Igitur non recte in præsenti desideratur ipsius responsio ad litis contestationem. Tertio adversus ultimam assertionis partem, ubi nullum esse judicium docetur sine litis contestatione, obstat textus *in l. Divi fratres* 27. §. 1. *vers. Quod ergo, ff. de liberali causa*, ubi cum quis ex servitute ad libertatem proclamavit, sine adversario ullo pronuntiatur sententia: igitur absque adversario, & per consequens sine litis contestatione datur judicium.

6 De litis contestatione.

His difficultatibus minime obstantibus, vera est præsens assertio, pro cujus expositione, & ut litis contestationis etymon & originem repetamus, sciendum est, apud Romanos, reo in jus vocato, & comparente, judicioque compositio, atque actione dictata, juxta ea quæ adduxi *in cap. 1. de arbitris, cap. exhibita, de judic. c. 1. de libel. oblat.* Prætorem statim popossisse testes, ut probat Sigonius *de antiquo jure populi Rom. lib. 1. de judic. cap.* 25. eoque spectant illa Macrobii verba: *Jubente dicere; quorum negotium est, narrant; judex testes posset*. Quæ refert Cujacius *in præsenti*, & *lib. 9. observ. cap.* 21. ubi ex hoc veteri ritu, litis contestationis nomen fluxisse putat. Alii vero aliunde etymon repetunt, asseruntque his ritibus peractis, moris fuisse litigatores invicem sibi denuntiare, ut ad perendinum diem, idest tertium, ad judicem datum venirent; & tunc dicebantur judicium suscipere, quia conveniebant in judicem datum, & judicii formam a Prætore præscriptam, & simul contestari, quia ultro, citroque testes adhibebant, & illis præsentibus proclamabant: *Testes estote*. Contestari enim significat testibus adhibitis aliquid declarare, ac profiteri, *l. 1. §. 1. ff. quod jussu*, ex Festo Pompejo *lib. 3. verbo Contestari*, probant Revardus *pro tribun. cap.* 11. Donellus *lib. 24. comment. cap.* 1. Carolus Sigonius *ubi proximè*, *lib. 1. capit.* 27. P. Faber *lib. 1. semestr. cap.* 24. Rosinus *lib. 9. antiquit. Rom. cap.* 15. Pancirola *lib. 1. variar. c.* 33. Gudelinus *de jure novissimo, lib. 4. cap.* 8. Vinius *d. capit.* 17. & dicuntur litigatores, non tantum voce activa litem contestari, sed voce etiam passiva dicitur lis contestari *in l. 1. Digestis de feriis, l. 3. §. penult. Digestis de sepulchr. viol. l. 3. Cod. de novation.* Et lis contestata dicitur *in l. lite* 35. *Digestis de usuris*; & judicium contestatum *in l. si quis* 7. *Digestis de petition. hereditat. l. si mulier* 19. *Digestis solut. matrimon.* Quæ est longe plausibilior sententia, quam ea, quæ placuit Alciato *in l. pecunia*, §. *actionis, ff. de v. s.* ut lis ideo dicatur contestata, quod litigatores actione impetrata interrogaret Prætor, an sibi de ea re judicandi potestatem facerent? qui si responderent, facere, dicebantur judicium suscipere, & litem contestari; nam Prætores in causis ordinariis non judicabant, *l. 2. Cod. de pedan. judic.* Cujacius *lib. 9. observ. c.* 23. Nec audiendus est Ughellius, quem sequuntur Gothofredus *in l. 1. Cod. de litis contest.* Ant. Matthæus *d. disp. 9. num.* 49. qui putat litem contestari, & contestatam dici, cum acta judicii referuntur judici jam sententiam prolaturo, ut late ostendit Gilkenius *in eadem l. 1. num.* 4. neque magis arridet opinio Polleti *lib. 4. histor. fori, cap.* 8. existimantis litem ideo contestatam dici, quia actiones temporales post contestationem efficiuntur perpetuæ, *l. omnes* 139. *Digestis de reg. jur.* Perpetuatio enim hæc actionis effectus est, non causa contestationis. Nec feliciior hac in re Parladorius *lib. 1. rer. quotid. c.* 14. qui *n.* 5. existimat litem contestatam dici, quia olim litigatores coram Prætore contestabantur postea fe probaturos tam actionem, quam exceptionem.

7 Intelligitur l. 1. C. de litis contest.

Ex his colligitur, jure antiquo litis contestationem factam fuisse apud Prætorem, ut docent P. Faber *lib. 2. semestr. c.* 24. Revardus *pro tribun. c.* 11. Sigonius *d. lib. 1. c.* 23. Ant. Faber *in l. post litem, ff. de procurat.* Quæ sententia firmatur *ex l. si reus* 73. *ff. de procurat.* & ex eo, quia exceptiones quoque debebant coram Prætore contestari, *l. si quis* 7. *ff. de condict. instit. l. si quidem* 9. *Cod. de excep.* Cujacius *lib. 9. observ. c.* 21. Neque supra traditis adversatur textus *in l. 1. C. de litis contest.* Nam rejecta opinione Donelli *d. l.* 24. *comment. capit.* 1. existimantis veterem illam contestationis morem, Imperatorum Severi, & Antonini ævo ab usu recessisse, cui adstipulari videtur Gilkenius *in d. l. 1. n.* 5. respondendum est, partes coram Prætore ultro, citroque negotium narrasse, neque enim aliter poterat Prætor judicium componere, nisi audita utriusque partis narratione. Et quoniam eo tempore, quo Prætor litigantes ad invicem audiebat, actionem dabat & judicium componebat, statim litis contestatio sequebatur, ideo Imperatores *in d. l. 1.* rescribunt tunc litem contestari, cum judex per relationem utriusque partis causam audire cœperit. Neque obstabit, si instes, Prætorem cum de causis ordinariis non cognosceret, Judicem appellari non posse; nam sæpissime Magistratus populi Rom. Judicum nomine significantur, *l. 2. ff. si quis in jus vocatus, l. de die* 3. *ff. qui satisd. cogantur, juncta l. 1. ff. si quis cautionibus, d. l. 1. §. removet, in fine, ff. de postul.* observant Donellus *l. 17. comment. c.* 21. Guibertus Cottanus *ag. jur. c. 9. n.* 6. Coveanus *l. 2. de misfd. n.* 38. *cum seq.* Illud tamen admonendi sumus, videlicet Imperatores *in d. l. 1. C. de litis contest.* dum constituunt differentiam inter editam actionem, & litem contestatam, ita ut res non gerantur in judicium deducta, etiamsi species actionis ante judicium reo cognita sit, accipiendos esse de editione actionis nondum a Prætore impetrata; de qua *in l. 1. ff. de edendo*: hæc enim editio fit ante judicium compositum, & litem contestatam, ut apparet ex his, quæ adduximus *in c. 1. de libelli oblatione*. Actio vero a Prætore impetrata post ceptum judicium, & litem contestatam, celebatur coram judice pedaneo; neque enim partes poterant judicem datum adire, nisi judicio compositio, & lite contestata. Unde paulatim deducitur, deceptum fuisse Vaconium *l. 6. declarat. c.* 88. *n.* 8. dum existimat textum *in l. editio, C. de edendo*, loqui de formula actionis a prætore impetratæ; nam cum hic textus coniungendus sit *cum d. l. 1.* cujus fragmentum est, ut constat ex utriusque epigraphe, & notavit Cujacius *l. 9. observ. c.* 21. merito accipi debet de ea actionis editione, de qua agunt Imperatores *in d. l. 1.* Ideo vero hujusmodi editio, qua actor fui juris reo copiam facit, dicitur species litis reo demonstrare, quia eo tempore, quo fit, nondum lis est; & quia indicat qua de re, & quale apud pedaneum judicem futurum sit judicium; quæ est vera, ni fallor, interpretatio dictæ legis primæ, omissa alia tradita a Revardo *pro tribun. c.* 11.

8 De præsentia partium in litem contestandam.

Ex quibus colligitur, quod cum jure Pandectarum eodem tempore & judicium accideretur, & lis contestaretur, promiscue Jureconsulti his utuntur vocibus, & pro eodem usurpant judicium accipi, & litem contestari, *l. illud* 40. *ff. de petit. hered. l. si qui* 25. *ff. de rei vind. l. cum fundus* 31. *ff. de rebus creditis, l. Ædiles* 23. §. *item sciendum, ff. de ædilit. l. amplius* 15. *ff. rem ratam haberi*: & interdum ipsum judicium dicitur contestatum, *l. si quis* 7. *ff. de heredit. petit.* notarunt Donellus *lib.* 24. *comment. c.* 1. Ant. Faber *in d. l. is qui, ff. de rei vindicat.* Osualdus *ad Donell. lib.* 17. *comment. c.* 3. *litt. A*, Vultejus *de judiciis d. c.* 1. *n.* 43. Hodie tamen cum antiquæ formæ litis inchoandæ immutatæ fint, ut *in cap. exhibita, de judic. c.* 1. *de libelli oblat.* ubi observavimus, litis contestatio dicitur, cum principalis negotii apud judicem competentem fit narratio, & ex adverso sequitur responsio, ut constat *ex cap. dudum, de electione*, cujus verba transcripsit Gregorius *in præsenti*, & docent omnes supra pro illustratione conclusionis adducti. Sed an necessario actore, & reo præsentibus, viva voce lis contestanda fit? disputant Interpretes, Hostiensis *in præsenti*, & Bartolus *in l. 1. C. hoc tit. n.* 6. tenent viva voce, & utraque parte præsente faciendam esse contestationem litis, argumento textus *in d. l. 1.* in illis verbis: *Per narrationem negotii causam audire*; junctis lege *certum*, §. *si quis absente, ff. de confessis*, lege *Paulus* 8. §. *fin. ff. de legationibus*: ubi prohibitus advocare, non est prohibitus allegationes mittere in scriptis: ergo non sunt paria narratio in voce, vel scripturæ. Probant etiam suam sententiam *doth. qui quod, C. quomodo & quando*, ubi cum actor porrexisset libellum, & recessisset, asseritur in ea causa procedi lite non contestata: igitur utraque parte præsente lis contestanda est. Contrariam tamen sententiam, videlicet litis contestationem non desiderare utriusque partis præsentiam, aut vivam vocem uno eodemque tempore, docent Didacus Perez, Gaillus, & alii congesti a Fermosino *in præsenti rubrica, q.* 1. Vultejus *d. l.* 3. *de judiciis, c.* 1. *n.* 130. pro quorum sententia facit præsens Gregorii decisio, ubi tantum ad litis contestationem desiderantur actoris petitio, & rei responsio; quod etiam innuitur *in d. cap. dudum, de elect. cap. cum causa* 62. *de appellat.* ubi ad litem contestandam sufficit advocati responsio; si per reum non revocetur: igitur non desideratur utriusque partis præsentia. Accedit, quia libello oblato per actorem in judicio, durat ipsius voluntas, *l. eam* 22. *ff. de probat.* scripturaque semper loquitur, *l. cum pretium, ff. de liberali causa*; & ideo reus postea respondendo, videtur uno tempore cum actore concurrere, *l. 2. vers. Unde, ff. de oblig. & action.* neque interrogatio partis, seu actoris necessaria est, *l. si fine, ff. de interrog. in jure faciendis*. Tandem hæc opinio expresse statuitur *in l. 2. tit. 4. l. 4. recopil.* in illis verbis: *El demandador presente o no*.

9 Litis contestatio definitur.

His suppositis circa etymologiam litis contestationis, & ejus originem, ut ad definitionem perveniamus, sciendum est, nec jure civili, aut Pontificio eam reperiri expressam: nam quod Imperatores Severus, & Antoninus *in d. l. unica, C. hoc tit.* affirmant, scilicet tunc litem contestatam videri, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit, quam narrationem Gregorius IX. in præsenti interpretatur petitionem in jure propositam, & responsionem secutam; potius tempus, quando lis creditur contestata, aut modum litis contestandæ respiciunt, quam litis contestationis definitionem. Glossa in præsenti asserit litis contestationem esse negotii principalis hinc inde apud judicem factam narrationem, & subsecutam responsionem, sive negando, sive confitendo, dummodo eo animo, eaque intentione fiat, ut lis contestetur. Glossam sequuntur omnes fere antiquiores *in præsenti*. Melchior Kling *in hoc textu, n.* 4. litis contestationem definit ita, ut sit principalis negotii narratio, juncta petitione in jure proposita ex parte actoris, & responsio affirmativa, vel negativa in initio litis. Cujacius *ad hunc tit. C.* & *l. 9. c.* 21. eam definit, ut sit ejus rei, de qua controversia est, apud judicem ex utraque parte facta narratio in foro, vel testibus præsentibus. Sed his omissis, & aliis traditis a Petro Gregorio *l.* 38. *syntagm. c.* 6. *n.* 2. placet definitio Parladorii *d. l. 1. c.* 14. qui ait: Litis contestatio est, *Principalis negotii apud competentem judicem facta narratio*. Quæ definitio si recte perpendatur, mire convenit præsenti decisioni.

Dividitur.

Sequitur divisio litis contestationis, quæ varia, & multiplex consideratur ab Interpretibus. Prima deducitur ex ejus objecto, ita ut alia sit civilis, criminalis alia; non enim in civilibus dumtaxat causis, sed etiam criminalibus litis contestationem desiderari, *ex l. final. Cod. ut in certum tempus, l. 2. C. Theodos. ut intra annum*, notavit Cujacius *lib. 9. observ. c.* 29. *in fine*, Vvesembechius *ad hunc tit. C. n.* 5. Alia divisio est, ut litis contestatio alia sit affirmativa, alia negativa. Gaillus *lib. 1. observ. c.* 73. *n.* 2. Vultejus *c. 1. n.* 58. Quam divisionem licet rejiciat Ant. Matthæus *d. disp. 9. de judiciis*; tamen eam probant textus *in l. si reus* 73. *ff. de procurat. l. si debitori* 21. *ff. de judic. l. si quidem, Cod. de except. l. 2. C. de jurejur.* Litis contestatio affirmativa contingit, cum reus affirmat, sed exceptionem adjicit. Negativa est, cum absolute actoris intentio negatur, cujus tamen esse ita respondere. *Nego narrata sicut narrantur, & peto secundum dicta fieri non debere*; notavit jam Vultejus *d. c. 1. n.* 85.

10 Litis contestatio est fundamentum judicii.

Deinde sciendum est, litis contestationem dici basim, & fundamentum judicii, ejus principium, substantiam, & lapidem angularem, *dicta l. 1. authent. offeratur, C. hoc tit. c. de causis, c. super*, §. *intentionis, de offic. deleg.* unde a partibus remitti non potest, & sententia sine ea prolata, ipso jure nulla est, *leg. prolatum* 4. *C. de sententiis, l.* 8. *tit.* 10. *partit.* 3. docent Gaillus *lib. 1. observ. c.* 75. Valentia *tom. 2. illustrium, tr. 2. c. 2.* nec enim potest videri in judicium deductum id, super quo lis contestata non est, *l. non potest, ff. de judic.* ante contestationem enim non est lis, sed controversia: nec lis dicitur mota, dum non est contestata, *c. ex parte* 30. *de v. s.* neque stipulatio amplius non petit committitur, si adversarius in jus vocatus sit, nisi lis contestata fuerit, *l. amplius* 15. *ff. de rem ratam haberi*. Duo tamen sunt casus, in quibus litis contestatio non desideratur. Primus est cum libellus non requiritur: alter reperitur in causis summarils, quæ ordinem experiuntur, quas prosequuntur Vultejus *de judic. d. c. 1. ex n.* 112. Paz *in d. l. 1. fujli*. Circa effectus autem litis contestationis sciendum est, alios considerari ex parte judicis, alios ex parte rei, alios tandem omnibus communes. Ex parte judicis consideratur perpetuatio jurisdictionis, *cap. relatum*, junctis ibi traditis, *de offic. deleg.* Ex parte etiam actoris datur interruptio cujuslibet præscriptionis, *c. potest* 16. *q.* 3. ut res petita litigiosa fiat, *l. 2. C. de litigiosis*, & perpetuatio actionis temporalis quovis alio modo perituræ, *l. ordinata* 24. *ff. de liberali causa, l. ultim. ff. de fidejuss. tut. l. ult. C. de praescript. triginta, l. si servus* 8. *leg. si plurium* 39. *ff. de noxal. l. si insulam* 84. *ff. de verb. obligat.* Qui effectus jure Pandectarum tantum procedebat in actionibus Prætoriis, quæ temporales erant, & per litis contestationem perpetuabantur, & civilibus pares fiebant, *l. nam 9. ff. de jurejur. l. delegata* 11. §. 1. *ff. de novat. l. 1. §. fin. ff. de jure fisci*. Quoad civiles vero ante tempora Theodosii, cum omnes actiones perpetuæ essent, frustra litis contestatio ad hunc effectum desiderabatur: post Theodosii vero constitutionem actionibus, tam realibus, quam personalibus certa sunt præfinita tempora, ut docent Balduin. Vultejus, Richardus, & Vinius *in princ. Instit. de perpetuis, & tempor.* etiam temporales perpetuantur per litis contestationem. Duo tamen casus expressi reperiuntur in jure, in quibus per litis contestationem actio non perpetuatur. Primus est, si actor a lite desisterit, & animum litigandi deposuerit, *l. desistisse, ff. de jud.* Secundus proponitur in specie textus *in l. 2. ff. ne de statu defunct.* Sed primum casum constituit voluntas actoris; secundum favor extorsit. Ex parte rei etiam litis contestatio illud operatur, ut post eam possessor malæ fidei constituatur, *l. illud* 25. §. 7. *ff. de petit. hered.* & quod res petita post litem contestatam reo pereat, *l. illud, 40. ff. de petit. hered. l. interdum* 49. *ff. de furtis, l. 1. §. rectissime ff. de vi, & vi, l. 2. §. fin. ff. de legat.* 1. Hottoman. *lib.* 4. *observ. c.* 1. Communis effectus litis contestationis is dicitur, quia per eam novatio necessaria inducitur, *l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *ff. de novat.* per litis enim contestationem quasi contrahitur, *l.* 3. §. *idem* 11. *ff. de peculio*, Valentia *d. c. 2. fere per tot.* Deinde per litis contestationem domini constituuntur actores, seu procuratores, qui ex mandato alterius eam contestati sunt *l. post litem* 27. *ff. de procur. l.* 1. §. *fin. ff. de appell. l.* 1. *C. de sententiis, & interl.* Prosequuntur alios effectus Vultejus *de judic. d. cap.* 1. Cancerius *tom.* 3. *variar. cap.* 16.

11 Traditur ratio decidendi.

Quibus ita animadversis, ratio præsentis decisionis ex eo provenit, quia petitiones, quæ reo dantur, continent solam, & simplicem narrationem, non vero petitionem; ideoque licet responsio rei sequatur, non inducitur litis contestatio, quia deficit in jure petitio. Accedit, nam positionibus actor utitur pro facilori litis exitu, & ut se probandi onore liberet, *Clement. sæpe, de v. s.* non vero ut petitionem proponat, & conclusionem complectatur: ideoque non operantur effectum petitionis, argumento textus, *in c. significavit, de appellat.* neque judex ex eis sententiam proferre valet, quia non petenti officium suum impartiri nequit, *l. 4.* §. *hoc autem, ff. de damno infecto, l. in rem, ff. de rei vindic. l. ut fundus, ff. communi divid. c. licet, de simon.* Recte ergo ait noster Gregorius, non per positiones, & responsiones fieri litis contestationem; sed per actoris petitionem, & rei responsionem, cum tunc judicii altercatio formetur. Recte etiam concludit Gregorius, deficiente litis contestatione processum nullum esse, quia ut supra probavi, litis contestatio est basis, lapis angularis, fundamentumque judicii; sed ubi fundamentum non est, superædificari non potest, *c. Paulus* 26. *1. q. 1. leg. egli* 26. *ff. de except. rei judic.* igitur absque lis contestatione ad sententiam, aut causæ cognitionem procedi non potest. Hoc autem limitandum est, nisi coram Pontifice causa agitetur, qui potest supplere ordinem judiciarium, argumento textus *in cap. 1. de transact.* docent Giron. *ad hunc titulum*, & antiquiores *in præsenti*; qui eo casu accipiunt textus *in c. cum dilectus, de consuet. c. cum Ecclesia, de causa possess. c. cum venissent, de institutionibus.*

Nec obstant difficultates supra expensæ. Non prima; verum enim est, litis contestationem fieri per petitionem actoris, & rei negationem; ita ut si ipse absolute affirmet, non contestetur lis, ut docent Donellus *l.* 24. *comment. cap.* 1. ubi Osuald. novissime Vinius *l. 1. select. c.* 17. licet contrariam sententiam tueatur Glossa *in præsenti, & in l. unic. C. hoc tit.* Pro cujus diffidii concordia varia adduxerunt Gilkenius *in d. l. unic. n.* 24. Azeved. *in l. 1. tit. 4. lib. 4. recopil.* Cevallos *commun. q.* 442. quibus omissis defensanda est Arnoldi Vinii sententia jure communi attento, licet hodie jure nostro inspecto expresse contraria decisa sit *in l. 3. tit.* 10. *p.* 3. Nec contrariam sententiam juvat Gregorius in præsenti, qui exaudiendus est de responsione a reo data, quæ negativam continueat tacite, vel expresse; quia qualibet ex eis sufficit ad litis contestationem. Nec etiam hujus sententiæ adversatur textus *in l. 2. C. de jurejur. propter calumn.* ubi ad litis contestationem desiderantur dumtaxat narratio actoris, & responsio rei: nam accipiendus est eodem modo, ac præsens decisio, videlicet responsionem ibi intelligi, & supponi talem, qualem litis contestatio, & contradictio exigit, ut docet Vinius *d. cap.* 19. Nec obstat secunda difficultas supra opposita, quia verum est, actorem litem contestari, non per se tantum, sed cum reo, ita ut reus litem non contestetur cum actore, sed actor cum reo. Nec inde deducitur, actorem sine rei responsione, aut contumacia litem contestari posse, ut probat Ant. Matthæus *d. disp. 9. n.* 54. Nec tandem adversatur textus *in dict. leg. Divi* 27. §. 1. Nam textus ille procedit, cum litis contestata fuit, sed actor instantiam deseruit, & cognitioni defuit, tunc enim pronuntiari potest, ut ait IC. propter contumaciam; sed talis sententia ex eremodicio prolata nocet tantum illi, qui condemnatus fuit, non ceteris, qui non litigarunt: unde cum talis sententia non profit liberto quoad statum, possitque nocere, fi contra illum pronuntiatur, docet IC. recte judices facturos, si cognitionem circumducant, idest, sistant in judicio, si libertus petat judicium circumduci, ut docent Salicet. *in l. diffamari, C. de ingenuis*, Donellus *lib.* 27. *commentar. c.* 16. Cavartuv. *practic. q.* 13. Cui distinctioni alia non absimilis proponitur *in l. qui repudiantis* 17. §. *ult. cum l. seq. ff. de inoffic. testament.* cujus veram expositionem, omisso Cujacio *lib.* 6. *observat. c.* 17. tradit Præceptor D. Joseph. de Retes *in comment. ad textum in leg. sæpe, n.* 27. *ff. de re jud.*

12 Expositio c. 2. hoc tit. in fi.

Adhuc supra traditis opponitur textus *in c. hoc tit. in* 6. ubi asseritur, per petitionem actoris, & oppositionem exceptionis peremptoriæ, a reo in judicio factam, litem non contestari: igitur actoris petitio, & rei responsio non sufficiunt ad litis contestationem. Pro cujus difficultatis solutione sciendum est, Gedeum, & alios *in l. litis* 36. *ff. de v. s.* existimasse, per oppositionem exceptionis peremptoriæ a reo factam, litem contestari. Sed eorum sententia refellitur tum *ex d. c.* 2. tum ex eo, quia nuda exceptionis objectio contradictionem non continet; siquidem utrumque verum esse potest, & quod actor intendit sibi deberi, & quod reus extitit. Pactum ponamus intercessisse; sed si reus excipiat debitum fatendo, pactumque de non petendo objiciat, litis contestatio fit; quia ipsa objectio continet in se intentionis negationem; vel si reus dicat actionem aliquando actori competisse, sed nunc non competere, etiam lis contestatur. Textus ergo *in d. c.* 2. accipiendus est quando simpliciter objicitur exceptio peremptoria; tunc enim quia nulla datur contradictio, nec lis contestatur: docet Vinius *d. c.* 19.

Secundo adversatur textus *in c.* 2. *de rescriptis, in* 6. *compil.* in illis verbis: (Referente dil. fil. F. Metensi Scholastico, non noveritis accepisse, quod Magister Vv. de Brimot Lingon. Canonicus super super Scholastica Metensi ad Priorem de Claramont. & conjudices ejus Tallen. & Lingon. diœcesi commissionis a nobis litteras pro Magistro Gregorio de Burmet Met. Canonico, nunc Cantore Tullensis Ecclesiæ impetravit, solo in eis Metensi Primicerio nominato; & illa generali clausula, *& quidam alii*, subsecuta. Cumque procurator ipsius Primicerii litteris contradixisset, idem præfatus Magister Vv. coram Magistro O. Capellano nostro, tunc temporis litterarum hujusmodi Auditore, promisit, quod Primicerius ipse non conveniretur ullo unquam tempore per easdem, sicut tam ipsius Auditoris, quam præfati Magistri Vv. patentes litteræ manifestant; nunc autem prædictus Cantor auctoritate hujusmodi litterarum convenire conatur scholasticum memoratum. Quare idem nobis humiliter supplicavit, ut cum in hac parte manifesta sit malitia supradicti Cantoris, qui sola ea causa Primicerium nominavit, ut per subjectam clausulam trahere posset in causam æquales ipsi Primicerio, vel minores, ipsum de hujusmodi fraude non sineremus commodum reportare. Cum ergo nemini patrocinari debeat fraus, & dolus, disc. v. in. quæ. si præmissis veritas suffragatur, prædictas litteras nuntiis nullius esse valoris, revocantes in statum debitum quidquid forte occasione ipsarum inveneritis esse factum. Ex quibus constat, etiam per contradictionem rei non induci litis contestationem. Sed respondendum est cum Cironio in notis ad ipsum textum, in ejus specie tantum facti narrationem, non vero petitionem actoris præcessisse; ideoque ex defectu actoris in proponenda actione litem non fuisse contestatam.

13 Intelligitur c. 2. de rescript. in 6. comp.

TITULUS VI.

Ut lite non contestata, non procedatur ad testium receptionem, vel ad sententiam definitivam.

CAPUT PRIMUM.

Innocentius III. *Abbati sancti* a *Proculi*, *& Magistro* b *L. Canonico Bonon.*

AD hæc Deus in Apostolica Sede constituit totius Ecclesiæ *c* magistratum, ut quia secundum Scripturæ sententiam fecit Deus hominem rectum, sed ipse se infinitis immiscuit quæstionibus, ad eam nodi quæstionum difficiles referantur, suo recto judicio dissolvendi. Ad Apostolatus quippe nostri notitiam litterarum vestrarum insinuatione pervenit, quod cum causa, quæ inter C. & B. Uxorem ejus vertitur, a dilecto filio nostro *d* G. sanctæ Mariæ in Porticu Diacono Card. tunc Apostolicæ Sedis Legato, vobis *e* commissa fuisset fine debito terminanda, viro ipso ad vos, ad instantiam mulieris sæpius convocato, tandem C. patruum suum in causa ipsa coram vobis constituit *f* responsalem: qui assignata sibi die, ut libello responderet uxoris, quo virum a separatione tori, & ut dotem suam *g* reciperet, de adulterio accusabat, donec advocatus ejus qui absens erat, rediret, inducias postulavit; quibus ad diem certam obtentis, iterum propter eamdem causam dilationes similes *h* impetravit. Cum autem tertio dilationes hujusmodi cum instantia petens, obtinere non posset, publice proclamavit, se nunquam coram vobis aliter responsurum, nec quod aliter suam vobis præsentiam exhiberet. Unde duobus fere mensibus sic impedito causæ principio, & progressu, cum vobis dictus procurator illudere videretur, testes mulieris habito consilio recepistis, & allegationibus insuper præbuistis auditum. Quo facto dictus procurator ad præsentiam vestram accedens dixit, se respondere paratum velle negotio interesse: qui sibi die statuta, cum crederetur libello, de quo præmisimus, responsurus, restitutionem uxoris ex parte viri prius fieri postulavit: & ne secus fieret, ad Sedem Apostolicam vocem appellationis emisit. Verum quia mulier ipsa dicebat, se virum haberc *i* suspectum, vel quia in domo ejus coacta fuerat se adulteram cum pluribus confiteri, vel quia meretricem publice detinebat, ex qua etiam prolem susceperat, sicut evidentia facti, & fama viciniæ demonstrabat, super quo etiam testes produxerat, & alios parata erat ad hoc ipsum probandum inducere: ab ipso procuratore quæsistis, an velit de mulieris impunitate cavere? Qui dixit se super hoc de consilio responsurum. Sed ad diem statutam neque respondit, neque se vestro conspectui præsentavit: quin etiam ad aliam diem citatus, se asseruit, nisi prius advocatus ejus rediret, nullatenus responsurum, sicut nuntius vester juramento firmavit. Unde iterum testes mulieris de prudentium consilio recepistis, & attestationibus publicatis, diligenter audistis, quæ fuerunt ipsius nomine allegata. Quia vero cum de ferenda sententia cum viris prudentibus tractaretis, diversorum invenistis diversa consilia, quibusdam dicentibus appellationi simpliciter deferendum, aliis autem appellationi deferendum non esse, nonnullis etiam asserentibus appellationem nullatenus tenuisse, cum mulier non sit viro restituenda suspecto, nisi de impunitate sufficienti præstita cautione: vos in tanta varietate nos consulere voluistis, qualiter in negotio procedendum. Nos igitur consultationi vestræ de fratrum nostrorum consilio taliter respondemus, quod licet ordo judiciarius in aliis controversiis observandus, in matrimonialibus causis non usquequaque servetur; quia tamen in præsenti negotio non est actum de fœdere matrimonii, sed de crimine adulterii, per quod ad separationem conjugum, non ad conjunctionem intenditur, cum lite non contestata testes fuerint *k* recepti, & attestationes etiam publicatæ, sive deferendum, sive non deferendum appellationi fuisset, non est ad definitivam sententiam procedendum: potuit tamen præfatus C. propter *l* contumaciam excommunicationis vinculo innodari. Datum Perusii 15. Kalend. Octob.

NOTÆ.

a *Sancti Proculi.*) Ita etiam legitur in tertia collectione, *sub hoc titul. c. 1.* & in epistolis Innoc. III. editis a Sirleto *lib. 1. pag.* 184. ex quibus authographis ita textum restituo. Monasterium S. Proculi est ordinis D. Benedicti, ut refert Ughellius *tom. 2. Ital. sacr. in serie Præsulum Bonon. in princ.* De ipso, & de Ecclesia Bononiensi aliqua notavimus *in c. 2. de offic. deleg.*

b *Canonic.*) Ex hac epigraphe aperte probatur, causas matrimoniales posse committi, earumque cognitionem demandari, non solum Episcopis, verum & aliis Ecclesiæ Prelatis, vel ministris; quod etiam probatur *ex c. ex litteris, de in integrum restit. c. litteras, de restit. spol. c. juvenis, c. veniens, de sponsal. c. Albericus, c. ex tenore, 35. te testib. c. auditis, de proscript. script. c. 4. de probat. c. 1. de consanguinis.* nam licet jure ordinario earum causarum decisio spectet ad Episcopum, *c. accedentibus, de excess. Prælat.* probant Basilius *de matrim. lib. 15. c. 11.* Barbosa *de potest. Episcop. alleg. 84.* Petrus Gregorius *in c. conquerente, c. 12. de offic. deleg.* tamen alieno nomine, & ex delegatione alii etiam de eis cognoscere valent, dicemus *in d. c. accedentibus.*

c *Magistratum.*) Ecclesiam Romanam esse universalis Ecclesiæ magistram, jam probavi *in c. 1. de summa Trinit. cap. fin. de libelli oblat.*

d *G.*) Goallus videlicet Cardinalis Diaconus tituli S. Mariæ in Portica, quem anno 1208. Innocentius III. legatum misit contra Albigenses, ut ex Rigordo, & Gaguino refert Spondanus *in continuat. Baronii, anno* 1208. *n. 6.*

e *Commissa fuisset.*) Legati enim possunt delegare causas, & jurisdictionem demandare, ut probavi *in c. 5. de offic. delegat.*

f *Responsalem.*) Idest procuratorem, *c. quoniam, circa finem, hoc tit. c. 1. de eo qui mittitur*: exponit Cironius *ad tit. de Procurator.* Cum enim in præsenti uxor propter adulterium tantum civiliter, non vero criminaliter ageret (imo si juris civilis dispositionem attendamus, uxor criminaliter de adulterio adversus maritum experiri non poterat, *l. 1. C. ad l. Jul. de adulter.* docet Petrus Gregorius *lib. 4. partit. tit. 14. c. 2.*) procurator intervenire poterat, *ut* jam probavi *in c. tua, de procurat.*

g *Dotem recuperet.*) Dos in præsenti accipi potest, ut sonat, pro dote data ab uxore marito, quam recuperat uxor propter adulterium viri, & etiam accipi potest de dotalitio, seu donatione propter nuptias a marito in uxorem collata: quæ etiam dos appellatur, ut probavi *in cap. ex parte, de foro compet.* unde uxor petebat matrimonium quoad cohabitationem dissolvi, & dotem sibi reddi, vel a se constitutam, aut sibi a marito assignatam.

h *Impetravit.*) Et si vere atque cum effectu advocatum non haberet, debebant judices parti illum assignare, juxta tradita *in c. 1. de offic. judic.*

i *Suspectum.*) Quo casu maritus spoliatus ante omnia restituendus non est, sed uxor sequestranda est in monasterio, aut penes honestas personas, *c. ex transmissa, c. litteras, de restit. spoliat.*

k *Fuerunt recepti.*) Uxor enim accusavit virum de adulterio; vir autem petebat uxorem sibi restitui, quæ ab eo temere, & inconsulto discesserat. Contra uxor restitutionem fieri non debere replicabat, extimescens, ne vis a marito sibi fieret, quam experta jam erat, semel coacta apud eum falsum confiteri adulterium; & quod etiam domi suæ meretricem haberet, nec ullam idoneam cautionem de ea maritali affectu tractanda. Rursus vir nisi uxor restitueretur, ad Roman. Pontificem appellavit. Judices delegati testes receperunt, eorumque testationes publicarunt, in quo peccaverunt, ut docetur ab Innoc. III.

l *Contumaciam.*) Juxta dicta *in c. 1. de judiciis in 6. collect* adeuntur hæc verba: *Vel etiam procuratori: si scienti non purgaverit eamdem.* Sed in epistolis editis a Sirleto, & in dicta tertia collectione non reperiuntur; unde extra locum disputant actores, an contumacia procuratoris noceat domino.

CAPUT II.

Idem *Hierosolym.* a *Patriarchæ*, *& Archiep.* b *Cæsareensi.*

ACcedens ad præsentiam nostram ven. f. n. *c* Paphen. Episcopus ven. fratr. nostrorum *d* Accon. *e* Tiberiad. & *f* Beryten. Episcoporum nobis litteras præsentavit, sententiam continentes, quam super causa, quæ inter v. f. n. *g* Tyren. Archiepisc. ex una parte, & *b* Plebanum S. Marci ex altera vertebatur, iidem Episcopi promulgarunt: asserebant tamen Episcopi memorati per suas litteras, quod cum causam ipsam de mandato nostro suscperint

perint terminandam, partes ad suam præsentiam convocarunt; sed Plebanus neque eorum litteras, in quibus mandati nostri *i* tenor erat expressus, recipere voluit; nec eorum se conspectui præsentavit: & secundo citatus, licet nec eorum litteras recipere voluisset, coram eis apparuit prioris absentiæ suæ causas allegans; & inspecto tenore litterarum nostrarum, petitis etiam induciis, & receptis, ab eis licentiatus abscessit, se statuto die ad eos redire promittens. Cumque postmodum utraque partium in eorum fuisset præsentia constituta, & Archiepiscopus *j* restitutionis beneficium postularet, Plebanus nihil ad objecta respondit, sed ad nostram audientiam appellavit; & licet sæpe per ipsos fuisset admonitus, ut juri pareret, quia ejus appellatio non tenebat, cum litteris nostris app. esset obstaculum partibus interclusum, & per ipsorum nuntios ad judicium fuerit revocatus, noluit tamen respondere amplius, vel coram eis etiam comparere. Ipsi vero judices accedentes ad civitatem Tyren. cum Plebanus ipse in sua contumacia perduraret, testes receperunt ab altera parte productos, & depositionibus testium redactis in scriptis, eidem Plebano mandaverunt, ut ad eos accederet, in persona, vel dicta testium objecturus: Quod cum facere noluisset, in Plebanum & complices ejus excommunicationis sententiam protulerunt, possessionem juris parochialis adjudicantes Archiepiscopo memorato: & eum, quantum in eis erat restituentes in integrum, auctoritate Sed. Apost. districtius vetuerunt, ne quis possessionem Tyren. Ecclesiæ restitutam perturbare præsumeret, vel institutioni Ap. contraire; & ne Plebanus S. Marci, vel quilibet alius parochiale jus exerceret in Tyro. Cum igitur nobis ex inspectione sententiæ constitisset, quod lis coram eisdem judicibus non fuerat contestata, & ex transcripto litterarum, quas iidem prædecessores nostri concesserant Veneris, manifeste pateret; litteras ipsas per veri suppressionem obtentas, cum non veniret in dubium; sed esset potius manifestum, dictos Accon. & *k* Beryten. Episcopos eidem Archiepiscopo, tamquam suffraganeos suo Metropolitano subesse, ac ab eis Plebanum ipsum legitime *l* appellasse constaret, in quem, etiamsi minus legitime appellasset, judices ipsi, licet ob contumaciam excommunicationis forte potuerint proferre sententiam, tamen debuerunt super principali negotio definitivam, lite non contestata, sententiam promulgare, prædictas sententias ab ipsis judicibus latas de consilio fratrum nostrorum cassavimus, imo causas denuntiavimus & inanes, & per eas nullum præjudicium Ecclesiæ S. Marci, vel ejus fautoribus volumus irrogari. Unde Tyren. Archiepiscopo dedimus in mandatis, ut ipsi Ecclesiæ S. Marci instrumenta restituat, & etiam universa, quæ hujusmodi occasione sententiæ per se, vel per alios occupavit; nec impediat, quominus sicut ante latam sententiam Venetorum Ecclesia parochialis juris, & aliarum dignitatum suarum possessione lætetur.

NOTÆ.

a *Patriarchæ.*) Ita etiam legitur *in c. 2. hoc tit. in 3. collection.* Rodulpho videlicet, de quo & Patriarchatu Hierosolymit. egi *in c. 3. de cleric. peteg.*

b *Cæsareensi.*) Ita legendum est, non *Cassanensi*, ut legitur in sexta collectione; Cæsarea enim ut legitur in notitia Græca, est civitas deliciosa Palestinæ, omnibus abundans fructibus, structuræ elegantia supra multas eminens, ad mare Syriacum sita, & munitissima; Metropolis Ecclesiastica primæ Palestinæ, ubi Cornelius Centurio primus Episcopus a D. Petro constitutus creditur, cujus plures successores referuntur in Historia Ecclesiastica, aliosque refert Carolus a S. Paulo *in Geograph. sacr. pag.* 311.

c *Paphen.*) Paphos vetus civitas est insulæ Cypri, cujus Episcopus Jalius dictus subscripsit in Concil. Constantinopolit. I.

d *Accon.*) De hac diœcesi agemus *in c. fin. de sepult.*

e *Tyberiad.*) Tyberiadensi, Tiberiopolis, ut ait notitia Græca, est insula Cypri, cujus Episcopus Aristotides appellatus subscripsit Concilio Constantinop. sub Agapito celebrato, ut refert Carolus a Sancto Paulo *in Geograph. sacra pag.* 311.

f *Beryt.*) Berythus civitas est Pheniciæ secundæ, propter studiorum frequentiam, nobilitatem, & opulentiam urbis, honorem Metropoleos adepta a Theodosio, Valentin. Imperatoribus, quoad regimen sæculare, *leg. unic. Cod. de Metropol. Beryt.* Fuitque Colonia Romanorum, *leg. 1. ff. de censibus.* Plinius *l. 5. histor. c. 70.* quoad Ecclesiasticum vero regimen, & divisionem Provinciarum tantum Cathedra Episcopali decorabatur, ut constat ex Concilio Chalcedon. *action. 4.* & ex Philippo Berterio, & Cujacio notavi *in c. 2. de offic. judic.* Alia de Metropoli Berytho congesserunt Jacobus Gothofred. *in leg. 19. Cod. Theodos. de annon. & tribut.* P. Marcha *lib. 2. concord. Sacerd. & Imperial. c. 8. n. 1.* Alanus Niger *in Geograph. Asiæ, comment. 4. pag.* 497. Prolomeus *lib. 5. Geograph. c. 15.* Volteranus *in Geograph. in Syria, fol.* 242. Josephus *lib. 20. antiquit. c. 8.* Pancirola *lib. 2. var. c. 152.* Buleng. *lib. 2. de Imper. Roman. cap. 2. & 9.* Bernardus Aldrete *lib. antiquit. Hispan. c. 23.*

g *Tyren.*) Inter Asiæ Regiones numeratur Phœnicia, de qua hoc illustre Elogium confignavit Pomponius Mela *lib. 1. de situ orbis, c. 12.* his verbis: *Phœnices lustravere Phœnices: solers hominum genus, & ad belli, pacisque munera eximium.* In hac Phœnicia opulentæ, nobilesque urbes floruere. Prima quæ enumeratur, est Tyrus: aliquando fuit Insula, postea annexa fuit terris, ex quo Alexander Magnus in ejus obsidione pila in mare jecit, ut continentem cum terra faceret, ut referunt eleganter Quint. Curtius *lib. 4.* brevius Mela *cap. 12.* Retinuerunt eam Christiani etiam post everfionem Græci Imperii; postea Turci eam occuparunt, reservato tantum portu Christianis, qui appellatur *el Puerto del Sur*, Aldrete *d. l. 1. Antiq. c. 25.* Tyrus Metropolis est Phœniciæ primæ splendidissima, juris Italici, Colonia, *leg. 1. & ult. ff. de censibus.* Concilium Chalcedonens. *action. 9.* ibi: *Post Consulatum Flavii Canonis, & Posthumiani, sub die 5. Kalendarum Martiarum, in Colonia Tyro clarissima Metropoli Consulari.* Docent Berterius *diatrib. 1. c. 4.* Pancirola *lib. 2. variar. c. 151. & 152.* in S. Synodo Tyrensis Præsul Patriarcha appellatur, non quia Primatis jus habeat, sed quia tunc decesserat Patriarcha Antiochenus, ut in actione 1. illius Synodi refertur, & tamdiu vacante eo Primatu Tyrensis Præsul Primatis dignitate fulgebat, ut ex Tyrio *lib. 14. cap. 12.* refert Berterius *cap. 1. diatrib. 1.* Pineda *de rebus Salomonis fol.* 253.

h *Plebanum S. Marci.*) Parochum videlicet Ecclesiæ S. Marci Tyriensis, pro cujus Ecclesiæ origine cognoscenda, sciendum est, per annos 1120. antequam obsideretur Tyrus a Balduino Rege Hierosolymitano, & Venetis, Varimandum Ducem Regis Balduini, ut ad obsidionem, & pugnam promptiores, alacriorescque Venetos redderet, quorum maritimas vires plurimum ad victoriam conferre intelligebat, cum Michaele Venetorum Principe hujusmodi conditionem statuisse, ut in omnibus Hierosolymitani, Antiochenique Principatus urbibus, totiusque Palestinæ oppidis primam aram; primum vicum, cum foro, & æde; omnimodamque cum Gallis potestatem Veneti haberent, ut refert Laurentius Justinian. *in Hist. Venet. lib. 2. in princ.* quæ conditio cum impleta esset, conjectatur Cironius *in c. 1. de eo qui mittitur in possess. in 5. collect.* Venetos in dicta civitate Tyro D. Marco suo tutelari Ecclesiam dicasse, & construxisse, de qua etiam, & lite cum Tyrensi Archiepiscopo disceptata extat textus *in d. c. 1. de eo, qui mittitur in 5. collect.* ubi ita legitur: (Dilecto filio I. Barbo procuratore Ecclesiæ S. Marci de Venetiis olim nobis humiliter supplicante, ut cum paratus esset tibi justitiæ plenitudinem exhibere super Ecclesia S. Marci de Tyro, & rebus aliis, de quibus inter te, & Venetos, ac Vicarium Venetorum quæstio mota fuit, possessionem ipsius Ecclesiæ, quæ per felicis memoriæ Papam prædecessorem nostrum tibi fuit causa assignata custodiæ, sibi restitui faceremus: quia te pro causa necessaria tunc absente, ei assignari non poterat possessio postulata: Nos eidem indulsimus, ut ibi lapsus temporis non obsisteret, quoniam possessionem ipsam recuperare valeret. Quoniam vero tantum temporis ad concessionem ipsius indulgentiæ dicitur effluxisse, quo tibi sufficere possit ad veræ possessionis effectum, secundum statuta Concilii Generalis, & si forte tempus ipsum tantum ante prædictam indulgentiam non effluxerit, videtur quod eadem ad veram possessionem viam tibi præcludat, cum simpliciter contineatur in ipsa quod de cetero ipsi procuratori lapsus temporis non obsistat, quominus possessionem recuperare valeat memoratam. Nos quorum fuit intentio, juri dicti procuratoris, & ipsi Ecclesiæ sine tua, & Ecclesiæ tuæ injuria subvenire, auctoritate præsentium declaramus, quod nostræ intentionis non fuit, per ipsam indulgentiam jus perimere, quod tibi competebat ex possessione præterita, vel post reditum tuum competierat ex futura: sibi enim imputare poterit pars adversa, si negligens fuit in sua justitia prosequenda, cum absentiæ tuæ impedimento cessante, te conveniendi habuerit facultatem.) Cujus pars refertur *in cap. dilecto, de v. s.*

i *Tenor erat expressus.*) Juxta adducta *in c. cum in jure, de offic. deleg.*

j *Restitutionis beneficium.*) Non integrum ex causa læsionis, sed quia agebat interdicto restitutorio.

k *Berytensi.*) Sunt enim istæ Ecclesiæ sub Metropoli Tyrensi, ut supra probavi.

l *Appellasse.*) Cum satis suspecti redderentur, quia erant sub jurisdictione Archiepiscopi Tyrensis, quæ est justa recusationis causa, ut probavi *in c. 1. de off. judic.* unde licet causa in hoc textu propofita commissa esset sub clausula, *appellatione remota*, legitima recusatio inhibita non videbatur, ut probavi *in c. super eo de offic. deleg.*

CAPUT III.

Idem a *Brixiensi Episcopo*.

TUÆ fraternitatis devotio. *Et infra*: Consuluisti præterea utrum si aliquis citatus legitimis peremptoriis comparere noluerit, judex lite non contestata contra ipsum debeat sententiam promulgare, ut idem affectus tædio appellationis, saltè se judicis conspectui repræsentet. Ad quod s. t. taliter duximus respondendum, quod si contumaciter reus se curaverit absentare, talisque sit causa, quod actor possit in possessionem rerum petitarum induci, est in eadem causa custodiæ inducendus. Quod si causa talis existat, quod idem in possessionem negueat intromitti, ut juri pareat is, qui contumaciter se absentavit, est per censuram Ecclesiasticam compellendus.

§. In aliis vero casibus prudenter est attendendum, utrum contumax accusatione reali, vel personali conveniatur? Si reali, mittendus est utique actor in rei petitæ possessionem, ut tædio affectus reus veniat responsurus. Quod si venerit infra annum judicio sisti, præstita cautione, ac exhibita satisfactione congrua expensarum, possessionem recuperet. Quod si cautionem offerre neglexerit infra annum, actor post annum verus constituatur possessor, super proprietate duntaxat adversæ parti defensione legitima reservata. Quod si super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas nomine possidet alieno, debet statim in judicio dominum nominare certo dierum spatio a judice finiendo, eoque ad ejus notitiam perducendo vel ipse veniens, vel idoneum dirigens responsalem, actoris intentionem excipiat. Si vero post tempus idultum, quod dispositum est, noluerit adimplere, tamquam lite, quæ ingeritur ex eo die, quo possessor ad judicium vocatus est ad interpretandam præscriptionem longi temporis contestata, dominum possessionis Judex edictis legitimis evocabit, & tunc ipso in eadem voluntate manente, negotium summarim examinans, in possessiohem ipsarum rerum actorem mittere non tardabit, omne allegatione absenti super principali quæstione servata. Si autem super personali actione conveniatur, vel mittendus est actor in possessionem mobilium bonorum ipsius, vel immobilium, si forte mobilia non habeat, pro modo debiti declarati, vel in contumacem est Ecclesiastica sententia proferenda; ita videlicet, quod alteratra pœna, quæ magis timeri debeat, judex a principio sit contentus; ad alteram nihilominus procesurus, si hoc meruerit protervitas contumacis, qui veniens infra annum, vel post annum, etiam audietur, juxta distinctionem in alio casu superius annotatam.

NOTÆ.

a *Brixiensis*.) Ita etiam legitur in tertia collectione, *sub hoc titulo*, *cap.* 3. Quæ ad hujus inscriptionis declarationem spectant, adduxi *in cap. tua, de procurat.*

COMMENTARIUM.

IN hoc textu, & capite sequenti, §. *in aliis*, complectitur Innocentius salebrosam sane utiusque juris tractationem de primo, & secundo decreto, quam ut plenius absolvamus, exponamusque, primo sciendum est, quod licet actor regulariter non cogatur judicium suscipere, *leg. Divi* 19. *ff. de accusat. leg. unic. Cod. ut nemo invitus agere*, *l. pure* §. *fin. ff. de doli exempt. leg. fin. Cod. de usur. pupill. l.* 46. *titul.* 2. *partit.* 3. probant Covarruvias *lib.* 1. *variar. c.* 18. *num.* 1. Sarmiento *lib.* 1. *select. c.* 2. Bartholomæus Valerius *in leg. diffamari*, *Cod. de ingenuis*, *c.* 3. alioquin potius pati, quam agere diceretur, nisi ex justa causa judici visum fuerit tempus assignare, intra quod experiatur, ut in specie legis *si contendant*, *ff. de fideiuss. leg. diffamari, Cod. de ingenuis*, notat Arelanus *in antimon. lib.* 2. *c.* 5. tamen reus invitus cogitur judicium suscipere, *leg. inter* 83. §. 1. *ff. de verbor. obligat. leg. neque femina* 44. *ff. de procurat.* atque ita reus ab actore in jus vocatus compelli potest litem contestari, *leg. consentaneum* 8. *Cod. quomodo & quando*, *leg. quoties* 21. *ff. de noxal. leg* 1. §. *ex rescripto*, *ff. de ventre in possessionem*, *leg.* 10. *titul.* 3. *partit.* 3. ubi Gregorius, *c.* 2. *de litis contest. in* 6. docet Maranta *de ordin. judic.* 6. *par. membr.* 10. *num.* 8. Didacus Perez *in l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 3. *ordin.* Avendano *responf.* 1. *num.* 21. alioquin facile actores eluderentur renuentibus debitoribus in judicio comparere; unde coguntur judicium suscipere, imo etsi contumacis pœnas pati velint, cogi adhuc eos judicium suscipere defendunt Alexander, & Bolognetus *in leg. sed & hæc n.* 4. *ff. de procurat.* Hæc tamen necessitas non est absoluta, sed coactiva dumtaxat, atque conditionalis, videlicet nisi reus conventus statim solvat, aut fateatur se debere; tunc enim non cogitur judicium suscipere, *leg. si reus paratus*, *ff. de procurator*, *leg. si domus* 71. §. *si confitetur*, *ff. de legat.* 1. Glossa *in authent. qui semel*, *Cod. quomodo & quando*. Nec audiendi sunt Bartolus, & Bologninus *in leg. si fundo* 15. §. *Julianus*, *ff. de damno infecto*. Nec huic principio adversatur textus *in leg. satis* 19. *ff. de in jus vocand.* in illis verbis: *Satisque pœnæ fuerit eum, si non defendatur, & latitet; certum enim est, quod mittitur adversarius in possessionem eius*. Ex quibus duplex nascitur difficultas. Prima non cogi reum comparere in judicio, si missionem in possessionem pati velit: secunda, satis reum paniri missione in possessionem, absque eo, quod aliis pœnis propter contumaciam plectatur. Sed primæ difficultati satisfaciendum est asserendo, textum illum procedere in debitore, qui semper domi degit, ut cum nemo de domo sua extrahi debeat, aut in jus vocari, *leg. plerique* 18. *ff. de in jus vocand. leg. nemo de domo*, *ff. de regul. jur.* quia licet volens vocari possit, tamen illi vim inferri legislatores prohibuerunt; quia domus cujuslibet tutissimum refugium est, *leg. sed & si quis* 21. *ff. de in jus vocand.* plura Costa *in memorabil. verbo Domus*, Cujacius *lib.* 7. *observ. c.* 15. *& lib.* 1. *ad edict. Pauli*, *in dict. leg. satis*, Mysingerius *lib.* 4. *observ. c.* 69. Parlador. *lib.* 2. *rerum quotid. c. fin.* §. 6. *num.* 1. Revardus *pro trib. c.* 3. Vultejus *discept. c.* 1. Inde licet pœnis contumacis, videlicet missione in possessionem plectatur, tamen vim extractionis pati non debet. Secundæ difficultati respondendam est discrimen constituendo inter eas pœnas, quas reus patitur propter contemptum judicis, & inter eas, quas sustinet propter partis contemptum; satis enim ipse punitur missione actoris in possessionem, propter contemptum partis, *dict. l. satis* 19. at vero propter contemptum judicis variis pœnis puniri potest, *l.* 2. §. 1. *ff. si quis in jus vocatus*: docet Osualdus *ad Donell. l.* 23 *comment. c.* 10. *lit. A.*

1 Actor litigare non cogitur.

Manet ergo, reum invitum cogi coram judice comparere, cum ejus voluntati relinquendum non sit judicium suscipere; plerumque enim judicii aleam subire recusat. Notant Doctores per textum ibi *in leg. properandum*, §. *& si query*, & §. *fin autem*, *C. de judic.* Quapropter merito Græci illum ἀσύντακτον vocant, idest fugientem a judicio; & passim a Justiniano eo nomine notatur, *in dict. leg. properandum*, *leg.* 2. *in princ. & §.* 1. *C. de jurejur. propter calum. leg. aleam*. §. *ubi autem*, *C. de bonis matern.* cum aliis congestis a Brissonio *de v. s. verbo Fugiens*; Donello *in rubric. C. de obligat. n.* 18. *& in princ. Instit. de actionibus*, *n.* 7. sed si coram Judice non compareat, ab ipso contemptu, a quo contumacia dicitur, *c.* 1. *& 2. de dolo*, *& contumacia*, ipse reus contumax appellatur, ut probat Cujacius *lib.* 17. *observ. c.* 30. facit Martialis *lib.* 2. *Epigram.* 68. ibi:

Quod te, nomine jam tuo soluto,
Quem Regem & Dominum jam prius vocabam,
Nec me dixeris esse contumacem.

2 De contumacia; & quæsitum.

Licet a rumore contumacem dictum, quasi contumax, ut timidus superioris præcepti arguatur, velit Livius relatus a Roberto *lib.* 1. *rerum judic. c.* 10. Et cum per contemptum reus non comparet, grave delictum committit, *leg. omne* 6. §. *contumacia*, *ff. de re milit. unica*, §. *fin. ff. si quis jus dicenti*, *leg. sanctimus*, *Cod. de judiciis*, *c.* 2. *de dolo*, *& contumacia*, junctis traditis a Menochio, *lib.* 2. *de arbitr. casu* 142. Farinac. *tom.* 1. *praxis*, *q.* 28. Jul. Clar. *l.* 5. *sententiar.* §. 1. Contumacia autem duplex est; vera videlicet, & præsumpta. Vera est, cum quis citatus respondere non vult tribus edictis, aut uni pro tribus, *leg. ad peremptorium* 68. *ff. de judic. lege contumacia* 53. §. 1. *ff. de re judic. leg.* 3. *Cod. quomodo*, *& quando*, Paulus *lib.* 5. *sententiar. tit.* 5. *vers. trinis litteris*, *leg.* 2. §. *Senatu*, *leg. Arrianus*, §. *ult. de jure fisci*, *leg. Divus* 7. *ff. de in integr. restitut. lege ex consensu* 22. §. *ult. ff. de appell. c. nullus*, *c. nemo* 11. *quæst.* 3. docent Cujacius *lib.* 29. *observat. c.* 11. Vultejus *discaptat. c.* 2. Paz *in praxi*, 2. *tom. cap. unic.* Didacus Perez *in l.* 1. *titul.* 9. *lib.* 3. *ordin.* Sed in contrarium expendi solent primo textus *in leg. ad peremptorium*, 68. *ff. de judic.* ubi post tria edicta peremptorium decernitur, ut quis tamquam contumax damnari valeat. Secundo expenditur lex, *& post edictum*, 72. *ff. de judiciis*, in illis verbis: Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies ejus supervenerit, tunc absens citari debet. Tertio textus *in lege consentaneum* 8. *Cod. quomodo & quando*, ubi post tres denuntiationes, defuncto Præside nova citatio desideratur, ut contumax quis præsumatur. Quarto textus *in lege cessante*, 2. *C. eodem titul.* ubi absque peremptorii edicti prolatione reus ut contumax damnatur. Adhuc retenta priori doctrina, non obstat textus *in dict. leg. ad peremptorium*; nam pro ejus solutione sciendum est, apud Romanos reo in jus vocato, & non veniente die præfixa, quia adhuc non erat contumax, sed tantum absens, actorem petiisse a Magistratu, ut qui extra judicium vocatus erat, in judicium per præconem citaretur: tunc Magistratus adversarium in jus vocabat, vel edictis, vel litteris, vel denuntiationibus, semper tamen voce præconis, *leg. penultim. ff. de in integr. restit.* Svetonius *in Tiberium*, ibi: *Citatus pro tribunali voce præconis, convitiatorem rapi jussit in carcerem*. Aulus Gelius *lib.* 11. *noctium*, *c.* 1. per edicta vocabatur, illis publicis locis affixi, ita ut citatio ad ejus notitiam perveniret, *l.* 1. §. *item cum ex edicto*, *ff. quæ sententiæ sine appellat.* per litteras, cum illis per præconem missis, reus evocabatur; *l. Senatus* 15. §. *Divus*, *l. Arian. ff. de jure fisci*, *l.* 1. *C. de afferr. tollenda*; Robertus *lib.* 3. *sent. cap.* 7. Denuntationibus vocabatur reus; cum per executores, aut præconem illi denuntiationes fiebant; quoad citationis vero effectum nihil interesat, an per edicta, vel denuntiationes vocaretur. Quoad formam, talis observabatur. Primo enim dabatur unum edictum, postea secundum, demum tertium; & si judici visum fuerat, aliud peremptorium, quia in potestate judicantis erat illud concedere, vel negare, *leg. nonnunquam*, *ff. de judic.* Plerumque tamen judex tribus edictis, seu denuntiationibus contentus erat. Cujacius *in notis ad Paulum*, *lib.* 5. *sentent. titul.* 5. §. *trinis*. De his tribus edictis accipiendi sunt textus *in dict. l. peremptorium* 68. *l. contumacia* 53. *contumax*, *ff. de re judicat.* ubi Hermogenianus scribit cum contumacem esse, qui tribus edictis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, evocatus præsentiam sui facere contemnit: quem textum eleganter exponit Cujacius *lib.* 18. *observ. c.* 20. & pro illis verbis, *Litteris evocatus*, restituit, *vel litteris evocatus*. Plura de his edictis congerunt Duarenus *lib.* 1. *disput. c.* 7. Vultejus *discept. c.* 2. *& de judic. lib.* 2. *c.* 6. *num.* 5. Revardus *pro tribun. c.* 3. Robertus *lib.* 3. *sentent. c.* 17. Menochius *de arbitr. casu* 59. *&* 257. Quintanadvennas *l.* 1. *de justit. tit.* 4. Petrus Faber *in l. & si nihil* 183. *ff. de regul. jur.* Goveanus *l.* 1. *variar. c.* 7.

3 Intelligitur, post edictum, & de jud.

Nec etiam obstat textus *in dict. l. & post edictum* 73, cujus difficultate superati Acursius, & Bartolus *ibi*, & alii, quos refert Paz *in praxi*, 2. *p. tom. c. unic. num.* 25. affirmant verbum *debet*, in eo textu non importare necessitatem, sed arbitrium judicis. Ea solutione omissa, & alia tradita a Castrensi in eo textu, placet sententia Duareni *l.* 1. *disput. c.* 7. qui affirmat verbum *citare*, in eo textu, non ut vulgo Interpretes putant, idem valere, quod in jus vocare, vel novum terminum, aut diem proponere; in quem reus debeat ad judicium venire; sed quamdam partis citationem, aut vocationem significare; quæ ea die jam antea præfixa erat per præconem, quæ fiebat, ut partes ad sententiam dicendam accederent, qua interveniente, statim, sive reus respondisset, sive non, ferri sententia, & lis terminari poterat, ut ex Cicerone, Quintiliano, & aliis ostendit Duarenus, *ubi supra*, & constat *ex l. Divus* 8. *ff. de in integr. restitut.* junctis traditis a Goveano *l.* 1. *variar. c. fin.* Evinagrio *in l.* 1. *ff. de in jus vocand.* Costalio, & Cujacio *in d. l. & post edictum*, Revardo *in l.* 183. *ff. de reg. jur.* Pollero *l.* 15. *histor. fori Roman. c.* 13. Jul. Pacio *centur.* 1. *quæst.* 30. Nec etiam adversatur textus *in d. l.* 8. cui ne aperte opponatur textus *in lege edictum* 55. *ff. de indutiis*, reponendum est loco illius dictionis (*ter*) *iterum*, ut vult Cujacius *l.* 17. *observ. c.* 30. quem sequitur Pichardus *in* §. *in summa*, *c.* 2. *n.* 59. *institut. de interd.* vel legendum *item*, putat Donellus *l.* 17. *comment. c. fin.* Unde liquido constat, post peremptorium nullum aliud edictum desiderari ad contumaciam, quinimo peremptorio omisso, recte potest adversus reum sententia proferri, qui aliis edictis, denuntiationibusve admonitus, judicio adesse neglexerit, ut apparet *ex l.* 2. *C. quomodo*, *& quando*: quam ita accipiunt Donellus, Cujacius, & Gothofredus *ibi*, Corrasius *in d. l. si fouita*, §. *Julianus*, Cujacius *lib.* 9. *observ. cap.* 22. omissis Accursii, & aliorum solutionibus, quas refert Paz *in praxi* 2 *d.* §. *unic. ex num.* 27.

4 De contumacia præsumpta.

Præsumpta contumacia dicitur, quoties reus citandus latitat, ita ut citatio ad eum non perveniat; & malitiose se occultat, ne in jus vocetur, *l.* 2. *in princ. l. Fulcinius* 7. §. 1. *ait Prætor*, § *deinde*, *ff. quibus ex causis in possess. d. c. quoniam*, § *porro*: docent Brissonius *de v. s. verbo Latitat.* Petrus Faber *in l.* 2. 52. *ff. de reg. jur.* sive se occultet intra civitatem, sive extra ipsam, *l. Fulcinus*, § *illud*, *ff. quibus ex causis*, ubi loco verbi *Stationes*, legendum existimat, *statuas*, Cujacius *lib.* 1. *observ. c.* 13. Sed rectius Revardus *lib.* 4. *variar. c.* 7. retinet vulgarem lectionem, & pro stationibus accipit loca in foro Romano a tabernariis ditposita, ne pueri impingerent per stationum suarum angulos: consentiunt Brissonius *lib.* 2. *select. c.* 12. Pichardus *ubi supra*, *num.* 67. Igitur contumax in jure censetur, qui latitat, & curat, ne citatio illi intimetur, *l.* 2. §. *Aristo*, *ff. quod vi aut clam*, *l. dictum* 56. §. *similis*, *ff. de evictionibus*: tunc enim si reus haberi non potest, ad domum ejus fit citatio, *l.* 4. §. *Prætor*, *ff. de damno infecto*, ut contingit in aliis casibus, de quibus *in l.* 5. §. *si quis*, *ff. quod vi aut clam*, *leg. vi*, *aut clam*, *leg. vim* 39. §. *nupta*, *ff. ad l. Jul. de adulter.* quæ citatio sufficiens est, ut procedatur ad missionem in possessionem ex primo decreto; & ea supposita, accipiendus est textus *in l. ignorare* 3. *C. de restit. militar.*

Quæ contumacia in non comparendo a reo commissa variis pœnis utroque jure punitur, quibus non solum actori prospicitur, verum & judex injuriam quodammodo sibi illatam ulciscitur. Et quamvis regulariter prohibeatur judicium a sequestratione incipere; tamen ob contumaciam bona rei sequestrantur, *c.* 1. *& 2. de sequestrat. & possess.* & pignoris jure capiuntur, *l.* 1. §. *quid ergo*, *ff. de ventre inspiciend.* & ipse contumax excommunicatur, *c.* 1. *de judic. d. c. quoniam*, § *in aliis*: & apud Romanos mulcta unius ovis illi dicebatur, *l.* 1. *ff. si quis jus dicendi*. Unde Marcus Varro de Marco Terentio ait: *Quando citatus neque respondet, neque excusatus est, ego ex unius ovis mulctam dicto*. P. Crinitus *lib.* 25. *cap.* 8. & contumax exul judicatur. Livius *lib.* 5. *decad.* 3. ibi: "Plebs „ ita scribit, si posthumus ante Kalendas Majas prodiisset, „ citatusque eo die non respondisset, neque excusatus esset, „ videri eum in exilio esse. *Afronius* actione tertia in Verrem. „ Nec huic principio opponitur textus *in c. de causis* 4. §. 1. *de offic. deleg.* ubi asseritur nullam pœnam certam a jure statutam contra contumacem; nam in eo textu non agitur de contumacia in non comparendo a reo commissa, sed de contumacia, quæ in litis progressu a litigatoribus, testibus & aliis personis judicio interressentibus perpetratur; quibus in casibus nulla certa pœna statuta est in contumacem, sed arbitrio judicis ejus vindicatio relinquitur. Sed antequam hinc abeamus, exponendum venit difficile responsum Pomponii relatum *in l. si is, cum* 20. *ff. communi divid.* ubi absentis, & contumacis rei, qui ad edictum judicis non respondit villam dirui, & arbusta succidi supponit Consultus: igitur non per missionem in possessionem actori contra reum contumacem succurritur. Pro hujus textus expositione varia adduxerunt Cujacius *l.* 13. *observ. c.* 39. Duarenus *l.* 1. *disp. c.* 4. Robertus *l.* 3. *sententiar. c.* 4. Revardus *l.* 1. *var. c.* 7. Simancas *de catholicis*, *tit.* 2. *n.* 5. Parladorius *l.* 1. *rerum quotidian. c.* 21. D. Joannes Vela *de deliciis*, *c. de Læsa Majest. n. fin.* Vultejus *discept. c.* 9. Ex quibus aliqui affirmant, in eo textu agi de cive Romano, qui ad militiam evocatus non respondebat; ille enim ut proditor libertatis, in servitutem redigebatur, *leg. qui cum uno*, *ff. de militar.* Quintilianus *declamation* 3. in his verbis: "Eo tamen usquequo populus Romanus vindicta „ processit, ut ardentibus bello finibus, ad delectum nemo re- „ sponderet, nisi pœna proditoris. *Cicero* pro Cæcinna, *ibi*: Ubi „ jam populus eum vendidit, qui citatus ad militiam non „ venit. „ Halicarnasseus laudato a Cujacio *dict. c.* 29. Et quia pœna demolitionis ædium non erat, sed extra ordinem infligebatur, ideo asseritur in eo textu, motu proprio judicem ædes diruisse; nec etiam verbum *judicis*, accipiendum esse pro quolibet judice, sed pro tribuno militum, qui eos ad delectum vocabat, ut post Cujacium, & Revardum docet Vultejus *discept. c.* 9. Alii retenta lectione Florentinarum, *ad delectum*, textum illum accipiunt de reo, cujus nomen propter contumaciam adnotatum est, eo quod copiam sui non fecit, *l.* 1. *ff. requirend. reis*. Licet enim absens adnotatus damnari non possit, imo ejus bona fisco debeant applicari; tamen ob gravissimum perduellionis crimen domus ejus ob aliorum exemplum diruebatur, ut ostendit Revardus *l.* 1. *variar. c.* 7. Nefarii enim sceleris, criminisque perhorrendi reos apud Romanos, maximis pœnis puniri, & eorum domos verti, *ex lege coram* 24. *ff. de pœnis*, ex Valer. Maxim. *libro sexto*, *c.* 5. probat Follerius *in praxi de jure moderandi rigorem num.* 36. Et hodie apud nos vestigium hujus pœnæ adest in reis læsæ majestatis divinæ, aut humanæ, quorum domus diruuntur, & sale seminantur, ut illustrant Covarruvias *lib.* 2. *variar. cap.* 9. *num.* 4. Alciatus *lib.* 5. *parerg. cap.* 13. *in fin.* Alii tandem existimarunt, in eo textu villam diruta fuisse, non jure, sed judicis injuria, ut constat ex illis verbis, *Mors judicis*. Mors enim nihil aliud est, quam indignatio quædam, *lege omnis*, *Cod. de offic. rectoris*, notavit Cujacius *l.* 13. *observat. c.* 29. unde supposita illa judicis injuria, tantum quæritur de actione; quæ datur contra socium. Nec obstabat si dicas, admissa ea interpretatione, contra judicem esse dandam actionem, juxta textum *in lege nec Magistratibus*, *ff. de injuriis lege eum qui ff. de periculo*, *& commodo*, *lege si filius*, *ff. de judiciis*, junctis traditis a Petro Gregorio *lib.* 36. *syntagm. cap.* 28. *num.* 6. Nam respondetur a Pomponium *in dict. leg.* 20. non agere de actione competenti contra judicem, sed adversus socium actionem concedi docet; quia utilius est communi dividundo judicio adversus eum experiri ad recuperandum id, quod ejus causa amissum erat, quam actionem intendere contra judicem, pro cujus sententia in dubio præsumitur, *l. ingenuum*, *ff. de statu hominum*.

5 De pœnis contumacis.

6 De missione in possessionem.

Prædictas tamen contumaciæ pœnas, nec missionem in possessione patitur, qui ex justa causa abest, veluti adversa valetudine captus, tempestate detentus, vel detentus vi fluminis, *leg.* 2. §. *si quis judicio*, *ff. si quis cautionibus*, capitali judicio præventus; *leg. sed & si quis* 4. *ff. eodem titulo*; in custodia militari detentus, vel funus ducens, *dict. leg. & si quis* §. 1. absens Reipublicæ causa, *lege si is cui* 38. *ff. ex quibus causis major.* ob diem feriatum, *leg.* 2. *ff. si quis in jus vocatus*; si interim de controversia fuerit tractatum, *l. neque* 22. §. 1. *ff. de in jus vocand.* si exigua mora fuerit, *lege & si post* 8. *ff. si quis caution.* si controversia morte periit, *leg. fin. ff. eodem tit.* si ex duobus reis alter solvit *lege si duo* 5. *ff. si quis caut.* & similibus. Qui ergo sine justa causa contumax abest, nec citatus comparere vult, supra relatis pœnis plectitur, aut actor mittitur in possessionem bonorum ejus; quæ non minima contumaciæ pœna est, cum nihil fere hominibus majorem dolorem incutiat, quam si bona a majoribus per manus accepta, ab extraneis videant occupari, *l. lex qua* 2. *vers. Non vero*, *C. de administrat. tutor. leg. si ex emptione* 26. *ff. de minor. leg. qui officium*, 62. *ff. de contrahend. emption. leg. libertus qui solvendo ff. de bonis libert.* junctis traditis a Tiraquello *in prefation. de retract. n.* 34. Roberto *l.* 3. *rerum judic. c.* 17. & aliis per me congestis *in cap. constitutus*, *de in integr. restitut.* Remedium enim hoc inventum est, ut actoris intentio non frustretur, & reus tædio talis missionis affectus, accedat responsurus: quæ ratio redditur *in leg. cum legati*, *ff. quibus ex causis in possess. dict. l. consentaneum* 8. *dict. cap. quoniam*, § *in aliis*, *l.* 1. *tit.* 13. *l.* 2. *tit.* 8. *partit.* 5. unde hæc missio in possessionem communiter a Doctoribus appellatur tædialis. Menochius *de retinend. remed.* 3. *num.* 120. Vacon. *lib.* 2. *declar. cap.* 134. *num.* 14. Connanus *in dict. l. si finita*, § *Julianus num.* 20. Scaccia *de judiciis lib.* 1. *cap.* 6. Osualdus *lib.* 23. *Donelli*, *cap.* 12. *lit. E.* Hoc tamen remedium

tium introductum est a Prætore edicto suo, cujus verba repetuntur, licet truncata, *in leg. hac autem 5. leg. in possessione 6. §. 1. leg. Fulcinius, ff. ex quibus causis in possess.* Illud tamen expenendo quodammodo confacirnavit Cujacius *lib. 10. observ. cap. 31.* cujus edicti remedium nostro jure canonico receptum in præsenti, & in titulo *de eo qui mittitur*, jus regium non respuit, *l. 10. tit. 32. partit. 3. l. 1. tit. 11. lib. 4. recopilac.*

7 De primo decreto. Hæc missio in possessionem decernitur primo, aut secundo decreto, *l. 3. §. fin. ff. ne vis fiat, ei, dict. leg. si finita, §. Julianus.* Et licet decretum multiplicem habeat significationem, & comprehendat omnia, quæ causa cognita per judicem statuuntur, *l. 1. ff. de constitut. Princip. leg. penult. ff. de officio Pratoris, leg. 1. ff. de officio assess.* notarunt Theophilus *in §. sed quod Principi, Instit. de jure naturali*; Brissonius, & Calvinus *de v. s. verbo Decretum*, Goveanus *in l. jubere, ff. de jurisdict.* Connanus *lib. 2. comment. cap. 14.* Paz *in praxi, 2. p. §. unico, num. 17.* Tamen quod ad institutum attinet, accipitur pro quadam judicis pronuntiatione, qua Prætor præhabita causæ cognitione missionem in possessionem decernit, *c. 1. §. hoc autem dict. leg. si finita, §. Julianus.* Decreti nomen accipit, quia non de plebano simpliciter, aut levato velo (quibus loquendi modis utuntur Consulti *in leg. neque quidquam 9. §. de pleno, ff. de offic. Prætoris, l. non est, ff. de manumiss. vind. leg. 1. §. abolitio, ff. ad Turpil. leg. pen. C. de naufrag. l. 11.* sed pro Tribunali sedendo, & causæ cognitione habita decernitur, ut infra probabimus, unde hujusmodi decreta latine interponi debebant, *leg. decreta, 48. ff. de re judic.* quia pro tribunali quidquam pronuntiare Prætores, aut alii Magistratus nisi latine non valebant; ea ratione nimirum, ut refert Valer. Maximus *lib. 2. c. 2. exempl. 2.* ut Latinæ vocis honos per omnes gentes venerabilior diffunderetur, quousque ad Græcos Imperio translato, ab Arcadio, & Honorio hoc immutatum fuit, & permissum, ut quemadmodum contractus, & testamenta græce celebrari poterant, *l. 1. §. fin. ff. de verb. oblig. leg. hac, §. fin. ff. eodem t. hac, §. fin. C. de Testam.* ita etiam decreta, & judicum sententiæ Græco quoque idiomate concipi possent, ut pro conciliatione dictæ legis *decreto*, cum lege *judices 11. C. de sententiis*, docent Camanus, & Donellus *in d. l. Decreta*, Madera *de reliquiis invenitis in monte Granatensi, c. 18. pag. 59.* Pronuntiatio igitur missionis in possessionem, decretum est, nec jussum illud, dum judex apparitori mandat, ut missionem faciat, decretum dicitur, ut voluit Vultejus *lib. 2. jurispr. c. 2.* decreto enim consequens est judicis jussum apparitori factum, ut exequatur decretum, ut se corrigens docet ipse *de judiciis, c. 6. n. 182.* Non tamen inde asserimus, actionem competere ad hanc missionem petendam, quia officio judicis fit, ideoque interponi potest diebus etiam feriatis, *l. 2. ff. de feriis.*

8 Impugnatur recepta doctrina. Sed hucusque adducta, videlicet missionem in possessionem decreto decerni contra reum abientem, & contumacem, difficilia redduntur ex sequentibus juris ratiociniis. Primo, nam decretum hoc causæ cognitionem desiderat, *l. 4. §. hoc autem, ff. de damno infecto, juncta leg. nec quidquam 9. §. decretum, ff. de offic. Proconsul. leg. ubi cognoscere, ff. de constitut. Princip. l. naturalis 7. §. 1. ff. de confirm. tut. l. 3. §. si causa, ff. de bonor. possess. l. in precedente, C. de dilat.* docent Alciatus *l. 2. paradox. c. 3.* Revardus *pro tribun. c. 7.* Rubertus *l. 1. recep. lect. c. 23.* Costanus *quæst. juris c. 11. n. 6.* Polletus *l. 1. hostor. fori, c. 9.* In eoque differt decretalis bonorum possessio ab edictali; nam decretalis dicitur, quæ æquitate suggerente cum causæ cognitione conceditur, *l. 3. §. si causa, ff. de bonorum possess. l. 1. §. decretalis, ff. de bonorum possess. l. 1. §. decretalis, ff. successor. edict.* Edictalis vero, quæ ex edicto de plano sine causæ cognitione conceditur, *l. 2. §. dies, ff. si quis ordo in bonor. poss.* notant Menochius *de adipisc. remed. 1. n. 16.* Fachineus *lib. 2. controvers. c. 74.* Sed quæ causæ cognitionem desiderant, absente, & inaudita parte expediri non possunt, *c. 1. de causa possess.* plura Vultejus *de judiciis l. 3. c. 11. n. 30.* Heraldus *de autor. rei judic. l. 1. c. 10. & 11.* igitur adversus absentem non potest decreto decerni missio in possessionem. Secundo, nam litis contestatio fundamentum est judicii, *l. amplius 15. ff. rem ratam*, late probavi *in c. unic. de litis contest.* unde sine ea non potest aliqua sententia proferri, *c. 1. & 2. hoc tit.* Avendanno *de primo decreto, 1. par. n. 3.* ergo lite non contestata non potest missio in possessionem decerni contra contumacem. Tertio quia contumax in non comparendo, aliis juris remediis cogitur judicium suscipere, & aliis pœnis ejus contumacia coercetur, ut supra probavi. Igitur reus contumax debet pati missionem in possessionem. Accedit, nam contumax, qui in jus vocatus non venit, in eo punitur, ut quanti ea res est, aut interfit, puniatur, *l. ult. l. si quis in jus vocatus, l. ult. §. 1. ff. de appell.* Igitur si jam actor est consecutus quanti sua interfuit, non debet mitti in possessionem. Deinde, nam contumacia rei, litis damno coercetur, *l. contumacia, 53. ff. de re judic.* Igitur numquam est necessaria missio in possessionem. Rursus quia qui judicis mandato non paret, possessionem bonorum amittit, & ea transfertur in adversarium manu militari, *l. qui restituere 68. ff. de re vindic.* igitur non tantum missione in possessionem plectitur. Ultimo tandem obstat, nam hæc missio in possessionem fit ex dicto, *l. Fulcinius, §. plane, l. item ait 21. §. hoc autem, ff. ex quibus causis.* Igitur non recte asserimus ex decreto decerni missionem in possessionem.

9 Respondetur quæstionis difficultatibus. Quibus difficultatibus non obstantibus vera est supra tradita doctrina, videlicet, contumacem puniri, & cogi litem contestari per missionem in possessionem bonorum ejus decreto judicis: nam cum nihil pejus Reipublicæ evenire possit quam lites differri propter innumera mala, quæ ex illis contingunt, de quibus *in l. si servus, de obl. & act. lege æquissimum 17. de usufructu, l. 4. ff. de alienat. judic.* junctis congestis a Cenedo *ad Decret. collect. 60.* Osualdus *l. 17. comment. c. 1.* unde litium fines utroque jure commendantur, *leg. festinandum, Cod. de judiciis, lege finali, ff. pro suo, capite finem, de dolo & contumacia*; Fornerius *lib. 3. rerum quotid. cap. 1.* non est serendus reus, qui arroganti & sublata mora litem procrastinat, & judicii aleam fubire recusat, cum, Quintiliano teste *declamat. 309.* " Nihil impius hominibus dilationis, & extrahendi judicii cupiditate; cum is, qui judicium fugit, de justitia litis adversus se motæ desperare præsumatur. " Nec contrarium suadent difficultates supra adductæ. Non prima; nam licet causæ cognitio ad decretum interponendum desideretur, ea tamen post tres denuntiationes, quæ ad constituendum reum contumacem exiguntur, sufficienter habetur; unde quia contumax post edictum peremptorium quodam modo pro confesso habetur, potest damnari; ut patiatur missionem in possessionem bonorum. Nec secunda difficultas adversatur, nam licet verum sit, lite non contestata sententiam proferri non posse, ut proximo commentario probabo, illud procedit in sententia definitiva, non vero in interpositione hujus decreti, quod remedium inventum est ad compellendum reum litem contestari, ut ita ad sententiam definitiva perveniri possit. Nec etiam tertia difficultas obstat, cui satisfaciendum est afferendo, aliis pœnis contumacem puniri, tam propter contumaciam judicis, quam ut consulatur actori: sed cum adhuc illis satis prospectum non esset, inventum fuit remedium missionis in possessionem ex primo, vel secundo decreto, unde in electione actoris, judicisque est, pro rei, & personæ qualitate, quo remedio utendum sit; & condemnatio, quæ ex edicto *si quis in jus vocatus sit*, non continet æstimationem rei petitæ, sed quanti judicis contemptus æstimandus videtur: cui autem applicanda sit ea pœna, disputant Vvesembech. & Concius relati a Vultejo *d. cap. 6. num. 55.* Nec obstat textus *in d. l. contumacia*; nam illa verba; *litis damno coercetur*, ita accipienda sunt ut procedant in reo contumace, qui post primi decreti interpositionem comparuit, quia solutis expensis recuperat possessionem. Vel exaudiendus est Consultus de eo, qui litem contestatam deserit & contrahit eremocidium, ille enim post litem contestatam contumax litis damno coercetur, *authent. qui semel, Cod. quomodo quando.* Nec textus *in d. l. qui restituere*, obstat, nam procedit in reo jam condemnato, qui post difinitivam sententiam in ejus executione judicio non comparuit, quo casu manu militari possessio in actorem transfertur, ut docent Donellus *lib. 10. comment. capit. 6.* Caldeira *lib. 2. variar. capit. 1.* Valentia *tom. 2. illustr. tract. 2. capit. 4. num. 24.* Tandem non adversatur ultima difficultas; nam contraria non sunt missionem in possessionem edicto pollicieri, & decreto decerni: siquidem quod Prætor edicto pollicetur, ipse postea decernit, ut docet Pichardus *in §. summa, capit. 3.*

10 Exponitur c. 1. de dolo & contumacia. Supra traditis tamen opponitur difficilis textus *in capit. de dolo & contumacia*, ubi contumax plectitur non missione in possessionem rei petitæ, sed ejus sequestratione: igitur missio in possessionem non est utilis, & pinguius remedium, quo adversus contumacem actori consulitur. Cui difficultati satisfacit ipse Alexand. III. in illis verbis: " Licet monachi essent " ob contumaciam adversæ partis in possessionem rerum petitarum mittendi; intuitu tamen religionis cum eis mitius " agere volentes, possessionem sequestrari. " Sed tunc ingens nascitur difficultas; nam judices in ea specie sequestrum indicendo non videntur mitius, nec favorabilius cum religiosis agere: sane utilius monachis esse habere possessionem ex primo decreto quam eam sequestrari; siquidem ex primo decreto ipsi detinerent rei petitæ possessionem, & post annum efficerentur veri possessores, ex sequestro vero neutrum consequuntur. Pro hujus textus interpretatione varia adduxerunt Ancharanus, & Innocentius *ibi*, Sahagun, *in capit. 1. de sequestr. possess. numer. 51.* quibus omissis dicendum est cum Cardinale, in eo textu illa verba, *intuitu religionis*, esse referenda ad monachos, ut ex integra ipsius textus relata ab Antonio Augustino *in 1. collect.* facile probatur; & ea verba, *mitius agere cum eis volentes*, referenda esse ad canonicos reos contumaces; ut tenet Hostiensis *ibi*, cum quibus poterunt judices delegati actius procedere, idque innuit dictio illa, *mitius*, ita ut sensus fit, contra Canonicos mitius judices egisse procedendum per sequestrum, quam per missionem in possessionem, idque fecisse intuitu Religionis monachorum, ne ipsi apparerent rei alienæ invasores, capiditateque, & ambitione notarentur. Nam licet monachi jure possent prædictam missionem in possessione petere; tamen religiosæ personæ non debent rigorem eligere, & severius missionis in possessione remedium intendere. Nec obstabit si instes, inter religiosas, Ecclesiasticasque personas compesci etiam contumaciam per missionem in possessionem, *capit. 1. 2. & 3. de eo qui restituitur*: igitur *in d. capit. 2. de dolo & contumacia*, juste, & licite monachi poterant mitti in possessionem. Nam respondeo quod cum judex possit uno vel alio remedio contumacem coercere, ut supra notavi, nihil mirum quod *in dict. capit. 1. 2. & 3.* missionem in possessionem decerneret, non sequestrum indiceret; quidquid enim permittitur potestati judicis, non subjicitur juris necessitati, *l. non quidquid 40. ff. de judic.* poterat enim judex in his casibus se-

que-

questrare possessionem, aut missionem decernere. Nec contrarium probat textus *in capit. 1. de sequestr. possess.* in illis verbis: *Mandatis sequestrationis potius revocato*: ubi Innocentius III. revocat sequestrum factum a prædecessore suo: unde constat, judicem, quantumvis superiorem, non posse per sequestrum procedere contra contumacem, si actor petat in ejus possessionem mitti. Nam omissis interpretationibus tradisis a Classicis reperentibus in eo textu, dicendum reor, ideo sequestrum fuisse revocatum, quia cum in eo casu prius decreta fuisset missio in possessionem, non debebat postea sequestrum fieri, & ita possessio ab actore auferri, ut docet Panormitanus *in d. cap. 2. de dolo & contum. num. 4.*

11 Intelligitur c. unicum de eo qui mittitur in §. In hac parte etiam difficilis videtur textus *in c. unico, de eo qui mittitur in possess. lib. 6.* ubi statuitur, ne in causis beneficialibus missio in possessionem fiat, etiam absente, & contumace reo: igitur verum non est, reum contumacem pati missionem in possessionem ex primo, aut secundo decreto, contra hucusque tradita. Pro cujus difficultatis solutione dicendum est, textum illum specialiter procedere in causis beneficialibus, ne in beneficiis vitiosus detur ingressus; nam cum ad beneficium Ecclesiasticum obtinendum institutio canonica desideretur, *capit. ex frequentibus, de institut. capit. 1. de regul. jur. in 6.* possessione translata in actorem ex primo decreto evenire posset, ut reo intra annum comparente, actor efficeretur verus possessor, ac per consequens vitiosus daretur ingressus: docent Glossa *in capit. contingit, de dolo*, ubi Abbas *numero 11.* Felinus *in capite sicut numero 31. de re judic.* Selva *de benef. 3. part. quæst. 21.* Paz *d. capite unic. numero 59.* alii relato ab Arellano *lib. 2. antinom. 4. num. 7.* Sed tunc obstat textus *in capit. 2. de eo qui mittitur, capit. olim 25. capit. dilectus 28. de rescript. capite secundo de sequestr. possess. Clement. unic. eod. titul. capit. 2. de litis contest.* Ex quibus manifeste apparet in causis beneficialibus dari missionem in possessionem. Pro quorum solutione discrimen constituendum est inter eum casum, in quo agitur de proprietate Ecclesiæ, & inter eum, in quo agitur de beneficii titulo. Primo casu missio in possessionem decerni potest; secundo vero ex primo decreto missio decerni non valet. Ratio hujus discriminis in promptu est, nam quando agitur de Ecclesia, tamquam de proprietate, titulus præsupponitur, & nullus versatur timor vitiosi ingressus: at vero quando agitur de titulo beneficii, vitiosus dari potest ingressus ex contumacia alterius: contumacia autem non potest titulum præbere actori, cum non sit modus faciendi canonicam institutionem, nec defectus litigantis jus tribuat alteri de jure suo non docenti, *capit. olim, in fine de prescript. capit. cum super, de causa possession.* atque ita cum agitur de beneficio Ecclesiastico obtinendo, non est locus missioni in possessionem, secus vero cum agitur de beneficio obtento. Osualdus *lib. 23. capit. 12. litter. Q.*

12 Definitur primum decretum. Ut recto ordine procedamus, antequam effectus primi decreti recenseamus, ejus definitionem in medium proponamus: & omissis traditis ab Accursio *in d. l. si finita, §. si plures, verbo Prius*, Bartolo *numer. 2.* Bologaino *numer. 21.* Menochio *de arbitr. casu 6. num. 1.* Maranta *de ordin. judic. 6. part. membro 2. numer. 12.* Paz *ubi supra*, placet definitio Vvesembechii *ad titulum de damno infecto*, qui ita ait: Decretum est " Sententia interlocutoria judicis, qua ob contumaciam rei " actor in possessionem bonorum mittitur custodiæ causa, " ut eam pignoris vice detineat, donec reus veniat respon" surus. " Quam definitionem amplectuntur Pichardus *in d. §. in summa, capit. 3.* Arellanus *lib. 2. antinom. capit. 4.* Dicitur *sententia interlocutoria*, loco generis; quia aliæ sunt sententiæ interlocutoriæ, quæ non pertinent ad primum decretum, quas congerit Rebuffus *in l. quod iussit, ff. de reg. jur.* licet enim pronuntiationem judicis, & qualemqualem causæ cognitionem decretum exposituret; tamen cum non contineat condemnationem, seu absolutionem, sententia definitiva non est. Dicitur etiam *judicis*, ad denotandum, non licere privatis actoribus propria auctoritate bona absentis occupare, *l. nullum, Cod. de judic. l. extat, ff. de eo quod metus*; sed missionem in possessionem decernendam esse a Magistratibus, eorum apparitoribus executione mandata, *l. cui §. missus, ff. ut in possessionem, l. final. ff. de judic. l. 5. §. nec tamen, ff. de rebus eorum*; licet non inficier aliquando ipsi quoque parti licentiam accipiendi possessionem a Prætore concedi, argumento textus *in l. datis, Cod. solut. matrim. l. unic. Cod. ut nemini liceat, Laum qui, §. si epistola, ff. de furtis.* Sed quibus judicibus competat potestas decernendi hanc missionem in possessionem, & an ratione imperii, seu potius jurisdictionis illi competat, apud Interpretes non liquet. Brissonius *lib. 1. select. capit. 3.* existimat, in possessionem mittere, jurisdictionis esse, non imperii: contrarium vero, scilicet hanc potestatem ad missum imperium spectare, docent Scipio Gentilis *lib. 1. de jurisd. capit. 4.* Duarenus *eod. tract. capit. 7.* Pichardus *in dicto §. in summa, capit. ultim. num. ultim.* Merillus *lib. 1. variant.* ex Cujacio, *capit. 3. & 4.* Nec tunc obstat lex *4. ff. de jurisdict.* in illis verbis: *Jubere cavere, & in possessionem mittere, imperii magis est, quam jurisdictionis.* Quia textus ille comparative accipiendus est, ita ut non neget Consultus, in possessionem mittere, jurisdictionis etiam cum imperio esse. Nec similiter obstat, Magistratus municipales minores posse in possessionem mittere, *l. 4. §. ad duas, ff. de damno infect. l. ea quæ 26. §. Magistratibus, ff. ad municip.* qui imperium non obtinebant, *d. l. 26.* Igitur missio in possessionem potius jurisdictionis, quam imperii est. Nam respondendum est, Magistratus minores id non jure proprio, sed vice Præsidis ex mandata sibi jurisdictione facere, *l. 5. ff. de jurisd. l. 1. §. cui mandata, ff. de offic. eius*: docent Pichardus, & Merillus *ubi supra*: Revardus *pro tribun. capit. 8.* Cetera verba ponuntur loco differentiæ, & dicitur *in possessione bonorum*, ut comprehendamus tam actores ex actione reali, quam personali; inter quos illud datur discrimen, videlicet, quod agens actione reali mittitur tantum in possessionem rei in controversiam deductæ, seu super qua lis movetur, *l. Fulcinius 7. §. Celsus, ff. ex quibus causis, l. penult. §. sed si quis, Cod. de prescrip. triginta. l. 2. Cod. ubi in rem actio, l. si finita, §. Julianus, ff. de damno infecto, l. 1. titul. 11. l. 4. recopil.* Si vero actione personali agat, mittitur actor in possessionem omnium bonorum, modo actio propter quantitatem, modo ad certam rem mobilem, vel immobilem debitam dirigatur, *l. 1. & 2. ff. ex quibus causis in possessionem, l. cum proponas 9. Cod. de rebus auctorit. judic. l. eo tempore 91. ff. de peculio*: docent Scipio Gentilis *lib. 1. de jurisdict. capit. 24.* Duarenus *de damno infecto, capit. 2.* Osualdus *ad Donell. lib. 23. commentar. capit. 11. litter. D.* Cujacius *lib. 10. observ. capit. 31.* Schifordegerus *tract. 7. quæst. 1.* Cujus discriminis ratio in eo consistit; nam actio realis in ipsam rem petitam dirigitur, ejusque possessionem avocare intendit ratione dominii, quod in actore præsupponitur, *l. in rem, ff. de rei vind. l. si cum 76. ff. de evict. l. actionem 25. ff. de obl. & act.* Quod non procedit in actione personali: nec jure novo hoc immutatum est, ut aliqui putant, non auctoritate textus *in novella 53. capit. 4.* quia ut docent Gentilis *lib. 1. de jurisdict. capit. 34.* Cujac. *in d. novella*, Donellus *lib. 23. comment. capit. 11.* Schifordeg. *d. tract. 7. quæst. 1.* verba illa ipsius textus, *pro modo declarati debiti*, referenda sunt ad finem, & effectum missionis in possessionem, quoniam bona distrahuntur, ut creditori debitum solvatur; tunc enim distractio fieri debet pro modo debiti, idest quatenus requiratur ad solvendum debitum; non vero fuit referenda ad modum, seu quantitatem rerum, in quarum possessionem actor mittendas est: quo modo accipiendi sunt textus *in l. presenti 6. §. 4. Cod. de bis qui ad Ecclesiam confugiunt, d. capit quoniam, §. in aliis.*

13 De effectu primi decreti. Ultima verba prædictæ definitionis exprimunt effectus hujus missionis in possessionem ex primo decreto factam, videlicet per eam actorem non consequi ipsam rei possessionem, sed in possessionem tantum constitui servandæ, vel custodiendæ rei causa, & jus pignoris prætorii habere, ut probant textus *in capite penult. de dolo, & contumacia, capite primo de eo qui mittitur in possess. capite pastoralis 8. §. præterea, de offic. ordin. capite querelam 15. de simon. lege officium 9. ff. de rei vind. lege 3. dig. de usufructu, lege 3. §. finali, dig. de acquir. possess. lege is cui, dig. ex quibus causis in possess. l. si duo, §. creditores, dig. uti possidetis, l. missio 12. dig. pro emptore, l. non est 23. dig. de pignorat. act. l. edium 23. dig. de peculio, lib. 3. §. 1. dig. de rebus, l. filius 114. §. cum erit, dig. de legat. 1. l. si funta 15. §. Julianus, dig. de damno infecto, l. officium, §. denique, dig. de rei vindi. l. 5. dig. ut in possess. legat. l. 3. Cod. qui potiores, l. 1. Cod. si in causam judic. l. final. Cod. de pretorio pignore, l. in possessione 8. Cod. de bonis auctorit. judic.* Consonant de jure regio lex *6. titul. 8. part. 3.* lex *10. titul. 3. eadem partit.* lex *1. titul. 11. lib. 4. recopil.* Illustrant Corrasius *in d. l. si finita, §. Julianus*, Duarenus *de damno infecto, c. 6.* Anton. Faber *de error. decad. 10. error. 5. & 6. & lib. 10. conject. capite 11.* Schifordeg. *ad ipsum, lib. 1. tract. 7.* Gilkenius *de prescript. 2. part. membro 2. capite 5.* Menoch. Paz, & alii relati a Pichardo *in dict. §. in summa, cap. 2. num. 115.* Arellanus *lib. 2. antinom. 4.* Vultejus *de judic. dict. capit. 6. numer. 197.* P. Gregorius *lib 48. syntagm. capite 3.* Cujacius *lib. 10. observ. capite 31.* Giphanius *in l. consentaneum, Cod. quomodo & quando*, Galbanus *de usufructu, cap. 33.* Osualdus *lib. 23. Donelli, cap. finali, littera E.* qui alios referunt.

14 Impugnatur hæc doctrina. Sed hæc vera, & receptior doctrina difficilis redditur sequentibus juris considerationibus. Prima nascitur ex eo; nam actor virtute missionis in possessionem jus pignoris prætorii habet, sicut creditor in pignore conventionali: sed creditor habet veram possessionem rei pignoratæ, *l. quæcumque 13. §. ultim. de Publiciana, l. si servus 22. §. 1. ff. de noxalibus, l. & ideo 12. §. ult. ff. de condict. furtiva, l. si creditor 28. cum sequenti, l. cum & sortis 35. §. 1. lege si pignus 37. dig. de pignorat. action. l. debitor 59. dig. ad Trebell. l. per servum 37. dig. de acquir. rer. domin. l. 1. §. per servum, l. pignoris 36. cum sequenti, l. si ideo 40. dig. de acquir. possess. l. certi 6. §. ultim. l. debitor 11. dig. de precario, l. de accusationibus 14. §. & si mihi, dig. de diversis & tempor. l. sciendum 15. §. creditor, dig. qui satisd. cog. l. vir 17. §. 1. dig. ad Vellej. l. illud 13. dig. quæ in fraudem credit. l. servi 17. l. non solum 33. §. si rem, dig. de usucap.* D. Isidorus *lib. 15. originum, capit. 25.* ibi: " Pignus est quod propter rem debitam obliga" tur, cujus rei possessionem solum ad tempus consequitur " creditor: ceterum dominium penes creditorem est. " Docent plures relati a Valentia *tom. 2. illustrium, tract. 2. capite 11.* Cujacius *tract. 7. ad Afric. in l. si de eo, dig. de acquir. possess.* Giphanius *in l. interesse, numer. 9. dig. eodem*, Treutlerus *volum. 2. disput. 21. thes. 4.* Galbanus *ubi supra.* Necessaria est enim in creditore hæc possessio, considerata natura pignoris, quod ideo constituitur, ut suo tempore distrahi possit: igitur similiter actor possidet pignus prætorium, cum etiam illud vendi debeat suo tempore. Accedit, nam creditor, quia habet possessionem pignoris conventionalis, potest, si eam

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

rem amiserit, persequi actionem possessoriam in rem, *l. si creditor* 23. *dig. de pignor. l. si debitor* 10. *l. si is qui* 11. *l. geneo* 13. *§. etiam*, *dig. de pignor.* sed eamdem actionem habet creditor virtute missionis in possessionem, *l.* 2. *Cod. de Prætorio pignore*: igitur quia habet possessionem veram. Secunda difficultas nascitur ex eo, nam actor ratione missionis in possessionem consequitur commoda realis possessionis, *leg. Fulcinius* 7. *dig. ex quibus causis in poss. leg. pen. dig. ut in poss. legat.* & iple actor teneur rei vindicatione, *leg. officium* 9. *dig. de rei vind.* actione ad exhibendum, *leg. Cassii*, *dig. ad exhibendum*. habet interdictum possessorium, *l.* 1. *dig. ne vis fiat ei*: igitur quia obtinet veram possessionem. Tertia difficultas ex eo oritur, nam restitutio præsupponit privatorum, *cap.* 1. *de judic. cap. unic. de eo qui mittitur in possess. l.* 6. quia juxta Philosophum privatio præsupponit actum: sed reo comparenti post missionem ex primo decreto possessio restituitur, *dist. c. quoniam*, §. *in aliis*, ibi: " Possessionem recuperet; & cap. „ pastoralis, §. præterea, *ibi*: Recuperare poterit possessio„ nem; de off. ord. cap. 2. *ibi*: Possessionem restitui faciatis; „ & cap. 3. *ibi*: In possessionem credimus reducendum; de „ eo qui mittitur in possess. „ igitur per missionem in possessionem ex primo decreto transfertur possessio realis in actorem. Quarto difficile est etiam quod asserimus, videlicet actorem jus pignoris consequi ex primo decreto; nam si actor intendat actionem realem in re propria, pignus consequi non potest; igitur saltem eo casu ex primo decreto jus pignoris non quæritur. Accedit, nam pignus rei alienæ, nisi domino volente constituatur, non consistit, *leg. aliena* 20. *dig. de pignoratitia*: sed nec Prator dominus est bonorum contumacis, nec ipse contumax consentit in pignoris constitutione: igitur non potest pignus subsistere virtute primi decreti.

15 Respondetur difficultatibus.

His oppresis fundamentis Bartolus *in d. l. si finita*, §. *Julianus*, *num.* 5. & 6. Maranta *de ordin. judic.* 6. *part. membr.* 2. *num.* 12. Negusantius *de pignorib. membr.* 2. *part.* 3. *num.* 6. Menochius *consil.* 104. *num.* 64. discrimen constituunt inter jus civile, & Pontificium, ita ut illo missus ex primo decreto efficiatur verus possessor, hoc vero custos tantum. Quæ sententia nullo colore defendi potest, siquidem opponitur expresis juris Cæsarei testimoniis, quibus aperte docetur, missum ex primo decreto custodem tantum fieri, ut constat *ex dict. l. si duo*, §. *creditores*; *dig. uti possiderit*, *d. l.* 8. *qui*, *ut in possess. legat.* Et similiter adversatur decretis Pontificiis, ubi statuitur, missum in possessionem inde possessorem fieri, *c. cap. prout* 4. *de dolo & contumacia*. Nec facilius aliam distinctionem excogitarant Didacus Perez *in l.* 1. *titul.* 9. *l.* 3. *ordin. gloss.* 1. *quæst.* 28. Scaccia *de judic. lib.* 10. *cap.* 96. *num.* 8. affirmant enim, differentiam dari inter actionem personalem, & realem, ut missus in possessionem ex primo decreto, in actione personali neutro jure possessor fiat, sed tantum custos; missus vero in actione reali jure Pontificio, custos efficiatur, jure vero civili, possessor. Rationem hujus differentiæ petunt ex natura utriusque actionis, quia in reali actio dirigitur in rem ipsam, in personali petitio in personam consertur; atque ideo natura cujusque actionis postulare videtur, ut in personali solam custodiam, in reali vero possessionem actor consequatur, ne actus ultra agentis intentionem operetur, juxta textus *in c. cum venerabilis*, *de except. l. si quidem*, *Cod. eod. tit. l. non omnis*, *ff. de rebus creditis*. Sed nec hæc distinctio defendi potest: eam eleganter refellit Menochius *de recuper. remed.* 3. Quare his sententiis omissis affirmandum est, actorem missum ex primo decreto, possessionem non consequi, sed tantum habere rem in custodiam, *l.* 3. §. *ult. ff. de adquirend. possess.* nec possidere, sed tantum in possessione esse. Cujus doctrinæ vis, & potestas maxime ex sequentibus cognoscitur. Primo quia talis creditor missus ex primo decreto, neque fructus lucratur, neque ex fructibus vescitur, *l. Fulcinius* 7. *in princ. ff. quibus ex causis in possessionem*, *l. Prætor* 9. *in princ. l. creditores* 14. §. 1. *ff. de rebus auctorit. judic.* Scaccia *de judic. l.* 1. *c.* 9. *lege 2 titu* 48. *de jolat.* Gedeus *de sequestr. c.* 7. *num.* 5. Ofualdus *l.* 23. *Donelli*, *c.* 12. *litt. D.* Secundo quia talis creditor antiquam possessorem neque depicit, neque turbat possessione, *l. is cui* 5. *in princ. ff. ut in possessionem*, *d. l. si pluris*, §. *si quis autem* 20. quippe si minus ex primo decreto vere possideret, primus possessor dejiciendus erat, quia duo in solidum eamdem rem possidere non possunt, *l.* 3. §. *ex contrario*, ubi Duarenus, *ff. de acquir. possess. l. si duobus* 5. §. *ult. ff. commodati*, Donellus *l.* 15. *comment. c.* 32. ubi Ofualdus *lit.* X. Cananus *lib.* 8. *comment. c.* 5. ex quo principio lucem accipiunt textus *in l. si duo* 3. §. *creditor*, *ff. uti possidetis*, *d. l. si finita*, §. *si plures*, *l. Prætor* 9. §. *generaliter*, *l. cum unus* 12. *ff. de rebus auctorit. judic.* juncto Cujacio *l.* 59. *Paulo ad edict. in d. l. cum unus*. Tertio, quia reus contumax comparendo, recuperat statim bona sua absque nova possessionis traditione. Quarto quia si verum possessionem consequeretur actor, necessarium esset, ut opinione domini possideret, juxta definitionem possessionis civilis, quam Theophilus, & alii Græci expositores traduni, & exponit Galbanus *de usufructu*, *d. c.* 33. Tandem quia facultatem possidendi actor consequeretur; sed hæc facultas tantum concediturpossidenti ex secundo decreto, *d. l. si finita* §. *Julianus*: igitur quia possidet.

16 Dissolvitur prima difficultas.

Nec obstat primi difficultas supra expensa; nam verum est, creditorem possidere pignus conventionale, non tamen creditorem initium possidere pignus judiciale. Cujus discriminis rationes primium docuit D. Joseph de Retes *in tract. de acquir. possess. tit.* 3. *num.* 24. dum ait, creditorem habere animum possidendi pignus, cum alias illi inutile esset; unde illi conceditur persecutio, sive actio realis, textus elegans *in l. si noxale* 27. *ff. de noxal.* deficeret enim ejus utilitas, omissa possessione, & detentione, si non posset creditor contra tertium possessorem in rem agere, ut docet Balduinus *de pignor. cap.* 14. nec posset in rem agere jure civili, nisi alicujus ratione juris realis, qualis est possessio, ex doctrina ejusdem Balduini. Consequens ergo fuit, ut qui pignus accepit, haberet animum sibi possidendi: unde cum hic animus deest in actore missio in possessionem ex primo decreto, mirum non est, ut non possideat. Quod in eo non detur affectus, seu animus possidendi, probatur; nam effectus creditoris in possidendo pignore non poteft esse ultra Prætoris animum, qui illum in possessionem missit (alioquin re aliena illicite uteretur, nisi intra permissionis metam se contineret.) Sed Prætor non habet animum ob levem contumaciæ causam transferendi in illum possessionem, sed nudam rei custodiam, ut reus tædio affectus compareat, *leg. is cui*, *ff. ut in possess. legat.* consequens ergo est, ut creditor non possideat pignus prætorium, quia neque a Prætore traditur eo animo, ut possideat, neque ille affectu accipit. Accedit, nam creditor petit a Prætore possessionem bonorum contumacis ex dicto, *quibus ex causis in possessionem*; sed in eo edicto tantum pollicetur Prætor immissionem custodiæ causa, *leg.* 1. *ff. quibus ex causis in possessionem*; igitur eam, quam petit detentationem, præstat Prætor, ne plus concedat, quam actor petit. Deinde, nam non in omnibus paria sunt pignus conventionale, & Prætorium; nam conventionale non aliter solvitur, quam soluta pecunia debita; prætorium vero statim ac reus comparuit. Alias differentias prolequitur Menochius *de arbitr. casu* 6. Nec argumentum difficultatis obstat, deductum *ex leg.* 2. *C. de Prætor. pign.* nam cum Justinianus agnovisset, jure veteri actionem realem denegari creditori ad rem persequendam, in cujus possessionem custodiæ causa missus fuit, tantumque illi præstari detentionem, & insistentiam in re, noviter & benigne ei indulsit actionem quasi hypothecariam, ut quemadmodum creditor conventionalis prosequitur hypothecam, *leg. creditor* 66. *ff. de evict. l. si res* 17. §. *de pignore*, *Cod. de pignor.* ita quoque actor persequatur pignus prætorium; quamvis nullam prorsus possessionem habeat; docet Cujacius *in l. ult. Cod. de prætorio pign.*

17 Dissolvitur secunda difficultas.

Nec obest secunda difficultas deducta *ex dict. l. Fulcinius*, §. *Divus*: pro cujus solutione quærunt Interpretes, an missus in possessionem ex primo decreto fructus lucretur, ut constat ex traditis a Sahagun *in* §. *de sequestr. possess. num.* 63. Qua in quæstione resolvendum est, actorem virtute primi decreti fructus non lucrari, quia illi percipiantur jure dominii, quod non habet missus in possessionem, *leg. qui scit* 25. *de usuris*; exceptis duobus casibus, in quibus missus in possessionem ali debet ex fructibus rei detentæ. Primus datur in muliere prægnante, quæ ventris nomine in possessionem bonorum mariti mittitur, *l.* 1. §. 2. & §. *mulier* 19. *ff. de ventre in possess. l. de bonis*, §. *non solum*, *ff. de Carbon. edict. l. fin. Cod. eod. tit. l.* 1. & *per totum ff. si mulier ventris nomine*. Secundus casus adest in filia, nepte, aut uxore, quibus si legatum relictum fit, & hæres statim non caveat, decernitur missio in possessionem cum facultate vescendi fructibus rei possessæ, *leg. penult. ff. ut in possess. legat.* Nec tunc obstat textus *in d.* §. *Divus*: cui omissa Saliceti solutione *in authent. ut qui*, *Cod. de bonis auctorit. judic.* existimantis jus singulare in eo §. versari in hoc, quod ob contumaciam fideicommissi non restituti fiebat missio, juxta textum *in l. fideicommissaria* 18. *leg. si mulier* 22. §. *si heres*, *ff. ad Trebell.* omissa etiam Donelli sententia *l.* 23. *comment. cap.* 12. quam sequitur Ofualdus *ibi*, *litter. E.* dum docet prædictum §. esse accipiendum de missione in possessionem ex secundo decreto, dicendum est, specialiter rescripto D. Pii factum fuisse, ut ex primo decreto possessio vera transferretur in actorem cum facultate percipiendi fructus, propter nimiam hæredis contumaciam, ut verba textus clare demonstrant; *per nimiam contumaciam*; cujus textus decisio cum personalis sit, ut constat ex illis verbis: *Divus quoque Pius in persona ejus rescripsit*, ad alios casus, & personas non debet extendi, argumento legis 1. *ff. de const. Princ. l. jus singulare*, *ff. de legibus*: docent *in dict.* §. *Divus*; Accursius *verbo tertii*, Bartolus, & Bolognius. Nec augmentum prædictæ difficultatis obstat; nam licet verum sit, missum in possessionem ex primo decreto teneri rei vindicatione, & actione ad exhibendum, id provenit ex eo, quia habet facultatem restituendi, & exhibendi: & ut quis teneatur his actionibus, sufficit detentio rei, non vero ejus possessio desideratur, ut probat Galbanus *dict. cap.* 33. *de usufructu*: nec interdictum ue vis nat, competit actori, ut possessori, cum alia interdicta possessoria illi deneegentur, & insistentiam in re, noviter & benigne ei indulsit actionem quasi hypothecariam, ut quemadmodum creditor conventionalis prosequitur hypothecam, *leg. creditor* 66. *ff. de evict. l. si res* 17. §. *de pignore*, *Cod. de pignor.* ita quoque actor persequatur pignus prætorium; quamvis nullam prorsus possessionem habeat; docet Cujacius *in l. ult. Cod. de prætorio pign.*

Nec obest secunda difficultas deducta *ex dict. l. Fulcinius*, §. *Divus*: pro cujus solutione quærunt Interpretes, an missus in possessionem ex primo decreto fructus lucretur, ut constat ex traditis a Sahagun *in* §. *de sequestr. possess. num.* 63. Qua in quæstione resolvendum est, actorem virtute primi decreti fructus non lucrari, quia illi percipiantur jure dominii, quod non habet missus in possessionem, *leg. qui scit* 25. *de usuris*; exceptis duobus casibus, in quibus missus in possessionem ali debet ex fructibus rei detentæ. Primus datur in muliere prægnante, quæ ventris nomine in possessionem bonorum mariti mittitur, *l.* 1. §. 2. & §. *mulier* 19. *ff. de ventre in possess. l. de bonis*, §. *non solum*, *ff. de Carbon. edict. l. fin. Cod. eod. tit. l.* 1. & *per totum ff. si mulier ventris nomine*. Secundus casus adest in filia, nepte, aut uxore, quibus si legatum relictum fit, & hæres statim non caveat, decernitur missio in possessionem cum facultate vescendi fructibus rei possessæ, *leg. penult. ff. ut in possess. legat.* Nec tunc obstat textus *in d.* §. *Divus*: cui omissa Saliceti solutione *in authent. ut qui*, *Cod. de bonis auctorit. judic.* existimantis jus singulare in eo §. versari in hoc, quod ob contumaciam fideicommissi non restituti fiebat missio, juxta textum *in l. fideicommissaria* 18. *leg. si mulier* 22. §. *si heres*, *ff. ad Trebell.* omissa etiam Donelli sententia *l.* 23. *comment. cap.* 12. quam sequitur Ofualdus *ibi*, *litter. E.* dum docet prædictum §. esse accipiendum de missione in possessionem ex secundo decreto, dicendum est, specialiter rescripto D. Pii factum fuisse, ut ex primo decreto possessio vera transferretur in actorem cum facultate percipiendi fructus, propter nimiam hæredis contumaciam, ut verba textus clare demonstrant; *per nimiam contumaciam*; cujus textus decisio cum personalis sit, ut constat ex illis verbis: *Divus quoque Pius in persona ejus rescripsit*, ad alios casus, & personas non debet extendi, argumento legis 1. *ff. de const. Princ. l. jus singulare*, *ff. de legibus*: docent *in dict.* §. *Divus*; Accursius *verbo tertii*, Bartolus, & Bolognius. Nec augmentum prædictæ difficultatis obstat; nam licet verum sit, missum in possessionem ex primo decreto teneri rei vindicatione, & actione ad exhibendum, id provenit ex eo, quia habet facultatem restituendi, & exhibendi: & ut quis teneatur his actionibus, sufficit detentio rei, non vero ejus possessio desideratur, ut probat Galbanus *dict. cap.* 33. *de usufructu*: nec interdictum ue vis nat, competit actori, ut possessori, cum alia interdicta possessoria illi deneegentur, & insistentiam in re, noviter & benigne ei indulsit actionem quasi hypothecariam, ut quemadmodum creditor conventionalis prosequitur hypothecam, *leg. creditor* 66. *ff. de evict. l. si res* 17. §. *de pignore*, *Cod. de pignor.* ita quoque actor persequatur pignus prætorium; quamvis nullam prorsus possessionem habeat; docet Cujacius *in l. ult. Cod. de prætorio pign.*

Cod. de procurat. Nec tandem quarta difficultas adversatur; nam licet in re propria pignus non consistat, tamen cum controversia vertitur circa ipsius rei dominium, tunc propter dubium, quod ex lite nascitur, pignus in re propria datur. Nec argumentum hujus considerationis aliquid facit; nam cum jus disponat in Republica esse Magistratus, qui sunt viva vox legis, *leg. nam & ipsum* 8. *ff. de justitia & jure*, *l.* 2. §. *præterea*, *ff. de origine jur.* ad Magistratus spectat, quoties illis æquum visum fuerit rei servandæ causa, in alienis rebus pignus constituere, ut docet Faber *in ration. ad textum in l. non est mirum*, *ff. de pignorat. actione*.

18 Exponitur lex postquam 5. Imperator, ff. ut legatorum.

Adhuc supra traditæ doctrinæ, videlicet missum in possessionem ex primo decreto tantum detentorem, non vero possessorem fieri, obstant nonnulla juris testimonia, quæ singillatim exponere duxi. Et primo adversatur textus *in l. postquam* 5. §. *Imperator*, *ff. ut legatorum*, ubi proponitur, quod hæres in judicio fideicommissi nomine condemnatus appellavit, fideicommissarius autem agnoscens inter moras judicii heredem posse fieri non solvendo, ante ingressum causæ principalis, ut sibi caveretur fideicommissi nomine, juxta textus *in l.* 1. §. *plane*, *l. hac stipulatio* 14. *ff. ut legatorum*, in secunda instantia postulavit, quia in prima tantum de fideicommissi viribus tractaverat, ut adversus Jasonem, Bartholum, & Alexandrum docet Cujacius *in eo textu*, & *lib.* 15. *observ. cap.* 10. & *ad Paulum lib.* 1. *senten. titul.* 5. §. 1. in qua specie quæritur, quo juris remedio succurrendum sit legatario? Et respondet Papinianus, ex quodam rescripto Marci Antonini mittendum esse fideicommissarium in possessionem ea conditione, ut ipse caveat se rem restituturum, si in judicio non obtineat: de qua cautione exaudiendum esse Papinianum, docet Cujacius *in d. titul.* 5. *Pauli*, argumento textus *in l. de bonis* 6. §. *ultim. ff. de Carbon. l.* 5. §. 1. *ff. de petit. heredit. l. ex libero* 15. §. *ultim. ff. de quæstion. l.* 1. §. *jubet*, *ff. de collat.* junctis traditis a Fabro *lib.* 12. *consil. cap.* 17. Ex quo Papiniani responso constat, actorem missum in possessionem ex primo decreto verum constitui possessorem. Cui difficultati, omissis antiquorum solutionibus, quas refert, & refellit Menochius *d. remed.* 3. *retin. numer.* 217. & alia ejusdem Menochii, respondendum est, Papinianum in eo textu non agere de ea missione in possessionem, quæ fit ex edicto Prætoris, ob neglectam cautionem legatorum nomine; sed de ea, quæ post litem finitam, & interpositam appellationem ex D. Antonini constitutione præstatur, inter quas missiones magnum datur discrimen; siquidem ex edicto Prætoris tantum hæres cogitur cavere; ex rescripto etiam fideicommissarius cautionem præstat de restituendo fideicommisso, si condemnetur: deinde quia ex edicto fit missio in omnia bona hæredis non caventis, *l.* 1. & 2. *ff. quibus ex causis in possess.* ex rescripto autem in rem tantum petitam; unde licet alias creditor missus in possessionem tantum consequatur detentationem rei custodiæ causa; tamen *in d.* §. *Imperator*, creditor veram consequitur possessionem ex rescripto Imperatoris, ut docent contra Duarenum *lib.* 1. *disp. c.* 27. Cujacius *in d. tit.* 5. *Pauli*, Donellus *in l. unica*, *Cod. uti possidetis*, Robertus *lib.* 3. *sentent. c.* 21. Faber *d. c.* 17. Arellanus *ubi supra*, *num.* 8.

19 Intelligitur lex 2 quorundus, ff. de damno infecto.

Secundo opponitur textus *in leg. a quo fundus* 45. *ff. de damno infecto*, ubi proponitur, quod fit judicis officium circa vicinum possessorem servitutis contumacem: & affirmat Consultus, adhibendum esse remedium primi decreti, cujus potestate in dominum ædificii dominantis possessio transfertur; ita ut antiquus ædificii possessor amissa possessione actor esse incipiat cum onere, & molestia probandi, se jus ædificandi habere: igitur missus in possessionem ex primo decreto verus possessor constituitur. Cui difficultati, omissa eorum sententia, qui verbum illud *possessio*, accipiunt pro detentione; & eorum, qui textum illum intelligunt de missione in possessionem ex secundo decreto, quam amplectuntur Menochius *de retin. remed.* 3. *num.* 211. Pichardus *ubi supra*, *num.* 13. dicendum est, Consultum non agere de rebus corporalibus rei contumacis, in quibus per primum, & secundum decretum proceditur; sed loqui in rebus corporalibus, in quibus ob rem non defensam statim transfertur in actorem possessio, juxta præscriptam formam *in leg. si prius* 8. *ff. de novi oper. nunc.* docent Cujacius *tract.* 9. *ad African.* *in dict. leg. si prius*, Alciatus *libr.* 1. *paradox. capit.* 9. Concius *libro* 1. *lection. capit.* 2. Fortacul. *dialog.* 16. Zazius *lib.* 1. *singul. intellect. c.* 4.

20 Adducitur l. 4. C. ubi in rem actio.

Tertio exponendus est textus *in leg.* 2. *Codice ubi in rem actio*, ubi Imperator Constantinus asserit, quod si reus possessor a colonis suis admonitus, & vocatus in judicium, non compareat, neque judicialibus citationibus edicti peremptorii respondeat, judex in possessionem rei petitæ actorem mittere debet, & per eam missionem verum constitui possessorem, usque adeo, ut ab ipso immissionis momento antiquus possessor desinat possidere, atque de dominio, & proprietate tantum audiatur, onusque probandi incumbat reo contumaci. Quæ omnia demonstrant possessionem amissam esse, *l.* 1. §. *inter*, *Digest. uti possideris*, *l. si prius* 15. *Digest. de novi operis nunc.* §. *retinenda*, *Instit. de interdictis*. Et cum explorati juris sit, reum contumacem comparentem possessionem recuperare, & onus probandi in adversarium transferre, *l. hac autem* 5. §. *penult. Digest. ex quibus causis in possess. l. pupillus* 33. §. *ult. Digest. de bonis auctorit. judic.* tamen *in dict. leg.* 2. contrarium statuitur, Pro cujus textus interpretatione discrimen constituendum est inter missionem factam ex primo decreto adversus contumacem, lite non contestata, & inter eam, quæ fit post litis contestationem adversus contumacem, qui eremodicium fecit. Primo casu tantum detentionem rei custodiæ causa actor consequitur; secundo vero casu ipse verus efficitur possessor cum possessione irrevocabili, quia ab ipso immissionis momento finitur instantia in articulo possessorio; poteft enim jam sententia definitiva ferri, *leg. & post edictum*, *Digest. de judic.* docent Alexander, & Jason *in l.* 3. §. *genera*, *Digest. de acquir. possess.* Salicetus *in l. consentaneum* 8. *Cod. quomodo & quando*, *numero* 7. Negusantius *de pignor.* 3. *part. membr.* 2. Unde cum Imperator *in dict. leg.* 2. loquatur eo casu, quo lis contestata erat, ibi: *Tamquam lite, quæ geritur, contestata*; recte affirmat, actorem verum fieri possessorem: qua etiam distinctione intelligendus est textus *in l. consentaneum* 8. *Cod. quomodo & quando*, ubi quia lis jam erat contestata, potuit sententia definitiva proferri, & actor constitui verus possessor, ut docuerunt in eo textu Salicetus *numer.* 3. & *ult.* Cujacius *ibidem*, & *in novella* 53. *cap.* 3. & *in novella* 69. *in fine*: eadem distinctione accipit textum *in l. properandum* 13. §. *fin. autem*, *Cod. de judiciis*, Jason *ibi*, *numer.* 13. Hæc autem distinctio procedit, cum actor intendit actionem realem, si vero actione personali agat, etsi viribus tractaverat, ut adversus Jasonem, Bartholum, & Alexandrum docet Cujacius *in eo textu*, & *lib.* 15. *observ. cap.* 10. & *ad Paulum lib.* 1. *senten. titul.* 5. §. 1. in qua specie quæritur, quo juris remedio succurrendum sit legatario? Et respondet Papinianus, ex quodam rescripto Marci Antonini mittendum esse fideicommissarium in possessionem ea conditione, ut ipse caveat se rem restituturum, si in judicio non obtineat: de qua cautione exaudiendum esse Papinianum, docet Cujacius *in d. titul.* 5. *Pauli*, argumento textus *in l. de bonis* 6. §. *ultim. ff. de Carbon. l.* 5. §. 1. *ff. de petit. heredit. l. ex libero* 15. §. *ultim. ff. de quæstion. l.* 1. §. *jubet*, *ff. de collat.* junctis traditis a Fabro *lib.* 12. *consil. cap.* 17. Ex quo Papiniani responso constat, actorem missum in possessionem ex primo decreto verum constitui possessorem. Cui difficultati, omissis antiquorum solutionibus, quas refert, & refellit Menochius *d. remed.* 3. *retin. numer.* 217. & alia ejusdem Menochii, respondendum est, Papinianum in eo textu non agere de ea missione in possessionem, quæ fit ex edicto Prætoris, ob neglectam cautionem legatorum nomine; sed de ea, quæ post litem finitam, & interpositam appellationem ex D. Antonini constitutione præstatur, inter quas missiones magnum datur discrimen; siquidem ex edicto Prætoris tantum hæres cogitur cavere; ex rescripto etiam fideicommissarius cautionem præstat de restituendo fideicommisso, si condemnetur: deinde quia ex edicto fit missio in omnia bona hæredis non caventis, *l.* 1. & 2. *ff. quibus ex causis in possess.* ex rescripto autem in rem tantum petitam; unde licet alias creditor missus in possessionem tantum consequatur detentationem rei custodiæ causa; tamen *in d.* §. *Imperator*, creditor veram consequitur possessionem ex rescripto Imperatoris, ut docent contra Duarenum *lib.* 1. *disp. c.* 27. Cujacius *in d. tit.* 5. *Pauli*, Donellus *in l. unica*, *Cod. uti possidetis*, Robertus *lib.* 3. *sentent. c.* 21. Faber *d. c.* 17. Arellanus *ubi supra*, *num.* 8.

21 Explicatur l. post quam 9. in possessionem, ff. ut in possess.

Sed proxime adducta non leviter impugnantur *ex leg. postquam* 9. §. *in possessionem*, *Digest. ut in possess. legat.* ubi cum proponatur post litem contestatam hæredem abfuisse, legatarius agens actione reali ad rem legatam persequendam, non consequitur possessionem veram, & irrevocabilem, sed tantum donec hæres cautionem præstet: igitur ob rei contumaciam, sive ante, sive post litem contestatam actor non consequitur veram possessionem. Cui difficultati, omissa emendatione Cujacii *lib.* 10. *observ. cap.* 29. dicendum est, legatarium in ejus textus specie nullo modo intentasse actionem realem, sed tantum petiisse ab hærede, propter legatum conditionale, cautionem, de qua *in l.* 1. *in princip.* & §. *si quis* 4. & §. *ultim. leg. cum legatorum* 8. *Digest. ut legatorum*, *l. si filio* 11. *Digest. quibus ex causis in possess. l. uxorem* 41. §. *ultim. de legatis* 3. agunt Cujacius *lib.* 28. *qq. Papin. in dict. leg.* 5. §. 1. & *lib.* 15. *observ. c.* 10. & *lib.* 14. *c.* 36. Faber *lib.* 15. *conject. c.* 6. & 7. Merillus *de different. c.* 14. Moez *observ. c. final.* Petrus Faber *in l. nemo* 95. *Digest. de reg. jur.* Donellus *lib.* 8. *comment. capit. final.* missus autem fuit legatarius in possessionem, quia hæres cavere recusavit, non tamen veram possessionem adeptus fuit; quoniam ejus petitio, intentioque, neque possessionem, neque rei traditionem complectebatur; imo eam petere non poterat, quia legatum erat conditionale; unde Prætor non possessionem irrevocabilem, sed eam, quam actor petebat, indulsit, ne videretur liberalius agere cum ipso, aut sententia non responderet libello: quæ absurda sunt in jure, *l. facta* 63. §. *si sub conditione*, *Digest. ad Trebel. l. ut fundus* 18. *Digest. communi divid. l. ult. Cod. de fideicommiss. heredit.* docent Donellus *lib.* 26. *comment. cap.* 4. ubi Ofuald. *littera R.* Pinellus *in leg.* 2. *Cod. de rescind. vendit.* 3. *part. cap.* 3. Negusant. *de pignor.* 3. *part. membro* 2.

22 Exponitur l. non alienum, ff. de interrogat.

Adversatur etiam supra traditæ doctrinæ textus *in l. non alienum* 10. *ff. de interrogat. in jure*, ubi proponitur, vicinum a quo stipulari volumus damni infecti nomine ob ruinam ædium suarum imminentem, in jure, idest coram Prætore, interrogari stipulatio facile accommodari possit? Et ait Consultus, quod si vicinus neget ædium partem suam esse, neque caveat, decedere debere de possessione, & si ea decedere velit, totam ædium possessionem transferendam esse in actorem. Ex quo textu aperte deducitur, virtute primi decreti veram possessionem transferri in actorem. Cui difficultati aliqui ut satisfaciant, asserunt primum decretum in eo textu habere vicem & effectum secundi decreti, & tunc possessionem transferri in adversarium, ut *in leg. Eulcinius*, §. *ultimum*, *Digest. ex quibus causis in possess. l. cum proponas*, *Cod. de rebus auctorit. judic.* ita docent Ofualdus *ad Donellum dict. c.* 11. *litt. V.* Arellanus *ubi supra*, *num.* 7. Sed licet hæc doctrina adaptari possit prædictis legibus, non tamen convenit prædictæ legi *non alienum*, cum ibi non agatur de interpositione primi, aut secundi decreti. Rectius ergo dicendum est, in eo textu non transferri possessionem in actorem ex edicto de damno infecto, & secundum ejus edicti ordinem ex primo, aut secundo decreto, sed ex edicto de interrogationibus in jure faciendis; in eo enim punitur reus ob mendacium, & dolum admissum, negando sed ominum esse, translatione possessionis in adversarium; unde actor *in d. l.* 10. non possidet ex decreto, sed ex illo edicto.

Etiam expendi potest adversus supra tradita textus *in l.* 1. §. *quæsitum* 9. *ff. quorum legat.* ubi quæritur, an qui missus est in possessionem ex edicto, *ut in possessionem legatorum*, teneatur interdicto *quorum legatorum*? Et videbatur non teneri, quia non possidet; & tamen contrarium docet Consultus, videlicet legatarium teneri, maxime si jam cautio præstita est. Quem textum ita aliquando expendebam: Ea ubi non solum cum cautio præstita est, & legatarius detinet rem, insistitque in ea, dicitur possidere; verum etiam cum cautio præstita non est, possidet legatarius igitur ex primo decreto missus in possessionem, verus efficitur possessor. Cui difficultati satisfieri posse existimabam asserendo, illo edicto teneri non solum

23 Opponitur l. 1. §. quæsitum, ff. quorum legat.

lum possessorem, verum etiam detentorem, qui rei restituendæ facultatem, habet, *dict. l.* 1. §. *quod ait*: unde cum legatarius detinendo rem post cautionem præstitam, habeat facultatem restituendi eam, tenetur illo interdicto; dictio enim *maxime* in eo §. non extat comparative, seu implicative, quasi complectens casum magis dubitabilem, ut *in leg. qui status*, *Digest. de testam. milit. cap. cum Apostolica*, *de his quæ fiunt a Prælat.* sed extat taxative, pro *tantum*; & idem importat, ac præsertim, quod plerumque contingit, ut probat Barbosa *de dictionibus*, *dict. Maxime*, *num.* 9. & 12. Illa autem verba ipsius textus, *etiam possidere videtur*, accipienda sunt pro detinere, ita ut legatarius non possideat, sed sit in possessione. Qua etiam solutione accipiendus est textus *in l.* 1. §. *non quærimus*, *ff. si quis omissa causa testam.* ubi in finalibus verbis probari videtur, missum in possessionem ex primo decreto rem possidere, nam verbum illud, *possidere*, accipiendum est pro *detinere*.

24 Exponitur l. dit. §. item 4. ff. de diverf. & tempor.

Expendo etiam adversus supra tradita textum *in l. ult.* §. *item* 4. *ff. de diverf. & tempor.* in illis verbis: *Et si ventris nomine, aut ejus, quæ rei servandæ causa in possessione est, dotis suæ nomine*. In quibus verbis docetur conjungi tempora quoad præscriptionem, etsi res sit custodiæ causa possessa: unde evincitur ipsius rei possessionem esse penes actorem missum, cum si non esset, non conjungerentur tempora rei contumacis, & ipsius actoris. Pro cujus difficultatis solutione dicendum est, in eo textu non agi de missione in possessionem a Prætore factam ob contumaciam rei, sed de missione dotis servandæ causa, de qua *in l. officium* 9. *vers. Denique*, *de rei vind. l. ea* 26. §. 1. *Digest. ad municip.* in eo enim casu, & cum missio fit judicati servandi causa, vera possessio transfertur, *l.* 2. & 3. *Cod. qui potiores*, *l. si* & *jure* 10. *ff. eod. tit.* docet Gothofredus *in d. l.* 2. *C. qui potiores*.

25 Adducitur l. si quis emptionis, §. 3. C. de præscript. triginl.

Ultimo opponitur textus *in l. quis emptionis*, §. 3. in illis verbis: *Ea tantum occasione*, *quod absens prior possessor ad litem vocatus minime respondeit*. Ex quibus constat, actorem virtute missionis secundum, & verum fieri possessorem; fiquidem reus contumax comparatione actoris, prior appellatur possessor. Pro cujus textus interpretatione, omissis traditis a Menochio *de retin. remed.* 3. *n.* 210. qui textum illum accipit de eo qui missus est in possessionem ex secundo decreto, qui verus efficitur possessor; cui solationi adversantur verba illa ejusdem §. *Intra annum se offerenti*, *cautionemque litis suscipiendæ dare*; quæ verba aperte indicant agi in eo textu de eo, qui missus est in possessionem ex primo decreto, qui intra annum comparendo recuperat possessionem, ut statim dicemus, ea, inquam, solutione omissa, asserendum est, quod quamvis verba illa, *prior possessor*, quibus utitur Imperator, posteriorem significent, *l. qui duos*, *ff. de rebus dubiis*, *c. Joseph*, *d. v.* tamen tamen significant possessores esse ejusdem qualitatis, & conditionis; fiquidem nihil impedit, quod reus contumax prior possessor, vere, & civiliter possideat, quin secundus missus in possessionem ex primo decreto detentato efficiatur, & ratione hujus detentationis late dicatur posterior possessor, ut considerat Aretinus *in l.* 3. §. *genera*, 97. *ff. de acquir. possess.* Quæ solutio aperte probatur ex §. *sed* & *hæc*, ejusdem legis, ubi possessor prior appellatur respectu secundi detentoris, in illis verbis: *Ab injusto detentore eam vindicare*, *non obstante quod prior possessor*, &c. Nec audiendus est Oscaldus, qui *lib.* 23. *Donelli*, *c.* 11. *litter. R*, accipit dictum §. 3. de actore qui intentavit actionem realem, qui ex sententia ipsius verus efficitur possessor. Videndi sunt textus *in l. si cujus* 18. *ff. si servitus vindic. l. si bona* 40. *de operis libert. l. eo* 50. *ff. de peculio*, *l.* 1. §. *non* 9. *ff. si quis omiss. causa testam.*

26 De reo intra annum comparente.

Post missionem in possessionem ex primo decreto factam, si reus contumax intra annum ante secundi decreti interpositionem compareat, velitque judicium suscipere, & se defendere, naturalem suorum bonorum detentationem recuperat, & reassumit; expensis solutis, & cautione præstita judicio sisti, *l. hæ autem*, §. *ult. ff. quibus ex causis in possess. l. si pupillus* 83. §. *ult. ff. de rebus authorit. judic. l. penult.* §. *penult. C. de præscr. triginl. authent.* & *qui jurat*, *C. de bonis auctorit. judic. c. quoniam*, §. *in aliis*, *hoc tit. c.* 1. & 2. *de eo qui mittitur*, *l.* 6. *tit.* 8. *partit. l.* 1. *tit.* 9. *lib.* 3. *ordin. l. tit.* 11. *l.* 4. *recopil.* Quod in universum observatur, ita ut contumax nisi refusis expensis non audiatur, *l. sancimus*, *l. properandum*, §. *sin autem*, *C. de judic.* Negulant. *de pignor.* 3. *part. membr.* 3. Menochius *de arbitr. lib.* 1. *casu* 36. qui docent hoc adeo verum esse, ut non possit judex præstationem expensarum remittere, reumque absque earum refusione audire; quod si fecerit, ex sua subsitantia eas soluturam esse, *d. l. sancimus*. Cujus textus argumento quidam existimarunt, quod quamvis multa procuratori imposita ob ejus inobedientiam, dominum nequaquam comitentur, *l. unic.* §. *si procurator*, *ff. si quis in jus voc.* audiri tamen non debet, nisi prius ob procuratoris contumaciam expensas factas solvat, cum certum sit, propter procuratoris contumaciam pati dominum missionem in possessionem, *l.* 3. *C. de probat. l. quoties* 5. *C. de degrad. lib.* 12. Solvit ergo reus comparendo expensas, & amplius cautionem judicio sisti præstat, *d. authent. ei qui*, idque significare voluit Pontifex *in c.* 1. *de sequestr. possess.* dum ait, a reo comparente sufficientem cautionem esse præstandam; quia quamvis cautionis verbum ad nudam cautionem referatur, *l. sancimus*, *C. de v. s.* tamen cautio sufficiens, vel idonea intelligitur datis fidejussoribus, vel pignoribus, *l. si mandato*, §. *fin. ff. mandati*, *l.* 1. §. *si sub conditionem*, *ff. de fideicommiss.* *libert.* notant Rebuffus *in d. l. sancimus*, Covarr. *lib.* 3. *var. c.* 6. & si cautionem præstiterit, expensasque relaverit, recuperat possessionem, ut sic inter litis moras commodo suæ possessionis fruatur, & in adversarium onus probandi transferatur, quod possessionis non leve commodum est, *l interesse* tur, quod possessionis non leve commodum est, *l interesse*, *l. sancimus*, *Cod. de judic.* §. *redius litera O.*

27 Impugnatur præsens sententia.

Verum hæc doctrina difficilis valde redditur sequenti consideratione, nam certum est, possidentem immobilia non teneri in judicio satisdare, *l. sciendum* 15. *ff. qui satisd. cogantur*, sed reus contumax possidet immobilia, in quorum possessionem missus fuit actor, igitur reversus, & contumax non tenetur cautionem præstare judicio sisti. Augetur hæc difficultas *ex l. hæc autem* 5. §. *ult. ff. quibus ex causis in possess.* in illis verbis: *Non puto necessarium satisdationem*; ex quibus expresse constat, contumacem comparentem non teneri satisdationem præstare. Etiam difficile redditur quod asseruimus, videlicet reum contumacem non aliter audiri quam refusis expensis, *ex c. cum venisset*, *de eo qui mittitur*, ubi nulla expensarum facta restitutione reus recuperat possessionem. Sed adhuc asserendum est, reum contumacem comparentem, refusis expensis, & cautione præstita recuperare possessionem; circa tempus vero, intra quod comparere debeat, non liquet apud Interpretes. Intra triginta dies debere comparere, ex Cicerone pro Quintio, probat Cujacius *l.* 10. *observ. c.* 29. judicis arbitrio hoc tempus assignandum relinqui, argumento textus *in l. si finita*, §. *non autem*, *ff. de damno infecto*, *l. cum proponas*, *Cod. de bonis auctorit. judic.* docent Duarenus *ad tit. ff. de damno infect. cap.* 6. Odofredus *in tract. de* 1. & 2. *decreto*, *num.* 12. Alciatus *in capite* 1. *n.* 34. *de judic.* Menochius *lib.* 2. *de arbitr. casu* 6. Illud tamen liquido constat, jure Codicis *in d. l. si quis emptionis*, §. *penult. C. de præscript.* & jure Pontificio unius anni spatium præscriptum esse, *c. pastoralis*. §. *præterea*, *de offic. ordin.* ibi: " Ne alius post annum verus efficiatur possessor; & capite contingit, de dolo & contumacia, *illic*: " Actor verus constituatur elapso anno possessor; & dicto " cap. quoniam, §. in aliis, *ibi*: Actor post annum verus " constituatur possessor. " Nec sine exemplo hoc tempus meo videri præfixum est; nam idem spatium in causis criminalibus reis absentibus præfixum fuit ad bona recuperanda, ne alias fisco adjudicarentur, *leg.* 2. *l. annus*, *l. fin. Digest. de requir. reis*, *l.* 1. & 2. *Cod. eod. tit.* de quo Anton. Gomez *in l.* 66. *Taur.*, *n.* 1. Jul. Clarus §. *final quæst.* 44. *n.* 1. Sed licet hæc jure communi procedant, apud nos diversum jus observatur; nam in personalibus actionibus spatium unius mensis, in realibus vero duorum mensium concessum est reis contumacibus, ut comparere possint, & possessionem recuperare: quo termino elapso, actor qui missus fuerat ex primo decreto, ipso jure verus constituitur possessor, *l.* 1. *tit.* 11. *lib.* 4. *recopil.* Azevedus *n.* 34 *l. unic. tit.* 9. *lib.* 3 *ordin.* ubi Didacus Perez *gloss.* 1. *quæst.* 20. Paz *in praxi*, 2. *part. cap.* 2. *n.* 45. Cevallos *commun. quæst.* 160. Nec obstat difficultas supra perpensa; nam ideo possessor immobilium non cogitur satisdare, quia non præsumitur fuga in ipso, cum possideat immobilia: at nostro casu cessat hæc præsumptio, cum jam latitasset, & contumacia ter abesset, argumento textus *in capite semel*, *de reg. jur. lib.* 6. Nec textus *in d. l. hæ* 5. §. *ult.* adversatur, cui satisfaciendum est cum Accursio *verbo Necessarium*, asserendo, Consultum agere de cautione *judicatum solvi*, quam non semper reus præstare tenetur: at vero nos loquimur de cautione judicio sisti, quæ necessario præstanda est, ex supra traditis. Vel dici potest cum Cujacio *lib.* 10 *observ. capite* 19. Ulpianum non ut certum asserere, cautionem non esse necessariam, sed existimare ex usu commiti posse. Cujacium sequitur Gothofredus *in eo text.* Nec adversatur etiam textus *in d. capite cum venisset*, qui procedit eo casu, quo reus negavit contumacem esse, justeque appellatione interposita recessisse a judicio: unde cum a principio non constituisset de injustitia appellationis, oblata cautione tantum reus possessionem recuperavit, reservata expensarum refusione in eventum probationis contumaciæ: & quia neque de justitia notorie apparuit, cautio præstari debuit, alias remedio attentatorum missio in possessionem revocanda erat, ex decisione textus *in capite non solum*, *de appell. lib.* 6.

28 Exponitur l. his consequentes, §. cum unus fil. famil. esse.

Sed proxime adductis opponitur textus *in l. consequenter* 18. §. *ult. Digest. famil. erciscund.* ubi probatur, non alias missum in possessionem ex primo decreto discessurum ab ea, quam si totum debitum exsolvatur: igitur non sufficit reo comparenti cautionem præstare, ut possessionem recuperare possit. Pro cujus textus interpretatione dicendum, Ulpianum ibi principaliter non tractare, an sufficiat satisdatio, necessariave sit solutio, ut possessio recuperetur? hoc enim alibi cautum extat, nempe *in l. si legatarius* 11. *ff. ut legatorum nomine*, *l. si pecunia* 6. §. *qui fideicommissi*, *Digest. ut in possess. legat. l.* 2. *in princip. ff. pro hærede*, ubi docetur alternative solvi, vel satisdari, ita ut non potuisset Consultus *in d.* § *cum unus*, solutionem præcise exigere. Quæstio ergo principalis fuit, utrum hæredi, qui satius putavit solvere, quam datis fidejussoribus cavere, familiæ erciscundæ judicium adversus hæredes detur, quasi eorum negotium gesserit, ex necessitateque solverit? Et respondet Ulpianus ex Papin. sententia, judicium illud competere, quia non sufficeret pro sua parte tantum satisfacere cautionem præstando, ut legatarius a possessione discedere cogeretur, et adeo respondit Consultus *in l. is cui* 5. §. *si ex duobus*, *ff. ut in possess. legat.* quia alias pignus prætorium, quod ex primo decreto contrahitur, duraret,

raret, malletque legatarius rem vendi, quam in possessionem ex secundo decreto mitti, ut *in l. missio* 12. *ff. pro emptore*; ideo ait Ulpianus, legatarium non discessurum a possessione, nisi totum debitum illi exsolvatur: nec partem ab uno ex heredibus accipere cogebatur, quia creditor particularem solutionem accipere non cogitur, *l. quidam* 21. *ff. si certum petatur*. Qua etiam solutione accipi potest textus *in l. cum qui* 35. *ff. de privil. creditr.* in illis verbis: *Donec solidum solvatur*. Nisi affirmemus, Marcianum ibi agere de missione facta in possessionem ex secundo decreto, propter dolum in actione personali: quo casu non auditur contumax satisdationem offerens, nisi solidum solvat. Ex supra dictis illud prænotandum est, quod si missio facta sit in possessionem, quia reus non solvit, non sufficit comparere, & cautionem præstare, sed necessario solvere cogitur: quo modo accipiendi sunt textus *in leg. si pecunia* 6. *ff. ut legatorum*, *c. ex parte*, *el* 1. *de v. s.*

29 De secundo decreto.

Quod si reus obstinato animo comparere noluerit, crescente contumacia augetur pœna, & causa cognita pervenitur ad secundum decretum, de quo agitur *in leg. usufructu* 7. §. 1. *ff. de usufruct. l.* 4. §. *si forte*, *l. si finita*, §. *Julianus*, *ff. de damno infecto*: unde cum causæ cognitio desideretur, citatio erit necessaria, *l. in causa*, §. *causa*, *ff. de minor. l. nam ita Divus* 39. *ff. de adopt. l. de unequoque* 47. *Digest. de judic.* docent Corrasius *in d.* §. *Julianus*, *nu.* 15. Paz *d. cap. unico*, *n.* 7. Hoc autem secundum decretum variis modis definitur a Doctoribus, ut constat ex traditis a Saliceto *in l. cum proponas*, *n.* 11. *Cod. de bonis auctorit. jud.* Corras. *ubi proxime*, *nu.* 21. Peresio *in l.* 1. *tit.* 9. *lib.* 3. *ordin.* Paz *ubi supra*, quibus communiter ita definitur, ut sit: " Secunda interlocutio, qua " Prætor, aut Magistratus eum, qui ex primo decreto missus est in possessionem, crescente rei contumacia, verum " possessorem, aut dominum constituit. " Ad cujus priora verba explicanda maxime faciunt, quæ pro expositione primæ definitionis supra adduxi. Adjiciuntur in hac illa verba, *Prætoris*, *aut Magistratus*, ut demonstretur, non omnibus judicibus competere jus interponendi secundum decretum, quia quamvis missionem ex primo propter celeritatem Prætor Magistratibus delegasset, secundum tamen non concessit, *l.* 1. §. *si duas*, *ff. de damno infecto*: notant Donellus *lib.* 15. *comment. cap.* 46. Faber *decade* 10, *error.* 6. Schifordeg. *tr.* 7. *q.* 2. Igitur illi Magistratus possunt missionem in possessionem ex secundo decreto decernere, quibus mixtum imperium competit, aut merum, ut communiter resolvunt Castrensis, & Alexander *in d. l.* 4. §. *si forte*, Gentilis *de jurisd. lib.* 1. *cap.* 24. Orosius *in l. jubere*, *n.* 7. *Digest. de jurisdict.* Reliqua definitionis verba continent effectus missionis in possessionem ex secundo decreto, & illis docemur, missum ex secundo decreto fieri verum possessorem, & usucapiendi conditionem assequi, non vero dominium civile: quod probant textus *in dict. cap. quoniam*, §. *in aliis*, *d. cap. pastoralis*, §. *præterea*, *cap. penult.* & *ultim. de eo qui mittitur in possess. d. lege si finita*, §. *si plures*, & §. *Julianus*, *leg. Prator*, *in princip. l. ex damno* 40. §. *ultim. Digest. de damno infecto*, *l.* 3. 9. *ultim. ff. de acquir. poss. l.* 3. §. 1. *ff. de rebus eor. l. Consentaneum* 8. *Cod. quomodo* & *quando*, *l. cum proponas*, *Cod. de rebus auctorit. judic.* docent Donellus *lib.* 15. *comment. c.* 46. P. Gregor. *lib.* 4. *syntagm. cap.* 26. Cujacius *tr.* 9. *ad Afric. in l. cum postulassem* 44. *ff. de damno infecto*, & *lib.* 2. *Juliani ad Urseium*, *in l. sed si res* 5. *ff. commun divid.* & *lib.* 11. *observ. c.* 36. Faber *lib.* 1. *conject. cap.* 4. & *lib.* 2. *cap.* 10. Giphanius *in l. si quis ante* 10. *ff. de acquir. poss.* Zazius *lib.* 1. *respons. c.* 16. Tuschus *littera D. conclus.* 112. Mazius *lib.* 5. *singul. opin. c.* 18. *per totum*. Bronchorst. *enantiophan. cent.* 3. *assert.* 90.

30 Impugnatur hæc doctrina.

Sed hæc doctrina valde difficilis redditur sequentibus argumentis. Primum nascitur ex eo, nam elapso anno post primum decretum interpositum, statim missus in possessionem nanciscitur verum rei possessæ dominium, *cap. pastoralis*, §. *præterea*, ibi: " Ne alius post annum verus efficiatur possessor; cap. contingit, de dolo & contumacia, *ibi*: " verus constituatur elapso anno possessor; & d. c. quoniam, " §. in aliis: *ibi*: Actor post annum verus constituatur possessor. " Igitur superflue desideratur secundi decreti interpositio. Secundum provenit ex eo, nam per secundum decretum, non possessionem, seu usucapiendi conditionem, sed verum dominium consequitur actor: quod probatur auctoritate, & ratione. Auctoritate textus *in l.* 1 *ff. de fundo dotali*, *l. usufructus* 7. §. 1. *ff. de usufructu*, *l.* 4. §. *ult. cum l. sequenti*, *l. communi* 7. §. *sed si rem*, *ff. communi divid. l. si finita* 15. §. *postquam*, *ff. de damno infecto*; quibus jungendi sunt textus, qui de servo noxæ dedito manifeste demonstrant servi noxalis non defensi transferri dominium, non expectata usucapione, *l.* 2. §. *ultim. ff. si ex noxali*, *l. electio* 26. §. *ultim. l. generaliter* 28. §. *ult. ff. de noxali*, *l. servum* 6. *ff. de publiciana*, cum aliis congestis a Saliceto *in authent. ei qui*, *Cod. de bonis auctorit. judic. n.* 23. Cujacius *lib.* 21. *observ. c.* 36. & *tract.* 6. *ad African. in dict. l. generaliter* 28. igitur per secundum decretum dominium verum transfertur. Ratione etiam firmatur hæc difficultas; nam licet Prætor tantum transferre possessionem possit per necessariam consequentiam, atque suapte natura, sequitur ut dominium Quiritarium transferatur, *l.* 1. *ff. de bonor. possess.* namque obligatus est rem tradere, & possessionem vacuam transferre, ut & venditor, *l. ult. ff. de condict. caus. dat. l. ex empto* 11. §. *idem* 9. *ff. de action. empt.* Donellus *lib.* 4. *comment. c.* 1. si possessionem tradat, confestim dominium emptor acquirit, non expectata usucapione, *d. l. ex empto* 11. §. 2. *l. clavibus* 74. *ff. de contrah. emptione*: facit textus *in l.* 1. *ff. de acquir. poss.* Ergo si per traditionem possessionis acquiritur dominium, multo magis ex secundo decreto dominium transfertur. Accedit, nam per secundum decretum ex causa damni infecti, vel servi non defensi, necessario dominium transfertur; fiquidem possessorem ædes, servumque pro derelictis habere creditur, *l. Prator* 7. §. *ult. l. si finita* 15. §. *nondum*, *ff. de damno infecto*: docet Oscaldus *ad Donell. lib.* 15. *comment. c.* 46. *litt. L.* Igitur dominium a vero domino derelictum confestim acquireretur actori possessionem occupanti ex secundo decreto.

31 Explicantur effectus secundi decreti.

Quibus difficultatibus non obstantibus, verum est, ex secundo decreto transferri possessionem, & usucapiendi conditionem, cum actor intendit actionem realem; si vero de personali agatur, tantum possessio transfertur cum facultate percipiendi fructus ad rationem ejus, quod interest; item transfertur onus probandi in adversarium, & arcetur a possessione, etiam purgata contumacia, ut probat Schifordeg. *dict. tract.* 7. *qu.* 5. Item solet Prætor distrahere bona ipsius absentis, ut ex eorum pretio creditori satisfiat; & si emptor non inveniatur, bona ipsa adjudicantur creditori, *l. Eulcinius* 7. §. *Prator*, *ff. quibus ex causis in possess.* immissione vero ex causa damni infecti, vel servi non defensi, etiam ex secundo decreto transfertur possessio cum facultate usucapiendi; nam missio fit in ipsam rem vitiosam, & servum noxium, non vero in universa domini bona, *l.* 1. *l. Prator* 7. §. 1. *l. si finita*, §. *si plures*, *ff. de damno infecto*, *l.* 2. §. *ult. ff. si ex noxali causa*. Cujus similitudinis cum actione reali duplex ratio datur; prima, quia in utraque actione contra dominos agitur, propter vitium ipsarum ædium, & servi noxalis, non vero propter obligationem dominorum, vitium enim ipsis rebus inhæret absque culpa, & facto domini, *dict. l. Prator*, §. 1. unde ne extendatur ad dominum obligatio, rem ipsam persequi oportet; fiquidem noxa caput sequitur, & actor independenter ab omni obligatione rem ipsam persequitur: quare non solum contra contumaces, verum contra absentes Reipublicæ causa, & pupillos immissio decernitur, *dict. l. si finita*, §. *si forte*, & §. *si pupillus*. Secunda ratio petenda est ex dicta leg. *Prator*, §. *ultimo*, *cum l. sequenti*, *ff. de damno infecto*.

32 Dissolvuntur difficultates.

Nec difficultates supra expensæ adversantur. Non prima deducta *ex dict.* §. *in aliis*, cum similibus: cujus difficultate aliqui oppressi, existimarunt, discrimen esse assignandum inter actiones reales, & personales, itaut in actionibus personalibus omnino desideretur secundum decretum, in realibus vero non requiratur, sed sufficiat transcursus unius anni ad transferendam veram possessionem. Ita docent Glossa *in dict.* §. *Præterea*, *verbo Possessio*, *in dict. cap. contingit*, *verbo constituatur*: Abbas *in dict. cap. cum aliis*, *numer.* 21. & 42. Menochius *dict. remed.* 3. *nu.* 206. Paz *in d. cap. unic. n.* 54. Pichardus *in dict.* §. *in summa*, *num.* 154. Sed verius est, tam in actionibus realibus, quam personalibus necessarium esse secundum decretum, etiam post anni lapsum, ut possessio in actorem transferatur: probant textus *in d. l. si finita*, §. *Julianus*, & §. *si quis autem*, *cap.* 1. *de eo qui mittitur in possess.* melior textus *in dict. cap. quoniam*, §. *in aliis*, ubi postquam Innocentius agens de actione reali asseruit actorem post annum verum constitui possessorem, hæc verba subjecit: " Tribus edictis legitimis evocavit, & tunc ipso in eadem " voluntate manente, negotium summatim examinans, in " possessionem rerum actorem mittere non tardavit, omnino " allegatione super principali quæstione reservata. " Quæ verba expresse loquuntur de secundo decreto, & tamen interponitur in actione reali, & in terminis ipsius actionis est textus disertus in *cap.* 2. *de eo qui mittitur in possess. in* 3. *collect.* ubi postquam actor custodiæ causa missus fuerat in possessionem rei petitæ a Prætore, postulavit ex secundo decreto verum se possessorem constitui. Nec hæc sententia retenta, quam etiam docuit Cujacius *ad tit. de eo qui mittitur in possess.* obstat textus *in dict.* §. *in aliis*, cum similibus, qui accipiendi sunt interveniente secundo decreto, itaut anno elapso, & post secundum decretum actor verus constituatur possessor. Nec obstat secunda difficultas, quæ maxime cruciavit interpretum ingenia. Aliqui pro ejus solutione asseruerunt, actorem ex secundo decreto in possessionem missum dominum fieri, si reus absens verum dominium obtinebat, secus vero si tantum possessionem habebat; ea ratione moti, quia recte potuit lex in pœnam contumaciæ dominum privare dominio suo, argumento textus *in cap.* 1. *de rescript. l. item si verberatum* 15. §. 1. *ff. de rei vind. l. Lucius*, *ff. de evict.* cum aliis traditis a Pinello *in rubric. Cod. de rescind.* 1. *part. cap.* 2. *n.* 14. docuerunt Bulgarus, & Joannes, quos refert Accursius *in l. Prætoris* 5. *verbo Capere*, *ff. de damno infect.* Bolognius *in dict.* §. *Julianus*, *num.* 10. & 19. Joann. Baudius *lib.* 1. *qq. cap.* 37. Donellus *lib.* 15. *comment. cap.* 46. sed ea sententia omissa, & aliis traditis a Bartolo, Baldo, & Gothofredo *in dict.* §. *Julianus*, Giphanio *in l. si quis ante* 10. *numer.* 15. *ff. de acquir. possess.* Oscaldus *in dict. cap.* 46. *Donelli*, *litt. L*, Bronchorst. *cent.* 3. *assert.* 90. Respondendum est cum Cujacio *lib.* 21. *observ. cap.* 36. & *tr.* 9. *ad Afric.* §. 1. *de damno infecto*, supponendo antiquam Romanorum peritiam duplex dominium agnovisse; unum quod quiritarium dicebant, aliud vero, quod bonitarium appellabant. Quiritarium dominium erat legitimum, justum, perfectum, seu civile; quod ita definiri potest, ut sit auctoritas in res ab omni nexu liberas, præter nexum voluntatis, & auctoritatis nostræ. Quod dominium dumtaxat dabatur in rebus mancipi in

prædiis Italicis, & in animalibus quæ torto collo domabantur; quatuorque modis acquirebatur, videlicet mancipatione, usucapione, in jure cessione, lege adjudicatione. Ulpianus *tit.* 19. *de dominiis*, docent Brissonius *l.* 4. *select. cap.* 22. & *de v. s. verbo Dominium*, Connanus *l.* 2. *comment. c.* 6. *n.* 9. Robertus *lib.* 1. *recept. lect. c.* 23. Revardus *ad l.* 12. *Tabul. c.* 16. Faber *lib.* 7. *conject. c.* 4. & *lib.* 20. *c.* 11. Ant. Aug. *l.* 1. *emend. c.* 7. Cujac. *ad Ulpianum*, *d. tit.* 19. & *in l.* 2. *ff. de servit. in l. unic. Cod. de nudo jure Quirit. l. unic. Cod. de usucap. transfer.* Aliud erat dominium bonitarium, quod describi potest, itaut sit auctoritas in res mancipi, aut nec mancipi, extraneo nexu, publico, vel privato, vel naturali ligatas, cum jure fruendi, retinendi, & recuperandi justam earum possessionem, aliquando perpetuam, aliquando vero temporalem; quod dabatur in rebus Provincialibus, stipendiariis, & tributariis, de quibus *in §. traditionum*, *Instit. de rerum divis. §.* 1. *Instit. quibus alienare*, Galbanus *de usufructu*, *cap.* 25. Quod discrimen dominiorum duravit usque ad tempora Imperatoris Justiniani, qui illud abstulit *in d. l. unic. Cod. de nudo jure Quirit. l. unic. Cod. de usucap. transfer.* unde prædicta jura, quæ concedunt dominium actori misso in possessionem ex secundo decreto, intelligenda sunt de dominio bonitario; textus vero, qui tantum possessionem, & simul usucapiendi conditionem tribuunt ad dominium acquirendum, accipiendi sunt de dominio quiritario; nam cum transferre dominium hoc sit legis, non jurisdictionis, Prætor tribuere tantum potest possessionis dominium, bonitarium videlicet: quiritarium vero, idest proprietatis dominium, transferre non potest, §. *quos*, *Instit. de bonor. possess.* junctis traditis a Fabro *in jurisprud. tit.* 2. *princip.* 10. *illat.* 1. Fachineo *l.* 13. *controv. cap.* 29. Osualdo *ad Donell. l.* 7. *cap.* 14. *litter. D.* unde textus *in l.* 1. *ff. de bonor. possess. lege* 1. *ff. de success. edict. l. sciendum*, *ff. de V. S. lege sed si res* 5. *ff. communi divid. l.* 3. *ff. si usufructus petat. lege Terentius* 42. *ff. de usuris*, *l.* 3. §. *ult. ff. de acquir. possess.* in quibus affirmatur Prætorem dominium tribuere, accipienti sunt de dominio bonitario, ut observavit Cujacius *ad Digesta*, *in l.* 1. *ff. de bonor. possess.* Et licet qui dominus est, usucapere non possit, *l.* 4. §. *lana*, *ff. de usucap.* imo usucapione non egeat, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest, *l. in bello*, §. *si quis servum*, *ff. de captivis*, §. *sic itaque*, *Instit. de actionibus*; tamen quia actori possidenti ex secundo decreto deest dominium quiritarium, & inter modos illud acquirendi usucapio enumeratur, debet actor ipsam rem virtute decreti possessam usucapere, ut perfectum dominium assequatur.

33 Dissolvitur quæstio difficultas.

Nec obstat tertia difficultas supra expensa, ubi dicebamus, ipsa traditione tantum absque alio facto dominium quiritarium transferri; id enim negamus, cum contrarium doceat Ulpianus *tit.* 5. §. 17. & 18. & *tit.* 19. §. 1. ubi qui tradit rem ex causa emptionis, non inde transfert dominium quiritarium, nisi solemniter res mancipetur. Neque contrarium probant textus *in d. l.* 1. quia verbum illud, *dominium*, non sumitur pro dominio quiritario, sed pro bonitario. Nec etiam obstant textus *in d. l. ex emptio* 11. *d. l. clavibus* 74. nam Consultorum sententiæ referendæ sunt ad constitutionem Justiniani, de qua *in d. l. unic. Cod. de nudo jure*. Nam cum Tribonianus ejus voluntatem sequens omnia fere istorum dominiorum vestigia ex corpore Pandectarum delevisset, mirum non est, quod in dictis legibus manus injecisset, asserendo per traditionem dominium acquiri, cum certum esset, traditione tantum bonitarium dominium transferri, nisi accedente usucapione, *l. traditionibus*, *Cod. de pactis*, *l. nuda*, *ff. de acquir. rer. domin.* §. *per traditionem*, ubi Theophilus, *Instit. de rer. divis.* Nec obstat ultima difficultas; nam prædicta præsumptio derelictionis admitti in præsenti casu non debet, quia etsi ob damnum præteritum cum patrimonii jactura passum, præsumi possit dominum rem propriam dereliquisse, *l. sed hæc* 35. §. *ult. ff. de proc.* Osuald. *l.* 18. *Donelli*, *c. litt. P.* tamen propter damnum tantum futurum sine patrimonii jactura conjecturam derelictionis admittere incivile est.

Sed supra traditis circa effectum secundi decreti obstat textus *in l. heres* 21. §. 3. *ff. de fideiuss.* in illis verbis: „ Quod „ si possessio rerum debitoris data sit creditori, æque dicen- „ dum est fidejussorem manere obligatum. „ Ex quibus constat, quod etsi bona debitoris tradita sint creditori ex secundo decreto, fidejussorem non liberari: igitur quia per secundum decretum vera possessio cum usucapiendi conditione non acquiritur. Cui difficultati ut satisfaciamus, omissa emendatione Fabri, qui *lib.* 1. *conject. cap.* 17. negationem adjecit, legens, *non æque*, a qua ipse recessit *lib.* 1. *conject. c.* 20. dicendum est, Africanum non esse accipiendum de creditore misso in possessionem ex secundo decreto, neque de venditione bonorum debitoris, de qua *in tit. Instit. de success. subl.* sed de occupatione bonorum, quæ contingit, quando debitor sine herede decedit, ut *in l. habere* 67. *ff. de evict. l. pro debito* 6. *Cod. de bonis auctorit. judic.* quo in casu bona debitoris in partem soluti cedunt, sed non tollitur obligatio: unde cum plane satisfactum non sit creditori, nec ille debitori successisset, ut daretur confusio obligationis, ideo fidejussor non liberatur, ut docuit Valentia *tom.* 1. *illustr. tr.* 2. *c.* 10. *n.* 3. & 4.

34 Expositio l. heres 21. §. 3. ff de fide juss.

Pro coronide hujus commentarii sciendum est, quod si post secundum decretum reus contumax comparuerit, & audiri desideret, proprietatis quæstionem movere potest, ad quam tantum regressus illi competit, *d. c. quoniam*, §. *in aliis*, *d. c. contingit*, *de dolo & contumacia*, *d. l. finita* 15. §. *possea*: & si elapsi sint decem anni inter præsentes, vel viginti inter absentes, amplius nec super dominio audietur, ut probat Avendanno *de* 1. & 2. *decreto*, 3. *par. n.* 19. & si creditor potius solvi sibi quantitatem debitam, quam bona possidere malit, prætor ipsa bona in publica subhastatione vendere jubebit, de qua venditione agitur *in tit. ff. & C. de bonis auctor. judic.* & plura de ea adduxerunt Faber *de errore decad.* 1. *errore* 5. & *decad.* 10. *error.* 6. David Argente *in selectis*, *pag.* 126. & si emptorem non inveniat, bona adjudicantur creditori jure dominii, *ex l. fin. C. de jure dominii impetr.*

35 De reo compareente post secundum decretum.

C A P U T IV.

Idem a *de Curia Dei*, & *de* b *Eleemosyna Abbat. Aurel. & Carnotens. diœc.*

ACcedens ad Ap. Sed. dil. f. nobilis vir Vv. *c* Vicecomes Cenaici. *Et infra*: Gravem coram nobis contra dictos judices exposuit quæstionem, quod cum dictus *e* Corisopiten. Episcopus nobilem virum Guidonem de Coratio *f* Comitem Britanniæ proxima linea consanguinitatis attingat, & Archidiaconus ejus sit Clericus *g* commensalis (qui quidem Vicecomiti est adversarius principalis, utpote qui uxorem suam, & terram publice detinere præsumit,) & Magister P. de Burten. de terra uxoris suæ oriundus existat, nimis favens eidem, & omnes sub districtu, & potestate *h* ipsius G. existant; nec nisi per districtum ipsius ei patuerit accessus ad eos; ipsi, quibus causa in ipsum, & uxorem suam commissa fuerat, nunquam ei voluerunt nisi in terra *i* inimicorum suorum locum, & terminum assignare, ubi sine mortis periculo accedere non audebat: & licet litteras non habuit de conductu, si tamen missæ fuissent, non debebat se credere suis capitalibus inimicis, qui lite non contestata testes super consanguinitate recipere præsumpserunt. *Et infra*: Cum igitur in matrimonialibus causis ad conjungendum quam ad disjungendum debeamus existere proniores, ne forte quos Deus conjunxit, homo separare præsumat: d. *v.* per A. s. m. quat. cum, sicut idem asserit Vicecomes, propinquiores sitis terræ nobilis jamdicti, quam suæ, ac causa ipsa per vos commodius valeat terminari, cum ad vos securius pateat accessus, utramque partes ad vestram præsentiam convocetis, & inquisita super præmissis diligentius veritate, si vobis constiterit, quod ante litem legitime contestatam, vel post appellationem rationabiliter interpositam, testes super consanguinitate contra matrimonium absque culpa, maxime contumaciæ, recepti fuerint, vos attestationes hujusmodi decernatis irritas, & inanes, ap. cess. compellentes per cens. eccles. prædictam nobilem, ut revertatur ad virum suum, quem inconsulte dimisit, mandatum Apostolicum, sublato cujuscumque contradictionis & appellationis obstaculo impleturi, ita quod postquam ipse vir plenariam restitutionem habuerit k tam uxoris quam terræ, causam super matrimonio audiatis, eamque fine canonico terminetis.

N O T Æ.

1 a *De Curia Dei.*) Ita restituenda est inscriptio hujus textus ex tertia collectione, *sub hoc tit. c.* 4. Monasterium autem de Caria Dei est Ordinis Cisterc. in diœcesi Aurelianensi situm, cujus fundationem referunt Chronic. cœnobiorum Cisterciensium: his verbis: *Anno* 1118. *pridie Kal. Maji fundatur Abbatia de Curia Dei*; Henriquez *in menolog. die* 18. *Septemb.* hæc habet: *Curia Dei Aurelianensis diœc. Cisterciis filia, fundata anno Domini* 1118. *decimosecundo Kalen. Maji*. Claudius Robertus *in sua Gallia Christ.* illic: *Curia Dei Ordinis Cisterciensis, diœcesis Aurelianensis, conditur anno* 1118. *pridie Kalend. Maji*. Ex eisdem refert Manriquez *tom.* 1. *annal. Cisterc. cap.* 1. *n.* 5. & Fratres Sammart. *tom.* 4.

b *Eleemosyna.*) Monasterium hoc est Ordinis Cisterciensis, in diœcesi Carnotensi constructum, de quo ita habetur in Chron. Cisterciensi: *Anno* 1121. *quarto Kal. Julii fundata est Abbatia de Eleemosyna*. Idem refert Manriquez *d. anno* 1121. *cap.* 5. *num.* 5. 2

c *Vicecomes.*) In Anglia jam olim Vicecomites erant, qui vulgo Magistratus, seu Justitiæ dicebantur. Joannes Saresbar. *l.* 5. *Polycr. c.* 16. ibi: *Nam de Vicecomitibus, & Justitiis, quæ ut vulgari nostro utar, Reeua dicuntur, nihil tale auditur*. Matthæus Paris. *anno* 1175. *Et Vicecomitis agens vices laicali se foro immiscuit*. Vvestmonasteriensis *in chron. anno* 1260. *Emanavit a Cancellaria breve Domini Regis ad omnes Vicecomites, in quorum Baillivis solebant viatoribus imminere pericula*. Alia de illis dedi *in cap.* 5. *ne clerici*. 3

d *Et*

4 d *Et infra.*) Hujus epistolæ integra caremus, nec inter editas a Sirleto, & Bosqueto reperitur: casus autem ita contigit. Lis vertebatur inter Villelmum Vicecomitem Cenaici, & ejus uxorem, quæ ab eo temere discesserat, & confugerat ad Comitem Britanniæ, prædicti Vicecomitis inimicum capitalem: mulier nullitatem matrimonii intendebat ex causa consanguinitatis; Vicecomes restitutionem uxoris ante omnia fieri debere opponebat. Hujus causæ cognitio delegata fuit Episcopo, & Archidiacono Corisopitensis Ecclesiæ, & Petro Burten. quos Vicecomes recusabat; Episcopum tamquam consanguineum prædicti Comitis Britanniæ, sui inimici; Archidiaconum, ut familiarem, & domesticum ipsius Comitis; Petrum vero tamquam vassallum uxoris suæ; & tandem affirmabat, sibi non esse tutum, & facilem accessum ad prædictos judices, cum eorum domicilium esset in ditione prædicti Comitis: nihilominus Judices in causa processerunt, testesque receperunt. Conquestus fuit Vicecomes coram Innoc. III. qui cum prædictas recusationis causas justas esse agnosceret, causam aliis judicibus delegavit sub forma in hoc textu præscripta,

5 e *Corisopiten.*) Ecclesia hæc est in Britannia, in qua S. Martinum Turonensem primum Episcopum ordinasse S. Lorentinum, referunt Britannici Scriptores, & ex eis traditis Carolus a S. Paulo *in geograph. sacra*, *pag.* 151.

f *Comitem Britanniæ.*) Habuit enim olim Britannia minor non solum Reges, *c. quippe*, juncta inscriptione, 3. *q.* 6. quos refert Richardus Smitheus *in florib. Angliæ*, *in princ.* verum & Comites, Greg. Turon. *l.* 4. *c.* 4. notavit Cujacius *in præsenti*. 6

g *Commensalis.*) Quæ est justa recusationis causa, *l.* 3. *in princ. ff. de testibus*. Osualdus *ad Donellum l.* 17. *c.* 24. *litt. F.* 7

h *Potestate ipsius.*) Unde satis notæ erant recusationis causæ, juxta adducta *in cap.* 1. *de offic. judicis*, *cap. super eo*, *de offic. deleg.* 8

i *In terra inimicorum.*) Quare habebat exceptionem loci non tuti, de qua *in c. ex parte*, *de appel. c. statutum*, §. *cum verum*, ubi Glossa *verbo Cum audieris*, *de rescript. in* 6. *c. venerabilibus*, *de sentent. excom.* Nec interest, quod per procuratorem comparere possit; nam ex quo locus tutus non est reo citato, ipsi competit exceptio, imo & ab ipsa citatione appellare potest, *c. querelam*, *de procur.* resolvit Vultejus *l.* 2. *de judiciis*, *cap.* 7. *n.* 259. 9

k *Tam uxoris.*) Quia cum maritus peteret restitutionem uxoris, prius discutitur judicium possessorium, quam admittatur judicium proprietatis super consanguinitate, ut contingit *in c. causam*, *de offic. deleg. c. ex conquestione*, *c. litteras*, *de restit. spol.* secus vero si petitorium tantum intenderetur, *cap. de ordin. cognit.* ubi dicemus. 10

C A P U T V.

a Idem.

QUoniam frequenter in dubium revocatur a multis, an lite non contestata testes recipi valeant, auctoritate præsentium duximus declarandum, regulariter verum esse, quod lite non contestata non est ad receptionem testium procedendum, nisi forte de morte testium timeatur, vel absentia diuturna: in quibus casibus, cum civiliter est agendum, ne veritas occultetur, & probationis copia fortuitis casibus subtrahatur, senes, & valetudinarii, & alii testes, de quibus ex aliqua rationabili causa timetur, etiam lite non contestata sunt proculdubio admittendi, sive pars inventa sit contumax, sive sit absens absque malitia, ut conveniri non possit: sed si actor non convenerit adversarium infra annum, ex quo convenire potuerit, vel saltem receptionem hujusmodi testium non denuntiaverit illi, attestationes receptæ non valeant, ne forte hoc procuret in fraudem, ut processu temporis exceptiones legitimæ ad repellendum testes, vel aliæ locum habere non possint.

§. Porro speciales causæ possunt occurrere, in quibus casualiter est aliud observandum, verbi gr. si super alicujus electione, vel copula maritali quæstio moveretur; tunc etenim ne propter longam materiam in spiritualibus, vel temporalibus patiatur Ecclesia læsionem, vel viro, seu mulieri fornicationis occasio præbeatur, maxime cum propinquitatis gradus opponitur *b* lege divina prohibitus, in hujusmodi casibus testes sunt merito admittendi, si videlicet contumax apparuerit is, in quem fuerit accusatio dirigenda, sive quia peremptoria citatione recepta venire contemnit, sive quia malitiose seipsum occultat, sive quod impedit, ne possit ad eum citatio pervenire. Si vero aliter absens fuerit, & agatur de spirituali conjugio inter Prælatum, & Ecclesiam jam contracto, electione maxime confirmata illud in hoc articulo volumus observari, quod super expectatione talium personarum in sacris est Canonibus definitum. Quod si forsan agatur de spirituali conjugio contrahendo, is qui est in Prælatum electus, per spatium sex mensium expectetur, nisi pensatis negotii circumstantiis, per superioris prudentiam magis, vel minus fuerit expectandum. Si autem, de carnali conjugio sit agendum, tamdiu alter conjugum expectetur, donec de ipsius obitu verisimiliter *c* præsumatur; quia cum sine culpa sit absens, ut si captivitate, vel ægritudine, aut alio justo impedimento forsitan teneatur, aut etiam propria, sed non malitiosa voluntate in remotis partibus moram faciat, ut de facili, vel in brevi citari non possit, ei quidem præjudicari non debet, cum habeat forsan exceptiones legitimas ad intentionem contrariam elidendam, eo nequaquam obstante, quod de lapsu carnis posset opponi: quoniam in conjugio multi casus occurrunt, in quibus conjuges sine culpa, sed non sine causa continere coguntur. Sunt alii casus similiter speciales, quos alibi nos meminimus distinxisse, in quibus absque litis contestatione legitime possunt testes produci, ut quando excessuum inquisitio, vel testium publicatio imminet facienda.

§. In aliis vero casibus prudenter est attendendum, utrum contumax accusatione reali, vel personali conveniatur? Si reali, mittendus est utique actor in rei petitæ possessionem, ut tædio affectus, reus veniat responsurus. Quod si venerit infra annum judicio sisti, præstita cautione, ac exhibita satisfactione congrua expensarum, possessionem recuperet. Quod si cautionem offerre neglexerit infra annum, actor post annum verus constituatur possessor, super proprietate dumtaxat adversæ parti defensione legitima reservata. Quod si super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas nomine possidet alieno, debet statim in judicio dominum nominare, certo dierum spatio a judice finiendo, eoque ad ejus notitiam perducendo: vel ipse veniens, vel idoneum dirigens responsalem, actoris intentionem excipiat. Si vero post tempus indultum, quod dispositum est, noluerit adimplere, tamquam lite, quæ ingeritur ex eo die, quo possessor ad judicium vocatus est, ad interrumpendam præscriptionem longi temporis, contestata, dominum possessionis judex edictis legitimis evocabit; & tunc ipso in eadem voluntate manente, negotium summatim examinans, in possessionem ipsarum rerum actorem mittere non tardabit, omni allegatione absenti super principali quæstione servata. Si autem super personali actione conveniatur, vel mittendus est actor in possessionem mobilium bonorum ipsius, vel immobilium, si forte mobilia non habeat pro modo debiti declarati, vel in contumacem est ecclesiastica sententia proferenda, ita videlicet, quod alterutra pœna, quæ magis timeri debeat, judex a principio sit contentus; ad alteram nihilominus processurus, si hoc meruerit protervitas contumacis, qui veniens intra annum, vel post annum, etiam audietur, juxta distinctionem superius annotatam.

N O T Æ.

1 a *Idem.*) Cum inter juris civilis Glossographos diffidium esset, an testes recipi possint adversus contumacem, asserentibus Ugolino, & Martino; & negante Azone, ut refert Socinus *in c.* 1. *de litis contest.* Innoc. III. juris utriusque peritissimus præsentem edidit constitutionem. Unde a nullo consultus, sed ut dictam controversiam sopiret, ita statuit, nemini rescribens.

b *Lege divina.*) Inter patrem, & filiam videlicet, ut probabimus *in cap. litteras*, *de restit. spol.*

c *Præsumatur.*) Quæ præsumptio quando detur, dicemus *in c. in præsentia*, *de probationibus*.

COMMENTARIUM.

EX his tribus decisionibus, & præsenti rubro talis deducitur disputanda assertio: *Lite non contestata super re, quæ in controversia venit, non sunt testes recipiendi, nec sententia proferri valet*. Probant textus *in cap. dudum* 54. *vers. partibus*, *de elect. cap. cum causam* 62. *de appellat. cap. exhibita* 19. *de judic. cap. in nostra* 4. *vers. Sed idem*, *de procurat. cap. cum Joannes* 22. *de R. J. cap.* 4. *de confirmat. utili*, *cap. cum dilectis*, *de purgat. can. lege properandum* 13. *vers. Post litem*, *C. de judic. leg. consentaneum* 8. §. *final. Cod. quomodo & quando*, *auth. sed & si quis*, *Codic. de testibus*, *lege* 2. *titul.* 16. *lege final. titul.* 10. *partit.* 3. Illustrant ultra congestos in præsenti a Barb. *in collect. & select.* Melchiore Kling. Garanna, & Fermosino, Corvinus, *lib.* 3. *Aphorism. juris Pont. tit.* 13. 2 Conclusio traditur, & probatur.