

sunt restitui, et ex altera cum possessor ex eorum perceptione verum commodum non habuerit, si eos restituere teneretur, non quidem utilitatem sed positivum detrimentum retulisset ex legitima possessione. Hoc principium exonerans possessorem a restitutione fructuum consumptorum extenditur ad tempus durationis bonæ fidei. Atqui post litem contestatam non censetur in jure possessio esse amplius bonæ fidei, hinc qui fuerat in bona fide, tenetur restituere fructus perceptos et consumptos post litem contestatam.

25. At si possessor bonæ fidei ex fructibus rei alienæ consumptis veram utilitatem expertus fuerit, seu si revera ditior factus fuerit, juxta sententiam Abbatis in *cap. 11. h. t. n. 6.*, quam Reiffenstuel *h. t. n. 149* communiorem dicit, restituere tenetur in quantum ditior factus est etiam ante litem contestatam, sive fructus fuerint naturales, sive industriales, recuperabit vero expensas factas, nec non mercedem culturæ, et curæ adhibitæ in re aliena. Quare restitutio faciendâ est quoad excessum, ut aiunt, obtentæ locupletationis. Firmant hanc theoriam legibus *Sed et si. 25. §. Consuluit. ff. De heredit. petitione, et l. 1. Item veniunt 20. ff. eod. §. 6.* Ratio juris autem est, quia semper verum est in quacumque hypothesi augmentum, quo locupletior factus est possessor, procedere ex re aliena. Hinc possessor ex aliena jactura ditior factus est. Jamvero adagium juris fert neminem posse legitime ditiozem aliena jactura sese reddere. Ergo possessor bonæ fidei restituere debet etc.

Dixi superius juxta *sententiam Abbatis*, quia non desunt doctores qui distinguunt inter judicia particularia et judicia universalis. In judiciis universalibus prout est iudicium petitionis hæreditatis, de quo agunt citatæ *leges 20. et 25. ff. De hæreditatis petit.*, tradunt restitutionem faciendam esse etiam de eo, in quo possessor ditior factus est, eo quod locupletatio censetur esse inhærens ipsi substantiæ hæreditariæ, et per consequens dum evincitur et restituitur hæreditas, evicta censetur et est restituenda etiam ipsa locupletatio. Si autem sermo sit de iudicio particulari, prout est iudicium rei vindicationis, doctores isti tradunt possessorem bonæ fidei restituere non teneri fructus consumptos, eo quia leges civiles possessoribus bonæ fidei ex titulo particulari præcipiunt solummodo restitutionem fructuum extantium. *L. Certum 22. C. De Rei Vindicat.*; et absolute docent possessorem bonæ

fidei lucrari fructus consumptos. *L. Sed et loci ff. finium regundorum et §. Si quis a non domino. Inst. De Rei Divis.*

Animadvertimus in materia civili, prout est restitutio fructuum, dispositionem juris civilis suum valorem habere etiam in ordine ad constituendam regulam fori ecclesiastici, immo etiam conscientiæ.

Ceterum non admitterem ullo modo, posse dominum rei exposcere ab antiquo possessore, ex titulo particulari, fructus etiam perceptos et consumptos, quando tempora legitimæ præscriptionis elapsa fuerint. Nam si possunt fructus extantes vel percepti præscribi, a fortiori poterunt præscribi fructus consumpti in bona fide.

Censetur autem possessor locupletior factus, ex fructibus rei alienæ, quando occasione fructuum alienæ rei, quibus usus est, non fecit sumptus ex propriis bonis, quos ceteroquin facturus fuisset cum detrimento rei suæ. Quare si possessor occasione fructuum alienæ rei majores fecerit expensas, non tenebitur omnia restituere, sed solum ea restituet, quæ consumpsisset ex bonis suis, et non consumpsit, eo quod ditior factus est, ob alienam rem. Pariter si possessor aliquid ex fructibus rei alienæ donaverit, ex quo actu nihil emolumenti sperat sibi obventurum, ditior factus non dicitur, nec proinde restituere debet quanti interest.

26. Tandem si *quæretur* quoadusque perseverare præsumatur bona fides, et ex quo possessor censeatur constitutus in mala fide in ordine ad fructuum restitutionem, dicendum est malam fidem præsumi a litem contestatione. Ita in *cit. l. 22. Cod. De Rei Vindicat.* ubi dicitur post litem contestatam restituendos esse fructus universos.

#### TITULUS XIV.

#### De Dolo et Contumacia.

In judiciis exercendis non raro intervenit dolus et contumacia, quæ vel retardant prosecutionem et exitum litis, vel offerre possunt in specie etiam materiam causæ incidentalis. Quare in explicatione ordinis judiciarii, in jure nostro tractatur de dolo et contumacia. Sit 1<sup>o</sup>)

## De Dolo.

1. Dolus in jure romano nihil aliud erat nisi solertia et calliditas. Hinc solertia prout finem honestum vel pravum habebat, dicta est *dolus bonus* vel *dolus malus*. Dolus in jure nostro juxta tituli præsentis vim et intelligentiam sumitur pro dolo malo, atque ita definitur. 'Calliditas, seu fallacia, vel machinatio adhibita ad alterum fallendum et decipiendum.'

Dolus præsertim in contractibus consideratur. Hinc quæstio proponitur de valore contractus, in quo locum habuit dolus. Dolus potest contractum inficere vel *in substantia*, vel *in qualitatibus accidentalibus* et *accessoriis*. Quando incidit in substantiam, seu quando ipsam materiam mutat, contractus nullus est ipso jure ex defectu naturalis consensus. Nam deceptio substantialis inducit in alio contrahente errorem substantialem; qui aliquam in rem consentit, dum res ista est prorsus alia et distincta ab ea, quæ in ejus mente versatur, revera non consentit. Voluntas enim sequitur intellectum. *Cf. l. Non idcirco. C. De juris et facti ignor.* Exemplo res explicatur. Ita si quis arbitratus objectum coemptum esse gemmam, quod reapse est vitrum, non censetur consensisse in vitrum, et proinde ex defectu consensus nullus est contractus, qui nihil aliud est, quam 'duorum vel plurium in idem placitum consensus.'

2. Quod si fraus vel dolus incidat in qualitates secundarias, distinguendum est utrum dolus dederit causam contractui, vel non. Causam dedisse contractui dolus censendus est, quando quis ad contractum celebrandum inductus est ex ipsa fallacia, seu ex dolo persuasionibus, et nisi ipsæ persuasiones adfuissent, certe non contraxisset. Aliis verbis. Dolus dat causam contractui, quoties aliquis inducitur ad contractum celebrandum præcise ob rei qualitatem, circa quam ex dolo alterius contrahentis deceptus est. Non autem dedisse causam contractui dolus censendus est, quando in contractu solummodo incidit dolus, ita ut contractus celebratus etiam fuisset, si dolus non adfuisset. Unde dolus fecit ad summum, ut contractus facilius celebraretur. Profecto si dolus circa qualitates accidentales causam non dedit contractui, sed solum incidit in contractum, contractus valet, sed ab altera parte peti potest compensatio læsionis, quæ ex dolo derivavit sibi. Ita communiter. Et merito. Nam ex una parte quoniam dolus, se-

cundarias qualitates respiciens, causam non dedit contractui, salvam relinquit substantiam contractus, et censetur verus interfuisse consensus; ex altera vero parte certum est unum ex contrahentibus læsionem passum fuisse ex malitia alterius. Quare dum ex una parte contractus sustinetur, ob integritatem substantialem consensus, ex altera parte etiam facienda est compensatio læsionis, quæ ex fraude provenit.

3. Quod si dolus in accidentalibus circumstantiis causam dederit contractui, communiter a doctoribus recipitur theoria Lessii, *De Just. et Jure. lib. 2. Cap. 17. Dubitat. n. 29.*, qui docet contractum per se sustineri, et nullum ipso jure non esse, sed posse rescindi et in irritum reddi ad partis læsæ petitionem. Ratio theoriæ est, quia etiam sub influxu et actione hujus doli remanet sufficiens consensus circa substantiam rei, idest circa objectum contractus ita ut conventio stare possit. Hinc per se contractus valet; valere etiam contractum præstat ad vitanda pericula negotiorum commercii, quæ possent nutare, si ex dolo in accidentalibus nullus esset contractus ipso jure. At ne jura civium lædantur, et ne fraus alicui prosit, poterit pars, quæ læsionem ex dolo passa est rescissionem contractus petere. Verum exceptio verificatur in contractibus vel actibus qui a jure irrevocabiles habentur. Isti enim vel statim invalidi sunt, vel si in principio fuerunt validi, deinde rescindi nequeunt. Quare contractus isti, vel actus positi sub dolo, qui afficit qualitates secundarias, validi sunt, qui vero dedit causam contractui vel actui potius dicendi sunt nulli ipso facto.

Non desunt qui quæstiones circa materiam doli resolvunt applicando principia quæ regunt materiam læsionis. Hinc in casu læsionis gravis vel enormis derivatæ ex malitia alterutrius contrahentis concedunt decipienti optionem vel præstandi indemnitate alteri parti, vel rescindendi contractum si est rescindibilis. In casu læsionis minimæ contractus sustinetur, sed indemnitas præstanda est. In casu autem enormissimæ læsionis, cum deficere censeatur ipsa substantia contractus, nullus est contractus ipso jure. Theoria hujusmodi admitti potest, sed magis æqua est prior, quæ non tam damnum toleratum considerat, quam ipsam decipientis malitiam, et malum fallendi propositum.

4. Hæc dicta sint de dolo, qui relationem habeat præsertim ad contractus. In genere vero quæri potest quomodo consulatur a jure illi qui dolum passus est. Et quidem si quis dolo circum-

ventus aliquid præstitit ex quo damnum passus est, habet ex jure prætorio Romanorum, æquitati naturali innixo, actionem personalem contra decipientem, ad consequendam indemnitate. *L. 1. ff. De Dolo malo.* Eadem æquitate naturali suadente, conceditur a civili jure ipsa eademque actio contra hæredes et successores decipientis, ut teneantur præstare id quo ratione doli locupletiores facti sunt. *L. Si plures. ff. De Dolo malo.* Quod si positivum damnum passus non est ille qui fuit dolo circumventus, sed in jus vocetur et præstat, quod spondit, poterit utiliter se tueri *exceptione doli mali.* Ita in jure romano statutum legimus §. 1. *Inst. De Exceptionib.,* et æquitas naturalis plene consonat eidem. Aequum enim non est ut qui circumventus est juridice urgeatur ab ipso decipiente, et eo ipso in negotio in quo deceptus est, iudicii actionem sustineat. Datur vero hæc exceptio quoties aliquid contra æquitatem naturalem exigatur. *L. apud Celsum ff. De Doli mali Exception.* At idem jus romanorum excipit casum parentum vel patroni. Scilicet quoties vel parentes, vel patronus aliquid exigant etiam præter naturalem æquitatem filius vel libertus non potest objicere exceptionem doli, quia filius et libertus curare debent bonam famam parentum et patroni.

### De Contumacia.

5. Contumacia in sensu tituli est 'inobedientia erga iudicem legitime jubentem commissa'. Ut verificetur contumacia, iudex debet legitime jubere, tantum enim valet iudicis potestas, quantum legitime munere suo fungitur. Hinc invocari etiam hic potest tritum illud adagium. 'Extra territorium jus dicenti impune non paretur.' Quæritur quibus modis committatur contumacia.

Reus contumax est si legitime citatus recuset se sistere coram iudice. Quæ species contumaciæ locum etiam habet cum reus latitat, vel alio modo impediatur quominus ad eum citatio perveniat. Actor vero contumax est quoties non compareat in termino citationis ex ejus petitione reo intimata. Hæc tum rei tum actoris contumacia purgatur, quoties causa justæ absentiae allegatur et probetur. Uterque contumax esse censetur 1º) Si alteruter temere a iudicio recedat, 2º) si peculiari iudicis præcepto alteruter non obediat, ex. gr. si iudex juramentum calumniæ aut malitiæ exigat, et alteruter illud præstare recuset. Si præcipiat illud præ-

stari instrumentum, et præceptum contemnetur. 3º) Si alteruter non respondeat petitionibus ab altera parte propositis, vel si dubius et obscure respondeat.

### De Remediis contra contumacem.

6. Tria in genere præmittenda sunt 1º) Iudex adveniente die præfixo pro causa definienda, et partibus collitigantibus intimato, poterit absentem instante altera parte condemnare uti contumacem. Ita *cap. 24. De Off. deleg.* Nam præfixio termini ad comparandum, intimata partibus collitigantibus considerari potest ceu decretum juridicum cui eadem partes obtemperare debent. Verum cum iudex præ oculis non solum ordinem judiciale, sed magis justitiæ rationem habere debeat, hinc æquitate suadente poterit absentem exspectare in diem sequentem, nec contra iudicis arbitrium poterit conqueri pars diligens. At differre potest iudex in sequentem diem sententiam, dummodo in sequentem diem adhuc ejus jurisdictio perduret. Si enim de iudice delegato sermo sit, potest jurisdictio concedi ad tempus, seu etiam ad diem determinatum, quo elapso cessat jurisdictio. Ad rem facit *cit. cap. 24. De Off. Deleg.* Ratio aperta est. Quia iudex æquitatem prosequens, utitur jure suo. Hinc si ratio æquitatis vel magis vel æque faveret parti diligenti, iudex statim poterit absentem condemnare.

2º) Præmittendum est iudicem severiorem esse debere contra actorem contumacem, quam contra reum; cum enim actor sponte sua iudicium inchoaverit, et quodammodo volens prosequatur, majori reprobatione dignus apparet præ reo qui non nisi coactus in iudicium venit.

3º) Antequam iudex contra contumacem procedat, et pœnas contumaciæ applicet, debet videre an verificetur contumacia, et declarare debet actorem esse contumacem, vel reum esse contumacem, ita in *cap. 6. h. t. §. fin.* Nam pœna infligi non potest, nisi antea constet de culpabilitate.

7. Quibus positis si actor sit contumax a) Iudex ad instantiam rei, vel trina citatione, vel una tantum peremptoria ad locum domicilii transmissa denunciabit terminum adsignatum ad comparandum. Si actor absens sit vel latitet, citandus est ejus procurator si adsit. Si nec procuratorem reliquerit, citatio perficietur per edictum affigendum ad valvas curiæ, vel Ecclesiæ aut domus,

ubi commorari solebat. Ita in *cap. 3. h. t.* Hodie inductus est mos citationem absentium inserendi in publicis ephemeridibus. Advertendum die termini præfixi, ad instantiam rei, poterit iudex in negotio, etiam in lite non contestata procedere, testes audire, allegationes excipere, et cognita veritate sententiam proferre. Ita *cit. cap. 3. h. t.* Dixi *ad instantiam rei*, quia potest esse utile reo, ut testes audiantur, veritas probetur, et iudicium per sententiam compleatur. Si vero placeat reo iudicium contra se institutum non esse finiendum, poterit b) petere *circumduci edictum*, scilicet destrui virtutem citationis et libelli contra se ab actore propositi, ita ut libere valeat ab iudicio recedere. Immo petere potest reus ut etiam acta quæ ob citationem gesta sunt, nullius valoris reddantur. At hoc remedium plene non liberat reum a vinculo obligationis erga actorem, nec actor restitutis expensis, poterit iterum actione sua reum perstringere. Circumductio enim edicti et rescissio actorum restringitur solummodo ad destruendam virtutem citationis, in actuali instantia propositæ, et ejus effectus. Verum actor iterum iudicium promovens non auditur nisi sufficienter caverit se a iudicio non recessurum esse. *Cap. 1. h. t. in VI.* c) Reus potest exposcere ut iudex non solum pronunciet in ejus favorem contra impetitionem actoris, sed si sufficientes probationes habeat, petere potest ut iudex pronunciet de ejus bono sive absolute, ita nempe ut non solum declaret rem litigiosam haud pertinere ad actorem, sed simul declaret esse propriam rei ipsius. *Cf. cap. 3. De caus. poss. et propr.*

#### De Remediis contra reum contumacem.

8. Reus, quemadmodum actor, debet vel trina citatione, vel una peremptoria ad iudicium vocari. Porro intervallum inter unamquamque citationem, licet juxta civile jus sit decem dierum, tamen jure canonico remittitur prudenti arbitrio iudicis, qui consideret varias temporis, personarum, et distantiae locorum circumstantias. Ita interpretes *ex can. De Illicita caus. 23. q. 3. et ex cap. 1. De Dilation.* Adveniente autem termino præfixo, iudex declarabit reum esse revera contumacem, et inde contra eum poterunt pœnæ adhiberi videlicet 1<sup>o</sup>) Privatur jure producendi rationes suas ad sese tuendum, nisi expensas refecerit, et idoneam cautionem præstiterit se a iudicio non recessurum. *Cap. Quoniam. 10. Ut lite non contestata.* 2<sup>o</sup>) Secunda pœna est ut actor

mittatur ex primo decreto iudicis in possessionem rei litigiosæ custodiæ causa, de qua in titulo sequenti, et deinde ex secundo decreto actor constituitur ceu legitimus possessor ejusdem rei. *Cit. cap. Quoniam.* 3<sup>o</sup>) Alia pœna esse potest sequestratio fructuum usque ad exitum iudicii. *Cap. 25. De Rescriptis.* 4<sup>o</sup>) Si contumacia admissa sit in respondendo reus habetur vel sicuti affirmans, vel sicuti negans in ejus præjudicium. Tandem 5<sup>o</sup>) animadverti debet jure antiquo frangi potuisse contumaciam comminatione censurarum. At hodie ne vilescerent pœnæ spirituales et contemnerentur, recessit mos adhibendi censuras in qualitate actuum judicialium contra contumacem, et solum a iudice ecclesiastico possunt adhiberi censuræ 1<sup>o</sup>) In iudiciis non criminalibus, quando reliqua juris remedia in irritum cesserint, 2<sup>o</sup>) In iudiciis criminalibus si delicti qualitas id postulet, nec fieri possit executio sive realis sive personalis. Præcedere autem debet bina monitio. *Conc. Trid. Sess. 25. De Ref. Cap. 3.*

#### TITULUS XV.

#### De eo qui mittitur in possessionem causa rei servandæ.

1. Quoniam immissio in possessionem rei custodiendæ causa concedebatur in casu contumaciæ rei, hinc titulus præsens ordinem subsequens præcedenti subnectitur.

Cum non semper in contumacia rei possint evidentes, vel saltem sufficientes probationes parari, quibus causæ meritum illico definiatur, hinc ne commodum interim reus ex sua contumacia reportaret, remedium juridicum statutum fuit, quo frangi facile posset hæc rei contumacia. Hoc remedium concedi potest a iudice, qui suspensio parumper iudicio in causa principali, per sententiam interlocutoriam immittit actorem in possessionem rei litigiosæ custodiendæ causa.

Porro duplex est ex decreto iudicis immissio in possessionem, et alia ex primo, alia ex secundo decreto dicitur. Missio ex primo decreto nihil aliud est nisi decretum iudicis, quo ad frangendam rei contumaciam, mittit actorem in possessionem bonorum custodiæ causa. Hinc missio ut concedatur 1<sup>o</sup>) Debet esse lis incepta; et si de actionibus realibus sermo sit non conceditur quando lis est jam contestata. Nam post litem contestatam in actionibus realibus, iudex potest procedere ad sententiam definitivam in merito

si adsint sufficientes probationes. *L. properandum. §. Sin autem, et gloss. ult. in Cap. prout 4. De Dolo et Contumacia.* Quæ si desint conceditur actori non nuda possessio, qualis est possessio ex primo decreto, de qua loquimur, sed vera et legitima possessio bonorum, cum omnibus effectibus et commodis, quæ possessionem sequuntur. *Cit. Cap. 4. De Dolo et Contumacia.*

2<sup>o</sup>) Præcedere debet summaria cognitio causæ, ob quam actor rem petit.

2. Porro in actionibus realibus primum decretum iudicis concedit possessionem bonorum petitorum ab actore in citatione et libello, in actionibus vero personalibus per primum decretum actor immittitur pro modo crediti in possessionem bonorum mobilium primo, deinde etiam immobilium debitoris, si mobilia imparia sint oneri sustinendo. Ita *cap. ult. Ut lite non cont. §. fin.* Possessionis hujus scopus est solum, ut reus tædio affectus in iudicium veniat. Quare actori conceditur possessio bonorum, ut eadem retineat solum custodiae causa, et ipse actor non dicitur revera possidere, sed esse in possessione bonorum. Hinc actor non facit suos fructus bonorum, sed eos conservare debet, ut eos cum bonis ipsis cessante contumacia reo restituat. Cessat vero contumacia si intra annum computandum a die editi decreti veniat reus in iudicium ad respondendum, et expensas solvat, simulque idoneam cautionem præbeat se a iudicio non recessurum. *Ex cap. 2. h. t.* Ex conceptu tradito missionis in possessionem ex primo decreto, sequitur ejus effectum esse, ut actor habeat jus custodiendi et defendendi tum rem possessam, tum ejus fructus, nec non alienandi eos fructus, qui servando servari non possint. Quare vi primi decreti actor habebit etiam interdictum contra quemcumque, qui eum in possessione et custodia rei et fructuum turbare conetur.

3. At quid si intra annum reus vel non veniat in iudicium, vel cautionem congruam non præstet? Si neutrum culpæ tribui possit reo, damnum aliquod exinde eidem reo non imminet. Nam tota dispositio juris de hac precaria possessione bonorum exhibet pœnam contra malitiam vel negligentiam rei. Hinc in *cap. 2. h. t.* traditur annale tempus non decurrere ei, qui cautionem utique obtulit, sed per iudicem stetit quominus reciperetur. Verum si reus neglexerit intra annum purgare contumaciam, in actionibus quidem realibus, die ipso interpellante pro homine, actor post elapsam annum videtur posse considerari ceu verus et legitimus

possessor rei et fructuum. Ita insinuatur in *cap. 5. Ut lite pendente. §. In aliis.* At melius et generaliori regula tenendum est, locum habere secundum decretum iudicis, quo decernit actorem esse legitimum possessorem bonorum, quæ custodiebat ex primo decreto, ita ut deinceps reus non amplius de possessione, sed solum possit audiri de proprietate. Scilicet reservatur reo solummodo legitima defensio super proprietate et dominio eorundem bonorum. *Cap. 1. h. t.* Sequitur inde actorem 1<sup>o</sup>) in ea reperiri conditione ut possit præscribere per longum tempus contra reum, 2<sup>o</sup>) facere fructus suos, quos colligit ex re possessa, ita ut si deinde res evincatur ab eo, non teneatur restituere fructus jam consumptos, nisi fortasse, juxta ea quæ dicta sunt superius, in quantum ditior factus est; 3<sup>o</sup>) actorem exinde possidere legitime etiam fructus perceptos in decursu primi anni et adhuc extantes, quia considerari possunt ceu accessorium rei; 4<sup>o</sup>) post hoc secundum decretum præsumptionem proprietatis esse in favorem actoris legitime possidentis. Hinc onus probandi urget ipsum reum, si velit rem, quam suam arbitratur vindicare. Uno verbo ex secundo decreto actor acquirit, et vicissim reus amittit omnia jura et comoda, quæ legitimam possessionem sequuntur.

#### TITULUS XVI.

#### Ut lite pendente nihil innovetur.

1. Quoniam immissio in possessionem rei litigiosæ immutationem importat in statu quæstionis in commodum quidem actoris, et in rei conventi detrimentum, ne ultra limites justis et æqui immutatio fiat, titulus præsens positus est, in quo ad modum legis statuitur principium 'Ut lite pendente nihil innovetur'.

Quæritur 1<sup>o</sup>) 'Quandonam lis pendere dicatur'.

Responsio categorice datur a *Clement. un. h. t.* ubi dicitur 'Cum lite pendente nihil debeat innovari, litem quoad hoc pendere censemus, postquam a iudice competente in ea citatio emanavit, et ad partem citatam pervenit, vel per eam factum fuit, quominus ad ejus notitiam non perveniret, dum tamen in citatione prædicta, talia sint expressa, per quæ plene possit instrui super quibus in iudicio convenitur'. Postrema conditio hodiernis moribus, non videtur esse necessaria explicite. Nam non amplius distin-