterina.

1267. Notanda præterea sunt quædam circa nonnullos modos loquendi in hac materia; primò enim *fraus* dicitur fieri vel *contra legem*, vel *ipsi legi*: fit *contra legem*, quando fit contra id, quod per legem significatur, nulla palliatione quæsitâ; hoc est, quando fit contra id, quod lege præcipitur, aut prohibetur, nullo quæsito colore, aut artificio ad tegendam illam transgressionem; fit *fraus legi*, quando fit contra significatum legis, palliatione quæsitâ, seu, quando artificio quodam ita agitur contra mentem legis, ut non videamur illi repugnare, L. *contra legem*, ff. *de legib.* ut, si conjunx volens donationem facere Conjugi (quod per legem vetatur) supponat aliam personam, cui donet, cum onere transferendi in Conjugem. Accipitur *fraus* pro delicto; nam L. *cum autem*, ff. *de adil. edict.* dicitur *fraudem capitalem* admittere, illam nempe culpam, pro qua pena capitis decreta est. *Fraudare* est per fraudem nocere, seu damnificare. V. Parlad. diff. 132. de discrimine inter dolum, fraudem, latam culpam, levem, & levissimam.

1268. Secundò, *dolo* facere, *dolo* occidere, esse idem atque *ex proposito* facere, *ex proposito* occidere; ita Suarez *de cens. D.* 44. *sect. 1. n.* 3. ubi docet homicidium *voluntarium* esse, quod fit *ex proposito*, seu voluntate occidendi, quod Juristæ dicunt fieri *dolo*. Hoc (inquit) confirmant jura civilia, in quibus non dicitur homicidium absolute voluntarium, nisi intercedat *dolus*, ut patet ex L. *in lege*, ff. *ad leg. Corn.* *Dolus* autem non est, nisi sit animus occidendi, ut constat ex L. 1. *de ex*, L. *Divus*, tit. *cod.*

1269. Tertio, in contractibus *dolus* dicitur dare causam, & incidere; *causam* dat contractui, quando, si *dolus* abfuisset, alter noluisset; *incidit*, quando contractus fuisset quidem initus, at non eo pretio, sed majori, vel minori.

1270. Not. 2. ex Sylvestro V. *Culpa*, n. 2. differre inter se hæc tria: *dolo* facere, *culpâ* facere, *negligentiâ* facere; quia *dolus*, nomine, & re differt à *culpa*, & *negligen-*

tia; *dolus enim* est à proposito, seu intentione nocendi; *culpa* cum scientia sine voluntate, nisi per accidens: *negligentiâ* sine utroque. Quamvis enim *lata culpa* dicatur æquiparari *dolo*: tamen hoc solum est verum, teste Lessio l. 1. c. 2. n. 25. quando lex non requirit dolum, præsumptionem, aut scientiam, sed simpliciter loquitur, & in actionibus descendantibus ex contractu, vel quasi contractu. Unde gloss. L. *in lege Corn. ff. ad leg. Corn.* de fideiussoribus, dicit, quod culpa latissima æquiparetur *dolo in civilibus*: secus, *in criminalibus*; cum autem in eadem lege dicitur: *dolus profecto accipitur*: id est, *ut puniatur*; *dolus* (exponit gloss.) id est *dolosum* propositum: ut si ambulaverit quis cum telo ad occidendum, puniatur, ac si occidisset. Denique *ingenium* ponitur aliquando pro fraude, *dolo*, & calliditate juxta Abbat. in c. *Licet, de elect. n.* 6. *Ingeniosus* enim, secundum Isidorum, dicitur quasi *intus habens vim gignendi quamlibet artem*; sic Pereyra in *Elucid. l. 2. elucid. 4. sect. 2. a n.* 658. his prænotatis:

¶ I.

An, & qualiter detur exceptio doli ad rescindendum contractum?

Ante *resolut. not.* quod operans ex errore, in id, quod per errorem tegitur, seu, quod absconditur, non consentiat; error enim facit, ut illud non sit cognitum; sed aliud ejus loco; sic qui emit vitrum, falsò putans esse gemmam, non consentit in lapillum propositum sub qualitate puri vitri; nam hæc illi non proponitur; sed qualitas *gemma*; hinc si talis error per dolum, & malitiam venditoris causatur in emptore, *dolus* dicitur, nimirum causativè; non formaliter; error enim *dolo* inductus non est formaliter *dolus*; sed hujus effectus. Not. 2. sicut error alius est, qui versatur circa rei substantiam; alius, qui circa qualitatem; & hic rursus duplex, nimirum versans circa qualitatem præcisè; vel sic ut error in qualitate redundet in substantiam (prout

(prout latè exponimus l. 4. à num. 1067.) sic etiam dolum alium esse, qui versetur circa substantiam; alium, qui circa qualitatem. Not. 3. dolum alium esse antecedentem, qui nimirum dat causam contractui; alium incidentem, ut notavi n. 1269. alium concomitantem, quo scilicet etiam absente nihilominus contractus initus, aut dispositio facta esset, ut constat ex l. 4. à n. 1070. Not. 4. dolum committi posse vel ab uno contrahentium, vel ab alio, qui non est ex contrahentibus; quibus positis:

1272. **Quæstio 1.** est, an contractus, dispositio, vel promissio facta ab eo, qui dolo, dante causam contractui, dispositioni, vel promissioni, inductus est, ab altero contrahentium, pariat obligationem præstandi, super quo contractum, dispositum, aut promissum est? respondet Pithing *h. t. n. 3.* de rigore juris civilis, deceptum nihilominus obligatum esse ad implendum contractum, præstandum dispositum, & solvendum promissum; & hoc ex *l. 1. Instit. de except.* ubi dicitur: *si Dolo inductus stipulanti Titio promissisti, quod non debueras promittere, palam est jure civili, te obligatum esse, L. si quis 36. ff. de V. O. & L. dolo 5. C. de inutil. stipul.* ratio à priori est, inquit, quia, licet dolo circumventus, aut vi Compulsus non consentiat in ipsum dolum, aut violentiam (& hoc sensu verum sit, quod dicitur: nemo videtur consensisse in id, quo decipitur) consentit tamen in contractum, & negotium, quod peragitur: ergo, licet dolo dans causam contractui faciat involuntarium secundum quid, non tamen tollit voluntarium simpliciter, cum relinquat consensum circa ipsam substantiam contractus, qui proinde sufficiens est ad producendam obligationem, & consequenter etiam actionem: nam talis contractus dolo initus, tam jure naturæ, quam positivo validus est, cum adsit sufficiens consensus.

1273. **Verum** hæc responsio sic indefinitè accepta non videtur admittenda; cum falat in dolo antecedente, qui inducit errorem quoad substantiam; vel errorem in qualitate redundante in substantiam; hic enim causat involuntarium simpliciter in ipsam rei substantiam, sive dolo sit commissus ab uno contrahentium, sive à

Tom. II.

tertio; unde matrimonium, vel sponsalia tali Dolo contracta etiam jure naturæ irrita sunt, ut diximus l. 4. à n. 1072. Ad rationes in contrarium, & 1. ex §. 1. & c. Resp. eas non loqui de dolo dante causam contractui, qui in decepto causat errorem in substantia, vel qualitate redundante in substantiam; sed aliis tantum casibus, de quibus in seqq. Ad alterum ex ratione. Resp. hoc ipso, quod dolo causat errorem circa substantiam negotii, de quo agitur, vel circa qualitatem, quæ redundat in substantiam, deficere consensum in illud, & ferri quidem voluntatem in objectum falso propositum, sed non in id, quod per errorem absconditur; sic ex errore antecedente consentiens in præsentem Liam, quam putat esse Rachelem, quam ducere statuerat, non consentit quidem in Liam præsentem, sed tacitè conditione, si sit Rachel; consequenter consentit in eam nulliter, cum deficiat conditio. Aliud est, si error esset solum concomitans, vel incidens; nam nec ille, nec iste tollit voluntarium simpliciter circa substantiam; uti nec error in qualitate præcisè; de quibus V. dicta l. 4. à num. 1067.

1274. **Quæstio altera** est, an contractus dolo initi, deprehenso Dolo, seu errore, jure rescindi possint? Resp. quod sic, si semel validi non transeunt ex alia circumstantia ad statum humano jure non rescindibilem, qualiter contingit in contractu matrimonii juxta formam Ecclesiæ à fidelibus initi. Nam hoc semel validum ratione Sacramenti evadit indissolubile humano jure, ut alibi diximus. Ratio autem datæ responsionis est ex *L. 1. §. 1. ff. de doli mal. except.* ubi dicitur, quod exceptionem doli mali Prætor proposuerit, *ne cui dolo suus, per occasionem juris civilis, contra naturalem aequitatem proficiat*; esset enim planè iniquum, & rectæ rationi dissonum, ut deceptus ex malitia alterius, præter injuriam, irreparabile insuper damnum sustinere cogeretur; & deceptor etiam inde lucrum ferret. Et quoniam, ut advertitur in ipso textu, contra naturalem aequitatem foret, si dispositione juris civilis contractus Dolo malo initi irrefcindibiliter tenerent; meritò rescindi poterunt, & decepto volente debebant, si dolo ritè probetur.

R. 2

Ex

1275.

Ex his deducitur 1. hanc exceptionem doli mali non concedi decepto, quando Dolus fuit tantum comitans, vel incidens, esto Dolus fecerit alter contrahens; sic Molina tom. 2. de Just. D. 352. à n. 10. Lessius de Just. l. 2. c. 17. n. 28. & alii; nam in hoc casu cessat ratio, propter quam ceteròquin hæc exceptio decipientibus opponi potest; primò enim contractus, tali dolo celebratus, naturaliter subsistit; 2. Dolus non dedit causam contractui; cum etiam dolo cognito contractus quoad substantiam nihilominus celebratus fuisset; ergo. Cæterum, si majori pretio res empta v. g. fuit stante dolo, non solvendo alioquin eo absente; quoad hunc excessum conceditur actio decepto contra decipientem, de qua *L. Julianus 13. §. item, qui furem, ff. de actionib. empt.* ibi: *item, qui furem vendidit, aut fugitivum: si quidem sciens, prestare debet, quanti emptoris interfuit, non decipi: si verò ignorans vendiderit: circa fugitivum quidem tenetur, quanto minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset: circa furem non tenetur; differentia ratio est, quòd fugitivum quidem habere non licet, & quasi evictionis nominetur venditor: furem autem habere possumus.*

1276.

Deducitur 2. hanc exceptionem non concedi decepto in contractu inito per Dolus alterius tertii, qui non est ex contrahentibus, nec cum altero quidquam participavit, si contractus aliundè validus est; nam in hoc casu non sequitur, quòd alteri contrahenti contra naturalem æquitatem profit Dolus suus, propter quod hæc exceptio inducta est, ut notavimus num. 1274. cum in casu ponamus, dolum non ab uno contrahentium, sed ab alio tertio commissum esse; id, quod etiam ex eadem ratione tenendum, quando contrahens deceptus est à se ipso errore naturali. De hoc casu videri possunt ea, quæ tradimus l. 4. à n. 432.

1277.

Deducitur 3. concedi hanc exceptionem contra contrahentem dolosum, si dolus fuit antecedens, & causavit errorem etiam præcisè in qualitate rei non redundante in substantiam; pro quo casu supponendum ejusmodi contractus tam stricti juris, quam bonæ fidei, ex tali Dolo

initos, nullo jure invalidos esse; consequenter verè, ac propriè rescindi posse, non rescissione merè declarativà, sed ablativà vinculi, & obligationis inducta mero jure; non jure naturali, cum adfit consensus liber in substantiam; non jure Canonico; nam istud sequitur naturalem æquitatem, neque unquam ex defectu consensus in meram qualitatem, ubi adest verus consensus in substantiam, statuit carere naturali obligatione.

Sed nec jure civili iplo facto invalidi sunt, ut constat ex §. 1. *Institut. de Except.* ibi: *si metu coactus, aut Dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promissisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse: Et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari.* Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnamdam actionem; ubi sermo est de contractibus stricti juris; id, quod etiam habetur *L. dolo 5. C. de inutilib. stipulat.* ibi: *dolo, vel metu adhibito actio quidem nascitur: si subdita stipulatio sit; per doli tamen, vel metus exceptionem submoveri petitio debet.* Deinde, tametsi error, vel Dolus interveniat in emptione rei alienæ, contractus tamen mero jure valet, licet irritari possit ex *L. Rem alienam 28. ff. de contrahend. emptio.* ibi: *Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emptio est, Et venditio: sed res emptori auferri potest.* Quod confirmari potest etiam ex quorundam sententia, quia contractus naturà suà, vel institutione divinà non solubiles, postquam semel validi sunt, valent mero jure, etiam si initi sint ex metu gravi injustè, ac etiam directè incusso ad extorquendum consensum, ut ostendimus l. 4. à num. 426. ergo etiam initi ex dolo dante causam contractui, si caset errorem in purà qualitate; cum sic relinquatur contrahenti plena libertas quoad substantiam rei, super qua contrahitur.

Hinc quando in *L. Et eleganter 7. ff. de dolo, dicitur, nullam esse venditionem, si quis in eo, quod venderet, circum-*

cumscriptus est; sermo est de nullitate non ratione doli, sed ætatis; quia nimirum venditio facta est à Minore sine auctoritate Judicis; & cum *L. 3. ff. pro Socio*, dicitur: Societatem, si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti esse, nullitas accipienda est *quoad firmitatem, & effectum*, ut nimirum deceptus inde obligetur efficaciter; nam comperto dolo deceptus deceptori opponere potest injuriam per Dolum illatam, consequenter agere, ut contractus eo titulo rescindatur, præsertim cum deceptor decepto teneatur compensare injuriam remissione obligationis ex mero ipsius dolo induta.

1280. Dices: si contractus, dolo initi, valent mero jure, deceptor per injuriam, jus, & actionem consequeretur; hoc autem est contra naturalem æquitatem, ut colligitur ex *c. 1. de eo, qui duxit*, ibi: *nec lucrum de dolo suo reportet*; ergo ubi unus contrahentium Dolo, dante causam contractui, alterum induxit ad contrahendum, contractus est ipso jure nullus; quin propterea opus sit exceptione, cujus interventu rescinditur. Resp. N. ma. nam deceptor ex injuria, quam fecit alteri; & Dolo, quo eum circumvenit, non consequitur jus activum, seu actionem; sed potius obligationem compensandi factam injuriam, & remittendi obligationem injustè acquisitam; jus tamen & actionem consequitur ex mutuo consensu, quo initus est contractus; quæ tamen actio ipsi concessa non est contra naturalem æquitatem; cum elidi possit exceptione doli; & si quod lucrum momento habuit, totum auferri possit, ac læso reddi, intentatâ exceptione; imò etiam non intentatâ, cum jure naturali, & urgente obligatione conscientie ad restitutionem urgeatur. Hinc fit, quòd quamvis *jure civili* in contractibus *stricti juris* non detur actio ad rescindendos illos allegatione *Doli*, nec etiam exceptio (sic exigente naturâ talium contractuum) secus tamen est de jure naturali, & canonico, propter naturalem æquitatem ejusmodi deceptionibus resistentem, ut deceptus firmiter cogatur stare tali contractui, qui unius è contrahentibus dolo

dante causam contractui inductus est. Unde quamvis *num. 1277.* dixerimus, etiam jure civili esse validos contractus stricti juris, initos ex Dolo antecedente unius è contrahentibus, qui causavit in altero errorem præcisè in qualitate; non propterea censendi sunt *eodem jure civili* habere effectus, quos contractus bonæ fidei, ut sicut his, sic illis concedatur actio, & exceptio contra deceptorem; nam in illis jus civile considerat dolum oppositum bonæ fidei, non rigorem.

§. II.

Cui, & contra quem detur exceptio doli?

1281. Ante *resolut. not.* exceptionem doli mali vocari exceptionem generalem *L. Apud Celsum. ff. de except. doli mali. §. 33.* ibi: *metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, qua est generalis: Sed, utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid à doli exceptione: quòd exceptio doli, personam complectitur ejus, qui dolo fecit: enimverò metus causa exceptio, in rem scripta est, si in ea re nihil metus causâ factum est: ut non suspiciamus, an is qui agit, metus causa fecit aliquid; sed an omnino metus causâ factum est in hac re à quocunque, non tantum ab eo, qui agit. Et quamvis de Dolo auctoris exceptio non objiciatur, veruntamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab auctore; verum à quocunque adhibito exceptio objici possit; quia nimirum opponi potest contra quemlibet, qui petit, quòd qualibet exceptione excludi potest; cujus ratio est, qui quandocunque aliquis petit aliquid, sciens petitionem suam excludi posse per aliquam exceptionem, eo ipso committit, aut saltem committere fraudem aliquam, seu dolum præsumitur; ubi autem dolus est, exceptio doli est; ergo ubicunque locus est exceptioni alicui, qua intentio Actoris repelli possit, dari potest exceptio doli. Ex hoc fit,*

Rr 3

Actori

Actori petenti solutionem debiti, posse opponi exceptionem doli, si ejus intentio repelli possit exceptione *soluti, transactio- nis, rei judicatae, &c.*

1282. Ex hoc sequitur 1. exceptionem doli competere cuilibet, quando in judicio convenitur, ut solvat, vel præstet, quod solvi, vel præstari cum effectu (nimirum *firmiter*) non patitur æquitas naturalis; pone in casu, Titium conveniri à Caio ad solvendum promissum, gravi, ac injusto metu extortum; nam in hoc casu Titius Actori posset opponere exceptionem metus causâ, consequenter etiam contra eundem opponere valebit exceptionem Doli; nam cum naturalis æquitas non patiatur, ut injuste ac metu gravi extortum, injurianti ferat lucrum *firmiter* (non elidibile scilicet objectione, quod metus causa) eo ipso ex *num. preced.* eidem opponi poterit exceptio doli. Æquum enim est, *Actorem nihil* (firmiter) *consequi ex eo, quod perfidè gestum est*, prout dicitur in *L. apud Celsum 4. ff. de doli mali except. §. Marcellus 13.* ibi: *Marcellus ait, adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est; ait enim,* iniquum esse, communem malitiam petitori quidem præmio esse, ei verò, cum quo ageretur, pœnæ esse: cum longè æquum sit, ex eo, quod perfidè gestum est, actorem nihil consequi.

1283. Sequitur 2. exceptionem Doli oppositam non elidi per *replicationem*, ut aperte dicitur in dicto *§. Marcellus, preced. num.* pro quo *not. ex L. 1. ff. de Except. §. 1. replicationes nihil aliud esse, quam exceptiones, quæ à parte Actoris veniunt, & quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant; semper enim replicatio idcirco objicitur, ut exceptionem oppugnet; discrimen autem inter exceptiones, & replicationes ibid. §. 2.* ab ipsa lege assignatur, ibi: *illud tenendum est, omnem exceptionem, vel replicationem, exclusivam esse: exceptio, actorem excludit; replicatio, Reum.* Dixi exceptionem Doli non excludi per replicationem; hinc, quamvis Viro v. g. agenti ad restitutionem Uxoris, quæ sponte suâ se separavit, hæc opponat commissum ab ipso Adulterium, quod sit notorium, aut constet ex ipsa confessione Viri; conse-

quenter communiter dicatur ex *c. Significasti. 4. de divortiiis*, Virum à petitione meritò repelli; hæc tamen exceptio efficaciter repelli potest replicatione Viri, qua ostendat, mulierem fuisse *causam proximam* hujus lapsus, ut aperte colligitur ex *c. discretionem*, de eo, qui cognovit consang. de quo casu *V. dicta l. 4. à num. 2424.* Nam exceptio Adulterii non est exceptio doli, quam non elidit replicatio.

Sequitur 3. exceptionem doli concedi contra quemlibet, qui alterum convenit, & ab eo petit, quod naturalis æquitas non patitur; nec elidi posse per replicationem Actoris; cum iniquum sit communem malitiam petitori (seu Actori) præmio esse; ei verò, cum quo ageretur, pœnæ, ex *cit. §. Marcellus, supr. num. 1282.* excipe parentes, & Patronos, contra quos *liberi, & liberti*, ob reverentiam hujusmodi personis debitam, exceptionem doli objicere non possunt, eò quod famam fugillet apud honos; ideoque, ut parcatur eorum famæ, exceptio in factum proponenda erit, *cit. L. 4. §. Adversus 16.* Hinc datur etiam adversus pupillum, per *cit. L. 4. §. si quis pupillo. 4.* ibi: *si quis pupillo solverit sine Tutoris auctoritate id, quod debuit, exquæ ea solutione locupletior factus sit pupillus: rectissime dicitur, exceptionem petentibus nocere;* nam & si mutuam acceperit pecuniam, vel ex quo alio contractu locupletior factus: dandam esse exceptionem; Idemquæ & in cæteris erit dicendum, quibus non rectè solvitur: nam si facti sint locupletiores, exceptio locum habebit.

Datur secundo etiam contra *Successores in re*, quando succedunt ex titulo, seu causa lucrative; non autem si ex onerosa; ratio sumitur ex *L. apud Celsum. 4. ff. de doli mali except. & quidem quoad primam partem ex §. Si quis autem 29.* ibi: *si quis autem ex causa legati vindicet, aut is, cui ex causa donationis res præstita est, vindicet, an de Dolo exceptionem patiatur ex causa ejus, in cuius locum successerit? & magis putat Pomponius submovendum: & ego puto exceptionem eos esse repellendos: cum lucrativam causam sint nacti.* Aliud (autem) est emere, aliud, ex his causis succedere; quoad

quoad secundam verò, ex §. de Auctoris. 27. ibi: *de Auctoris dolo exceptio emptori non objicitur; si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est, eum, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris; & peraquè traditur, rei quidem coherentem exceptionem etiam emptori nocere: eam autem, qua ex delicto personæ oriatur, nocere non oportere.* Et ex his patet ad secundam partem tituli.

§. III.

In quibus rebus, & intra quod tempus, detur exceptio doli?

1286. **A**D 1. Resp. doli exceptionem competere in qualibet re, ubi ejus petitio aliqua exceptione elidi potest; ex dict. n. 1281. quando enim id, quod tale est, petitur, petitio non caret dolo, consequenter exceptione doli, tanquam adversa naturali æquitati, merito excludi potest. Ex hoc sequitur ei locum esse in *contractibus*, cum quis dolo ad contrahendum inducitur; in *testamentis*, si dolo aliquid in eis corrumpatur, scribatur, radatur, aliud substituitur ab alio, vel prudens indicium est, factæ talis perversionis; in *petitione solutionis*, cum elidi potest, exceptione soluti, transactionis, compensationis, &c. &c.

1287. Ad 2. quando quis ab altero dolo circumventus, à Deceptore convenitur ad præstandum, quod contractum, promissum, vel debitum allegatur, & petitori vult opponere dolum, id fieri posse dupliciter, vel per modum *actionis*; vel per modum *exceptionis*; de primo dicemus §. seq. de secundo autem Resp. exceptionem doli, petitionis seu actionis peremptoriam, esse de se perpetuam, seu decepto semper competere, per §. *perpetua* 9. *Instit. de Exceptionib.* ibi: *perpetue, & peremptorie sunt, qua semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt:* qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ita conve-

nerit, ne omnino pecunia petere-

tur. Si dicas: dolo oppositus per modum *actionis* finitur eo tempore, quo actio, & consequenter opposito per modum *actionis* dolo non semper competit actio; ergo etiam nec semper exceptio proposito dolo per modum exceptionis. Resp. N. conseq. cujus ratio, & discrimen sumitur ex L. *Purè* 5. §. *ult. ff. de doli mali except.* ibi: *non, sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam hac perpetuo competit: cum Actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure: is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur?*

§. IV.

De actione, qua ex dolo competit.

Sicut supra diximus agenti possessorio *unde vi*, spoliationem à Reo posse opponi vel mutua petitione, nimirum eam objiciendo per modum *actionis*; vel per modum *exceptionis*, ex qua modi diversitate nascitur diversus ordo cognitionum; ita etiam agenti ex contractu, v. g. per dolum ejus inito, potest opponi dolo, vel per modum *actionis*, vel per modum *exceptionis*. De hac actione ex dolo agitur L. *Hoc edicto* 1. ff. *de dolo malo*, ibi: *hoc edicto Prætor adversus varios, & dolo-losos, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit: ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa.* Verba autem edicti talia sunt: *qua dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, & justa causa esse videbitur, judicium dabo.*

Hæc actio est solum rei persecutoria ex parte Actoris, nimirum, ut per deceptorem obtenta restituatur, si in se extet; vel, si secus, rei æstimatio; est solum extraordinaria, nimirum in subsidium decepti, qui non habet actionem aliam, ut constat ex cit. L. 1. §. 1. ibi: *si de his rebus alia actio non erit; intellige ordinaria;* merito autem ait Prætor, si alia actio de his rebus

rebus non erit, *famosam* (ut dicitur cit. L. 1. §. *ait Prator.* 4.) quoniam famosa actio non temerè debuit à Pratore de-
cerni. Nam omnes actiones, quæ ex delicto descendunt (qualis est actio de dolo malo in contractu) sunt *famosæ*, nimirum, ut victus, & condemnatus infamiâ notetur, excepta actione legis Aquiliæ, quæ potius culpam, & imperitiam, quàm dolum, respicit; si tamen etiam hic dolo intervenisset, & ipsa infamaret; quibus positis:

1291. Quæstio 1. est, cui competat hæc actio ex dolo? 2. adversus quem? 3. an transeat ad hæredes deceptoris? 4. quid si plures sint, qui deceperunt? 5. an detur etiam causâ non cognitâ? 6. an adversus quemlibet? 7. quàm diu duret? 8. an etiam exceptio doli mali infamet, sicut hæc actio? Ad 1. Resp. quòd concedatur decepto, ac ejus hæredibus; cum sit rei persecutoria ex parte Actoris. Ad 2. Resp. quòd contra Deceptorem, ne ipsi fraus sua profit, & ex malitia per injuriam alteri factam lucrum habeat. Ad 3. Resp. quòd non, nisi quantum ad ipsos pervenit ex re per Antecessorem obtenta; ratio primi est, quia actio ex delicto personæ, trahens pœnam, non transit ad hæredes, L. 1. ff. de *privat. delict.* L. *unic. C. ex delict. defunct.* si tamen aliquid ex re ad ipsos pervenisset, tenerentur ratione rei. Ad 4. Resp. dari tunc contra omnes, & singulos in solidum, sic tamen, ut uno solvente totum, liberentur omnes, ne idem debitum bis solvatur.

1292. Ad 5. Resp. quòd non; cum enim sit famosa, consequenter victo inferens infamiam, ubi res, super qua Reus ex actione de dolo malo convenitur, gravis est, non debet temerè, ac sine pravia cognitione de merito causæ procedi; unde, quando in n. 1290. diximus, actionem famosam non debuisse concedi in his rebus; ex quo inferri posset, hanc actionem non esse famosam, non debet intelligi, quòd non sit famosa; sed solum, quòd Prator illam actionem de dolo malo, quæ verè famosa est, non debuerit concedere in iis rebus, nisi non sit alia actio. Ad 6. Resp. excipi eas personas, quibus ex pietate, Officio, vel reverentia obligamur, ut sunt Parentes, Patroni, &

hoc propterea, quòd hæc actio sit famosa, L. non debet 11. ff. de dolo malo, ibi: *quibusdam personis non dabitur: puta liberis, vel libertis, adversus Parentes, Patronosvè, cum sit famosa: Sed nec humili adversus eum, qui dignitate excellit, debet dari: puta plebeo adversus consularem recepta auctoritatis: vel luxurioso, atque prodigo, aut alias vili, adversus hominem vita emendationis;* & ita Labeo: *Quid ergo est? in horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bona fidei mentio fiat.*

Ad 7. Resp. quòd olim, cum esset actio Prætoria, utili tantum anno dabatur; hodie per biennium continuuum, numerandum à die commissi doli, sive absens, sive præsens fuerit, qui conqueritur, se dolum passum esse, ut dicitur L. *optimum, fin. C. rod.* ibi: *optimum duximus, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit, neque intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolum, intra continuum biennium de dolo actionem moveri: sive abfuerit, sive præsto sit is, qui dolum se passum conqueritur.* Omnes igitur sci-
ant, neque incipiente post biennium, neque ante completum biennium capte, post biennium verò finiendæ doli actionis esse concessam licentiam. Ex hoc enim textu deducitur. 1. biennium, quo durat hæc actio, esse *continuum*; 2. non debere numerari à die, quo quis venit in notitiam commissi doli; sed à die, quo dolum commissus; consequenter hoc tempus currere etiam ignoranti; 3. non prorogari tempus à die litis contestatæ, ut, si quis post annum commissi doli litem intenderet deceptoris, ab eo die currere primùm incipiat hoc biennium. Ad 8. Resp. negativè. Nam nemo ex dolo fit infamis, nisi *condemnatus*; Actor autem, cui opponitur exceptio doli, exceptione probatâ non *condemnatur*; sed tantum Reus *absolvitur*; ergo.



ARTICULUS II.

De Contumacia.

1294. **H**æc est altera pars hujus Tituli, agentis de dolo, & contumacia; nam hæc, nisi conjunctum habeat dolum, vel culpam, propriè loquendo non datur, saltem eo sensu, & effectu, quo de illa in præfenti agitur. Unde juxta Sylvestrum V. Contumacia, dicitur à verbo *contumeco*, quod est super *verbis*, aut *aspectu tumere*; vel à *contemnendo*; & idem valet atque *inobediencia voluntaria*, qua quis monitionem Judicis implere contemnit, c. 2. de dolo, & contum. & propriè accipitur in ordine ad superiorem, quæ Judex est; & consistit in non faciendo voluntariè, quod facere quis scit se debere. De contumacia, prout sumitur in ordine ad *Censuras*, egimus l. 5. tit. 39. ubi diximus, aliam esse *generalem*; aliam *specialem*; & hanc non requiri ad incurrandam Censuram latam à *jure*; sed tantùm ab *homine*; cum, ut ibidem dictum est, hic Censuram indigere per sententiam non debeat non præmissa monitione canonicâ, quam supponit contumacia specialis: nam *contumacia eorum est, qui jus dicenti, non obtemperant, ut L. Contumacia 53. ff. de re judicat.*

§. I.

Quotuplex sit contumacia?

1295. **L**oquimur de illa, secundùm quod cedit sub præsentem titulum; de qua sic loquitur citata lex 53. ff. de re judicat. *Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno, pro tribus (quod vulgò peremptorium appellatur) literis evocatus, præsentiam sui facere contemnit. Pœnam contumacis non patitur, quem adversa valetudo, vel majoris cause occupatio defendit. Contumaces non videntur, nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur: id est, qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent.* Ex quo textu clarè

Tom. II.

colligitur *contumaciam* non contrahi, nisi quis, cum vel formaliter, vel æquivalenter evocatione ternâ jussus se sistere, cum posset, evocationi parère negligit. Plura tamen sunt, quæ ab hac vera contumacia liberant, uti morbus Sonticus, quo impeditur absens rebus suis superesse, *L. quasi sum 60. h. t.* aut si aliud fuerit justum impedimentum; hoc enim, cum faciat dolum abesse, & cessare contemptum, quem requirit *L. 13. §. 1. C. de judic.* faciet & cessare contumaciam, ut sententia absentis non noceat, *L. 6. C. quom.* & quando jud. sentent. prof. uti nec nocet, si ex edicto peremptorio, quod non est prohibitum, sit lata, *L. 1. §. pen. Quæ sent. sine appellat. rescind.* Idem erit, si die feriato sit pronuntiata; cessat enim absentis contumacia, qui rectè allegabit, se non existimâsse eo die reddendum judicium, *L. 4. C. eod.* quod & dicitur, si *alio loco* dicta sit sententia, quàm quo se de causa cogniturum edixerat Judex, quod non tam contempsisse dici possit absens, quàm Judex absentem fessellisse; ut nihil causæ subsit, quare ejus sententia sit sustinenda, *L. 5. C. eod.*

Not. autem, triplicem numerari contumaciam, nimirum evidentem, seu expressam, ac *manifestam*; quæ contingit, quando Reus citatus in faciem dicit Judici, vel ejus Ministro se nolle comparere, se nunquam pariturum, aut si illicentius recedit; 2. *presumptam*, alio nomine *dubiam*, quæ est, cum citatur Reus ad domum, non in faciem; aut si familiæ suæ, vel vicinis denuntiatur ista citatio: aut in albo Prætoris, vel in valvis curiæ figitur, & non comparuit; 3. *veram*, cum in faciem citatus non comparuit: & si citatus tacuerit. Alii addunt *quartam*, nempe interpretativam, seu fictam, de qua infra n. 1299.

Not. 2. incurri contumaciam à Reo citato ad faciendam sui præsentiam personalem, in casu, quo ei à Judice imponi non potest præsentia *personalis*; de quo diximus à n. 72. ubi exposuimus diversos casus, in quibus Judex Delegatus, etsi alias id regulariter non possit, cogere potest partes ad personaliter coram se comparendum.

Not. 3. non incurri contumaciam, cum partes vocantur ad personaliter comparendum in judicio, non expressâ causâ in

S s

cita-

citatione, si non compareant; constat ex dict. n. 73. Exemplum manifestæ contumaciæ habetur in c. 1. de Judiciis, expositum, & deductum à nobis *supr.* à n. 79. ubi etiam de pœna canonica manifestæ contumaciæ Reo ibidem decreta. Qualiter autem Reus citari debeat? aut quomodo possit? constat à n. 179. qualiter comparere? à n. 201. qualiter obligatus sit respondere ad Judicis interrogata? à n. 251. an, quando mutavit forum? à n. 328.

1299.

Not. 4. contumaciam committi non tantum non comparendo post citationem legitimam; sed etiam omittendo, vel committendo alia, quæ jure, ac Judicis mandato debet, v. g. non satisfaciendo, non respondendo, non præstando juramentum, &c. imò etiam latitando, ne citatio possit ad eum pervenire; aut procurando vel per se, vel per alium quocunque modo, ne citari possit, de quo egimus à n. 179. & constat ex c. 5. ut lite non contestata, §. 1. ibi: *si contumax apparuerit is, in quem fuit actio dirigenda, seu quia peremptoria citatione recepta venire contemnit; seu quia malitiosè seipsum occultat; seu quia impedit, ne possit ad eum citatio pervenire.* Ratio est, jura fingunt, talem reipsa citatum esse, sicut fingunt eum possidere, qui dolo desit possidere; & huc pertinet regula universalis L. 157. §. 1. ff. de reg. juris, *Semper, qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet;* & hanc contumaciam aliqui vocant *interpretativam*, seu fictam; quæ facit quartum membrum dividens contumaciam.

1300.

Not. 5. præter causas, jam supra relatas, quæ aliquem excusant à contumacia, esse 1. si causa Reipublicæ absit; aut pupillus sit indefensus, per L. 54. ff. de re judicat. ibi: *contra pupillum indefensum, eumque, qui Reipublica causa abest, vel Minorem viginti quinque annis propositum peremptorium, nihil momenti habet;* 2. si quis impediatur vi, aquarum inundatione, gravi tempestate, occurrente necessaria expeditione sui muneris, L. 2. ff. si quis cautionibus, &c. An porrò hæc, aut illa impedimenta, ad declinandam, seu excusandam contumaciam adducta, sufficiant, necnè? communiter censent relinquendum Judicis arbitrio; ita Menochius de *Arbitr. Jud. l. 2. centur. 2. casu 153. n. 4.*

§. II.

Qualiter procedendum sit contra Actorem contumacem?

DE hoc in jure canonico agitur c. *Causam* 3. h. t. ubi Alexander III. ad Judices delegatos rescribens ait: si Adversarius (nimirum Actor) porrecto libello, non compareat die destinato, citandum esse, & si venire contempserit, aut se absentaverit, tum Procuratorem ejus, si quem reliquit, citari debere; quòd si neque is ad iudicium veniat, aut si nullum Procuratorem reliquerit, publicâ denuntiatione, seu edicto affixo ad domum ejus, vel Ecclesiam, recipiantur testes partis alterius, & procedatur ad sententiam definitivam; ita intelligunt glossa hic, Joan. Andr. Panorm. Imola; licet aliter Innoc.

Deinde in c. *Actor*. 1. *cod. in 6.* Innocentius IV. constituit, quòd Actor, qui ad terminum venire, ad quem citari Adversarium fecerat, non curavit; venienti Reo in expensis (propter hoc factis legitime) condemnatur: ad citationem aliam minime admittendus, nisi sufficienter caveat, quòd in termino fideliter debeat comparere. Jure autem civili L. 79. ff. de Judiciis habetur, eum, quem temerè adversarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica, litisque sumptus adversario suo reddere oportebit.

Ex his juribus deducitur 1. quamvis verum sit, quòd *nemo invitus agere cogatur*, ut habetur in Cod. *Ut nemo invitus*: hoc tamen intelligi, *re adhuc integrâ*, & antequam in iudicio porrectus libellum; secus, si post, & citatio ad Adversarium pervenit; nam tunc Reus, si vult, exigere potest, ut litem prosequatur; & consequenter, si absens sit, citetur.

Deducitur 2. in citatione Actoris absentis, hunc modum esse servandum, ut citetur personaliter vel per literas, vel per nuntium; si verò latitet, ut nesciatur, ubi sit? citandum Procuratorem, si quem sui loco reliquit in causa, quæ per Procuratorem agi potest; si autem nullum reliquit, nec ubi principalis sit? adhuc sciatur; vel si in locum longinquum, recessit, unde personaliter vocari eum,

cau-

causæ qualitas non patitur, decretum citatorium ad domum ejus, Ecclesiam, vel Curiam, affigendum; constat ex juribus jam relatis.

1305. Deducitur 3. ad instantiam Rei, etiam lite nondum contestatâ, procedi posse ad testium receptionem, & sententiam definitivam, si Actor, post oblatum libellum, in comparando, & litem prosequendo contumax sit; constat ex c. *Causam*, relato n. 1301. hoc autem duobus modis fieri potest. 1. quando Reus in se recipit onus probandi Actoris injustitiam; tum verò Judex ex officio supplere debet partes Actoris, citando & examinando testes, aliasque probationes assumendo pro causa absentis, vocatis quoque in subsidium amicis, & consanguineis ejusdem, ut docet Bartol. in Auth. *qui semel*, c. quomodo aut quando, num. 13. 2. si Reus suscipiat in se onus probandi, jus, ac Dominium rei petite sibi competere, ita, ut non tantum absolvatur ab impetitione Actoris; sed etiam affirmativè pronuntietur, Dominium sibi possessori competere, ut colligitur ex L. *Properandum* 10. §. *Et si quidem*, c. de *judicis*.

1306. Deducitur 4. si Reus contumaciter absente Actore, non petit causam cognosci; vel, si petat, & non sufficienter probet injustitiam actionis propositæ in libello, Reum absolvendum esse à citatione, & instantia hujus actionis, sic, ut nisi noviter citetur deinde ab Actore, non amplius comparando, non contrahat ullam contumaciam; nec nova citatio ei præjudicet, nisi Actor prius solvat Reo expensas ab ipso factas; si tamen sufficienter probata sit actionis injustitia, Judex etiam ad sententiam definitivam procedere poterit, Actore quantumvis absente per dict. c. *causam*, & habetur in Authent. *Qui semel*, c. quomodo, aut quando Judex sententiam proferre debeat, una parte absente.

1307. Verba illius sunt: *Qui semel actionem proponit, sive conventionem judiciariam, sive precibus Principi oblati, Judicique insinuatis, & per eum Adversario cognitis, necesse habet usque ad finem litem exercere. Qui, si causam prosequi differat, reo postulante tribus edictis citetur per intervalla triginta dierum; quia vox*
Tom. II.

preconia paucis innotescit. Quodsi vocatus litem detrectet, ei aliud anni spatium indulgetur, intra quod, si cessat, Judex auditis allegationibus presentis, & perquisitâ veritate pronuntiet. Sed nec intra annum veniens auditur, nisi prius Reo litis expensas, quas sustinuerit, inferat. His quoque prestitis, si interrupto duntaxat anno, denuò litem deserit, post trium edictorum, & unius anni spatii observationem, ab omni cadat actione; ubi tamen videtur notandum, quod expectatio unius anni ultra tria edicta videatur solum requiri, ut titulo solius contumaciæ ab omni cadat actione; non autem, ut, si post ea edicta non compareat, Reus licitè petat circumduci edictum, hoc est, tolli virtutem citationis, quo licitè recedat à judicio, nec Actor deinceps audiatur non solutis prius expensis.

Not. præterea, si Reus, contumaciter absente Actore, peteret absolvi ab instantia judicii, & tolli omnia prius gesta, opus esse nova citatione Actoris; nam prior citatio ad hunc finem non emanavit; nisi Actor jam prius promississet, quod velit litem deducere ad finem; nam hoc supposito, si Actor expectatus adhuc non compareret, Reus etiam ab instantia judicii absolvitur, prætermittâ omnia Actoris ulteriori citatione, ut colligitur ex Auth. quod fieri, c. de dilationibus, ibi: *si igitur post tempus à se constitutum intra decem dies, Reo presente, non occurrat, dimittatur Reus.* Hæc de Actoris contumacia ante litem contestatam.

Quæstio nunc est, qualiter procedendum Actore contumaciter absente post litem contestatam? Resp. quæstionem hanc tractari L. *properandum* 13. c. de *studiis*. §. *Et si quidem*, 2. ibi: *Et si quidem pars Actoris cessaverit*, quatenus multiplici dilatione reus fatigetur, & triennii metæ post litem contestatam jam propè finem veniant, ut semestre tempus tantum ei supersit: *licentia erit Judici*, per executores negotii, actorem requirere, parte fugiente ex una parte actoris absentiam incutante: & judicibus omnimodò suas aures hujusmodi quæstionibus referantibus; & si per tres vices hoc fuerit subsecutum, decem dierum per unumquemque introi-

tum destinato, & nec ita pars actoris fuerit inventa, & neque per se, neque per Procuratorem instructum pervenerit: *tunc iudicem negotii acta apud se confecta conspiciere censemus.* Et, si quidem nihil sufficiens aditatum est, ex quo possit termino causæ certa fieri conjectura: *volumus non solum partem fugientem ab observatione iudicii relaxare, sed etiam in omnes expensas, quæ consueto modo circa lites expendantur, eum condemnare, verâ quantitate earum, Sacramento fugientis manifestanda, & omni cautela, quam super lite reus exposuit, reddenda: quæ, & si remanserit, viribus evacuabitur.* Sin autem ex gestis apud se habitis, parte actoris minimè inventâ, possit invenire viam, qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit, *etiam absente actore, si eum meliorem causam habere perspexerit, pro eo ferre sententiam non meretur, & præsentem reum absenti actori condemnare: expensis tantummodo litis, quas reus legitimè se expendisse juraverit, condemnatione excipiendis: quia hanc pœnam actori, & meliorem causam habenti, propter solam absentiam contumaciam imponimus, nullo penitus ei regressu ad eandem litem conservando.* Sed Actor contumax, *cadat omnino de lite, si reus absolvatur: Sin verò aliqua condemnatio contra reum pro absente actore proferatur, quam forsitan non sufficientem sibi actor putaverit fugitivus: nullo modo iterum eandem litem resuscitare concedimus, & hæc quidem pœna actori fiat imposita.* Ut autem in tali casu pro actore etiam *absente* pronuntietur, sufficere, & requiri videtur ea causæ probabilitas, quæ requireretur, & sufficeret, ut Iudex pro Actore *præsente* pronuntiaret.

¶ III.

Qualiter procedendum contra Reum contumaciter absentem?

1310. **I**N jure canonico super hac quæstione extat c. *Prout nobis* 4. h. r. ubi habetur præsens casus: Titius Clericus, vocatus ad iudicium petitorium super causa decimarum, post libellum sibi oblatum, con-

tumaciter recessit, postea rediens cautionem juratoriam fecit de parendo juri; cum autem ad diem statutam adesset, eo tamen prætextu, quod advocatum suum nondum haberet, per malitiam respondere recusavit. Cum autem Actor instaret, respondit, quod 40. annis decimas, de quibus controversia erat, percepisset, et cum Iudex ulterius procedere vellet, vanis tergiversationibus utens, appellavit, et contumaciter recessit, posthabito iuramento suo: quibus intellectis Pontifex Urbanus. III. respondendo decrevit, *Deum contumaciter absentem, ad convincendam eius malitiam, semel adhuc citandum esse, qui se accesserit, finis imponatur liti; sin verò non accesserit, cum lis ante contestata fuerit, si liquere possit de meritis causæ, procedatur ad sententiam definitivam; aliòquin Actor mittatur in possessionem juris decimarum, servatâ proprietatis quæstione Reo absenti.* Idem habetur in c. *fin.* de eo, qui mittitur in possessionem, de quo dicemus in seqq. Pro expositione distinguendum est, an procedamus in casu, quo Reus est contumax, postquam ab Adversario conventus est actione reali, an personali? ut noravimus n. 678. 2. an ante, an post litem contestatam? quoposito not. textum in cit. c. *Prout nobis*, procedere de contumacia Rei post litem contestatam, actione reali conventi ab actore, de utroque autem casu jam egimus supra a n. 677. quoposito:

Resp. 1. quando Reus actione reali conventus, post litem contestatam contumaciter se absentat, & semel adhuc citatus non comparet, Iudicem posse procedere ad definitivam, si constare possit de meritis causæ; si autem non, Actorem mitti in possessionem bonorum, quæ petit, salvâ tamen quæstione proprietatis Reo absenti; advertendum autem hanc missionem in bonorum possessionem tunc fieri solum ex primo decreto, de quo supra n. 1262. & in seqq. à n. 1324. ex c. *fin.* de eo, qui mittitur. Ratio autem datæ responsionis est. 1. ex c. *prout nobis*, num. *præced.* & l. 8. c. Quomodo, & quando Iudex, ibi: *Non abs re erit, vel ad cogendum eum, ut sese presentet, vel possessionem bonorum, cui incumbit, ad se transferre, &* ad ver-

adversarium petitorum constituere, vel, auditis defensionibus tuis, id, quod juris ratio exegerit, judicare; loqui autem legem istam de contumacia Rei post litem contestatam, constat ex gloss. ibid.

1312. Dixi, *post litem contestatam*; nam si Reus sit contumax solum ante litem contestatam, Judex non potest procedere ad testium receptionem, & sententiam definitivam; cum constet ex dict. à n. 644. & 654. lite non contestata non idem statui de Reo, quod diximus n. 1305. de Actore; discrimen est ex ipsa æquitate; nam contumacia Actoris est longè detestabilior, quàm Rei: Actor enim spontè, & nemine cogente agit; Reus verò comparere invitatus arctatur, & ideo in jure dicitur *Fugiens*; adeoque Clementius agendum adversus illum; de quo V. dicta à numer. 655.

1313. Dixi 2. *si actione reali conventus*, post litem contumaciter absit Reus; nam qualiter procedendum sit contra Reum contumaciter absentem, quando Conventus est ab Actore *actione personali*? diximus à n. 678. ubi etiam num. seq. exposuimus, quem effectum, & commodum habeat is, qui ex primò decreto missus est in possessionem rei servandæ causâ, quando Reum convenit *actione reali*? assignato discrimine inter casum, quo Reus conventus *actione reali* contumax est, & cum, quo conventus *actione personali*, &c. quæ hic propterea insinuanda duximus, ut constaret de distinctione facta contumaciæ, quæ contingit ante, quæ post litem contestatam; cum alius sit effectus juris in hoc; alius, in illo casu; reliqua videri possunt à n. seq.

ARTICULUS III.

De reliquis ad hunc titulum pertinentibus.

1314. **Q**uestio 1. est, an Judex Actorem quandoquæ possit non mittere in possessionem rei petitiæ, non obstante contumacia Rei? de hoc agitur c. *Ex literis* 2. h. t. Cum enim super certis Ecclesiis lis esset inter Monachos Etollenfes, & Cano-

nicos Linconienfes, coram Judicibus à Papa delegatis, & Canonici, licet legitime citati, se absentassent; Judices (licet Monachi ob contumaciam adversæ partis essent in possessionem rerum petitarum mittendi) intuitu tamen religionis mitius agere volentes, possessionem sequestrari fecerunt, ut sic saltem Canonici, affecti tædio, stare judicio cogentur. Monachis autem Ecclesias sibi postulantibus restitui, Canonici responderunt auctoritatem Judicum delegatorum penitus exspirasse, eò quòd ad alios Judices literas impetrarint, quæ præjudicare prioribus videbantur. Verum, quoniam in posterioribus literis non fuit mentio facta priorum, nec in eis nomina continebantur Ecclesiarum, quæ in prioribus posita fuerant, sed indefinite dicebatur, *super quibusdam Ecclesiis*: Nos attendentes (rescripsit Alexander III.) *malitiam, & dolum nulli patrocinari debere, mandamus, quatenus prædictam causam secundum formam priorum literarum (non obstantibus posterioribus) terminetis: expensas, quas propter hoc Monachi fecisse noscuntur, eis à Canonici restitui facientes.*

Ex hoc textu deducitur, Judicem quandoquæ posse Actorem, etiam in Contumacia Rei, non mittere in possessionem rei petitiæ; sed eam sequestrare, non ex qualibet causa, prout quandoquæ fit; sed ex causa Religionis, ut notat textus, vel alia causa gravi, & justa; præsertim, cum non subest periculum, gravium damnorum Actori sequentium ex tali sequestro; & hoc non in quolibet casu, sed solum, ubi Actor aliàs, propter Rei contumaciam, de jure deberet mitti in possessionem rei petitiæ, *custodia causâ*; nam de hoc casu specificè agit textus. Hinc Judex appellationis à sententia, quâ Reus condemnatus est ad cessionem possessionis bonorum, hæredi legitimo faciendam, immeritò decrevit sequestrationem eorum, eo solum titulo, quod videret Reum, acceptâ per Actorem possessione bonorum momentaneâ in petitorio pariter succubiturum; quo factum est, ut Actor, causâ in plures annos protelatâ, in multis millibus damnificatus fuerit, sine spe ullius regressus.

Not. autem 1. in tali casu, quo Judex rem petitam sequestravit, Reum contumacem

macem esse condemnandum in omnes expensas Actoris, ut constat ex textu in *n. 1314*. Not. 2. quamvis, ut dictum est, quandoquæ possit res petita sequestrari; hoc intelligendum esse solum *ad tempus*; non autem *usque ad litis exitum*, ut dicimus tit. 17. ne scilicet Actor diu nimium frustretur possessione sibi jure debitâ, Reo commodum ferente ex sua perverbia; adeoque non ultra tempus durantis contumaciæ; hinc si contumax tandem iudicio pareat, sequestratio tollenda erit; & procedendum secundum dicta.

1317. Quæstio altera est, an Reus contumax puniri possit suspensione ab officio, & beneficio? imò etiam crescente contumacia, per excommunicationem? Resp. quòd sic ex *c. Veritas 8. h. t.* ubi dicitur: quòd si procedatur per viam inquisitionis, contra absentem contumaciter, etiam lite non contestata, testes recipi possint, & sententia definitiva ferri, etiam per viam depositionis, si hoc meretur delictum.

1318. Quæstio est 3. quæ pœna statuatur Reo, qui Actoris, postquam intentionem suam probavit, per malitiam, & contumaciam opponit exceptionem peremptoriam, quam tamen in continente probare nolit, aut non possit? Resp. discernendum à iudice, ut Actoris solvat expensas interim factas; vel, si hoc ob inopiam non possit, arbitrio iudicis plectatur per *c. Finem 5. eod. ibi*: quia frequenter *ad impediendum, vel differendum processum*, exceptiones hujusmodi, *per excogitatam malitiam* opponuntur, *ad solvendas alteri parti moderatas expensas ex tunc in iudicio faciendas* (cum acceptis induciis, si forsitan in probatione defecerit) *condemnetur; & si solvendo non fuerit, aliàs secundum arbitrium discreti iudicis puniatur: ut hoc saltem timore perterritus, non facile quis, in gravamen alterius, falsas exceptiones opponat.*

1319. Quæstio est 4. quæ sit pœna citati, ut intra certum terminum compareat ad totam causam, non comparentis in termino? & dato impedimento, post illud, quanto citius potest? Resp. quòd condemnetur in expensas, sed moderatas, à tempore contumaciæ, licet nuntium miserit ad excusandum, sed sine sufficiente responsione ad id, quod ei injunctum fuerat. Nam,

cum mandatur alicui, ut ad certum terminum se iudici presentet, duo sub hac forma mandantur, ut ad iudicem veniat, & ad diem sibi præfixum accedat; unde, si venire non possit ad diem assignatum, tenetur nihilominus se iudici presentare. Si enim mandatur alicui, ut alii ad certum diem, certam rem exsolvat: non ideo erit à mandato solutus, si solvere nequiverit *die data*: imò ad solutionem (elapso etiam die solutioni præfixo) tenetur; sic Innocentius III. ut habetur in *c. cum dilecti 6. h. t.* quamvis aliqui cum Pirhing *h. t. n. 43.* velint, quòd à tempore *emissa citationis*, ut etiam habetur in rubrica hujus *c.* & ponitur expressè in textu; videtur intelligendum de tempore citationis emissæ, si tunc, vel per se, vel per alium præstare neglexit, quòd tenebatur, & poterat.

1320. Quæstio est 5. an sententia lata in causa beneficii transeat in rem iudicatam etiam adversus Superiorem, quo minus possit de iuribus partium cognoscere? Resp. quòd non, in quantum quæstio procedit respectu *Superioris*, prout habetur in *c. cum olim 7. h. t.* secus, respectu ejus, contra quem sententia lata est, ut notat Socinas reg. 449. quem sequitur Barbof. in dict. *c. cum olim, n. 3.* ex quo etiam illud colligitur, quòd quamvis ordinariè, si agatur in causa spiritualis matrimonii contrahendi (ut, si electio alicujus, nondum confirmati, oppugnetur, is, qui in Prælatum est electus, per sex menses tantum sit expectandus, *c. ult. §. Porro*, ut lite non contestet, &c.) Si tamen oppugnetur electio Prælati confirmati, & consecrati, isquè per contumaciam non compareat, longius illi tempus, secundum iudicis arbitrium, datur; per quod expectari debet, ut in casu hujus *c.* annus, antequam procedatur contra illum ad sententiam definitivam, idquè ne consecratus maneat sine Episcopatu; gloss. hic, *V. anni. Innoc. n. 4. & Abb. n. 10.*

1321. Quæstio est 6. an appellans à sententia interlocutoria, vel gravamine, ante definitivam, sit denuò citandus, antequam iudex procedat ad definitivam? Resp. quòd non nisi appellans, facti penitens, appellationi sponte renuntiet; sumitur ex *c. Eum qui 2. h. t. in 6.* ubi dicitur, quòd, si iudice contra partem litigantem proferente interlocutoria

interlocutoriam sententiam, v. g. dilationem petitam denegando, pars appellet, & appellatione non admittā recedat, contestari censeatur, quod nolit coram Iudice hoc litigare, quamobrem iudex, qui appellationem rejecit, non citatā amplius parte, ad alia, quæ in iudicio agenda sunt, imò etiam ad definitivam sententiam justè, ac validè procedere possit, præterquam si interpositæ appellationi renuntiavit.

1322. Not. autem hoc intelligendum esse, si verbo, vel factò sufficienter significavit, quod coram hoc Iudice nolit amplius litigare, & quidem *quoad totam causam*; nam, si solum quoad unum actum iudicii, vel articulum tantum; tunc in ordine ad alios iterum citari debet; sic gloss. in dict.

c. 2. V. *non tenetur*; & Tiraquel. de Re-tract. lig. 2. 1. gloss. 9. n. 162.

Not. 2. si contingat in dato casu, non obstante appellatione ab interlocutoria, per Iudicem à quo rejecta, ferri sententiam; condemnatum (etsi prior appellatio rejecta sit) posse intra tempus debitum (nempe novendium) appellare, nisi constet priorem appellationem fuisse manifestè frivolam; ut habetur in Clem. *unica h. t.*

Not. 3. quando dicimus in proposito casu, Iudicem à quo nihilominus posse procedere ad definitivam, accipiendam esse, si casus ex iis sit, in quibus licet etiam contrā absentem procedere, de quo in tit. 6. ut litè non contest. & c. *prout 4. h. t. de quò* supr. n. 1310.

QVÆSTIO XV.

IN TIT. XV. DE EO, QUI MITTITUR IN POSSESSIONEM, CAUSA REI SERVANDÆ.

1323. **E**X supra dictis constat, Actorem, propter contumaciam Rei, quandoquæ mitti in possessionem rei petitæ, vel bonorum ejus, contra quem agit. Unde priori titulo, ubi actum est de *Contumacia*, cujus effectus est inter alia, etiam hæc missio in possessionem, meritò subnectitur titulus iste, de eo, qui mittitur in possessionem. Quoniam autem hoc fit dupliciter, nimirum *ex primo*, vel *secundo decreto* Iudicis, antereliqua exponendum erit, quid veniat nomine utriusquæ decreti?

ARTICULUS I.

De missione in possessionem ex primo decreto.

1324. **P**rætermisissis aliorum definitionibus, missio in possessionem bonorum, causâ rei servandæ, quâ fit ex primo decreto, videtur rectè definiiri, quod sit *jussus Iudicis, quo Actor, propter contumaciam Rei, mittitur in possessionem bonorum custodiae causâ, ut ea pignoris loco detineat, donec*

Reus compareat, vel respondeat; prout innuavimus superius à n. 1262. De hoc agitur c. *Constituitis 1. h. t.* Cum enim Prior, & Canonici de Guiseburch coram Iudicibus delegatis agerent contra Præpositum de Berillo, super possessione Ecclesiæ de Lamento, & Præpositus contumax esset, Prior missus est in possessionem Ecclesiæ, custodiae causa; cum autem intra annum Præpositus cautionem non obtulerit de parendo juri (licet voluntatem offerendi habuerit, & pars altera recipere parata fuerit) Alexander III. decrevit, *ut post lapsum anni, veram possessionem Ecclesiæ Prior absque contradictione retineat, salvo jure proprietatis, si super ea Præpositus, actionem intentare voluerit.* Ex hoc textu deducitur, de jure canonico, propter contumaciam Rei, posse fieri missionem in possessionem, etiam in juribus Spiritualibus, nisi agitur de jure beneficii, propter dicenda in seqq. ex c. 1. *eod. in 6.*

1325. Quamvis autem, etiam jure civili, idem dispositum sit; jure tamen canonico in personis, & negotiis Ecclesiasticis rigor legum non exigitur, ut colligitur ex c. *Ad hac 1. de*