



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Judicium Ecclesiasticum Seu Decretalium Gregorij IX.
Pont. Max. Liber II.**

Schmalzgrueber, Franz

Ingolstadii, 1726

Titulus XIV. De Dolo, & Contumacia.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-74990](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-74990)

men, quod etsi non inhabilem omnino reddat ad possidendum, privatamen proprietate, & titulo; tunc enim, si ipso facto, eoque notorio privationem inducit, ut est Simonia in ingressu ad Beneficium, opponi eidem potest exceptio criminis, nec restitui spoliatus debet, cum eidem obstat defectus notorius proprietatis. Dixi, si ipso facto; nam si ob tale crimen privari Beneficio mereatur solum per sententiam Judicis, per talis criminis exceptionem non suspenditur, aut impeditur restitutio spoliati. Potest tamen eo casu Judex, antequam restituat, ob illud crimen, si hoc notorium sit, eum privare Beneficio per sententiam, ut *l. cit.* advertit Laym. *n. 3.* & patet ex ratione; quia frustra ei restitueretur Beneficium, quod statim ipsi iterum adimendum esset.

82 Quæritur 5. an restitutio impediatur reconventionem super alicujus rei proprietate, exceptione compensationis objecta

à spoliatore, vel appellatione? *Ad 1.* negativè. Patet ex *c. fin. de ord. cognit.* Ratio est, quia adversus spoliatorem proposita restitutionis petitio privilegiata est, ut ante omnia facienda sit restitutio, & antequam hæc facta sit, spoliator super Jure suo non audiatur, ut dictum est *n. 23. supra.*

Ad 2. iterum respondetur negativè. Patet ex *l. fin. §. fin. C. de compensat.* Ratio est, quia compensatio est quædam mutua petitio, sive reconventio, quæ, quando Interdicto recuperandæ agitur, nisi de spolio etiam ipsa sit, non admittitur, ut dictum est paulò antè.

Ad 3. spectando Jus Civile *l. un. C. si de momentan. possess.* iterum respondendum est negativè saltem quoad effectum suspensivum. Quid Jure Canonico circa hunc effectum statuendum sit, dicitur *Tit. 28. de appellat.*

TITULUS XIV.

De Dolo, & Contumacia.

Conjungitur Titulus hic præcedenti; quia sæpè contingit, ut spolia us restitutionem rei ob dolum, & contumaciam Adversarij non possit

consequi: quare ut Jus succurrat fatigatis dolo, & contumaciâ, opportuna hic remedia contra utrumque suggerit. Sit ergo

§. I.

De Dolo.

SUMMARIUM.

1. Definitio Doli boni.
2. Doli mali.
3. 4. Divisio in Verum, & Presumptum.
5. Utriusque in Incidentem, & Præcedentem.
6. Hujus in eum, qui versatur circa substantiam actûs, & eum, qui circa illius circumstantiam.
7. 8. Explicatio istorum.
9. Divisio contractuum in bonæ fidei, & stricti Juris.
10. 11. 12. Quando Dolus Contra tum vitiet?
13. 14. 15. 16. 17. An vitiet Contractus bonæ fidei?
18. 19. Remedia adversus dolum sunt Actio, & Exceptio.
20. Qualis sit Actio de Dolo?
21. 22. Cui detur, & adversus quem?
23. Quando?
24. Intra quod tempus?
25. 26. Cui competat Exceptio Doli, & in quibus rebus?
27. 28. Contra quem?
29. Intra quod tempus?
30. 31. Probari debet, maxime ex Conjecturis.
32. 33. 34. 31. Conjectura, ex quibus arguitur dolus.
36. 37. Indicia, quibus excluditur dolus.



bonus, & malus.

Ueritur 1. quid sit Dolus, & quotuplex? *2.* Doli nomen apud Jctos est significationis ambiguae; sumi enim potest in bonam, & malam partem: & hinc duplex est, Dolus bonus dicitur fo-

lertia, quâ quis machinatur aliquid adversus hostes, & latrones, præsertim publicos, ut fraudes, vel injurias eorum excludat *l. hoc edicto 1. §. non fuit 3. ff. de dol. mal.* Hic prohibitus non est, sed adhiberi potest. *1.* Adversus hostem Reip. juxta *l. cit.* *2.* Adversus aggressorem *can. dominus 2. caus. 23. q. 2.* *3.* Ad tuendum jus suum *l. atqui 19. §. cum me 3. ff. de negot. gest.* *4.* Contra calumniatorem veritatis. *Mynsing. cent. 3. obs. 6.* aut fallere volentem. *Bald. consi.*

Cc 3

conf. 127. fm. vol. 3. 3. Et præcipue in bello iusto, ubi procedit illud vulgatum.

Dolus, an virtus, quis in hoste requirat?

Et de hoc fortasse dolo intelligendus est Pomponius, quando *l. in causa 16. §. idem 4. ff. de minorib. ait, in pretio emptio- nis, & venditionis naturaliter licere contra- hentibus se circumvenire*; nam ut Perez in *C. de dol. n. 1. cum alijs notat*, nihil aliud vult, quam quod cuilibet solertia sua, sine ma- litia tamen, in contractibus conditionem suam liceat meliorem facere.

2. *Dolus malus*, ut eum ex Labeone describit Ulpianus *l. cit. §. Dolum malum 2.* est omnis calliditas, fallacia, vel machinatio ad circumveniendum, fallendum, vel decipien- dum alterum adhibita. Differt dolus malus ab ignorantia & errore; quia error, & ignorantia naturaliter contingunt, dolus ve- ro ex alterius malitia provenit: à *Culpa* autem distinguitur; quia hæc aperte, & sine animo fallendi committitur, dolus vero intentione decipiendi: ad quod triplici ma- ximè viâ tendit, ut in descriptione innuitur, videlicet calliditate, fallaciâ, & machina- tione. *Calliditas* committitur tacendo, vel dissimulando; *Fallacia* decipiendo menda- cij; *Machinatio* per occultas insidias, ut fuse prosequitur Host. in *Summ. b. tit. §. quid sit dolus?* Titulus hic solum agit de dolo malo, & quidem de eo duntaxat, qui con- junctus est contumacia. Doctores ta- men communiter hic tractant de Dolo malo generaliter. Et hinc ulterius

3. Dub. 1. quotuplex sit Dolus malus? R. est duplex, Verus, & præsumptus. *Verus* juxta Menoch. *l. 5. præsumpt. 3. n. 7.* est, quem Jus ipsum statuit, quod verum, & manifestum censeatur id, quod ex Legis, vel Canonis præsumptione habetur, licet etiam ipsum ex conjecturis, & indicijs col- ligatur. *Præsumptus* vero, quem prudens Judex desumit ex indicijs, & conjecturis, quæ in Jure non leguntur expressæ. Aliam utriusque Doli explicationem cum Abb. Bartol. Corral. dat Molin. *tr. 2. de J. & J. D. 293. n. 4.* ubi *Dolum verum* committi ait, quando fallaciam, & machinationem ad decipiendum alterum scienter, & de industria adhibitam constat ex confessione propria, vel ex alijs manifestis, & indubitatis indi- cijis *l. Dolum 6. C. de dol.* Quando vero ejusmodi machinationis, & fallaciæ indicia ur- gentia quidem sed non ita manifesta apparent, dicit esse *Dolum præsumptum*.

4. Hæc Doli in Verum, & Præsumptum partitio est probè notanda ob diversos, eòs- que notabiles utriusque effectus. Nam 1. Dolus verus in futurum remitti non potest; potest Præsumptus *l. si unus 27. §. illud 3. ff. de pact. l. illud 5. ff. de pact. dotal.* P. Wiest. *hic n. 22.* 2. Minor restitui valet adver- sus dolum præsumptum, non autem verum *l. si ex causa 9. §. nunc videndum 2. ff. de m-*

morib. Odd. de restit. in integ. p. 2. q. 2. n. 12. Wiest. *l. cit.* 3. Justa causa non excusat à dolo vero, excusat à præsumpto *l. si is qui 2. C. si minor se majorem &c.* Menoch. *recup. rem. 5. à n. 49.* 4. Ad Rei condemna- tionem sufficit dolus verus, non sufficit au- tem præsumptus, nisi præsumptus sit ex indi- cijis vehementissimè urgentibus, & delicto proximis. Vide Menoch. *præsumpt. cit. à n. 10.*

Dub. 2. quotupliciter possit Dolus 5 committi in Contractu? R. dupliciter; nam aliquando Contractum præcedit, & causam ei dat; aliquando solum incidit, *Contractui causam dare* tunc dicitur, quando aliquis à Dolum committente dolo con- filio, & persuasionibus inducitur ad ineun- dum contractum, quem alias, si dolum ab- fuisset, non iniisset: ut si quis emat equum, quia falsò ei dictum fuit esse morigerum, quem non emisset, si scivisset, ut nunc scit, esse calcitrosum, impatientem, & oris contumacis; ita si vinum quis emat, quia vendi- tor mentitus ei est esse plurium annorum, vel esse ex aliquo certo loco, quod tamen non emisset, si scivisset non esse tot annorum, vel esse ex alio aliquo loco. Contra tunc Dolus in contractu dicitur incidere, quando do- lum passus adhuc illum fuisset inturus, et si deceptus in eo non fuisset: ut si fuit tantum circumventus in pretio rei, quam emisset mi- nore pretio.

Prior, seu dans causam Contractui ali- quando versatur circa substantiam rei; ali- quando solum circa qualitatem, & accidentia ejus extrinseca. Ad substantiam actus di- cuntur pertinere illa prædicata, per quæ in genere moris is constituitur; cætera, quæ supponunt actum in genere moris jam con- stitutum, dicuntur pertinere ad ejusdem cir- cumstantiam. Difficultas est, quænam præ- dicata talia sint, ut actum constituent; & quæ talia, ut constitutum supponant.

6. Nascitur difficultas ista ex triplici ma- ximè capite. 1. Quia sæpe prædicatum aliquod solum ad circumstantiam actus, seu contractus pertinet, & tamen tale est, ut ignorantia illius hic & nunc dederit causam contractui. Exemplum habes in Matrimo- nio; nam contrahat Titius cum Bertha, putans esse divitem, fecundam &c. etsi pau- per sit, ac sterilis &c. defectus divitiarum, fecunditatis &c. non faciet contractum Matrimo- nij irritum, etsi Titius non contraxisset cum illa, si scivisset esse pauperem, sterilem &c. & ratio est; quia volitio, & nolitio, quæ re ipsa non existit, sed solum exitura fuisset, si hæc vel illa conditio fuisset posita, non ponit, nec tollit obligationem, sed posuisset, vel sustulisset, si conditio extitisset.

2. Difficultatem facit, quia aliquan- do contingit, ut idem prædicatum in uno genere contractus pertineat ad substantiam actus, in alio non: Sic esse filiam Impe- ratoris

ratoris in contractu Matrimonij pertinet ad substantiam, in contractu venditionis non pertinet; neque enim venditor curat, etiam si emens non sit ille, quem ipse putat.

7 3. Difficilem decisionem reddit; quia potest contingere, ut una eademque actio habeat duo, vel plura prædicata, quorum uni contrahens ita alligat intentionem suam, ut nisi illud subsistat, non velit valere contractum, non alliget alteri, etsi potuisset sic alligare. Potest autem alligatio huiusmodi, vel restrictio intentionis fieri vel largissime, ita, ut nullo errore interveniente, contrahens velit irritum esse contractum; vel arctissime, ita, ut quocumque errore interveniente, nolit valere contractum. Neutro autem modo expediret celebrari contractus ob incommoda inde secutura; nam si homines communiter contraherent intentione largissima, aperiretur via infinitis fraudibus, vel qui has evitare vellent, opus haberent consultatione longissima cum ingenti suo, & aliorum incommodo: è contrario si homines contraherent intentione restrictissima, omnes ferè contractus essent dubij; imò vix ullus reperiretur validus, cum plerumque desideraretur aliqua circumstantia, cui fuisset alligata intentio.

8 Ego ob has rationes iudico 1. non posse universaliter desumi aliquid esse de substantia contractus ex eo, quod dederit causam contractui; patet ex dictis n. 6. 2. Dico, omne illud prædicatum esse de substantia contractus, vel actus, ad quod intentio contrahentis vel agentis est ita restricta, ut alter nolit esse obligatus contractui; nam sine hoc non datus requiritur consensus. 3. Cum dubium est, an intentio restricta sit à contrahente ad huiusmodi aliquid prædicatum, præsumi debet restrictam intentionem, si communiter ab alijs ad huiusmodi prædicatum intentio restringi solet; secus, si non ita ex communi usu, consuetudine, vel Lege positiva restringatur intentio. Unde, ut bene advertit Haun. tom. 3. tr. 8. n. 80. à Lege, consuetudine, & voluntate contrahentium pendet, ut error dicatur fuisse circa substantiam potius, quam circa circumstantiam.

9 Dub. 3. circa quotuplicis generis contractus contingere Dolus possit? 1. contingere potest tam circa contractus bonæ fidei, quam stricti Juris. Bonæ fidei contractus sunt Emptio, Venditio, Locatio, Conductio, Permutatio, Commodatum, Depositum, Pignus, Mandatum, Societas &c. sic nuncupati; quia in ijs Judex ad rigorem conventionis adstrictus non est, sed ex æquo, & bono pro una parte contra alteram alteri præstari oporteat, æstimandi, decernendique facultatem habet, licet in conventionem non sit expressum, dummodo id exprimi æquitas postulasset, vel permisisset §. in bonæ 30. Inst. de action. & l. quia tan-

tundem 7. ff. de negot. gest. Contra stricti Juris sunt promissio liberalis, stipulatio, donatio, mutuum, feudum, emphyteusis, sic dicti, quod in ijs Judex non ita liberam æstimandi facultatem habeat, sed pronuntiare debeat secundum rigorem, & verba conventionis, & reum condemnare in id, quod expressè conventum est, non in plus, vel in aliud arg. l. quia tantundem cit. l. si ita 116. §. Chryfogonus 2. §. superest ff. de V. O. Molin. tr. 2. de J. & J. D. 259. n. 2. Harprecht in §. actionum 28. Inst. de action. n. 15. & 16. Manz. in §. in bonæ cit. n. 1. Haun. tom. 3. tr. 8. n. 54. Wiesel.

In utrisque intervenire dolus potest duobus modis: uno, ut dolus fiat ab aliquo ex ipsis contrahentibus; altero, ut fiat per tertium aliquem, ut per Proxenetam, neutro contrahentium participante in illo. His præmissis.

Quæritur 2. quandonam error, vel Dolus vitiet actum, aut contractum, quando non vitiet, sed solum det actionem, vel exceptionem ad rescindendum contractum Dolo initum? Certum est 1. quando Dolus versatur circa substantiam rei, ut si quis emat virum pro gemma, aurichalcum pro auro, Contractum esse ipso Jure irritum. Ita omnes, & ratio est manifesta; quia huiusmodi dolus ex parte circumventi inducit errorem circa substantiam rei emptæ, circa quam versans error consensum tollit, qui essentialiter requiritur ad omnem contractum l. si per errorem 15. ff. de Jurisd. l. non idcirco 9. C. de J. & F. J.

Certum est 2. si dolus sit solum incidens, & non det causam contractui, non reddi contractum invalidum, etiam Jure positivo. Ita Sylv. V. culpa n. 9. Molin. tr. 2. de Just. D. 352. n. 10. Less. l. 2. c. 17. n. 28. Laym. l. 3. tr. 4. c. 5. n. 2. Pal. tr. 14. D. 2. p. 5. n. 25. Haun. tom. 3. tr. 8. n. 68. Perez in C. h. tit. n. 5. Zoes. ff. eod. n. 12. Pirh. hic n. 2. König n. 12. Sannig c. 2. n. 5. Wiesel. n. 7. & alij passim. Patet de contractibus bonæ fidei ex l. si quis 9. princ. ff. de dolo, & l. Julianus 13. §. si venditor 4. & §. seq. ff. de action. empt. secundum quos textus, si quis dolo huiusmodi contractum incidente circumventus sit, actionem habet ex ipso contractu. Atqui contractus, ex quo propria actio circumventio descendit, non potest esse invalidus. Ergo &c. Ratio universalis est, quia dolus iste consensum non tollit quoad substantiam contractus, cum intentionem contrahentis non afficiat, utpote qui dolo etiam absente contraxisset. Igitur Jure naturali valet; cons. etiam Jure positivo, cum isto non sit irritatus.

Certum est 3. nullo dolo, circa contractus circumstantiam, & qualitatem accidentalem commisso, etiam si hic antecedens sit, & causam contractui det, irritari contractum de Jure naturali. Ita l. cit. Less. n. 28.

28. Pal. n. 8. Haun. n. 83. Wiest. n. 8. Ratio est, quia hujusmodi dolus, & per eum inductus error, cum eidem intentio contrahentis non adstringatur, non tollit voluntarium consensum; nam hunc si tolleret, pro irritis habendi essent contractus plurimi, & matrimonia innumera, quippe in quibus sæpe hujusmodi dolus, aut error contingit, dum sponsa dolose fingit se nobilem, divitem, virginem, sicque sponsum inducit ad secum contrahendum, qui non contraheret, si sciret, ut postea scit, eam esse ignobilem, pauperem &c. sequela pugnat adversus communem sententiam plerorumque alicujus rominis, aut notæ DD. quos magno numero recenset Sanch. l. 7. de matr. D. 18. n. 18.

Certum est 4. Jure etiam positivo non esse irritos contractus matrimonij carnalis, & spiritualis initi per professionem Religiosam, etsi dolo, vel errore, circa aliquid accidentale commissio, sint celebrati, v. g. quia sponsa mentitur se nobilem, vel opulentam; aut Novitius occultum corporis vitium, vel morbum dolose tegit; nam hoc ipso, quod ad hujusmodi qualitatem, & circumstantiam contrahentium intentio non restringatur, dolosa hujusmodi jactantia, vel occultatio consensum non tollit, ut de matrimonio carnali l. cit. ostendit Sanchez; de Professione Religiosa tradetur suo loco.

12 Certum satis est 5. eodem Jure positivo etiam non esse irritos Contractus ceteros, saltem qui stricti Juris sunt, quantumvis ejusmodi dolus, vel error præcesserit, & causam eidem dederit. Sumitur ex §. *verbi gratia* 1. *Inst. de exception.* & l. *dolo* 5. *C. de inutil. stipulat.* ubi ex stipulatione dolo obtentâ diserte dicitur obligationem, & actionem nasci. Atqui obligatio ad agendum efficax ex actu nullo nasci non potest. Ergo actus, & contractus, saltem stricti Juris, dolo, qui circumstantiam ejus tantum attingit, obtentus irritus ipso Jure esse non potest.

Certum denique est 6. nullo Jure irritum esse Contractum etiam bonæ fidei dolo obtentum, si is circa substantiam actus non versetur, & ab alio, quam contrahente, commissus sit, quamvis ille Contractui causam dederit. Ita loc. cit. Less. n. 33. Molin. n. 7. Laym. n. 3. Pal. n. 22. Haun. n. 83. § 95. Pirh. n. 5. König n. 17. Sannig c. 2. n. 4. Wiest. n. 16. & colligitur ex l. § *eleganter* 7. ff. h. tit. Ratio est, quia adeest substantialis consensus, & contrahens nullam injuriam decepto intulit. Ergo nihil est, quod contractum vitiet.

13 Dubium ergo duntaxat est, quando Contractus est bonæ fidei, & dolus a contrahentium altero commissus est, deditque causam contractui, substantiam tamen illius non afficit? Quo casu ipso Jure irritum contractum esse admodum probabiliter existimant Bartol. in l. § *eleganter* cit. princ. n. 9. Abb. in c. *cum dilecti* 3. de empt. §

venn. 6. Sylv. V. *culpa* n. 9. Covart. Reg. possessor p. 2. §. 6. n. 6. Molin. tr. 2. D. 352. n. 2. § 3. Gaill. l. 2. obs. 2. n. 6. Harprecht in §. *actionum* 28. *Inst. de action.* n. 20. Perez in C. de dol. n. 5. & RR. Legistæ communiter. Fundantur 1. l. § *eleganter* cit. princ. ff. de dolo, ubi dicitur, *nulla esse venditio, si quis in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.* 2. l. *ea vero* 3. in fin. ff. pro socio, ubi Paulus, *societas, inquit, si dolo malo, aut fraudandi causâ coita sit, ipso Jure nullius momenti est: & addit rationem; quia fides bona contraria est fraudi, & dolo.* 3. Idem l. in causa 16. §. item 1. ff. de minorib. confirmat ex Labeone Ulpianus, dum ait, *si minor circumscriptus societatem coerit, vel etiam donationis causâ nullam esse societatem, nec inter maiores quidem.* 4. Quia æquitas naturalis non patitur, ut aliquis per injuriam jus, & actionem consequatur arg. c. *propositum* 1. deo, qui dux. in matrim. ibi: *Neque dignum est, ut --- lucrum de dolo suo oportet.* Ergo doloso nulla actio, neque jus ullum ex contractu, cui dolus causam dedit, acquiritur. 5. Contractus est ultro citroque, ita ut si ex una parte non detur obligatio ex contractu, etiam non confurgat ex parte alterius. Atqui ex parte decepti non datur obligatio; quia, ut infra dicam, ex parte ejus datur exceptio. Ergo neque ex parte decipientis dabitur.

Verum his non obstantibus, in 14 Theoria admodum probabile, & in praxi verius est, eos contractus, & actus, quando insolubiles non sunt, rescissioni quidem obnoxios, at ipso Jure non omnino, saltem ex parte decipientis, irritos esse. Ita Gloss. in §. *verbi gratia* 1. V. *efficax* *Inst. de except.* *igneus* in Reg. *Contractus* 85. in 6. n. 150. Less. l. 2. de Just. c. 17. n. 31. Laym. l. 3. tr. 4. c. 5. n. 6. Pal. tr. 14. D. 2. p. 5. n. 19. Haun. tr. 8. cit. n. 86. Pirh. hic n. 6. König n. 5. Sannig c. 2. n. 4. § 5. Wiest. n. 12. § *duobus* seqq. Sumi videtur. 1. Ex l. *si dolo* 5. C. de rescind. vendit. ubi dolo obtenta venditio rescindi jubetur, non obscuro argumento valoris, cum quod nullum est, rescindi nequeat. 2. Ex l. *rem alienam* 28. ff. de contrab. empt. ubi dicitur, quod emptio, & venditio rei alienæ teneat, & tamen hoc casu emptor dolo, vel errore inductus emit, exitimans rem emptam esse propriam venditoris. 3. Ex l. *qui vas* 48. §. fin. ff. de furt. ubi deciditur furem fieri dominum pretij pro re furtiva vendita: adeoque venditio tenet, licet fur per dolum, sciens rem esse furtivam, vendiderit.

Opponunt quidem Adversarij, inefficax ex ll. cit. argumentum duci; nam l. *si dolo* intelligi potest de rescissioni defacto tantum, & sola traditionis retractatione. 2. l. *rem alienam* exaudiri potest de hujusmodi re ab ignorante bona fide vendita. 3. l. *qui vas* §. fin. de venditionis valore, aut nullitate nihil,

nihil, sed tantum rei furtivæ pretium furtivum non esse asseritur. Sed quidquid sit de sensu istorum textuum, cum tamen etiam in oppositum adducti, ut mox videbimus, patiantur interpretationem commodam, Jus positivum dubium explicari debet secundum Jus naturale certum. Hinc proposita assertio sequenti argumento corroboratur: Ex certa Jctorum regula, quodcumque Jus positivum potest concordari cum Jure naturæ, debet cum illo concordari. Sed de Jure naturæ, ut n. 11, dictum est, dolus accidentalis dans causam contractui, sive bonæ fidei, sive stricti Juris ille sit, non reddit eundem irritum. Ergo nec Jure positivo dicendus est esse omnino irritus.

16 Ex quo sequitur, ex hujusmodi contractibus oriri obligationem, & quidem non tantum ex parte decipientis, sed etiam ex parte decepti cum discrimine tamen; nam decipientis ita obligatur, ut stare contractui debeat etiam ante sententiam Judicis, modo deceptus velit, ut cum Molin. l. cit. n. 4. communis DD. habet: & ratio est, quia hic consensum absolutum dedit. Hinc si ex capite doli à se adhibiti agere vellet ad nullitatem contractus, audiri non debet; tum quia allegat propriam turpitudinem; tum quia contra Leges delinquens beneficio Legum indignus est l. auxilium 37. fin. ff. de minor. Deceptus verò, etsi & ipse obligetur. Quia etsi non in dolum, in contractum tamen, & negotium, quod egit, consensus; beneficium tamen à Jure positivo habet, ut vel actione, vel exceptione doli ab implendo contractui liberare se possit, prout infra n. 18, explicatius dicitur.

17 Neque urgent argumenta allata in contrarium. Ad 1. ibi annullatur venditio, quia fuit facta à minore sine Judicis auctoritate, adeoque nulla fuit ipso Jure. Ad 2. sæpe in Jure aliqui actus dicuntur nulli, & irriti, non quod defacto & ipso Jure sint irriti, sed firmi non sint, eo quod ad arbitrium unius ex contrahentibus irritari possint, ut ex communi docet Gloss. in l. si pater 1. V. irrita est C. de rescind. vendit. Ad 3. eadem est responsio, quæ ad primum. Neque obstat, quod addatur nec inter majores quidem: nam intelligi potest, si minor contrahat cum majori, vel major fiat; nam tempore non convalescit, nisi cognitio dolo major contractum ratificet. Ad 4. quod deceptoris competit jus, & actio ex contractu dolo, ex mutuo, & absoluto utriusque contrahentis consensu habet, non ex dolo, vel injuria; nam ex hac potius contrahit obligationem, ut patiatur rescindi contractum per oppositam exceptionem, aut actionem de dolo à decepto institutam: imò etsi deceptus nec excipiat, neque agat contra deceptorem, in conscientia tamen obligabitur deceptor ad restitutionem, & plenam reparationem damni per dolum dati, idque ante sententiam Judicis,

cum damnum hoc alteri suâ culpâ dederit, Ad 5. argumentum hoc solvi debet in contractu per metum extorto, qui secundum communem validus est ipso Jure, licet metum passus rescissionem illius possit petere, non metum inferens.

Quæritur 3. quale remedium detur Dolum passio in contractu à se inito? Si dolus verferetur circa substantiam actus, opus est sola declaratione nullitatis. Si circa circumstantiam, distinguendum est, an dolus fiat per tertium aliquem, an per unum ex contrahentibus. Si primum, contractus absolute est validus, sive gratuitus ille sit, sive onerosus, neque per oppositam exceptionem, vel actionem doli rescindi potest, etsi dolus causam eidem dederit, prout colligitur ex l. & eleganter 7. ff. de dol. mal. & ratio est, quia tali causa neuter contrahens censetur sibi reservare jus recedendi à contractui, si à tertio sine culpa, & dolo secum contrahentis deceptus fuit; aliàs etiam is, qui per errorem seipsum deceptus, posset dicere se animo illo contraxisse, ut tali casu recedere à contractui posset: & sic plurimi contractus vacillarent, cum tamen contrahentium securitas sit valde optabilis commercio humano. Interim tamen decepto competit actio de dolo contra tertium deceptorem: imò ut Less. Pal. Pirh. Haun. docent, casu, quo contractus ejusmodi nondum est impletus, nec executioni mandatus, posset ita deceptus per dolum tertij, eo cognito, rescire à contractui, nec tenebitur, saltem in conscientia, eum implere, seu perficere ob animi contrarij præsumptionem, quod generatim non præsumantur contrahentes se obligare velle ad implendum contractum, si graviter decepti sint, sive deinde id factum fuerit ab altero contrahente, sive ab aliquo tertio.

Si secundum, decepto de Jure Prætorio contra decipientem datur exceptio, vel actio de dolo: Exceptio quidem, si res adhuc sit integra, & contractus nondum impletus; Actio autem, quando non amplius integra est, sed contractus per traditionem completus. Discrimen tamen iterum faciendum est inter casum, quo dolum est tantum incidens, & inter casum, quo dolum est præcedens, & causam dedit contractui. Nam primo casu actio decepto contra decipientem competit, non ad rescissionem contractus, sed ad solvendum, quantum decepti interest dolum esse adhibitum l. Julianus 13. princ. & S. item 1. ff. de action. empt. & vendit. imò decipiens, si dolo suo fecit, ut receptus e. g. rem emeret majore pretio, quam merebatur, in conscientia etiam ante sententiam Judicis damnum istud compensare tenetur. In casu secundo actio de dolo datur etiam ad rescindendum contractum. De hac igitur

Dub. 1. qualis actio sit Actio de dolo? R. 1. est Prætoriana & personalis; quia ex delicto, videlicet, dolo nascitur.

D d

Merè

Merè rei persecutoria ex parte actoris; quia nullam poenam continet, sed ad simplicem duntaxat datur, videlicet, ut res dolo obtenta, & aestimatio rei, si res ipsa non possit, & damnatum, ac interesse restituatur. 3. *Arbitraria*, in qua restitutio fieri arbitrio Judicis jubetur: & tunc si reus restituat, absolvitur; sin minus, condemnatur in omne id (salvo moderamine) quod actor suam interesse in litem juraverit. 4. *Subsidiaria*; quia si alia speciali actione deceptus potest consequi rem, vel interesse, non est adhibenda, cum sit famosa, & reo ob dolum condemnato perpetuam ignominiam notam inurat *l. hoc edito 1. §. aut Prator 4. ff. & l. de dolo 2. junct. Gloss. V. a. lia C. de dol. mal.*

21 Dub. 2. cui detur actio de dolo, & adversus quem? *ry. dari dolum passio, & ejus hæredibus adversus decipientem, seu dolo sum, nisi specialiter excipiat.* Ita omnes. Dixi 1. *§. ejus hæredibus*; quia, ut *n. præc.* dictum est, est actio rei persecutoria ex parte actoris, & conf. etiam ad hæredes transit.

Dixi 2. *adversus decipientem, seu dolo sum*; nam adversus hæredes istius, & cæteros successores eatenus solum datur, quatenus ad eos ratione doli commissi pervenit, aut quo minus perveniret, dolo eorum factum est, & tunc est perpetua *l. si plures 17. in fin. l. in heredem 26. & l. seq. ff. de dol. mal.* Neque obstat, quod alias actiones personales ad hæredem transeunt ob fictionem Juris, qua ipse una eademque persona cum defuncto censetur; nam hoc intelligendum est de actionibus non descendentibus ex delicto, non de ijs, quæ ex delicto descendunt: ex hoc enim, si alienum id sit, & ab alio commissum, iniquum est quemquam ultra id, quod ad eum pervenit, obligari; quod enim ultra est, poena est; poenales autem actiones ad hæredes non transeunt *l. civilis 1. ff. de privat. delict. l. un. C. ex delict. defunct. in quant. hered. Sc. Wesenbec. ff. de dol. n. 9. Pirh. hic n. 17.* Est que casu, quo contra hæredes dolosi defuncti doli actio datur, longè diversa obligatio istorum, quam illo, quo à pluribus dolo factum est aliquid: nam inter hæredes in dolo non participantes obligatio dividitur; ex dolo autem proprio, qui dolum fecerunt, tenentur omnes in solidum, ita ut conveniri possint singuli, sic tamen, ut si unus solverit, ceteri liberentur, ut rectè advertunt *Perez in C. de dol. mal. n. 20. Pax Jordan. l. 14. tit. 13. n. 32. Sabell. §. dolum n. 15.* & ratio est, quia bona fides non patitur sæpius idem exigi *Reg. 57. ff. de R. J.*

Dixi 3. *nisi specialiter excipiat.* Excipiuntur autem 1. personæ, quibus ex pietate, officio, aut reverentia obligamur. Sic actio doli non datur liberis adversus parentes, libertis adversus patronos, cum sit famosa, neque deceat, ut liberi parentum, liberti patronorum famam apud bonos fugillent.

Similiter etiam non datur humili adversus eum, qui dignitate excellit; nec plebeio adversus consularem receptæ autoritatis; nec luxurioso, aut prodigo adversus vitæ emendatioris hominem *l. non debet 11. ff. de dol. mal. Wesenbec. ibid. n. 6. Perez in C. eod. n. 10. Pax Jord. l. cit. n. 33. Pirh. n. 18.* Ratio est, quia talium hominum famæ parcendum est: & hinc adversus illos loco actionis de dolo institui debet actio in factum, temperatis verbis, & omiſſa doli mentione. *Sabell. §. dolum n. 15. Excipitur 2. is, qui dolum, vel fraudem excludit astutiâ, & solertiâ; nec enim videbitur dolo fecisse, cum fraudem exclusisset, ut dicitur l. cum pater 77. §. Titio 31. ff. de Legat. 2. Excipitur 3. qui & ipse dolum commisit adversus eum, adversus quem agere de dolo cupit; nam dolum cum dolo compensatur.*

Dub. 3. quando concedatur actio de dolo? *ry. 1. non datur, nisi causâ cognitâ l. hoc edito 1. §. verba 1. l. si quis 9. §. fin. ff. de dol. mal.* Ratio est, quia cum famosa & gravis sit actio, non passi ac temere indulgeri debuit. 2. Non datur, quando summa est modica, i. e. usque ad duos aureos *l. si quis c. t. fin. Gl. seq.* quia poena debet commensurari delicto; nulla autem est comparatio duorum aureorum cum infamia, quam actio de dolo infert damnato. *Wesenbec. ff. de dol. mal. n. 6. Perez C. eod. n. 9. Brunnem. in l. 5. ibid. n. 5. Gail. l. 2. obs. 103. n. 3. Haun. tom. 3. tr. 8. n. 100. Pirh. hic n. 18.* 3. Non datur adversus eum, qui per meram dissimulationem absque alio facto induxit alium ad contractum, unde læsus est. Patet ex definitione Doli mali *n. 2. data*; nam Dolum non ex dissimulatione probatur, sed ex machinis, tendiculis, suasionibus, affirmationibus falsis, laudationibus adulatorijs, insidijs, iisdemque perspicuis *l. dolum 6. C. de dolo malo.* Excipe, nisi ex Justitia teneatur monere; tunc enim positive censetur cooperari ad deceptionem alterius, & sic tenetur de dolo.

Dub. 4. intra quod tempus competat Actio doli? *ry. olim utili tantum anno dabatur, quemadmodum reliquæ Actiones Prætorie: hodie autem datur per continuum biennium contra dolo sum; contra hæredem verò ipsius 30. annis de eo, quod ad ipsum pervenit.* Dixi 1. *dari actionem doli per continuum biennium contra dolo sum.* Ita deciditur *l. fin. C. de dol. mal.* ubi etiam habetur, biennium hoc numerandum à die commissi doli, ita ut ab eo die fieri actio de dolo possit, post biennium verò, etiam intra biennium cæpta, extingatur. Perindeque est, sive absens fuerit, sive præsens is, qui conqueritur se dolum fuisse passum, ut ibidem dicitur; & ratio est, quia cum infamiam inferat condemnato, gravis est, & odiosa. Dixi 2. *contra heredem dolosi actionem de dolo solum finiri 30. annis, prout constat ex l. itaque*

que 28. fm. ff. de dol. mal. Quod extenditur similiter ad ipsum dolosum, quantum ad commodum ex dolo perceptum, ut possit saltem actione in factum conveniri, ut habet Gloss. in l. itaque cit. V. perpetuo in fm. Pax Jordan. tit. 13. cit. n. 17. Perez C. de dol. mal. n. 13. Brunnem. in l. fm. C. eod. n. 10. Sabell. §. 1. dolus n. 16.

25. Queritur 4. De Exceptione Doli. Et dubitatur 1. cui competat Exceptio Doli, & in quibus rebus? 2. Competit læso per dolum, huiusque heredibus, & successoribus, imò etiam fideiussoribus, in omnibus ijs causis, in quibus dolum committi potest. Ita passim DD. Dixi 1. læso per dolum; nam æquitas naturalis non patitur, ut fraus sua, & dolum auctori profint: hinc etiam deceptus summo Jure, seu de rigore Juris obligatus esset ad solvendum, & præstandum id, quod ab eo petitur, liberare se tamen ab obligatione hac per exceptionem potest. Dixi 2. huiusque heredibus, & successoribus &c. Patet ex l. exceptiones 7. §. rei autem 1. ff. de except. præscript. & præjudic. & docet Zoef. ff. de dol. mal. except. n. 9. Pirh. hic n. 11. Ratio immutur l. scit. quia sc. exceptio hæc est rei coherens; igitur ad quem res transit, ad eum etiam ipsa transit. Dixi 3. in omnibus illis causis, in quibus dolum committi potest. Adeoque

26. Exceptio doli datur 1. in Contractibus, & promissionibus, si quis alterum dolose induxit ad contrahendum, vel promittendum. 2. In Testamentis, si in his fraus aliqua, vel dolum committatur aut supprimendo, aut cancellando, aut delendo, quæ in ijs sunt scripta. 3. In Legibus; nam in his multiplex fraus, vel dolum committi potest, ut si quis salvis Legis verbis sententiam ejus circumvenit l. contra 29. ff. de Legib. si quis faciat, quod Lex fieri nolit, fieri autem vetuit l. fias enim 30. ff. eod. si quis Leges corrumpat, mutilet, aut falsò alleget, vel interpretetur. Hiltrop. in Process. Judic. p. 2. tit. 19. n. 5. & duobus seqq. Imò Exceptio Doli tam late patet, ut cum omni alia Exceptione peremptoria concurrat; quicunque enim petit, quod scit exceptione elidi posse, aut scit non debere solvi, aut si solutum sit, illi, qui solvit, restituendum, is dolum committit l. dolo 8. ff. de dol. mal. except. & ibi Gloss. V. redditur res. Ubi autem dolum est, ibi etiam exceptio doli locum habet. Hiltrop. l. cit. n. 15. §. 17. Pirh. hic n. 10. Neque necesse est, ut initio statim intervenit dolum, sed sufficit, si post ignorantiam facti inculpabilem certioratus postea perseveret in lite improbata, ut bene notat Pax Jordan. l. 14. tit. 13. n. 15. Item non requiritur, ut dolum semper commissus sit, antequam instituat actio; nam sæpè, qui optima fide & jure incipiunt actionem, in ejusdem prosecutione possunt dolum committere. Unde Interpretes dicunt Exceptionem Doli la-

tissime patere, & in Jure dicitur Generalis; quia universim, quoties Actio infringi potest æquitate defensionis, toties huic exceptioni locus est l. qui aequitate 12. ff. de dol. mal. & met. except.

Dub. 2. contra quem detur eadem? 27. Exceptio doli mali? 28. dari adversus omnes, qui contra æquitatem naturalem aliquid exigunt, nisi aut officium, aut conjunctio eos immunes à doli suspitione faciat. Adeoque Exceptio hæc datur 1. etiam contra pupillum, minorem, furiosum, prodigum, si forte pecuniam sine tutoris, vel curatoris auctoritate mutuo acceptam iteratò exigant, & ex illa facti sint locupletiores l. apud Celsum 4. §. si quis pupillo 4. & l. si debitor 16. ff. de dol. mal. except. & docet Zoef. ibid. n. 9. Pirh. hic n. 12. Sannig c. 2. n. 2. Ratio est, quia etiam ab initio dolo caruerint, non tamen sunt extra dolum, si postea malitiosè perunt fieri locupletiores ex re alterius. Extenditur 2. etiam ad Successores in re ex causa lucrativa, ut donationis, legati; nam his rectè obijcitur Exceptio, cum pretium pro re non dederint, Pax Jordan. tit. 13. n. 14. Pirh. n. 13. Aliud dicendum, si successerint ex causa onerosa, veluti emptionis, vel permutationis l. apud Celsum cit. §. de auctoris 27. & §. auctoris 31. Ratio est, quia cum Exceptio hæc oriatur ex delicto personæ, successori dolo carenti obesse non potest; nam poena suos debet tenere auctores l. sancimus 15. C. de pœnis. Puniretur autem emptor, si ob dolum venditoris pretium datum amitteret. Extenditur 3. ad Procuratorem; nam si hic in rem suam datus est, obest ipsi dolum suum, ita ut contra ipsum excipi possit l. apud cit. §. questum 18. Si non sit datus in rem suam, distinguendum est, an dolum commissus sit in ipso negotio, vel administratio omnium bonorum sit ei commissa, vel non. Si in ipso negotio dolum commiserit, vel administrationem omnium bonorum à domino sibi commissam habeat, de omni dolo Procuratoris excipiendum est contra dominum, ut deciditur §. questum cit. at secus, dolum Procuratoris domino non nocebit. Extenditur 4. ut Exceptio doli opponi possit etiam adversus patrem, si filius, & adversus dominum, si servus dolum in peculio sibi commissio fecerint l. apud cit. §. in hac exceptione 17. Ratio est, quia quidquid filius, vel servus peculium habens facit in peculio, id censetur voluntate patris, vel domini facere, ut notat Gloss. marg. in §. cit. Sed hoc solum procedit in re peculiari; nam si extra peculiarem causam, tum de eo duntaxat excipi potest, quia admittus sit in ipso negotio, quod geritur, non etiam, si postea dolum aliquis intervenisset, ut expressè habetur §. in hac cit. ubi etiam ratio additur; quia non est æquum, servi dolum amplius domino nocere, quam in quo operâ ejus est usus.

Addi autem, Nisi aut officium, aut 28

DD 2

con-

conjunctio immunes à doli suspitione faciat; nam contra eas personas, quibus ex pietate, officio, aut reverentia obligamur, sicut actio, ita exceptio doli non datur; quales sunt parentes, patroni, in dignitate constituti &c. de quibus vide l. apud cit. §. adversus 16. l. non debet 11. ff. de dol. mal. & supra num. 22. Quæri hic potest, an reverentia parentibus debita prohibeat Exceptionem doli opponi etiam contra heredem patris à filio? *¶* cum distinctione: ob dolum, quem ipse hæres commisit in agendo, dum scit, aut scire potuit filium aliqua exceptione tutum esse, eidem filius opponere doli exceptionem potest; quia in hoc non representat personam patris: at præcisè ob dolum à patre commissum non potest exceptionem istam opponere arg. l. apud cit. §. adversus ibi: *Libertum autem de dolo Patroni, etsi ab herede cuius conveniatur, minimè exceptionem obiecturum*; & ratio additur: quia *convenit tam vivo, quam mortuo Patrono à liberto honorem exhiberi*: quæ ratio multo magis pugnat in parentibus. *Neque obstat textus l. heredibus 13. ff. de dol. mal.* ubi hæreditas harum personarum conceditur actio doli, & conf. à fortiori Exceptio, & l. si præteritus 15. ff. de bonor. posses. contr. tabul. ubi filius opposuit hæredi patris exceptionem doli; nam Leges istæ solum intelligendæ sunt de dolo, quem fecit hæres patris, non ipse pater. Interim tamen, ne ex fraude aliena, vel dolo damnatum aliquis patiatur, sicut contra patrem, ita contra heredem patris filius dolum passus opponere Exceptionem in factum potest, quæ famam non fugillet.

²⁹ Dub. 3. intra quod tempus competat Exceptio Doli? *¶* esse perpetuam, & competere semper §. perpetua 9. Inst. de except. l. pure 5. §. fin. ff. de dol. mal. & met. except. ubi etiam ratio discriminis inter actionem doli, & ejus exceptionem datur; quia *actor in sua potestate habet, quando utatur jure sup; is autem, cum quo agitur, non habet potestatem, quando conveniatur.* Conf. ex vulgari axiomatico; nam *quæ temperanea sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* Ista perpetuitas autem, ut notat Pax Jordan. l. 14. tit. 13. n. 16. concluditur spatio 30. annorum, ubi jus excipiendi per præscriptionem tollitur.

³⁰ Quæritur 5. de Probatione Doli. Et 1. quidem dubitatur, an & quomodo Dolus probari debeat? *¶* necessario probandum esse; nam regulariter dolus, aut fraus non præsumuntur, ut explorati Juris est Regula. Ratio obvia est, quia quilibet naturam suam bonus præsumitur, ac proinde dolo proximum non circumvenisse; cum enim dolus consistat in fallacia, & machinatione, ad alterum decipiendum tendente, in delictum, & crimen vergit. Delictum autem & crimen non præsumitur, sed ab allegante probari debet. Ergo &c. Hinc omnis alia

præsumptio potius est capienda, & verba etiam aliquando improprianda, ut dolus, & fraus excludatur, si hæc aliunde probari non possint. Sabell. §. dolus n. 3.

Difficillimæ autem probationis sunt; ³¹ quia cum in animo lateant, cujus intentiones, & cognitiones soli Deo cordium scrutatori cognitæ sunt, deficiente confessione ejus, qui doli arguitur, probatio defumenda ferè erit ex conjecturis, indicijs, ac præsumptionibus c. fin. de renunt. in 6. l. dolum 7. D. de dolo. Sed graves illas esse oportet, ut dolum, & fraudem probent, & simul necesse est eandem probari plenè, & concludenter. Debentque conjecturæ ista tanto graviores esse, quanto major est præsumptio innocentia illius, qui doli arguitur: qualis datur 1. si is, qui doli arguitur, sit valde probus, & honestus. 2. Si dolus dicatur commissus adversus hominem benevolum, vel sanguine, aut alia necessitudine conjunctum. 3. Si dolum committenti damnum, & incommodum aut nullum, vel exiguum lucrum, vel emolumentum affert, nullaque doli causa apparet. Cravetta Conf. 8. n. 4. §. 19. Conf. 319. n. 6. §. 13. Menoch. l. 5. præsumpt. 3. à n. 17. & alij apud istos.

Dub. 2. quibus conjecturis argui doli possit? Complures hujusmodi conjecturas enumerant Farin. prax. crim. q. 89. à n. 74. Mascard. de probat. vol. 2. concl. 532. à n. 15. & concl. 816. per totam, Menoch. l. 5. præf. 3. per totam, Jordan. l. 14. tit. 13. à n. 70. Sperell. decis. 150. n. 41. & seqq. Sabell. §. dolus n. 3. 4. 10. Wiest. hic à n. 24. & alij pallim. Potissimas recensebo. Igitur

1. Præsumptio Doli oritur ex qualitate personarum, tum illius, quæ actum, vel contractum celebrat, tum earum, cum quibus, & per quas celebrat, ut si actum, vel contractum celebrans aliàs sit solitus dolum committere; si actus fiat cum personis suspectis, & prohibitis; si supponatur persona tertia ad contrahendum vel agendum, & suppositio hæc fiat in actu prohibito, vel in præjudicium tertij.

2. Ex qualitate facti, ut habetur l. quod lucidius 1. §. sed an 2. ff. de dol. mal. & met. except. ubi tamen distinguendum, quo Jure talis actus prohibitus, & illicitus sit; nam si Jure naturali, & ex natura sua sit malus, uti est furtum, homicidium &c. ex ejusmodi facto resultat semper doli præsumptio l. si non convitij 5. C. de injur. l. frater 1. C. ad Leg. Corn. de Sicar. At si Jure positivo tantum prohibitus sit, videndum, an sic prohibitus in damnum tertij cedat, aut cedere possit, vel non. Si hoc secundum, non præsumitur dolus; præsumitur autem, si primum: hinc de dolo tenetur, si quis sine causa alienat bona pupilli, cujus tutelam habet, si contrahat sine debitis solemnitatibus, vel contra prohibitionem Statuti, si cum minore sine consensu tutoris, vel curatoris &c.

3. Ex

33 3. Ex modo, tempore, & circumstantijs, quibus fit actus, ut si quis locupletari scienter querat cum iactura, & damno alieno, occupando res alienas praesertim vi, aut consumendo illas, vel in suam utilitatem vertendo l. si quis 17. §. Proculus 4. ff. de Instit. action. Item si quis scienter non facit, quod ex officio tenetur facere l. dolo 44. & l. si procuratorem 8. §. dolo 9. ff. mandat. si clam sine in loco occulto, vel tempore nocturno facit, quod palam, & interdiu fieri solet, aut debet arg. c. cum inhibito 3. de clandest. despons. c. ut nostrum 1. ut Eccl. benef. sin. dimin. confer. l. fin. ff. de rit. nupt. si via non recta, sed inconferuata per anfractus, & diverticula ad negotium tractandum accedat l. si fiscales 7. C. de navicular. & ibi DD. Excipe 1. nisi hoc fiat ad excludendum Adversarij dolum, seu fraudem arg. l. cum Pater 77. §. Titio 31. ff. de Legat. 2. Excipe 2. nisi habeat causam rationabilem rectam viam declinandi, aut celebrandi actum clam, vel de nocte potius, quam palam, & plena die; tunc enim praesumptio doli cessat, cum in claris conjectura locum non habeant.

34 4. Ex alijs actibus adjunctis, ut si actum celebrans jungat mendacium, ex quo commodum aliquod mendax consecutus est l. quodji 8. & l. se 7. §. si autem 1. ff. de dol. mal. si taceat, vel dissimulet ea, quae si fuissent expressa, actus in favorem agentis non fuisset celebratus l. stellionatus 3. ff. de crimin. stellionat. si loquatur obscure, vel obscurum infidiosè dissimulet, aut sub verbis generalibus, vel quodam quasi involucre clam aliquid includat l. ea, quae 43. fin. ff. de contrab. empt. si contra pacta expressa veniat, vel una manu concedat promissa, altera querat eripere l. si procuratorem 8. §. dolo 9. ff. mandat. si non edat totum instrumentum, quod debet edere, sed vel solum praefationem omissa parte ejus substantiali, vel istam, omissa praefatione l. ubi exigitur 8. princ. ff. de edend. Ratio est, quia saepe priora posterioribus dant intellectum, & a posterioribus praecedentia declarantur.

5. Ex nimia, & insolita diligentia, vel cautela, prout colligitur ex l. si quis sub conditione 7. ff. de condit. instit. Neque obstat regula, quod abundans cautela non nocet; quia hoc verum est, quando adhibetur palam, & non est insolita; secus, si clam, & non sit solita: de quo vide Menoch. conf. 230. n. 50. §. seqq.

35 6. Ex lesione enormi, sive ultra justam aestimationis dimidium l. si superstiti 5. §. sane C. de dolo. Imò si enormissima sit, qualis esset, si quis ad cedendum fideicommissi valde amplo pro exigua quantitate fuisset inductus, dolo verus, seu manifestus, ac notorius commissus intelligeretur, quod quando laesio cum excessu tam immodico fa-

cta apparet, omnis bona praesumptio cesset, ut alijs cit. advertit P. Wiest. hic n. 7.

7. Ex verisimili: Ex hoc capite praesumitur dolo, si quis emat, aut mutuum det ei, quem scit pecuniam malè consumpturum, perditurum lusu, donaturum scortis, absumpturum in popinis &c. l. si vero 12. §. si adolescens 12. ff. mandat. & l. si quis 8. ff. pro emptore. Item si actus gestus est contra personam agenti odiosam, & non benevolam. Bald. in l. data operâ 11. C. de his, qui accusar. vel si aliquid sit spreta prohibitione, denuntiatione, seu protestatione sibi facta, ne faceret l. ait Praetor 10. §. si quis 3. ff. quae in fraud. l. si fundum 17. C. de R. V. Et extenditur hoc etiam ad eum, qui scit futuram denuntiationem, vel prohibitionem, quamvis nondum sibi intimatam.

Dub. 3. quibus indicijs excludatur; 6 Dolus? 3. excludi indicijs propè contrarijs, quibus Dolus praesumitur. Horum plura enumerat Farin. prax. crim. q. 89. a n. 44. Menoch. l. 5. praef. 3. a n. 17. Mascard. vol. 2. de prob. concl. 532. a n. 2. Pax Jordan. l. 14. tit. 13. a n. 117. Sabell. §. dolo n. 5. §. 9. Ego decem duntaxat affero. Igitur praesumptio Doli excluditur

1. Ex qualitate personarum, ut quia est vir bonae fidei, & famae; quia subditus contra Principem agit, quem aliàs, nisi justam causam haberet, reverentia abstereret; quia qui agit, vel contrahit, est rusticus, imperitus, minor, foemina &c.

2. Ex defectu causae; ubi enim excogitari non potest causa patrandi doli, non praesumitur quis dolo egisse. Neque obest, etsi concurrat lucrum, & commodum, si illud sit modicum; parum enim pro nihilo reputatur.

3. Ex Juris permissione: cum id, quod fit, à Jure permittitur; nam qui Jure suo utitur, nemini facit dolum, injuriam, vel fraudem.

4. Ex actu palam gesto; sicut enim ex actu clam celebrato capitur conjectura suspitionis doli, ita etiam è contrario.

5. Ex ignorantia, sive deinde illa sit facti, sive Juris, modò non naturalis, gentium, aut Divini, vel alterius positivi notorij, & indubitabilis; quia ignorans non praesumitur esse in dolo, neque ab ignorante dolo committitur Reg. 99. ff. de R. J.

6. Ex actu in personam benevolam gesto; sicut enim ex persona inimica desumitur praesumptio in contrarium, ut n. 35. dictum est, ita è diverso, praesertim si persona conjuncta sit.

7. Ex obedientia Superioris, sicut ex 37. inobedientia eidem praestita capitur conjectura doli.

8. Ex necessitate officij; sicut enim omittens ea, quæ pertinent ad suum officium, præsumitur dolose facere, sic contra consequens ea, quæ incumbunt ipsi ex officio suo, liberatur à suspitione doli.

9. Si is, qui conqueritur de dolo, sciens, & volens illud permiserit; volenti enim &

consentienti non fit injuria, fraus, & dolus.

10. Denique præsumptionem Doli generaliter excludit quæcunque causa, non solum levis, sed etiam injusta, & turpis, si principalis eam alleget, & probet se eam motum esse, ut crederet se non delinquere. Videantur DD. cit.

§. II.

De Contumacia.

SUMMARIUM.

38. 39. Definitio, & Divisio Contumacia.

40. Modi, quibus quis Contumax constituitur.

41. Citatio ad hoc requisita.

42. 43. Cause excusantes à Contumacia.

44. 45. 46. 47. 48. Modus procedendi adversus Actorem contumaciae.

49. 50. 51. 52. 53. Adversus reum, si iste sit

contumax.

54. Pæne contumaciae.

55. Advertenda circa has pænas.

56. Quomodo, & quando Reo contumaci negetur Appellatio?

57. Quando adversus Prælatum criminis in contumaciam procedi possit?

38 **Q**uaritur 1. quid sit Contumacia? 2. Contumacia à Contemendo dicta, quod Judicem videatur contemnere, qui vocatus non obtemperat, dupliciter potest accipi. 1.

Genericè: & tunc designat quamcunque inobedientiam in, vel extra Judicium commissam. 2. Specificè: & in ea acceptione denotat solam inobedientiam in non comparendo admissam: quæ acceptio hujus præcipue loci est. Definitur sic accepta, quod sit inobedientia, à legitime vocato erga

Judicem in ijs, quæ ad Judicem pertinent, commissi. Ita quoad sensum omnes, & colligitur ex c. causam 3. c. cum dilecti. 6. h. tit. l. contumacia 53. ff. de re judic.

Dividitur communiter in Veram, & Fictam. Vera est, cum quis peremptoriè ac personaliter citatus est, vel si personaliter citari non potuit, citatus ad domum, aut valvas publicas, affixo programmate, etsi ad notitiam ejusdem hujusmodi citatio venerit, non tamen comparet, nec impedimentum excusat. Ficta Contumacia, seu Præsumpta est, cum quis personaliter, & in faciem citatus non est, quia inventus non fuit, sed per edictum affixum ad ejus domum, aut valvas Ecclesiæ, ita ut dubium sit, an citatio ad notitiam ejus pervenerit, vel non: quo casu, si non compareat, nec sufficientem Procuratorem in termino constituto mittat, præsumitur contumax, & contrahit contumaciam fictam.

39 Alij accuratius dividunt in quatuor membra, in Notoriam, Veram, Præsumptam, & Interpretativam, seu Fictam. Notoriam dicunt, quando quis in faciem citatus respondet impudenter, & nullâ excusationis causâ allegatâ, Non venio. Veram, quando quis legitime citatus, & citationis gnarus dicit quidem se venturum, vel omnino tacet, sed non venit. Præsumptam, quando

quidem non constat citationem legitime factam citato innotuisse, præsumitur tamen, donec contrarium probetur. Fictam, seu Interpretativam, quando quis dolo impedit, ne citatio fieri, aut sibi innotescere possit, & tunc Jura fingunt fuisse citatum, & ad eum notitiam pervenisse.

Hæc secunda divisio; ut dixi, accuratior primâ est, prima tamen communis, & facile etiam defendi potest; nam notoria contumacia ad veram reducitur, Præsumpta ad Fictam. Multum autem interest, an quis sit verè, vel præsumptivè contumax; nam verè contumax non auditur amplius, aut restituitur contra ea, quæ interim acta sunt, ipso contumaciter absente; auditur autem, & contra sententiam etiam restituitur præsumptivè contumax, si venerit, suamque absentiam excusaverit c. cum Bertholdus 18. de sent. & re judic.

Dub. 1. quibus modis quis constituitur Contumax? 1. Contumacia committitur 1. quando reus tribus edictis, aut una vice trium peremptoriè citatus, & nullâ justâ causâ impeditus non comparet l. contumacia 53. §. contumax 5. ff. de re judic. 2. Quando reus malitiosè absente, aut procurat per se, vel per alium, ne citatio ad ipsum pervenire possit; nam qui dolo facit, ut aliquid non habeat, quod eum habere oportet, pro eo habetur, ac si acceperit l. ad ea 157. §. semper 1. ff. de R. J. 3. Quando comparuit quidem, sed postea sine licentia Judicis recedit, non confecto negotio, nec revertitur; æqualiter enim deliquisse censetur sic recedens, ac is, qui Judici omnino se non præsentavit arg. can. certum 43. caus. 11. q. 3. 4. Quando actor veniens ad Judicium actionem, seu libellum non edit, aut edita actione, & lite contestata, eandem non profequitur; nam primo casu reus absolvitur

virur à citatione, secundo ab observatione Judicij, 5. Quando reus non respondet Libello actoris, aut Positionibus, seu articulis illius, vel si obscure respondeat, non categoricè, vel ad quosdam articulos respondeat, ad quosdam non, ob quam contumaciam Articuli, & Positiones actoris habentur pro confessatis; quia jus ex hac tergiversatione præsumitur tacitam quandam confessionem, 6. Quando litigantes non parent mandato Judicis, jubentis v.g. ut præstetur Juramentum calumnia, ut exhibeantur instrumenta, rationes, & alia ad causam deservientia, 7. Denique quando parere recusant executioni sententia. Quæ omnia Gloss. in c. h. tit. V. contumaciter his versibus comprehendit.

*Non veniens, non restituens, citiisquerecedens:
Nil dicens, pignisque tenens, jurareque nolens:
Obscure loquens: isti sunt Jure rebelles.*

Ex quo patet contumaciam versari posse circa omnes partes Judicij, in quibus Actor, vel Reus non obtemperat Judicij.

41. Dub. 2. quotuplex requiratur citatio, ut quis constituatur contumax, & obnoxius poenis contumaciae? *Rationem dubitandi faciunt diversi Juris textus; nam unam simplicem sufficere, videtur innui per c. cessante 2. C. quom. & quand. Jud. ubi etiam cessante causa peremptorij edicti adversus eos, qui admoniti Judicio adesse noluerunt, dicitur sententiam à Judice posse proferrì. Accedit; quia trina vice citatus & ad tertium demum comparens, expensas in priores citationes factas, Adversario tenetur restituere, non alia certè ex causa, nisi quia ad duas præcedentes citationes contumaciae reum fecerit. Contra trinam, seu peremptoriam non obferre exigit c. fin. §. in alijs. si verò post. Ut lit. non contest. l. contumacia 53. §. contumax 1. ff. de re judic. l. consentaneum 8. C. quom. & quand. Judex &c. Novell. 112. princ. & §. 1. Imò præter trinam, & peremptoriam adhuc unam & distinctam requirere videntur l. consentaneum cit. l. edictum 55. l. tertium 70. l. & post edictum 73. ff. de Judic.*

Sed dicendum, ad unam, vel alteram simplicem citationem non comparentem, saltem reum, etsi propter inobedientiam puniri possit, non tamen per hoc contumaciae reum effici, ita, ut in eundem, tanquam verè contumacem procedi possit, sed regulariter saltem requiritur trina citatio vel formaliter, vel æquivalenter, seu peremptoria, eaque sufficit. Eruiitur ex textibus cit. pro secunda sententia, & notat cum alijs P. Wiest. hic n. 38. P. Schmier de Process. Judic. c. 3. n. 9. Dixi: saltem reum; aliud de Actore statuitur c. actor 1. h. tit. in 6. & advertunt de eo Passerin. ibidem n. 5. & 6. P. Wiest. hic n. 44. & alij; hic enim, si post oblatum libellum, eoque propositam actionem, cessante legitimo impedimento, non

compareat in termino quocunque, ad quem fecit citari reum, contumax constituitur, & ad ulteriorem citationem non admittitur, nisi de comparando imposterum in Judicio præstiterit cautionem idoneam.

Neque contrarium evincitur ex l. cessante cit. nam ut hunc textum explicat Gothofred. ibid. lit. K. Imperator eo loco sub nomine Edicti peremptorij voluit aut quartum Edictum excludere, aut saltem infinuare, quòd non sit necessarium, ut Edictum peremptorium proponatur in hisce formalibus terminis *Peremptoriè citamus* &c. sed sufficiat, si decernatur virtualiter cum sufficienti publicatione, & intervallo. Quod additur de expensis, rectè est constitutum, sed obligatio illas solvendi non tam ex contumacia, quam ex eo oritur, quòd non comparendo per culpam suam expensarum hujusmodi causa extiterit. Textus pro tertia sententia allegati exponi possunt, quòd nonnunquam, si Judici ita visum fuerit, edicto tertio possit adungi quartum, prout habetur l. nonnunquam 72. ff. de Judic.

Dub. 3. quæ causæ excusent à Contumacia? 1. Excusat adversa valetudo l. contumacia 53. §. pœnam 2. ff. de re judic. 2. Majoris causæ occupatio, l. & §. cit. 3. Absentia Reip. causâ l. contra pupillum 54. princ. ff. eod. 4. Ætas pupillaris, vel minorrennis l. ead. 5. Citatio ad Tribunal superius l. cit. §. is, qui 1. 6. Puerperium, vel graviditas mulieris l. non exigimus 2. §. si non 4. ff. si quis caution. in judic. sist. 7. Tempestas, aut vis fluminis l. cit. §. quod diximus 7. & §. seq. 8. Prohibitio, vel retentio proprii Magistratus l. cit. §. fin. 9. Rusticitas l. ex quacunque 2. §. si quis 1. ff. si quis in jus vocct. Excipit tamen Brun. Proc. Civil. c. 4. n. 7. si talis rusticus aliàs sagax sit. 10. Incompetentia notoria Judicis citantis. 11. Tempus feriatum, ad quod fit citatio. 12. Locus non tatus, ad quem fit. 13. Bellorum motus, captivitas, carentia Advocati. 14. Universim à contumacia excusatur quævis causa, quæ excusat, ne citatus comparere debeat.

Et hoc adeo verum est, ut si contra ejusmodi, quem justa emanandi causa defendit, Judex sententiam pronuntiet, si quidem illi de ejusmodi impedimento constet, sententia sit ipso Jure nulla; sin verò impedimentum hoc ignoraverit Judex, per in integrum restitutionem ad appellandum rescindatur, vel aliàs causa in pristinum statum reponatur l. fin. ff. de in integr. restit. l. ea que 7. C. quom. & quand. Jud. l. quia absente 4. C. de procurat. l. si propter officium 1. C. quib. ex caus. major. An verò hujusmodi impedimentum, quod objicitur ad excusandam absentiam, revera absit, cognoscere, & decernere ad Judicem pertinet, cujus universim est arbitrari, num allegata à partibus in Judicio veritati subnixæ sint l. illicitas 6. §. veritas 1. ff. de Offic. Pres. Quæ-

43 Quæritur 2. quomodo procedendum sit adversus contumacem? *re. in genere hic notandum, quòd Judex de Jure nunquam contra contumacem ex officio possit procedere ad aliquem actum, nisi ad instantiam, & petitionem partis adversæ, l. ad peremptorium 63. ff. de Judic. l. properandum 13. §. Et si quidem 2. C. eod. Auth. qui semel C. quom. Et quand. Jud. Novell. 112. c. 3. princ. Et §. 1. Bartol. in Auth. cit. n. 2. Marant. tit. de contumac. n. 1. Gaill. l. 1. obs. 55. n. 6. Pirh. hic n. 21. König ibid. n. 27. & novissimè P. Schmier tr. de proc. Judic. c. 3. n. 31.* Ratio est, quia regulariter Judex officium suum non imperititur, nisi imploratus *l. dies cautioni 4. §. hoc autem 8. ff. de damn. infect. Aliter autem discurrendum est de Actore, & aliter de Reo. Hinc*

44 Dub. 1. quomodo procedendum sit contra Actorem contumacem? *re. modum hunc sumi ex c. causam 3. h. tit. & c. actor 1. eod. in 6. His capp. deciditur 1.* ut si actor post oblatum Libellum non compareat, citetur à Judice personaliter per litteras, vel per nuntium, si reperiri possit, aut sciatur, ubi existat.

2. Si Actor non compareat in primo, & secundo termino, reo comparenti condemnatur in expensas, sub quibus non solum sumptus litis, sed etiam viaticum intelligitur *c. actor cit. & l. eum quem 79. princ. ff. de Judic.* Insuper et si in tertio termino sese stiterit, non est audiendus, si iterum petat citari reum, nisi prius caveat, quòd in termino statuto parebit; quia contra ipsum præsumptio est, eo quòd *semel malus semper præsumatur malus* in eodem genere mali, ut habet *Reg. 8. de R. J. in 6.* Excipe, nisi probaverit legitimum impedimentum, vel etiam reus in termino, ad quem citatus est, non comparuerit; tunc enim una contumacia compensatur cum alia, & conf. actor non comparens reo itidem non comparenti in expensas condemnari non debet.

3. Quod si actor neque in termino peremptorio, neque post illum compareat, & nesciatur, ubi sit, tunc Procurator ejus, si quem reliquit, citari debet, modò talis sit causa, quæ per Procuratorem agi possit: qui si compareat, cum eo litem suam prosequetur reus. Si neque is in Judicium veniat, aut actor nullum Procuratorem reliquit, vel saltem non constar, an reliquerit, adhuc tribus vicibus per 30. dierum intervalla citandus est.

45 4. Si etiam tunc venire contempserit, de Jure Civili indulgetur annus, ut causam prosequatur: & quidem si intra hunc compareat, priusquam audiatur, expensas à Reo factas solvere debet, & de sistendo in Judicio idoneè cavere, datis pignoribus, & fidejussoribus, nisi probet legitimum impedimentum, ut paulò antea dixi. Si post annum compareat, non est audiendus actor,

etsi refundere expensas velit. Ratio est, quia aliàs frustra eidem concederetur spatium anni, si etiam post illum redire possit. Neque obstat *c. actor cit.* per quod insinuat, actorem contumacem ex post facto comparentem audiendum esse, si prius expensas reo solverit, & idoneè caverit de parendo imposterum; nam textus ille apertè loquitur tantum de casu, quo Actor in primo termino non comparuit, non autem de eo, quo tribus edictis vocatus, etiam post anni dilationem sibi datam emanavit.

5. Igitur eò usque in contumacia persistente Actore, Judex ad petitionem Rei præsentis, etsi lis contestata nondum sit, procedere ad recipiendos testes, & audiendas allegationes, & probationes partis præsentis poterit: & siquidem reus probaverit, quòd actor nullum jus habeat in re, quam petit, sententia definitiva secundum allegata, & probata ferenda est pro reo: quod ideo statutum est, ne aliàs actor possit injustè vexare reum, si in ipsius potestate, & arbitrio foret impedire, ne procederetur adversum se. Ne tamen hoc casu Judex ultra debitum Actori noceat, ipse partes istius officio supplere debet, inquirendo veritatem, citando, vel examinando testes pro causa, & in favorem absentis vocando in subsidium consanguineos, & amicos ejusdem. Ita Jura citata, & alia passim. Aliqua tamen adhuc melius explicanda sunt.

Dixi 1. post oblatum Libellum; tunc ⁴⁶ enim potest reus actorem cogere ad prosequendam litem, ut patet ex *c. causam 3. h. tit. & Auth. qui semel C. quom. Et quand. Jud.* Neque obstat, quòd nemo invitus agere compellatur, ut habetur *toto Tit. C. ut nem. invit. agere Et c.* nam hoc intelligendum est de re adhuc integra, & antequam Actor Libellum in judicio dederit, & citatio ad reum pervenerit.

Dixi 2. si actor non comparuerit, videlicet in termino citatorio. Perinde autem est, si terminus ille sit peremptorius, sive non; nam textus *c. actor 1. h. tit. in 6.* indistinctè loquitur, adeoque de quolibet termino intelligendus est, ut notat Gloss. *ibidem V. ad terminum*: cum hoc tamen discrimine, ut si una tantum citatio simplex facta sit, solum actor ob contumaciam condemnatur ad expensas, non verò procedi possit ad sententiam, nisi continuaverit contumaciam, sicut dictum est.

Dixi 3. etsi litis contestata nondum sit: nam si contestata jam sit lis, actor contumax citari quidem tribus Edictis debet, sed annus post elapsum terminum peremptorium non debet eidem concedi. Unde si isto lapso adhuc absit Actor, procedi in causa principali potest usque ad sententiam. Neque necessarium erit expectare lapsum instantiæ usque ad ultimum semestre, prout requirere videtur *l. properandum 13. §. Et si 2. C.*

2. C. de Judic. quia quoad hoc Lex ista per Novell. 112. c. 3. in princ. correctâ est, ut lite contestata, mox liceat ad Edicta citatoria, & discepcionem causæ principalis transire.

47 Dixi 4. ad petitionem Rei presentis; nam, ut num. 43. monui, ad contumaciam nunquam proceditur, nisi ad instantiam Adversarij. Estque hoc adeo verum, ut si absentis contumaciam à presente non accusata constet, sententiam contra absentem latam pro nulla habeat Barbof. in l. ad peremptorium 68. ff. de Judic. n. 42. Excipitur, nisi enormis inobedientia, & contemptus requiratur, ut coëreatur; tunc enim huic coercitioni locus est, nemine prorsus postulante, vel absentis contumaciam inculante, ita ut non desint, qui poenam contumaciæ ad ultimum usque supplicium posse extendi putent arg. l. relegati 4. & l. capitalium 28. §. in exemplis 13. ff. de poenis. Quæ sententia licet durior videatur, quam ut in praxi sit recipienda, id tamen constat arbitrio Judicis relinqui, qua ratione contumaciam punire velit.

Dixi 5. procedere potest ad recipiendos testes &c. in quo gravius punitur contumacia actoris, quam rei: & merito quidem. 1. Quia major est contumacia actoris, quam rei: hic enim, quando fugit Judicium, facit, quod proprium reorum est; unde etiam rei fugientes appellati sunt l. properandum 13. §. Si 2. & §. seq. C. de Judic. Actor vero in termino non comparens partes actoris non implet; deberet enim agere, & Judicium coeptum ad finem perducere. 2. Quia fuga rei non semper arguit eum nocentem esse; nam ob difficultatem probandi innocentiam sæpe etiam innocentes fugiunt: at verò Actor in Judicio non comparens præsumptionem contra se habet; præsumitur enim non comparere, vel quia diffidus de Jure suo cognoscit se bonam causam non habere, vel quia videt reum habere paratas suas defensiones, quæ ut pereant, idcirco se absentat. 3. Quia aliàs favorabiles rei, quam actores sunt, cum Jura proniora sint ad absolvendum, quam ad condemnandum.

48 Dixi 6. siquidem reus probaverit; nam si testibus, aliisque probationibus receptis Judex nondum satis cognoscat, an actor justam, vel injustam causam habeat, absolvetur quidem reus ab observatione Judicij, & imperitione Actoris, non tamen absolute ei adjudicanda causa est, vel dominium rei controversæ: unde eo casu, si actor redeat, & expensas prius reo solvat, actionem ex integro instituere poterit, ut notat Laym. in c. causam 8. h. tit. Neque obstat, quòd aliàs actore non probante, reus sit absolvendus, etiamsi hic nihil præstiterit c. fin. 7. sane de jurejur. & l. qui accusare 4. C. de edend. nam hoc tantum locum habet, quando uterque est presentis, tam actor, quam reus, & si actor, da-

tis ei dilationibus probatorijs in probatione deficiat. Abb. in c. prout 4. h. tit. n. 23. Vivian. in c. causam 3. eod. P. Schmier de Process. Jud. c. 3. n. 43.

Dixi 7. de Jure Civili Actori per triplex Edictum citato, & non comparenti concedi annum; nam de Jure Canonico, & Consuetudinario annale hoc intervallum non observatur, ut rectè advertunt Abb. in c. causam cit. n. 15. fin. Pirh. hic n. 25. Reiffenst. ibid. n. 36. P. Schmier l. cit. n. 39. arg. c. causam cit. ubi de intervallo hoc nihil exprimitur, & c. dilecti 1. de dilat. ubi insinuat. Dilationes Judiciales in foro Ecclesiastico non esse cum rigore tenendas: unde in foro isto, lapso termino tertie citationis, statim procedi in causâ etiam ad sententiam definitivam poterit.

Dub. 2. quomodo procedendum sit contra reum contumacem? 49 si reus personaliter, aut per Edictum citatus ad terminum peremptorium non compareat, multum interest, spectato præcipue Jure Canonico, an contumacia præcedat contestationem litis, an sequatur. Si præcedat, regulariter Actor immitti ad petitionem suam debet in possessionem bonorum Rei custodiae causâ, ad sententiam definitivam autem Judex eo casu procedere nequit. Si sequatur, videndum, an liqueat de causâ, vel non, Si liqueat de causâ, sententia definitiva ferri debet; si non liqueat, regulariter immittitur actor in possessionem veram, ita ut gaudeat deinceps commodis possessoris, reservatâ tamen reo absenti quaestione proprietatis. Ita statuitur c. prout 4. h. tit. & docent Vivian. ibid. in Ration. Laym. n. 2. Pax Jordan. l. 14. tit. 13. n. 188. 199. & seqq. Haun. tom. 5. tit. 3. n. 103. Pirh. hic n. 29. Schamb. n. 6. König n. 29. Sannig c. 3. n. 8. Wiest, n. 49.

Dixi 1. personaliter, aut per Edictum citatus: si scilicet inveniri reus citandus nequeat; tunc enim sufficit, si Edictum citationis affigatur in publicis valvis Ecclesiæ, vel Curie, vel ad domum illius, ubi solitus est, vel teneatur habitare. c. fin. h. tit. & notat Vivian. ibid. Ratio est; quia etiam sic præsumitur citationem venire posse ad rei notitiam.

Dixi 2. spectato præcipue Jure Canonico: nam etli omnes conveniant, in personali actione missum in possessionem ex primo Decreto non effici verum possessorem, sed custodem tantum, quoad immisionem tamen in actione reali ex eodem Decreto dissensio est inter Legistas, & Canonistas. Secundum Legistas, & Jura Civilia, si in actione reali actor mittatur in possessionem rei ex primo Decreto, statim efficitur verus possessor, ut probari videtur ex l. si quis 9. §. sed & §. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann. sed revocabiliter; quia reus comparens intra annum eam recuperat. At secundum Canonistas, & Jus Canonicum actor

missus in possessionem ex primo Decreto propriè dicitur immisus custodiae causâ. Vid. Tit. seq. n. 18. & seqq.

50 Dixi 3. si contumacia præcedat contestationem litis, actorem mittendum in possessionem honorum Rei custodiae causâ, non tamen procedendum ad sententiam definitivam. Et quidem quod ad sententiam definitivam procedi nequeat, patet ex dictis supra Tit. 6. per totum. Quod verò Actor ad petitionem suam in possessionem honorum Rei custodiae causâ immitti debeat, statuitur tum Tit. cit. tum presente, & subsequente. Ubi tamen distinguendum inter eum, qui intra annum comparet in Judicio, & inter eum, qui ne quidem post annum comparet; nam si intra annum comparuerit reus in Judicio, recuperabit possessionem, & admittetur ad defensionem, refusus tamen expensis; & data cautione juratoria saltem de parendo Juri c. adhec 1. h. tit. & ibi Gloss. V. non periclitatur: quod tamen Juramentum non impedit, quin possit ex causa justa appellare; nam intelligi Juramentum hoc debet, quatenus de Jure obligatur obtemperare; adeoque ad justam appellationem se non extendit. At si post annum non comparuerit, actor efficietur verus possessor, idque ne contumax sit melioris conditionis, quam obediens. Procediturque hoc etiam casu, quo jussus mitti in possessionem bonorum custodiae causâ ab Adversario per vim, vel per dolum impeditur, quo minus consequatur possessionem sibi ita adjudicatam; quia fictione Juris perinde habetur, acsi realiter immisus in possessionem fuisset c. adhec cit. & l. quamvis 13. ff. de bon. auth. Judic. possid. junct. Gloss. ibid. V. perinde habetur.

51 Dixi 4. Si contumacia sequatur contestationem litis, & liqueat de causa, ferendam sententiam definitivam: videlicet aut pro Actore, si hic intentionem suam probaverit, aut pro reo; quia absentia Rei contumacis Dei præsentia suppletur l. properandum 13. §. si autem 6. C. de Judic. & l. post editum 73. ff. eod. ubi dicitur bonam causam absentis triumphare debere; ob solam enim contumaciam reus, actore non probante, causâ cadere non debet, ut multis cit. docet Gaill. l. 1. obs. 60. n. 7. Condemnabitur tamen, ut idem Gaill. n. 9. advertit, reus victor ad expensas, idque in poenam contumaciae, l. properandum cit. §. si quidem, & Auth. qui semel C. quom. & quom. Judic. &c. Præterea circa sententiam ferendam in contumacem duo sunt advertenda. Primum est, quod procedat solum, cum reus non comparet post lapsum terminum citationis peremptoriae; nam si semel tantum citatus simplici quadam citatione non veniat, etsi propter inobedientiam puniri, & condemnari ad expensas solvendas possit, ulterius tamen ad immisionem in bona ejusdem, vel

sententiam ferendam procedi non potest, nisi fortè ob notoriam contumaciam, quando nuntio citanti dicit se non venturum, de quo paulò postea n. 55.

Alterum est, quod sententia, quæ hoc casu in materia Beneficiali lata est, non transeat in rem judicatam quoad Superiorem; hic enim etiam post illam de partium Juribus potest inquirere, & cognoscere, prout sumitur ex c. cum olim 7. h. tit. Rationem dat Vivian. ibid. in ration. quia Superioris auctoritas non debet per aliquam actionem subditorum impedi, ne ei legem imponere videantur c. veniens 2. de transact. & quoniam ad Superiorem pertinet invigilare, ut à suis subditis peccata evitentur c. perniciosam 1. de offic. Ord. & Beneficium Ecclesiasticum sine Canonica institutione licite obtineri non potest Reg. 1. in 6. Estque hoc maxime verum, quando sententia lata est contra absentem, licet contumaciter, indefensum tamen; nam tunc majus periculum veritur, ne pars vincens absque canonica institutione obtineat Beneficium. At ubi majus periculum est, cautius est agendum c. ubi 3. de elect. in 6.

Dixi 5. si non liqueat, mittendum actorem in possessionem veram honorum Rei. Severius igitur proceditur cum reo, qui post litem contestatam contumax est, quam qui ante contestationem litis; nam illius major est contumacia, quam hujus. Non autem procedi tunc regulariter potest ad sententiam definitivam; & ratio est, quia Judex non potest ferre sententiam ex re, quam non cognovit sufficienter. Et confirmatur: nam si ferri sententia eo casu posset, ferretur vel in actorem presentem, quod nondum probaverit intentionem suam, vel in reum absentem, quod contumaciter non compareat: non in actorem; quia cum nondum fuerint eidem assignatae omnes Juridicae dilationes ad probandum, non potest dici, quod ipse defecerit in probationibus: non in reum; quia ob solam contumaciam, ut n. præc. dixi, causâ non debet cadere. Sufficiet ergo, ut actor eo casu mittatur in possessionem honorum Rei, non custodiae causâ, ut fit, cum ante contestationem litis est contumax, sed in possessionem veram, ut sic major culpa majori plectatur poenâ. Semper tamen reservatur reo quæstio proprietatis.

Dixi 6. Regulariter faciendam banc immisionem in bona Rei; nam plures sunt casus, in quibus missio hæc in bona fieri vel non debet, vel non potest. Talis est 1. si reus bona non habeat, in quæ mitti actor possit; tunc enim Actor petere potest, ut reus contumax citeretur realiter, arrestetur, vel excommunicetur c. adhec 1. ut lit. non contest. Quoad Excommunicationem tamen hodie servanda est Constitutio Trident. sess. 25. c. 3. de reform. ut sc. tum demum ad eam deveniatur, si alijs remedijs locus esse

esse nequeat, cum experientia doceat, si temere incutiatur, magis contemni, quam formidari.

Opus igitur erit, ut in hoc magna discretione procedat Judex. 2. Si consideratis circumstantijs Judex melius esse judicet actorem non mitti in possessionem rei petite, sed eam sequestrari *c. ex litteris 2. h. tit.* Ratio est, quia in Judicis facultate est mitius, vel durius adversus contumacem procedere, secundum quod viderit propter circumstantias tunc existentes magis expedire. Sequester tamen hoc solum durabit, quamdiu duraverit contumacia, qua deposita cessare debet, prout colligitur ex *c. cit.* ubi sequestratio Ecclesiarum facta est, ut Canonici tædio affecti stare in Judicio, & respondere cogentur: quæ ratio cessat, si reus velit purgare contumaciam, & in Judicio respondere.

3. Si actor immisionem in bona Rei non petierit; nam, ut *n. 43.* dixi, adversus contumacem Judex ex officio non procedit regulariter ad actum aliquem, nisi ad instantiam actoris. Et hoc verum est etiam post contestatam litem; nam ibi si reus sit contumax, datur electio actori, an aliquo ex recensitis remedijs uti velit, vel potius causæ suæ confidens in ipso negotio principali procedere, testes, & instrumenta producere, & sententiam definitivam petere.

Imò etiam variare, in hac sua petitione Actor potest, ita ut si semel elegerit in causa principali procedere, mutare mentem possit, & immisionem in bona, vel citationem realem petere, ut notat Gaill. *l. 1. obs. 60. n. 4.* ubi ait esse sententiam in Camera Imperiali receptam. Proceditque hoc non tantum, quando res ingressa est, sed etiam si jam in negotio processum sit. Ratio est, quia remedia hæc actori alternativè dantur.

Et confirmatur ex *Tit. 12. ubi n. 69.* dixi, Actorem, qui semel intentavit Pettitorium, hoc omisso, posse instituere Possessorium.

Igitur multo magis, omissa quaestione principali, poterit petere immisionem in bona, aut citationem realem, aut excommunicationem.

Habet hoc maxime locum, quando ob absentiam Rei, & quòd ejus responsiones desiderentur, de causa principali satis liquere non potest.

Quaritur 3. quibus modis puniri, & coerceri Contumacia Rei possit? *n. vi.* ginti quatuor omnino diversas pœnas contumaciæ Rei non comparentis enumerat Marant, *de Ord. Judic. p. 6. tit. de contumac. à n. 9.* aliquas referam: ceteræ apud ipsum videri possunt.

Igitur 1. contumax ob inobedientiam potest multari arbitrariâ quidem pœnâ, nunquam tamen usque ad amissionem causæ, vel confiscationem omnium bonorum, nisi delictum sit extraordinariè grave *l. ex quacunque 2. §. si quis 1. ff. si quis in jus vocatus non ierit &c.*

2. Patitur immisionem actoris in bona sua ex primo Decreto custodia primùm causâ, & si perleve-

ret in contumacia, ex secundo Decreto in possessionem veram, ut *n. 49. 50. & 52.* dixi, & dicitur explicatius *Tit. seq. 3.* Non auditur, nisi resectis expensis *c. cum dilecti 6. h. tit.* vel si non sit solvendo, aliter ex arbitrio Judicis satisfecerit *c. finem litibus 5. eod.* 4. Potest capi, & incarcerari, vel alio modo ad Judicium invitus trahi *l. consentaneum 8. C. quom. & quand. Judex &c.* 5. Potest excommunicari *c. tue 3. ut lit. non contest.* 6. Potest procedi adversus ipsum ad capienda pignora *l. temporibus 1. §. quid ergo 3. ff. de inspiciend. ventr. & custod. part.* 7. Aliquando punitur sequestratione, ut patet ex *n. præc.* & toto *Tit. 17. infra.* 8. Perdit beneficium appellandi *l. ex consensu 23. §. fin. ff. de appellat. & relation. & ibi Gloss. Bartol. ceterique Interpretes.* 9. Habetur pro præsentate in suum præjudicium *Auth. qua in Provincia §. eo autem C. ubi de crim. ag. oport.* 10. Habetur pro confesso, secundum quòd ei magis est præjudicium *l. de atate 11. §. qui tacuit 4. ff. de interrog. in Jur. faciend.*

Dub. 1. quæ circa has pœnas sint 55 advertenda?

n. 1. non debet, nec potest regulariter Judex procedere contra contumacem, nisi ad instantiam partis in Judicio comparentis; quia pœnæ istæ potissimum cedunt ad privatum istius commodum, non debet autem Judex ad privatum commodum interponere officium suum, nisi requiratur à partibus.

2. Antequam multa, Excommunicatio, vel alia pœna feratur in contumacem, citari debet ad excusandum se; quia impeditus venire in termino non est contumax, Passerin, *inc. 1. b. tit. in 6. n. 8.*

3. Licet contumax non tantum reum, sed etiam Judicem, & Remp. offendat, nihilominus, ubi neuter comparet, & sic quantum ad interesse partium contumacia unius compensatur contumaciâ alterius, postquam jam partis non interest, nec Reip. debetur multa. Passerin. *l. cit. n. 16.*

4. Pœna contumaciæ ad hæredem, vel successorem, etiam singularem, non transit; quia ex delicto debetur, cujus obligationes sunt personales: hinc ob defuncti contumaciam hæredi, & ob venditoris, vel donatoris emptori, vel donatario audientia in Judicio deneganda non est. Sabell. *summ. §. Contumacia n. 14.* & alij apud ipsum.

5. Est nec minor contumax audiatur in Judicio, nisi resectis expensis, tamen si has refecerit, ut aures Judicis illi pateant, & causâ cognitâ appareat læsus, illas repetit. Sabell. *l. cit. n. 4.* quod nonnulli extendunt etiam ad mulierem, & rusticum.

Dub. 5. quomodo, & quando Reo 56 contumaci negetur Appellatio?

n. 1. differentiam esse faciendam inter verè, & fictè, seu præsumptivè solum contumacem, Qui fictè solum, & præsumptivè est contumax, si contra eum (uti potest) sententia feratur

in contumaciam, intra decendum à die notæ sententiæ late appellare potest, vel in integrum restitutionem petere c. cum Bertholdus 18. & ibi Abb. n. 18. de sent. & rejudic. Vere autem contumax, licet secundum aliquos restitui in integrum (si legitimum impedimentum ex post facto debito modo probaverit) possit, appellare tamen non permittitur l. ejus 1. C. quor. appell. non recip. Gaill. l. 1. obs. 132. n. 6. Besold. de Process. Judic. c. 5. in fin. Imò nec supplicare potest Principi pro revisione causæ. Sabell. §. contumacian. 9. Contrarium tamen observatur de Stylo Rotæ, in qua ad appellandum admittitur etiam verus contumax, ut Sabell. l. cit. notat, & p. 2. Decis. 396. noviss. à se allegata confirmat.

57 Dub. 3. quando adversus Prælatum criminofum in contumaciam procedi possit? R. triplicem viam esse, quâ adversus talem procedi potest. 1. Per modum accusationis: & tunc opus est, ut prius oblatus sit ab actore Libellus, & lis utrimque sit contestata;

aliàs, etfi contumax reus sit, ad sententiam ferendam procedi nequit. 2. Extraordinariè per viam Inquisitionis, ex mero, & puro officio Judicis, præcedente publica infamia citati: ex eo casu nec Libellus offerri, nec litis contestatio fieri debet, sed statim, si citatus contumax sit, receptis testibus, sententia condemnatoria ferri debet. 3. Per viam denuntiationis, ita ut adfit denuntiator aliquis, seu promotor Judicialis inquisitionis faciendæ, qui suo, vel aliorum nomine petat inquiri in Prælatum ad ejus depositionem, seu amotionem ab administratione in spiritualibus, & temporalibus, ne ulterius Ecclesiæ obfit: quo casu si illè post legitimam citationem non compareat, sed contumaciter se absentet, contra eundem, etiam lite non contestata, receptis prius testibus, & habitis sufficientibus probationibus, ne ob contumaciam contingat delictorum impunitas, definitiva sententia condemnatoria ferri potest, ut cum alijs notat Laym. in c. 8. b. tit. n. 3.

TITULUS XV.

De eo, qui mittitur in Possessionem causâ rei servandâ.

Dixi Tit. præc. à n. 49. Actorem, quando reus sine justa causa contumaciter abest, mitti in possessionem bonorum Rei. Hæc non minima contumaciæ poena est, cum nihil ferè hominibus majorem dolorem incutiat, quàm si bona à majoribus per manus accepta ab extraneis videant occupari. Ideo statuta à Jure est, ut Actoris intentio

non frustretur, & reus tædio talis missionis affectus, accedat responsurus: hinc etiam Tædialis dicitur. Duplex est ejusmodi Missio, ea videlicet, quæ fit ex primo Decreto, & ea, quæ ex secundo. De utraque hoc Titulo agitur, licet in Rubrica Tituli tantum fratrem de prima: ut proinde in præfenti tractatione Nigrum sit generalius rubro, prout etiam aliàs sæpe contingit.

§. I.

De Missione in Possessionem ex Primo Decreto.

SUMMARIUM.

1. Missio ex primo Decreto quid?
2. 3. Rectè decernitur.
4. 5. Fit à Judice habente mixtum Imperium.
6. Contra ream absentem.
7. Admunicula huic concessa à Jure.
8. 9. 10. Modus mittendi in possessionem.
11. Discrimen missionis in actione personali ab ea, quæ fit in reali.
12. Locum habet in omni actione, nisi illam aut actionis, aut rei natura excludat.

13. 14. 15. Exceptiones.
16. 17. Requisita ad missionem ex primo Decreto.
18. 19. 20. Ita missus non fit verus possessor.
21. Triplex Exceptio.
22. 23. Effectus missionis ex primo Decreto.
24. Locus ei est aliquando etiam casu, quo lite non contestata deveniri ad sententiam definitivam potest.

QUæritur 1. quid intelligatur per primum Decretum? R. intelligitur sententia interlocutoria Judicis, quâ ob contumaciam Rei Actor in bona illius custodia causâ mittitur, ut illa pignoris vice teneat, donec reus veniat responsurus. Sumitur ex c. constitutis 1. h. tit. & notant Gonz. in c. 3. ut lit. non contest. n. 12. Pax Jordan. l. 14.

tit. 13. n. 210. Barb. in c. 1. cit. n. 2. Engl hic n. 1. Pirh. n. 1. Schamb. n. 3. Sannig c. 1. n. 2. & novissimè P. Schmier Proc. Judic. c. 3. n. 50. Usus ejusdem est in Judicis Statuum Imperij, ubi Jus commune viget: in Summis ejusdem Tribunalibus tam primum, quàm secundum Decretum in totum abolita esse cum Klockio, Rodingherio & alijs ex Re-cessu Imperij de Anno 1654. §. wurde hiet- auf