

c. *Querelam*. 2, de *Procurat.* etc. *Cum Bertholdus*, 18, juncta Glossa γ . *Justam causam*, de *Sentent. et re judicat.* Siquidem juste impedito tempus ad agendum non currit, arg. l. *Quasitum est*, ff. de *Re judicat.* Unde ad evitandum illud inconueniens æquum est, ut iudex non nihil expectet, donec de contumacia absentis melius constet.

71. *Tota dies cedit citato.* — Deinde, quamvis citatus teneatur comparere hora diei sibi in citatione præfixa, vel si non exprimitur hora, quam curia solita est tenere, ut dictum supra tit. III, de *Libelli oblatione*, § 2, n. 65; nihilominus non dicitur contumax; eo quod illa hora non comparuerit, si ante ultimam adhuc horam totius diei venerit: quia tota dies citato cedit, arg. l. *Omnis stipulatio*. Instit. de *Verbor. obligat.*; Additio ad Abbatem in c. *Consuluit*. γ . *Hora diei præfixa*, de *Offic. delegat.*; Bartolus ubi supra; Card. de Luca de *Judiciis*; discours. 41, n. 18, post Rotam decis. 199, part. V recent., quamvis addat, in hoc deferendum esse tribunalium stylis.

72. *Solvuntur contraria.* — Dices: Iudex ita tenetur utramque partem litigantium audire, ut neutri præjudicium inferat: atqui hoc fieret, si posset parti absentem, seu contumaci parcere, ac terminum peremptorium prorogare in aliam horam, vel etiam diem sequentem; hoc enim vergeret in præjudicium partis præsentis, et alterius contumaciam accusantis; ergo. Resp. neg. min.; tum quia iudex ita prorogaret terminum peremptorium æquitate suadente, jureque permittente, ne alioquin forsitan innocentem, seu ex justo impedimento non comparentem, damnaret in contumaciam; tum quia ejusmodi prorogatio modici temporis nequit cedere in magnum præjudicium partis præsentis (de modico autem non est curandum, l. *Scio*, ff. de *Resstitut. in integr.*), quia in mora modici temporis non est periculum, l. *Si debitori*, ff. de *Judiciis*.

73. *Non potest tunc iudex remittere expensas, quas pars præsens fecit ob absentiam alterius.* — Accedit quod si revera pars præsens idcirco pateretur grave præjudicium, puta, quia majores fecisset expensas in veniendo de longinquo, tunc contumaciter absens teneretur has resarcire, neque posset eas iudex remittere: alioquin ipse de suo restituere cogeretur expensas, l. *Sancimus*. c. de *Judiciis*; Glossa in cit. c. *Consuluit*. γ . *Gratiam fecerit*; et Abbas ibid. n. 9. de *Offic. deleant.*

citans Innocentium; Pirhing b. t. n. 90, et alii, nonnullis tamen exceptis, quos allegat Abbas loc. cit.

74. *Terminus peremptorius est quedam sententia interlocutoria. Hæc transit in rem judicatam quoad partes, non quoad iudicem.* — Urgebis: Terminus peremptorius citationis videtur esse quedam sententia interlocutoria; quia iudex censetur tacite pronuntiare, quod quis cessante justo impedimento tunc absens, non audiatur post illum terminum, arg. l. *A procedente*, juncta Glossa fin. c. de *Dilationib.* Atqui sententia interlocutoria, a qua intra decennium non est appellatum, transit in rem judicatam. c. *Significaverunt*. 36. de *Testib.* et c. *Quod ad consultationem*. 15. de *Sentent. et re judicat.*, et consequenter terminus ille nequit amplius per iudicem, invita altera parte, prorogari. Resp. disting. min. Sententia interlocutoria, a qua non est appellatum, transit in rem judicatam, quoad partes litigantes, conced., quoad iudicem, neg. Licet enim sententia illa interlocutoria transeat in rem judicatam quoad partes, atque idcirco pars negligens, seu contumaciter absens, non possit ex se, atque ex jure suo petere, quod post elapsum terminum peremptorium adhuc audiatur: ab hoc enim, virtute peremptorii, jam intelligitur exclusa. Secus tamen est dicendum quoad iudicem: in hunc quippe talis sententia interlocutoria non cadit, ac proinde quoad ipsum etiam non transit in rem judicatam. Quinimo, ut notat Mascardus de *Probationibus*, concl. 1236. n. 15 et 16. post Bellameram decis. 744. et alios, ejusmodi sententia interlocutoria censetur habere tacitam illam conditionem, nisi iudex suadente æquitate partem absentem adhuc duxerit esse admittendam: potest enim ipse sententiam suam interlocutoriam remittere, ac revocare, l. *Quod jussit*, ff. de *Re judicat.*

75. *Iudex etsi possit, non tenetur expectare contumacem in diem sequentem.* — Resp. III. Quamvis iudex possit parcere contumaci, eumque in diem alterum expectare; adeo, ut pars adversa non possit contradicere, eo quod utatur potestate sibi per legem concessa, ut hactenus dictum: nihilominus iudex ille ad hoc non tenetur, sed si voluerit, termino peremptorio elapso poterit illico, ad instantiam partis præsentis, condemnare absentem in contumaciam. Ita desumitur ex cit. c. *Consuluit*, juncta Glossa, γ . *Æquitate*, ff. de *Offic. delegat.*, et tradunt doctores proxime

DE CONTUMACIA ACTORIS, MODOQUE CONTRA HUNC PROCEDENDI.

allegati. Accedit ratio, quia pars absens revera incidit in contumaciam; et ideo sibi imputet, quod fuerit negligens. Aut, si forsitan ex justo impedimento abfuisset tunc, vel tempestive oportuisset mittere excusationem absentiae ad iudicem; vel saltem in posterum oportebit justam causam absentiae allegare, et probare: quo facto ad ejus instantiam revocatur sententia condemnatoria in contumaciam contra eum lata, ipseque restituitur in integrum, ut jam dictum supra n. 64.

76. *Non quidquid iudicis potestati permittitur, juris subjicitur necessitati. In arbitrariis prodest habere iudicem favorabilem.* — Nec urget, quod iudex possit absentem expectare in diem alterum. Resp. enim, hinc neutiquam sequi, quod etiam teneatur expectare: quia non omne, quod potest iudex, etiam necesse habet facere; sive, « non quidquid iudicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati, » ut loquitur textus in l. *Non quidquid*, ff. de *Judiciis*, et l. I, c. *Quomodo et quando*, etc. Ac proinde iudex ille, motus æquitate, et quasi ex gratia, potest quidem partem absentem expectare, et admittere in diem sequentem, si voluerit, haud obstante lapsu temporis peremptorii: ad hoc tamen non tenetur, ne quidem ad instantiam partis, utpote per lapsum temporis peremptorii jam exclusæ. Mascardus loc. cit. n. 14, et alii. Unde in hujusmodi arbitrariis multum prodest, habere iudicem favorabilem. Abbas in cit. c. *Consuluit*, n. 2. de *Offic. delegat.*; Menochius, de *Arbitrar. judic.* lib. I. quæst. 63. n. 3, allegans alios.

77. *Iudex ex æquo et bono debet moderari suum arbitrium.* — Accedit, quod iudex possit quidem prorogare terminum peremptorium in diem sequentem, sed non nisi æquitate suadente, per textum in cit. c. *Consuluit*. Etsi enim termini judiciales solum excludant partem, non vero iudicem; debet tamen iudex ex æquo et bono moderari, atque regulare suum arbitrium, habito respectu ad jus alterius partis, ejusque præjudicium: et si adesset concursus æquitatis ex parte ambarum partium, contra negligentem foret judicandum: nam jura vigilantibus subveniunt, non negligentibus, l. *Non enim*, ff. *Ex quibus causis majores*, etc.; Mascardus cit. concl. 1236. n. 20.

78. *Actor qualiter censeatur committere contumaciam?* — Quæritur I. Qualiter actor censeatur committere contumaciam? Resp. Id contingit quando actor proposita semel actione (saltem mediante libelli oblatione) et per iudicem reo cognita, ad mandatum iudicis statuto tempore comparere, ac litem prosecui contemnit. Ita communis; et patet ex Auth. *Qui semel*. c. *Quomodo et quando*, etc.

79. *Et cur hæc quandoque a nonnullis committatur?* — Solent enim quandoque aliqui malitiosi, præsertim prætextu litterarum apostolicarum, facere reos citari ubi volunt; nec tamen comparent in termino a iudice statuto, ut sic citatos amplius indebite gravent. Speculator tit. de *Contumacia*. § *Nunc*. n. 2. Interdum etiam actores contumaciter se absentant, nec legitime citati coram iudice comparere nolunt, eo quod diffidant de jure suo: sicque sua absentia iudicis sententiam subterfugere, vel saltem prolongare cupiunt; aut dum vident, reum habere nunc paratas suas defensiones ex textibus, vel aliis modis, sese quoquo modo paratæ rei probationes intendant. Glossa Marginalis in c. *Causam*. 3. h. t.

80. *Invitus agere nemo cogitur: quomodo intelligendum?* — Nec ipsos juvat illud, quod habetur l. un. c. *Ut nemo invitus*, etc. ibi: « Invitus agere, vel accusare nemo cogitur. » Resp. enim, præter alias hujus legis fallentias, seu limitationes, quas ponit Glossa ibidem, regulam hanc solum procedere ante coeptam litem, sive dum quis nondum agere incepit: tunc enim in uniuscujusque arbitrio est, agere vel non agere; atque oportet actorem præmeditari, an sufficienter instructus comparere possit. Secus dicendum post coeptam semel litem, ac re non amplius integra; tunc enim, ne reus malitiose vexetur, potest is cogere actorem ad persistendum in lite, et propositam semel actionem ad finem usque prosequendam; ac proinde petere, ut actor contumaciter absens citetur, juxta Auth. de *Litigiosis* § *Omnem vero*, collat. 8, et mox amplius declarabitur.

81. *Contra actorem contumacem, quomodo sit procedendum?* — Quæritur II. Quomodo citandus sit actor, vel reus contumax? Resp. I. Si actor est contumax, et comparere renuit, reo instante, actor per iudicem trina denun-

tiatione, vel una peremptoria personaliter citari debet, dummodo reperiri possit: quod si is nullo modo reperiri valeat, ut quia se occultavit, aut penitus recessit, citandus est procurator ejus, si quem reliquit: si autem nullum dimisit procuratorem, aut est incertum an hunc dimiserit, tunc citatio ipsius debet fieri per edictum ad domum ejusdem actoris, vel ad valvas curiæ, aut ecclesiæ affixum. Ita habetur statutum c. *Causam*. 3. h. t. ac notant Glossa, et doctores ibidem communiter. Et merito, quia, antequam ad ulteriora procedatur, citatio partis adversæ absentis cumprimis est necessaria, cum sit fundamentum iudicii, ac etiam de jure naturali et divino requiratur; ut dictum supra tit. III. de *Libelli oblatione*. § 2. n. 67 et seqq.

82. *Ejus citatio quomodo fieri debeat? Præsertim, si sit absens, vel latitet?* — Porro hujusmodi citatio actoris absentis, non nisi reo instante fieri debet, juxta dicta superius n. 66. Deinde dicta citatio partis absentis debet esse personalis, hoc est, facta in persona citandi, si reperiri valeat: sive deinceps fiat per missas a iudice litteras, sive per publicum ministrum aut nuntium, citationem ex mandato iudicis ore tenus deponentem. Quando autem citatio personalis fieri non potest, eo quod citandus lateat, neque reperitur; tunc, juxta dicta in conclusione, facienda est citatio in persona sui procuratoris, si quem dimisit. Aut si procuratorem loco sui non reliquerit, simulque absens sit, vel latitet, oportet fieri citationem ipsius per edictum, affixum ad domum suam, vel valvas curiæ, aut ecclesiæ illius loci, ubi citandus morari consuevit, cit. c. *Causam*. 3. h. t. juncta Glossa ibid. §. *Ad domum*, et Abbate n. 5. ac seqq. eod. et communi. Concordat textus in l. 4. § *Prætor ait*. ff. de *Damno infecto*; et Auth. *Qui semel*. c. *Quomodo et quando*, et Clem. I. de *Judiciis*: ac præsertim Extravag. *Rem non novam*, h. t. inter communes; ubi additur, quod facta citatione edictali, ut supra jus violenter præsumat, quod ipsa ad notitiam citati devenerit, aut (quod non relevat, c. *Quoniam*. § *Porro, ut ute non contestata*, etc.) ipsemet fecerit, atque impediverit malitiose se occultando, ne ad ipsum citatio pervenire potuerit; qualis hoc ipso censetur contumax.

83. *Dicta de citatione actoris contumaciter absentis, etiam procedunt in citatione rei contumacis.* — Resp. II. Quæ nunc dicta sunt de citatione actoris contumaciter absentis, ea-

dem pariformiter (servata proportione) procedunt in citatione rei contumacis; utpote de quo militat eadem ratio, ac loquuntur pleraque allegata jura, juncto cap. ult. h. t. ubi specialiter modus iste citandi reum absentem, et latitantem, determinatur. Præmissis accedunt dicta superius tit. III. de *Libelli oblatione*. § 2 et 3, ubi de citatione, et variis ipsam concernentibus, ex professo tractatur.

84. *Contra actorem contumaciter absentem potest iudex procedere usque ad sententiam, etiam lite non contestata.* — Quæritur III. Utrum contra actorem contumaciter absentem possit iudex procedere? Resp. I. Facta citatione actoris contumacis, ut supra, sive ejus procurator venerit, sive non; tunc reo præsentem, et instante, potest iudex procedere super negotio principali, atque in hunc finem testes recipere, auditisque allegationibus, et comperta veritate sententiam definitivam ferre, etiam lite non contestata. Patet hoc ex cit. c. *Causam*. 3. h. t., juncta Glossa, et Abbate n. 1, et Barbosa n. 1, Emmanuel Gonzalez Tellez d. c. 2. n. 3, aliisque doctoribus ibid.; et concordat textus in l. *Properandam*. § *Et si quidem*, c. de *Judiciis*. et Auth. *Qui semel*. c. *Quomodo et quando*, etc. Idque merito statutum fuit, ut actoribus subtrahatur omnis occasio malitiose vexandi reos, dum non amplius licet ipsis pro libitu a lite jam cœpta recedere, sed coguntur iudicium cœptum ad finem perducere, si pars adversa voluerit.

85. *Quale citationum ac temporis intervallum ad hoc de jure civili requiratur?* — Resp. II. Nihilominus spectato rigore juris civilis, quoad tempus inchoandi tales processus distinguendum est inter actorem contumaciter absentem ante litem contestationem, ac post litem contestationem. Et si quidem actor post oblatum iudici libellum, et per hunc reo cognitum, ante litem contestationem contumaciter absit, litemque prosequi differat; tunc postulante reo citandus est tribus edictis, quolibet habente intervallum triginta dierum; quod si non venerit, indulgetur ei adhuc spatium unius anni; ita tamen, ut intra annum veniens non audiatur, nisi refusus reo expensis: si vero non venerit, tunc primum iudex possit, ut supra procedere super negotio, causamque examinare, ac veritate cognita legitimam proferre sententiam. Sin autem actor contumaciter absit, potest litem contestationem jam

factam, tunc reo instante tribus edictis, unoquoque eorum pariter non minus triginta dierum spatium continente, citandus est: et si intra id temporis actor non venerit, non expectato ulteriori spatio, iudex procedet ad cognitionem negotii principalis; atque, ubi liquet de meritis causæ, sententiam definitivam proferet pro eo, qui justam causam fovet: alioquin vero reum absolvet ab observatione iudicis nullo regressu ad causam reservato actori; simulque actorem, sive vincatur, sive vincat, condemnabit reo præsentem in expensis. Patet hoc totum ex Auth. *Qui semel*. c. *Quomodo et quando*, etc. juncta Auth. *De Litigiosis*. § *Omnem*. collat. 8. et tradit Speculator, tit. de *Contumacia*. § *Nunc*. n. 3; Pirhing, h. t. n. 25.

86. *Et quid spectato jure canonico, et consuetudine fori ecclesiastici?* — Additur notanter, «spectato rigore juris civilis.» Nam de jure canonico intervallum dictarum dilationum non procedit, arg. c. 1, juncta Glossa §. *Rigor*. et c. *Causam*. 3, h. t. Neque etiam ex consuetudine fori ecclesiastici servantur; sed statim actore, vel ejus procuratore, post trinam legitimam, vel unam peremptoriam citationem non comparente, testibus receptis, proceditur reo instante in causa ad veritatem inquirendam, et sententiam ferendam, ut supra. Abbas cit. c. *Causam*. n. 15 in fin. h. t. et cap. I, n. 7 eod.; Pirhing. cit. n. 25, h. t. junctis dicendis infra § 4, n. 110.

87. *Ad litem contestationem, an requiratur simultanea utriusque partis presentia?* — Fatendum tamen, quod Emmanuel Gonzalez Tellez in c. *Causam*. 3, n. 3, h. t. arbitretur suppositum hujus secundæ conclusionis, (seu, quod actor post oblatum iudici libellum, et propositam in eo, suam petitionem, aliquando contumaciter absit ante litem contestatam) continere causam impossibilem. Rationem dat: quia si reus citatus postea compareat, actorisque petitioni contradicat, hoc ipso inter eos censetur litem esse contestata: siquidem litem contestatio fit per petitionem actoris et negationem rei (qualis in dato casu jam intervenit) neque ad eam requiritur simultanea utriusque partis presentia; nullo enim jure istud cavetur, quinimo in cap. un. de *Litis contestat.* et c. *Dudum Ecclesia*. 54, § *Licet autem, de Election.* cum similibus, de sola petitione actoris in iudicio proposita, et responsione rei subsecuta fit mentio, eaque facta litem contestatio fieri censetur. Verum, quidquid sit de hac sententia, quod litem con-

testatio utraque parte præsentem facienda sit, tenet Hostiensis in cap. un. de *Litis contestat.* et Bartolus in l. un. num. 6, C. eod. allegans communem, et istud probans per textum ibid., ex quo patet multum interesse inter edictam actionem, et litem contestationem: et Auth. *Qui semel*. C. *Quomodo et quando*, etc. Ubi, cum actor porrexisset iudici libellum, recessisset, reo negante contenta in libello, et litem prosequente, nihilominus dicitur in causa procedi lite non contestata: et consequenter ad hanc inducendam non sufficit sola libelli oblatio ex parte actoris, et negatio subsecuta ex parte rei; nisi actor præsens sit, et vel viva voce repetat narrata sui libelli, reo postmodum illa negante, prout communiter fieri solet; vel saltem ipso facto eandem contestetur, nempe procedendo ad probationem actionis intentæ, uti limitat, atque in camera obtinuisse refert Gailus, lib. I. *Pract.* observat. 73, n. 3. Atque juxta hanc communem sententiam procedit data conclusio, contra quam tamen majoris claritatis gratia,

88. *Contra reum contumaciter absentem non potest procedi lite necdum contestata; et cur? Major est contumacia actoris, quam rei.* — Obijcies primo: Quando reus contumaciter est absens, non proceditur altera parte instante ad receptionem testium, multo minus ad sententiam definitivam, lite necdum contestata, c. *Accedens*, 2, et c. *Tuæ fraternitatis*. 3 et c. *Quoniam*. 5, § *In aliis. Ut lite non contestata*, etc. Ergo hoc ipsum est vicissim dicendum, quando actor est contumax, et absens. Resp. neg. consequenter et paritatem: siquidem magna est disparitas inter actorem contumacem, et reum contumacem, ubi notat Glossa in d. c. *Causam*. §. *Ad domum*. et Abbas ibid. nu. 15, h. t. Primo enim major est contumacia actoris, quam rei: nam a principio in potestate actoris erat, non agere; non item rei, qui invitatus convenitur, l. *Pure*. § fin. ff. de *Doli mali except.* ac proinde plus imputatur actori contumacia, quam reo.

Deinde, si non posset procedi contra actorem contumacem, ut supra, etiam lite necdum contestata, foret in ejus potestate, reum vexare citando, quancumque vellet, quod utique est absurdum: hæc autem ratio cessat ex parte rei, cum hic non nisi provocatus ab actore in iudicium veniat. Huc facit nota illa regula juris, «Favorabiliores rei potius quam actores habentur:» prout habetur in l. *Favorabiliores*. ff. de *Reg. jur.* juncta regula